

ACTAS DEL TERCER CONGRESO REGIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE DEL CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON EL ESTADO - 2020

Volumen 91 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Actas del Tercer Congreso
Regional de Contratación
Pública y Arbitraje del Círculo de
Arbitraje con el Estado - 2020**

Abel Ruiz Bautista
Coordinador

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ACTAS DEL TERCER CONGRESO REGIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE DEL CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO - 2020

© 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
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

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

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

© CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO
Calle Bernini 332, San Borja
Telfs. (511) 5406369
Perú

Primera edición, abril 2021
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 2021-05104

ISBN: 978-612-4400-39-1
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Inauguración <i>Jorge Abel Ruiz</i>	11
Mesa n.º 1: «Diagnóstico y balance del análisis de riesgo del área de contratación pública» <i>Kattirin Salazar Quispe</i> (moderadora) <i>Carlos Álvarez Solís</i> <i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i> <i>Daniel Triveño Daza</i>	15
Mesa n.º 2: «Proceso de selección en el marco de la Ley de Contratación del Estado y también los mecanismos de solución de controversias, como lo es el recurso de apelación ante el tribunal del OSCE, o también por la cuantía, si es menor a cincuenta UITs, los recursos de apelación los resuelve la entidad convocante» <i>Jorge Abel Ruiz</i> (moderador) <i>Alfredo Soria Aguilar</i> <i>María Hilda Becerra Farfán</i> <i>Sergio Tafur Sánchez</i>	41
Mesa n.º 3: «La ejecución contractual y los daños en la contratación pública» <i>Jorge Abel Ruiz</i> (presentador) <i>Roy Álvarez Chuquillanqui</i> (moderador) <i>José Zegarra Pinto</i> <i>Ana Cristina Velásquez</i> <i>Juan Carlos Pinto</i>	69

Mesa n.º 4: «Temas de relevancia respecto a las últimas modificaciones en el marco de la contratación pública»	109
<i>Giuseppi Vera Vásquez</i> (moderador)	
<i>Augusto Villanueva Llaque</i>	
<i>Juan Huamani Chávez</i>	
<i>Hugo Sologuren Calmet</i>	
Mesa n.º 5: «Obra pública y junta de resolución de disputas»	139
<i>Sharon Grados</i> (moderadora)	
<i>Leonardo Chang Valderas</i>	
<i>Ahmed Manyari Zea</i>	
<i>Eric Franco Regjo</i>	
Mesa n.º 6: «Proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público»	167
<i>David Ortiz Gaspar</i>	
<i>Roberto Benavides Pontex</i>	
<i>Enrique Ames</i>	
<i>Sheryl Ramos Cóndor</i>	
Mesa n.º 7: «Panorama actual de conciliación y arbitraje en contratación pública»	203
<i>Carolina Cabrera Moncada</i> (moderadora)	
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Elvira Martínez Coco</i>	
<i>Marlen Estévez Sanz</i>	
<i>Jackson Gallardo Aguilar</i>	
Mesa n.º 8: «Los retos del arbitraje y también el control judicial del laudo en esta nueva normalidad que nos deja el covid-19»	239
<i>Francesca Navia Miranda</i> (moderadora)	
<i>Javier Iscar de Hoyos</i>	
<i>Andoni Torres</i>	
<i>Daniel Gonzales Gonzales</i>	

NOTA DEL EDITOR

Presentamos el volumen 91 de la *Biblioteca de Arbitraje*, titulado *Actas del Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje del Círculo de Arbitraje con el Estado 2020*, el mismo que, por razones obvias, tuvo lugar de manera virtual.

En este evento participaron alrededor de medio centenar de expositores y tuvo notable relevancia en el análisis de la problemática de la materia, tan cambiante y discutida en el Perú de los últimos años.

Quiero agradecer al director del CAE, doctor Jorge Abel Ruiz Bautista, por la generosidad tenida con nosotros al permitirnos publicar las actas del referido Congreso y ponerlas al alcance de los lectores de nuestra colección.

Lima, marzo del 2021

Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre es 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 y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. 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.

**ACTAS DEL TERCER CONGRESO REGIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE DEL CÍRCULO
DE ARBITRAJE CON EL ESTADO - 2020**

INAUGURACIÓN

Jorge Abel Ruiz: Buenas tardes los que se conectan en la transmisión en vivo en la plataforma Zoom y los amigos que nos vienen siguiendo a través de nuestro *fan page*, el Círculo de Arbitraje con el Estado, en una transmisión en vivo a nivel nacional.

El día de hoy nos convoca el Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje, el cual contará con más de treinta expositores especializados en la materia.

Tengo el agrado de dar las palabras de bienvenida a este Congreso que, a inicios de año se pensó que la sede iba a ser la ciudad de Iquitos, porque nuestra primera sede fue la ciudad de Ayacucho, luego el segundo congreso fue en la Ciudad de Trujillo, pero Dios sabe por qué hace las cosas y nos permite conectarnos en una transmisión, no solamente a nivel nacional, sino internacional en este congreso que convoca a expertos en la materia.

El día de hoy nos están acompañando en la primera mesa, el doctor Ricardo Rodríguez, el doctor Daniel Triveño, el doctor Carlos Álvarez y la doctora Kattirin Salazar.

Por favor, les pediría que ya encendamos las cámaras, por favor, que ya estamos en la transmisión que a todos nuestros amigos les damos la cordial bienvenida.

Los que nos están escribiendo por Zoom también gracias por siempre acompañarnos en todas nuestras travesías acá en mi casa.

Y, bueno, comentarles que este Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje se da en el marco de modificaciones que se han realizado a la Ley n.º 30225 y su reglamento.

Hoy día también hablamos de un proyecto y una reforma en la contratación pública, que es el proyecto de la Ley General de Abastecimiento Público, que ha traído comentarios también positivos, comentarios un poco de incertidumbres y que, seguramente, van a ser absueltas a lo largo de estas tres jornadas académicas que inician el día de hoy, el día viernes y el día sábado.

Entonces, esta primera mesa va a abordar sobre el diagnóstico y balance del análisis de riesgo de la contratación pública.

El panel está integrado por la doctora Kattirin Salazar Quispe, quien es abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, máster en contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha, España.

Cuenta con estudios de postgrado en arbitraje y contratación pública de derecho administrativo en la Universidad ESAN.

Actualmente, trabaja como especialista en obras por impuestos y APPs en Pronied, a quien le damos la bienvenida. Doctora Kattirin Salazar, bienvenida y gracias por acompañarnos.

También nos acompaña el doctor Carlos Álvarez Solís, quien es abogado por la Universidad Privada del Norte; es árbitro especialista en contratación pública; adscrito a diferentes centros de arbitraje y también, actualmente se desempeña como asesor legal en el área de contrataciones públicas del despacho presidencial.

También le damos la cordial bienvenida al doctor Carlos Álvarez.

También nos acompaña el día de hoy el doctor Daniel Triveño Daza, quien es abogado egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cuenta con maestría en gerencia pública por la Universidad Continental. Especialización en derecho de la construcción en la Universidad UPC; gestión de obras públicas en la Universidad Ricardo Palma; especialización y APPs y arbitraje internacional en la Universidad del Pacífico.

También, actualmente, se desempeña como árbitro especializado en contratación pública.

Bienvenido, doctor Daniel Triveño.

Y, finalmente, en esta primera mesa nos acompaña el doctor Ricardo Rodríguez, quien es abogado egresado por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.

Cuenta con especialidad en materia de arbitraje; es árbitro con amplia trayectoria en materia de contratación pública; adscrito a diferentes centros de arbitraje, a quien le damos la cordial bienvenida.

Y, bueno, ya que estamos sincronizados con todos los amigos que nos vienen acompañando en el Facebook, y en nuestra aula virtual de Zoom, les queremos desear nuestras palabras de agradecimiento, en principio, y comentar que los temas que se van a abordar son de alta especialidad y coyuntura, sobre todo cuando hablamos de contratación pública, que involucra fondos que nos interesan a todos los peruanos: qué es lo que está haciendo actualmente para la reactivación de bienes, servicios y obras el Estado peruano; cómo se vienen realizando las contrataciones directas, las fiscalizaciones, los recursos de impugnación ante los procesos de selección y los mecanismos de solución de controversias en la ejecución del contrato.

Sin más preámbulos, le cedo el uso de la palabra a la doctora Kattirin Salazar, quien es la moderadora de esta primera mesa, y muchas gracias, doctores.

Doctora Kattirin Salazar. Bienvenida y tiene usted el uso de la palabra.

**MESA N.º 1: «DIAGNÓSTICO Y BALANCE DEL ANÁLISIS
DE RIESGO DEL ÁREA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA»**

Kattirin Salazar Quispe (moderadora)

Carlos Álvarez Solís

Ricardo Rodríguez Ardiles

Daniel Triveño Daza

Kattirin Salazar Quispe: Muchas gracias, Jorge. Muchas gracias a todos los presentes, a los panelistas.

Bienvenidos al primer panel que abordará el tema «Diagnóstico y balance del análisis de riesgo del área de contratación pública».

Doctor Carlos Álvarez Solís, ¿qué riesgos encontramos en la contratación pública a la luz del informe del OSCE?

Carlos Álvarez Solís: Muchísimas gracias, estimada doctora Salazar. Muy buenas tardes a todos y cada uno de los que nos están viendo a través de las redes sociales de la plataforma del Círculo de Arbitraje con el Estado; a los copanelistas, al doctor Rodríguez, al doctor Triveño.

Agradezco la invitación y la deferencia que han tenido por citarme para este evento que tiene, pues, como ya lo ha mencionado el presidente del CAE, una connotación nacional e internacional, inclusive, ahora gracias a la pandemia, con las nuevas tecnologías y las nuevas formas, pues, de llevar a cabo los eventos de naturaleza académica.

La pregunta que me ha hecho la doctora Salazar me permite atar el primer alcance o primer marco del informe que hizo, en su oportunidad, el 23 de julio de 2020, el OSCE, de manera conjunta con el observatorio

de integridad y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.

Lo que desarrolló este trabajo y este compendio que, más o menos, tiene un volumen de unas ciento ochenta o ciento ochenta y tres páginas, es analizar el estado situacional de cómo el Estado peruano hace la adquisición de bienes, servicios y contratación de obras y consultorías en el marco de la Ley n.º 30225 y su reglamento; es decir, la Ley de Contrataciones con el Estado.

Para ello aplicó una metodología, y la metodología fue dividida en tres aspectos fundamentales. Se hicieron *focus groups*, se hicieron entrevistas de nivel bastante lato en profundidad, entrevista en profundidad es la entrevista científica por naturaleza, y se hicieron talleres de cooperación a través del análisis de casos.

Para eso se analizó tres regiones; se analizó la región de Loreto; se analizó la región de Piura y se analizó la región de Ayacucho.

Evidentemente, todas estas regiones tienen usos y costumbres prácticas propias de su idiosincrasia, en donde se plasma, pues, la realidad de la Ley n.º 30225, que es la Ley de Contrataciones con el Estado. Y también se escogieron algunas entidades de Lima, las cuales estuvieron a cargo, principalmente, en cuestiones de elección por parte del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado.

¿Cuál fue el resultado? Fue la identificación de los riesgos en la contratación pública. En primer lugar, qué cosa sería un riesgo, justamente, que es el meollo de esta mesa de trabajo; la pieza fundamental.

Riesgo es aquello que podría poner en exposición, el cumplimiento o incumplimiento de una norma de carácter obligatorio-pecuniaria. Es decir, algo que pueda presentar o que pueda maximizar la presencia de alguna alteración al *status quo* normativo aspirado por los principios que inspiran la contratación pública. Más o menos, ése es el concepto de riesgo y plasmado, evidentemente, por la comisión y que está contemplado en el

informe del OSCE y con ello se identifican ochenta y un riesgos respecto a todo el marco general de la contratación pública y veinte riesgos respecto a los procesos propios de contratación. Es decir, los procedimientos de selección.

Como ustedes saben, los procedimientos de selección son los mecanismos que la ley prevé para, justamente, realizar las contrataciones de bienes, servicios y obras.

Otro aspecto importante antes de ir a detallar cómo es que han clasificado los riesgos y cuáles son los principales riesgos que ha definido este informe, es importante mencionar que, para evaluar la situación de las contrataciones públicas, esta comisión organizó el tema de la evaluación de riesgos en tres partes o en tres etapas. La etapa del precontrato o la etapa previa a la contratación; la etapa propia de la contratación, es decir, la etapa de la contratación en sí y la etapa de la ejecución contractual, y los riesgos están divididos en esa parte.

Cuando lleguen a la parte de la identificación de los riesgos, el informe del OSCE los clasifica en dos: en riesgos internos y riesgos externos. Los riesgos externos, entendidos como aquellos riesgos presentes en la administración pública, pero que no tienen que ver con el proceso de la contratación, y los riesgos internos son aquéllos que inciden directamente en los mecanismos que la ley establece para la contratación pública, por eso es que hace esa distinción.

Sorprendentemente, los riesgos externos son mayores que los riesgos internos, dependiendo de su clasificación, y la mayor parte de riesgos externos identificados en el informe del OSCE están en el ámbito de los recursos humanos.

Principalmente por tres aspectos. Primero son riesgos en cuanto al tema de capacidad, y estamos hablando específicamente: conocimiento de contrataciones públicas y esto es bastante grave porque el OSCE mismo está poniendo de manifiesto que los operadores de las contrataciones con el Estado no contarían con las capacidades suficientes en cuanto a cono-

cimiento, pese a que en nuestra ley, en nuestro sistema de contratación pública ha tenido al perfeccionamiento del profesional que se dedica a las contrataciones con el Estado.

Acordémonos que existe el proceso de certificación por niveles que anteriormente se daba y después el proceso de certificación de OSCE. Incluso, el tema de la certificación va más allá de los funcionarios operativos de las contrataciones con el Estado, sino también para la exigencia propia de los árbitros que también se les exige pasar por un proceso previo de evaluación.

Por lo menos, tenemos las primeras aristas o los primeros chispazos en cuanto a perfeccionamiento. Pero, es identificado en el informe de la OSCE como una de las falencias, como uno de los riesgos de la contratación pública.

Los otros dos riesgos vinculados a recursos humanos que identifica; estoy cogiendo los más saltantes, dado cuenta de que tenemos, pues, un tiempo un tanto corto para tratar este tema, y es el tema de riesgo vinculado al tema de remuneración, que podría incidir en una baja remuneración en un alto nivel de probabilidades de existencia de corrupción en las contrataciones públicas por parte de los operarios, por lo menos, eso es lo que dice el informe y el tema de la asistencia técnica que puede brindar el OSCE en torno a las necesidades de absoluciones de consultas del proceso de contratación pública, principalmente, en regiones.

Entonces, quizás haya un problema de centralismo, en cuanto al tema de operatividad del propio organismo del supervisor de las contrataciones con el Estado.

Otros riesgos de carácter externo están en el riesgo de los cambios o las fluctuaciones de normatividad.

Hace algunas semanas atrás hemos tenido, pues, las últimas modificaciones que van a finiquitar en el cambio del reglamento y un nuevo

organismo rector de las contrataciones públicas. Estamos refiriéndonos a los CAD, que eso ya después se verá.

Otro riesgo que también manifiesta el informe es el riesgo en un inadecuado ejercicio de control y estamos refiriéndonos a la mala visión que muchas veces tienen los órganos de control interno en las entidades respecto de las contrataciones públicas.

Y también, evidentemente, entre otros aspectos de riesgos externos está el tema de la poca capacidad logística, ancho de banda cuando quieren hacer o colgar procesos, y también el tema de la burocracia interna.

Ya en algunos eventos anteriores del Círculo de Arbitraje con el Estado, tuve la oportunidad de mencionar que muchas veces las directivas internas de contratación pública, por ejemplo, menores a ocho UITs ponen ciertas trabas al tema de hacer una contratación más célere, y no por ello procurante de solventar alguna violación de algún principio de contratación pública, sino que muchas veces, dentro del proceso de contratación pública, exigimos, por ejemplo, un determinado número de cotizaciones para poder adjudicar una menor a ocho UITs, cuando en realidad eso no es normativo, pero muchas veces se evidencia ese tipo de normas internas en las entidades, y sobre todo en las entidades de provincia. Y eso también está concientizado y está plasmado como un riesgo dentro del informe de la OSCE.

Para finalizar, los riesgos internos, es decir, los propios del proceso de contratación, y como principal riesgo, creo que no lo mencionan de manera textual, pero sí que dejan entrever ese riesgo de la corrupción.

El direccionamiento en las contrataciones públicas, específicamente, en la etapa de la precompra, porque así lo denomina el informe de la OSCE, y el tema de la falta de promoción de los procedimientos de selección, especialmente, en los procesos de subasta y en los procesos que tienen que ver con acuerdo marco; compras por catálogo o administradas por Perú Compras, que entiéndase debería de tener algún visto de solución a partir de las modificaciones que se piensa implementar a través de un

sistema económico de contrataciones. Por lo menos, eso es lo que aspira el informe, por lo menos, ése es el parangón que ponen.

Y, finalmente, el tema de los riesgos en ejecución contractual, que también serían riesgos internos de la conducción.

Una es el divorcio que tendría el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones respecto a la gestión administrativa del contrato y a la definición de responsabilidad, porque no es que el órgano encargado de las contrataciones con el Estado, después del procedimiento de selección tiende a distanciarse de lo que es la gestión administrativa del contrato, tiene responsabilidades, pero que, con la regulación propia del sistema nacional de abastecimiento, tienden a confundirse y tienden a no estar tan claras. Eso también lo menciona el informe, y a veces este tema competencial podría afectar.

Y, respecto al tema de mecanismo de solución de controversias, la inexistencia de profesionales que se hayan especializado en materia de solución de controversias, sobre todo en provincia, que tengan algún tipo de *expertise* o conocimiento en la Ley de Contrataciones con el Estado, hace que exista, pues, un riesgo de no poder encontrar una solución adecuada a conflictos de carácter de ejecución contractual que se puedan plasmar en materia de contrataciones con el Estado.

Éstos son los principales riesgos que emite el informe del OSCE, y lo bueno, digamos, que de este informe es que da como plus el tema de una propuesta de escala de nivelación de riesgos, y, adicionalmente, también compara la situación peruana con la de otros países.

Cataluña, por ejemplo, donde se aplicó el mismo *test* en España, Colombia y Chile. Y nos da una visión de que estos riesgos, evidentemente, no van a desaparecer porque el riesgo no se desaparece si no se mitiga o se controla. Y la idea es, justamente, a partir de este informe que ya identificados los riesgos, se tomen las decisiones de carácter administrativo; nivel, evidentemente, del OSCE, y legal, evidentemente, a través del MEF, o ahora en futuros CAD que puedan adecuarse a las reales necesidades de

las entidades que contratan con el Estado o que ejercen la aplicación de la Ley n.º 30225.

Agradezco la concesión de la palabra. Entiendo que los colegas Rodríguez y Triveño van a hablar también sobre el tema y que van a permitir, de alguna u otra manera, esclarecer de mejor manera el tema de los riesgos en la contratación pública a partir de este informe del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

Muchísimas gracias, doctora Salazar.

Kattirin Salazar Quispe: Muchas gracias, doctor Carlos Álvarez.

Efectivamente, siguiendo con el programa, doctor Daniel Triveño, ¿cuál es el diagnóstico de la contratación pública, a la luz de las últimas propuestas de reforma?

Daniel Triveño Daza: Bien, ¿cómo están? ¿Qué tal? Buenas noches a todos, antes que nada, y agradecer igualmente a los organizadores del evento, al personal que forma parte del Círculo de Arbitraje en Contratación Pública, a la persona de Jorge Ruiz por su amable invitación y permitirme estar nuevamente delante de ustedes.

Más bien, bueno, sobre el tema planteado por Kattirin, digamos, sobre el diagnóstico del tema de la contratación pública respecto a la luz de la norma nueva o proyecto de ley nuevo publicado.

Yo creo que, de alguna manera, va en la línea de lo que ya comentó Carlos, de uno de los riesgos sobre la materia de contratación pública, que son los constantes cambios. Entonces, definitivamente, existe ahí una materialización de un riesgo que ya ha sido, pues, pauteado y señalado por el propio OSCE.

Ahora, definitivamente, pues, hay cambios y cambios. Creo yo que, definitivamente, lo que sale en el proyecto de ley de la cadena de abasteci-

miento único, no es más que el desarrollo de lo que ya se establecía en el Decreto Legislativo n.º 1439.

Entonces, en otras palabras, es un cambio necesario. Es un cambio necesario porque está dentro de lo que una norma ya previamente establecida disponía.

Bueno, digamos, algunos comentarios que voy a hacer sobre el tema de contratación pública, a la luz del proyecto de ley, algo muy rápido porque el tiempo es muy corto.

Bueno, definitivamente, el nuevo sistema nacional de abastecimiento, pues, cubre temáticamente un amplio espectro de lo que tiene que ver con el abastecimiento público.

Un aspecto que va desde la programación hasta la disposición final. Digamos, con incidencia en lo que es la programación multianual, en lo que es la gestión de la adquisición, y lo que es la administración de bienes.

Entonces, ustedes se dan cuenta de que es un esquema más amplio de lo que tenemos en la Ley de Contrataciones vigente.

Digamos que la Ley de Contrataciones vigente de esos tres componentes: promoción multianual, gestión de adquisición, y administración de bienes, como que marca, digamos, parte de la programación multianual o parte de la promoción, mejor dicho, y gran parte de la gestión de las adquisiciones de bienes, servicios y obras.

Obviamente, la Ley de Contrataciones vigente no habla nada de lo que es administración de bienes. O sea, no habla nada de lo que es almacenamiento, no habla nada de lo que es distribución, no habla nada de lo que es disposición final de estos bienes o prestaciones que se van adquiriendo.

Entonces, en términos sencillos que temáticamente, el espectro del proyecto de ley nuevo es más amplio. No cabe ninguna duda de que tiene esa característica; es de una mayor amplitud en su abordamiento.

Yo creo que hay algo positivo; algo que yo destaco en este proyecto que va en la línea de lo que corresponde al Decreto Legislativo n.º 1439, es que, digamos, se pone incidencia en lo que es la programación multianual. Es un aspecto, en términos logísticos, muy importante.

La programación de las decisiones hasta el día de hoy tiene la característica de que debe ser anual, pudiendo ser multianual.

Con la normativa del proyecto de ley, y aún con el parámetro del Decreto Legislativo n.º 1439, ya se deja de lado la programación anual y pasa a ser necesaria la programación multianual.

Ése es, en términos logísticos, sobre todo para lo que es gasto corriente, muy positivo.

En la estructura del presupuesto público, más o menos el 58% o poquito más del 60% del presupuesto público es gasto corriente.

Entonces, no es lo mismo trabajar por el 60% todos los años, que hacerlo por tres años. Entonces, vas a trabajar un tercio para cubrir el 60%; con el tercio del esfuerzo vas a cubrir el 60% por el plazo de tres años. Eso, en términos logísticos es muy bueno. No es un trabajo anual, año uno, años dos, año tres, sino que con el esfuerzo de uno, vas a cubrir tres. Gasto corriente formidable. Eso, para mí, es importante.

Entonces, es algo que yo destaco con ocasión de este proyecto nuevo, a luz también como digo del Decreto Legislativo n.º 1439.

Pero no todo es gasto corriente. Hay un componente muy, muy importante, que es el gasto de capital.

La inversión. Eso no es poca cosa; es menos, definitivamente, de lo que es el gasto corriente. El gasto de capital de inversión es, más o menos, 30%. Entonces, 60% gasto corriente, 30% inversión, y la diferencia, el cachito es servicio de deuda. Más o menos ésa es la distribución macro del presupuesto del sector público. Hay un 30% importante que ver.

Entonces, los comentarios del poco tiempo que me queda, los voy a dirigir a lo que es, casualmente, la inversión. La inversión que es lo que inyecta flujo de economía, flujo de dinero al torrente económico.

Finalmente, es eso lo que mueve gran parte de la economía, y dentro de esa economía el mercado, pues, de compras públicas.

Hay cosas, pues, menores, digamos que quizá puedan, no sé, quizás trabajar en un proyecto de ley, mejor. Por ejemplo, personalmente yo no entiendo por qué le cambian el nombre al OSCE, lo denominan los CAD, cuando en el Decreto Legislativo n.º 1439 se llama Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado; o sea, es el mismo nombre. Eso, digamos, como puede quizás supervisarse, pero, orientado a lo que es inversión y completamente a lo que es obra, y dentro del porcentaje de lo que es inversión pública, dentro de ese 30%, un componente muy grande de inversión, es más del 55%, es la ejecución de obra pública.

Sí, digamos, algunos comentarios sobre el particular. No cabe ninguna duda de que el tema de la contratación pública es uno de los motores de la economía. Entonces, de hecho, es ante la caída del precio de los *commodities*, al día de hoy, mucha importancia se le ha puesto a la contratación pública.

Entonces, bueno, algunos comentarios muy ligeros de los que me he podido dar cuenta. Por ejemplo, y no tanto en el sentido positivo, pero, por ejemplo, desaparece cualquier referencia al «supervisor».

La palabra «supervisión» está focalizada a la función supervisora de los entes públicos, pero la figura del supervisor de obra, como el encargado de lo que es vigilar costos, encargado de lo que es el control de tiempo, el encargado de lo que es la vigilancia del control de calidad; eso no existe.

Tampoco hay referencia alguna a lo que es el proyectista; ha desaparecido. Por ejemplo, la ley vigente. Todas las versiones de la Ley de Contrataciones permiten la posibilidad de que el proyectista pueda ser supervisor. Eso, en el proyecto de ley, ha desaparecido.

Y llamo la atención en esto por o siguiente. Ustedes saben, la ejecución de la obra, digamos, implica la gestión de un proyecto suma varios esfuerzos, y que suma en la participación de varios roles. Y una de las recomendaciones para la gestión de proyectos está en la concentración de roles.

Obviamente, en el proyecto ya no se permite que el proyectista pueda ser supervisor. En consecuencia, impiden lo que es la concentración de roles, para una adecuada gestión de la obra.

Otra diferencia que siempre yo noto aquí es lo siguiente. No hay ninguna referencia a lo que son los contratos colaborativos.

Hemos tenido una muy buena experiencia en lo que tiene que ver con los Panamericanos. Fue una experiencia aplaudida, tanto a nivel internacional como a nivel interno, y no hay ninguna referencia a lo que es gestión o prácticas colaborativas en las ejecuciones de los proyectos de infraestructura.

La estructura que tenemos en la actual Ley de Contrataciones, es muy propia de la versión original de la 26850, la matriz es la misma.

Pero, desde finales de los noventa hasta el 2020, la gestión de los proyectos de obra ha cambiado mucho. Vamos a decirlo en términos muy sencillos. A finales de los noventa, lo que había era el *Autocad* 220 y un poquito que empezaba a usarse el *Archicad*.

Cuánto ha cambiado la ejecución de la infraestructura del contrato de obra, desde la década de finales del noventa hasta el 2020. Un montón. De hecho, han aparecido todas estas tendencias en los contratos colaborativos. Todos los sistemas, metodologías, sobre el particular, que el *target* se valorizaba en lo que es el sistema integrado de proyectos; lo que es el BIM, lo que es el *link construction*; todo lo que son las prácticas colaborativas, que tienen como propósito propender una disminución y un ahorro: disminución de los costos prescindibles y agregarle valor a los proyectos que construye un propietario. En este caso, el propietario es el sector público.

Y, bueno, nada de esto está colocado en el proyecto de ley.

Entonces, asumo que lo toman como tarea, quizás, pendiente para el reglamento, pero, bueno, al día de hoy, no hay.

Y otra ausencia notoria, para mí, solamente me voy a tomar un minuto, es el sistema de solución de controversias, el arbitraje en contratación pública, como lo conocemos, ha desaparecido en mucho, tanto lo bueno como lo malo.

Solamente voy a dar una referencia muy chiquita, el plazo de caducidad. El plazo de caducidad ha desaparecido.

Entonces, tal como está el proyecto, ya se dejarían de lado los plazos de contratación pública, y deberíamos de recurrir a los plazos de prescripción del Código Civil.

¿Eso es adecuado? ¿Eso ha sido pauteado? ¿Eso ha sido calculado al momento de elaborar el proyecto de ley? No lo sé, pero es una característica; es algo que se nota en el proyecto de ley.

Se asigna como tarea al Minjus para que regule. Va a depender de que el Minjus lo regule. Y, si no hay regulación por parte del Minjus, tenemos que sujetarnos a los aspectos del Código Civil, la parte sustantiva, y a los aspectos del 1071, la parte administrativa del 1071 para lo que concierne al arbitraje.

¿Es un efecto pauteado, calculado? No lo sé. Quizás sí, tal como se plasma en el proyecto, pero son algunas consideraciones que quería comentar.

Gracias.

Kattirin Salazar Quispe: Muchas gracias, doctor, Daniel Triveño.

Bueno, para continuar con este panel, doctor Ricardo Rodríguez, ¿considera que el Estado pierde arbitrajes por una mala gestión de contratos?

Ricardo Rodríguez Ardiles: Muy bien. Buenas tardes, en principio, el agradecimiento al Círculo de Arbitraje con el Estado por la invitación y permitirme compartir esta mesa con ilustres profesionales.

Quisiera iniciar esta breve exposición tratando de desmitificar la expresión «pérdida del Estado en arbitrajes», y lo voy a hacer solamente en dos líneas.

Éste es un tema que ha sido ya reiteradamente tratado en diferentes eventos y por diferentes profesionales, y para eso voy a referirme exclusivamente a dos temas.

En primer lugar, al informe que hizo en el año 2015 la Contraloría General de la República, para no tocar el estudio que hizo la Universidad Católica, que es una entidad privada. Un ente estatal como la Contraloría General de la República de donde de los laudos que fueron examinados, algo así como unos tres mil laudos, el monto demandado de los privados al Estado, superaba los dos mil trescientos siete millones, y de esos dos mil trescientos siete millones que fueron demandados, se condenó al Estado en mil ciento veintiocho millones; esto es, menos del 50% de lo que fueron las pretensiones de los demandados.

O sea, que, matemáticamente, si es que solamente pudiéramos quedarnos en esa cifra, tendríamos que decir que cuando uno es demandado por cien y al final pierde cuarenta y ocho.

Se dirá: «Bueno, es que de ese cuarenta y ocho no debió otorgarse ese cuarenta y ocho».

Ése es otro análisis y sobre ese particular no hay estudios, pero, matemáticamente, respecto de cifras explícitas, generadas por el propio órgano de control, lo cierto del caso es que del 100% demandado, el Estado fue

obligado a pagar o se le ocurrió pagar a través de laudos menos del 50%, algo así como el 48%.

Tema 1, una voz que es muy importante en este mismo estudio que es del año, vuelvo a reiterar, 2015, el órgano de control pone sus ojos en un concepto que es de materia arbitrable reiterada en aquel entonces, creo que se ha ido decantando el tema que son las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Y, entonces, el órgano de control dice que este monto, que son algo así como ciento veintidós millones, sí constituyen una pérdida para el Estado porque nunca debió efectuarse, y luego detecta y señala: «Y esto se ha producido ante una ausencia de una efectiva gestión de los contratos».

Con lo cual, el órgano de control, ya en el 2015 atribuía que la pérdida que tiene el Estado en los arbitrajes respecto a la indemnización por daños y perjuicios, su mayor preocupación estaba sustentada en la ausencia de una efectiva gestión de los contratos.

Solamente para quedarnos en el marco y para estar todos hablando en los mismos conceptos, hay que recordar que el 52% de los arbitrajes son de obras, mientras que un 30% son de servicios y el resto son de bienes. Y en obras, obviamente, los temas más recurrentes son ampliaciones de plazos, gastos generales y liquidación, y en lo que se refiere a bienes y servicios, la mayor carga está en las penalidades.

En el 2020, como bien ha referido Carlos, en una extraordinaria síntesis del diagnóstico que ha publicado OSCE, por eso te doy un reconocimiento, Carlos. Has sintetizado brillantemente el documento, a pesar de su larga extensión.

El OSCE, dentro de su trabajo, nuevamente pone énfasis en estos riesgos, pero llama la atención que gran parte de los laudos perdidos tienen su origen en las deficiencias o «malos», dice expresamente, incluso, la palabra, deficiencia de los expedientes técnicos: términos de referencia y expedientes técnicos.

Esto es, que la indefensión teórica del Estado no se genera en el momento de la ejecución contractual, y menos en el momento del arbitraje.

La indefensión del Estado se genera, tiene su génesis más remota en el momento mismo que, de acuerdo al contrato y, como bien ha referido Carlos, en el momento de la precompra. Es ahí en el momento en que se genera qué voy a comprar, cómo voy a comprar y qué elementos tengo que tener en cuenta para poder solicitar una oferta.

Ahí está la génesis de la mayor indefensión —así denominemos— del Estado en los procesos.

En este mismo documento también se señala algo que ha puesto también de manifiesto, por supuesto, Carlos, de manera reiterada, es la falta de coordinación interna entre el área usuaria y el área de ejecución.

Y esta falta de coordinación, que se ve en el mismo seno de la propia entidad que hace la compra, se pone más de manifiesto en el momento del proceso arbitral, donde los procuradores tienen que estar tocando puertas de manera reiterada para que el área usuaria emita un informe o que el área de supervisión del contrato también se pronuncie.

Frente a este panorama yo quiero (sólo me quedan tres) señalar algunas ideas que me parecen fundamentales.

Lo primero, que la gestión de contratos no es algo que se debe ver a futuro; es una necesidad inmediata. La gestión de contratos es un requerimiento para poder alcanzar la finalidad pública y maximizar el uso de los recursos del Estado.

No voy a hablar de algunos otros riesgos que también señala OSCE, cuando habla, por ejemplo, de que no se gestiona oportunamente el pago a los proveedores.

Sea por negligencia, dice, y el documento señala esto que es gravísimo, o por posteriormente solicitar algún tipo de beneficio.

Esto es gravísimo, pero esto es lo que pone de manifiesto la ausencia de gestión porque, si bien es cierto, el Estado tiene derecho a obligar al contratista que cumpla con sus prestaciones, el contratista, el proveedor tiene también derecho a solicitar del Estado que cumpla aquello que se obligó a través del contrato.

Me queda un minuto, quince. Entonces, voy a concluir con algunas ideas que considero que son las indispensables para que el Estado pase de una actitud como la que tenemos y que conocemos, a una actitud progresiva, que ya también, Daniel, en su intervención refiere de contratos colaborativos y todo.

Lo primero es que las partes deben de tener en cuenta que el contrato no es de una parte. El contrato establece obligaciones de ambas.

En consecuencia, el gestor del contrato, debe de estar el administrador del contrato, debe estar permanentemente teniendo posibilidad de exigir internamente el cumplimiento de las obligaciones para con el proveedor, y a la vez, exigir al proveedor que cumpla las obligaciones que están establecidas contractualmente.

En segundo lugar, este personal de gestión de contratos debe ser un personal capacitado.

En el proyecto de ley, por ejemplo, se habla de una escuela para los compradores. Me parece interesante la propuesta, pero algo más. Debe haber una intervención inmediata y concurrente del órgano de control.

Una de las cosas que nosotros hemos vivido permanentemente y vivimos, es que, de repente, estás ejecutando un contrato o has concluido con la ejecución de un contrato, y en el momento de la liquidación, aparece una observación del órgano de control que conlleva que el contratista, después de haber sido incumplido con todas sus obligaciones, debe devolver dinero porque la interpretación que dio al contrato el órgano de control, es distinta de la que le dieron sus funcionarios.

Es decir, es necesario un control permanente y concurrente del órgano de control y, además, un empoderamiento del funcionario en la toma de decisión.

Más que ir a arbitrajes, debemos de generar una cultura de prevención de conflicto. Y, por eso está muy bien que se vaya a la conciliación. Está muy bien que se dé un impulso a la junta de resolución de disputas y que el arbitraje quede al final, pero creo que yo a este proyecto de la Ley de Cadena de Abastecimiento y/o a cualquier otro que pueda servir, le falta algo que es fundamental, es la introducción de la mediación para la solución de las controversias dentro de la ejecución de un contrato. Pues, la conciliación es simplemente un decidir respecto a posiciones, en cambio, en la mediación, el mediador puede dialogar con las partes, incluso, por separado para plantearles alternativas de solución, y en la JRD en obras, al acompañar permanentemente toda la ejecución de la obra, evita el conflicto, incluso antes de que se suscite, cuando existen ya riesgos de divergencia respecto de un determinado quehacer.

Agoté mi tiempo. Me robé un minuto.

Muchas gracias por su atención.

Kattirin Salazar Quispe: Muchas gracias, doctor Ricardo Rodríguez.

Bueno, haremos unas breves conclusiones de este panel. Doctor Daniel Triveño, ¿podría darnos sus conclusiones respecto a lo que se ha expuesto en el presente panel?

Daniel Treviño Daza: Sí, algo rapidito porque tengo entendido que son tres minutos.

Miren, Ricardo ha dicho algo muy importante, y lo que él ha dicho yo lo voy a vincular con algo que yo he podido comentar.

Definitivamente, este informe de riesgos que sacó el OSCE, dice algo que es contundente, y lo leo a la letra. Dice: «Deficiencia técnica de los

requerimientos y los expedientes técnicos por información errónea o incompleta; eso asociado a la mala calidad de los requerimientos de los expedientes técnicos por falta de capacidad de los servidores de áreas usuarias».

Miren, aquí algo muy sencillo. Digamos, para enfocarlo de manera muy directa y muy breve.

Eso se debe, en parte, no únicamente al esquema de gestión de obra lineal, segmentado que tenemos en la Ley de Contrataciones. Primero pasa esto a ProInversión, luego haces tu expediente, luego haces tu citación y luego la ejecución de tu obra. Ése es, digamos, el esquema: expediente, licitación, obra, en términos sencillos.

Ya está demostrado que los esquemas lineales de ejecución de obra ofrecen algunas desventajas. No son completamente malos, yo soy de la opinión de que no son completamente malos, pero sí tienen varios defectos.

Entonces, por ejemplo, dentro de lo que va de este siglo, digamos, se gestó ya desde el año 2005-2006, todo lo que es esta onda, por decirlo así, de contratos colaborativos.

Dentro de este abanico de contratos colaborativos, que es como una caja de herramientas, hay una herramienta que se llama, les comento, diseño de valor objetivo o TVD, en sus siglas en inglés, el *Target-Value Design*.

¿Qué implica esta herramienta de los contratos colaborativos? En algo muy sencillo: lo que es la participación temprana de todos los involucrados en la gestión de la obra. De tal manera que intervengan, tanto el diseñador como el propietario y, eventualmente y necesariamente, el constructor desde un primer momento.

Si está claro en el sector público que los funcionarios tienen problemas con la configuración de sus requerimientos, con el dimensionamiento de lo que requieren, es importante que cuenten con la participación de aque-

llos que técnicamente están capacitados para poder, digamos, corregir esas deficiencias y agregarle valor al proyecto público.

Eso se logra a través de la aplicación de esta herramienta, que existe y se aplica en el sector privado muy bien.

Entonces, obviamente, aplicar esa herramienta en el sector público va a requerir un poquito más de esfuerzo porque, obviamente, se necesitan unos esfuerzos adicionales de adecuación, pero, por ejemplo, esto sería muy importante como una herramienta muy buena que pueda ser contemplada en la futura ley, si se van a basar en este proyecto o en algún otro proyecto en algún futuro mediano, incorporando, por ejemplo, esta metodología.

Es, digamos, la participación temprana de todos los involucrados. ¿Para qué? Para agregarle necesariamente valor al proyecto de propiedad pública.

Entonces, y con eso, con una adecuada participación temprana, propender a eliminar los costos prescindibles, y eliminar o atenuar lo más posible aquellos aspectos típicos en la ejecución de obras que tenemos al día de hoy, como, por ejemplo, son las ampliaciones de obra.

Yo creo que haciendo una participación temprana, un trabajo temprano en la gestión de los proyectos, se puede, digamos, ahorrar mucho.

Pero, para eso la norma tiene que propender, tiene que colaborar para poder admitir estas metodologías.

Bien, entonces, eso, digamos, dentro del tiempo asignado y muchas gracias.

Kattirin Salazar Vásquez: Muchas gracias, doctor Daniel Triveño.

Doctor Carlos Álvarez, sus conclusiones finales.

Carlos Álvarez Solís: Muchas gracias, doctora Salazar, por el pase, y bien, a manera de conclusión, siempre hemos visto que la contratación pública tiene problemas y trae bastantes conflictividades.

Siempre se ha pensado que el cambio de la Ley de Contrataciones con el Estado permitía, de manera automática, una mejora en el sistema de las contrataciones con el Estado.

Cada vez que veía eso, me he dado cuenta de que ha habido varios y reiterados cambios normativos. Mencionaba que se está poniendo frente a este gran problema la carreta frente a los caballos.

Cuando leí el informe del OSCE sobre gestión de riesgos de julio de este año, dije, por primera vez estamos entendiendo que debemos de hacer un buen diagnóstico para poder identificar las causas que traen conflictividad en las contrataciones con el Estado, y de esta manera empezar a tomar medidas.

Espero que las nuevas aspiraciones del sistema nacional de abastecimiento se orienten a este norte, sobre todo porque el informe de la OSCE, respecto de gestión de riesgos, menciona tres aspectos fundamentales y que creo que son primordiales para mejorar el sistema de contratación pública: la eficacia, garantizar la competencia y priorizar la integridad en las contrataciones con el Estado.

Mi salto o privilegio quizás, desde mi punto de vista como funcionario público, dos riesgos fundamentales, y que creo que son los medulares en los que deberíamos de poner más énfasis.

El primero es los dieciséis riesgos respecto a gestión de recursos humanos en las contrataciones con el Estado. Me parece fundamental que el capital humano, ya sea por deficiencias en capacitación, deficiencias remunerativas, deficiencias logísticas, deficiencias de burocracia interna o divorcio, como lo había rescatado también el doctor Ricardo Rodríguez Ardiles en lo que versa al área usuaria con el OSCE, deben de ser tratadas con prioridad.

¿Por qué? Porque muchas veces vemos que el problema es un problema de leyes, pero, en realidad, no lo es así.

Muchas veces se ensimisma el tema de problemas internos o problemas de capital humano, y que son muchas veces los más difíciles de hacer algo; los más difíciles de tratar.

Y el segundo riesgo importante es el tema de la solidez en el requerimiento de contratación, y creo que ha sido destacado por el doctor Triveño y ha sido destacado también por el doctor Rodríguez.

No es, muchas veces, una inadecuada o una carencia o una falencia en la gestión administrativa del contrato en la etapa de la ejecución contractual.

Los problemas de connotación de aplicación de mecanismos de solución de controversias se dan por deficiencias en el expediente técnico; deficiencias en los términos de referencia, deficiencias en las especificaciones técnicas, y eso, pues, es labor interna de la entidad.

Me parece valioso que el OSCE esté orientando su visión a eso y que, sobre todo haga reflexionar a las entidades respecto de la importancia y relevancia de esa etapa, la famosa etapa denominada como la precompra o actuaciones preparatorias, si es que queremos utilizar la Ley n.º 30225.

Si tenemos en cuenta estos dos riesgos como prioritarios, ya hemos avanzado bastante, por lo menos, es mi punto de vista.

Si fortalecemos el capital humano y fortalecemos el tema de la profesionalización de la carrera del profesional que se dedica a las contrataciones públicas desde el punto de vista de la entidad, vamos a avanzar bastante.

Y, si fortalecemos la labor y la interacción que hace por brindarle mayor *expertise*, no le tengamos miedo a las consultorías, no le tengamos miedo a pedir apoyo a profesionales o colegios profesionales, a terceros cooperantes que está, incluso, regulado en la Ley de Contrataciones con

el Estado, inclusive, hasta para las etapas de procedimiento de selección, y que es de bastante valía.

Si tomamos estos dos riesgos de los ochenta y uno externos y de los veinte internos, creo que, por lo menos, algo estamos avanzando en las contrataciones con el Estado.

De plano, hacer el informe de gestión de riesgos por parte del OSCE y del observatorio de integridad y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, me parece más valioso, inclusive, que discutir temas de connotación de cambios normativos.

Creo que, de todas maneras, y que, ineludiblemente, tal como se están presentado las cosas y las fluctuaciones normativas se van a presentar tarde o temprano en nuestra legislación. Estamos a la espera, justamente, de la finalización de etapa de observaciones, y luego la posterior elaboración del reglamento que nos traerá un nuevo sistema de contrataciones públicas, pero que, si guarda esta mirada de gestión de riesgos, si guarda el análisis que se ha hecho de la realidad, era lo que tanto necesitábamos; un análisis real o un análisis plausible de lo que necesitamos como gestión de la compra pública para nuestro país.

Espero que los involucrados en esta materia de contrataciones públicas demos nuestro grano de arena, sobre todo en estos dos aspectos, y espero que, a raíz de eso, vayamos a obtener grandes y satisfactorios resultados para mejorar la contratación pública en nuestro país.

Muchísimas gracias por la oportunidad y por la invitación al Círculo de Arbitraje con el Estado y a usted, doctora Salazar.

Muy amable.

Kattirin Salazar Quispe: Muchas gracias, doctor Carlos Álvarez.

Doctor Ricardo Rodríguez, una conclusión final que quiera agregar.

Ricardo Rodríguez Ardiles: Sí, cómo no.

La gestión de un contrato es un proceso, no es una cuestión automática e inmediata. Es un proceso que consiste en administrar la totalidad del contrato, su eficiencia y análisis, con el objetivo de maximizar los recursos y los rendimientos propios del mismo, asegurando, en el caso de la contratación pública, la finalidad de la satisfacción de una necesidad en un momento oportuno.

Por eso, yo creo que, dentro de este proceso de gestión de contratos, debe de priorizarse la gestión por resultados.

Esto está expresado en nuestra Ley de Contrataciones, pero no ha tenido una materialización explícita. La gestión por resultados está ahí como un principio casi carente de contenido práctico y a esto hay que darle un contenido práctico.

Pero, además, debe estar imbuido dentro de una cultura de prevención de conflicto dentro de un contrato, en la medida que las partes tengan una clara disposición de que el contrato es netamente colaborativo.

Ambas partes deben apuntar a la misma finalidad. No una en contra de la otra, ni la otra en contra de la primera. Es un contrato de colaboración, básicamente.

Para ello, y con estas dos líneas, debe de empoderarse al funcionario público, brindándole la capacidad pertinente para que pueda tomar decisiones adecuadas, debe generarse una acción de control concurrente y no posterior, para que los funcionarios no sean temerosos de la toma de decisiones.

Debe haber, dentro de esta cultura de prevención de conflicto, más procedimientos o mecanismos alternativos. No sólo la conciliación, no sólo el arbitraje, no sólo la junta de resolución de disputas, que son avances significativos, sino también yo, en este momento, propugno que se introduzca a la mediación, y bajo este esquema de colaboración, veracidad

entre partes, niveles de capacitación adecuado del funcionario para la toma de decisión.

Con seguridad de que nuestro objetivo de gestión por resultados y obtener satisfacciones de necesidades públicas, en la necesidad, en la oportunidad prevista, será una realidad no sólo una esperanza.

Muchas gracias al Círculo por la invitación. Muchas gracias Kattirin por tu extraordinaria conducción del panel.

Kattirin Salazar Quispe: Muchas gracias, doctor Ricardo Rodríguez, doctor Carlos Álvarez y doctor Daniel Triveño, por sus aportes en este primer panel.

Quería acotar a lo ya señalado por el doctor Ricardo Rodríguez en la necesidad que tenemos de ampliar los mecanismos y solución de controversias, y no tener que llegar al arbitraje.

Podría también evaluarse el trato directo, siendo éste un mecanismo efectivo en obras por impuestos.

Podría también evaluarse un mayor impacto de la conciliación, y no esté sólo como parte de lo que está contemplado en la norma, sino que se vea, efectivamente, en la realidad.

Muchas gracias a todos. Quería agradecer también al CAE, y con ustedes cerramos este primer panel.

Gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctora Salazar, doctor Ricardo Rodríguez, doctor Triveño, y doctor Carlos Álvarez, por las excelentes exposiciones.

Jorge Abel Ruiz: Bien, continuando con el programa, tengo el honor de presentar a los doctores Alfredo Soria, Sergio Tafur y María Hilda Becerra

Farfán, quienes abordarán este segundo panel, respecto al proceso de selección en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y también los mecanismos de solución de controversias, como lo es el recurso de apelación ante el tribunal del OSCE, o también por la cuantía, si es menor a cincuenta UITs, los recursos de apelación los resuelve la entidad convocante.

En ese sentido, el día de hoy nos acompañan especialistas en la materia, quienes van a compartir cuáles son las novedades también que, como ya lo hemos mencionado, nos trae este nuevo proyecto de la Ley General de Abastecimiento, y, en ese sentido, bueno, doctor Alfredo Soria, quien es abogado especialista en contratación pública y docente universitario en diferentes casas de estudio, me gustaría trasladarle esta inquietud: ¿qué novedades, dentro del procedimiento de selección recoge el proyecto de la Ley General de Abastecimiento Público?

Doctor Alfredo Soria, bienvenido y gracias por acompañarnos en el Tercer Congreso de Contratación Pública y Arbitraje.

Tiene usted el uso de la palabra doctor Alfredo Soria.

MESA N.º 2: «PROCESO DE SELECCIÓN EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y TAMBIÉN LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO LO ES EL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DEL OSCE, O TAMBIÉN POR LA CUANTÍA, SI ES MENOR A CINCUENTA UITs, LOS RECURSOS DE APELACIÓN LOS RESUELVE LA ENTIDAD CONVOCANTE»

Jorge Abel Ruiz (moderador)

Alfredo Soria Aguilar

María Hilda Becerra Farfán

Sergio Tafur Sánchez

Alfredo Soria Aguilar: Buenas noches, ¿qué tal?, ¿cómo están? Primero el agradecimiento al Círculo de Arbitraje con el Estado y al doctor Jorge Abel Ruiz y a todo el equipo del CAE por la invitación.

Es un honor compartir el panel con el doctor Tafur y la doctora Becerra.

Respecto a la pregunta ¿cuáles son los cambios? Si, simplemente, hacemos una comparación entre las normas, parece que nos han quitado mucho. Ésa es la primera impresión que le da a quien le brinda una revisión al proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, respecto de la actual ley del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, inclusive con su modificatoria de 1444.

Si comparamos ambas normas, vamos a ver que, en primer lugar, este proyecto de ley nos trae una norma que tiene poco articulado. Es decir, se ha sacado de la ley muchos aspectos que han estado bastante regulados. Para algunos ya en demasía, en cuanto a regulación, ya están sobrerregula-

dos. No debería estar todo en la ley. Y ése es un primer cambio para tener en cuenta, respecto de la regulación.

En el tema de los procesos de selección se ha sacado de la ley mucho detalle y muchos aspectos que usualmente consideramos y que siempre estaban presentes en las normas de contratación con el Estado. Estoy hablando de todas las versiones de la Ley n.º 30225 con sus modificaciones 1341, Decreto Legislativo n.º 1444, vemos en el marco vigente y a lo que estamos acostumbrados, estamos acostumbrados a que la ley nos diga absolutamente todo. En detalle, a veces, con plazos, los requisitos, todos tienen que estar en la ley; para aspectos de procedimientos; para aspectos contractuales; todo queríamos que esté en la ley.

Entonces, un primer cambio que tenemos es que esta norma tiene pocas disposiciones acerca del procedimiento de selección.

Entonces, ahí puede haber dos lecturas. Una primera lectura es que, entonces, todo va a estar en el reglamento, y si está en el reglamento, va a ser más fácil cambiar, con lo cual, si era difícil modificar una ley, y hemos visto a lo largo de este tiempo tantos cambios a la Ley de Contrataciones con el Estado, los cambios van a ser mucho más rápidos y dinámicos, si es que, simplemente, está en el reglamento. Puede ser una primera visión.

Otra visión diferente puede ser, bueno, es que era necesario, de repente, que la ley establezca absolutamente todos los temas, es decir, tendría que estar necesariamente en la ley; todos los aspectos y alcances del procedimiento de selección, y tener esa regulación como tradicionalmente la tenemos, ésa es la primera pregunta que habría que hacernos.

Y sobre este tema no hay una respuesta única, simplemente, estoy trayendo lo que aprecio de que nos trae este proyecto.

Para efectos de reflexionar, porque se trata de un proyecto. En este proyecto, nosotros, desde nuestros diferentes ámbitos, podemos opinar.

Entonces, un primer tema podría ser eso.

Para muchos especialistas puede ser un tema de riesgo o de inseguridad que la norma, la ley, en este caso, para ser más preciso, la ley no considere algunos temas que tradicionalmente se regulaban en las normas que hemos tenido y que estamos acostumbrados a tener.

Entonces, ahora el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento, tiene menos normas, menos regulación y puede verse como un tema de riesgo. ¿Por qué? Porque va a ser más fácil para el legislador que no necesita una norma de rango de ley, modificar el reglamento. Si todo va a estar en el reglamento, va a ser mucho más fácil de modificar. Con lo cual, vamos a tener un escenario de inseguridad, de incertidumbre, mayor al que tenemos actualmente.

Entonces, hay que analizar eso: ¿conviene o no conviene tener un escenario así?

Si es que los cambios en la regulación, me refiero al reglamento, no van a ser tan drásticos con respecto de los aspectos que, usualmente, están funcionando y nos están llevando a manejar bien las contrataciones. No habría ningún problema, pero esa incertidumbre, por lo menos, de entrada, ya tenemos.

Ahora, ¿y esto por qué es así? Yo creo que ésta es una norma de transición. Sinceramente, les digo que ésa es mi apreciación. O sea, lo que pienso es que estamos yéndonos de un escenario sumamente regulado, con una serie de perspectivas que ahora están siendo cambiadas, y esa afirmación la tengo por lo primero que es el artículo primero que establece este proyecto de ley general.

El enfoque ahora es el abastecimiento y la satisfacción de las necesidades ciudadanas.

El enfoque de las normas anteriores, inclusive, la vigente es la contratación, y hay que maximizar el valor de los recursos públicos, nos dice la ley vigente del Texto Único Ordenado de la 30225. Eso es lo que nos dice, el enfoque es cómo contrato y maximizar el recurso.

Ahora, más bien, la orientación es algo diferente. Se ve a la contratación como parte de la cadena. No es lo único, precisamente, lo que nos comentaba el doctor Rodríguez hace poco. Oye, hay que hacer el expediente, hay que planificar mejor.

Y es que todo incide en la gestión del recurso público. Entonces, hay que ver a las adquisiciones que realiza el Estado a la forma en la cual logra obtener el abastecimiento para cubrir las necesidades públicas del Estado como un todo, y no solamente fijarnos solamente en la contratación o solamente fijarnos en el arbitraje, que ya es lo último ya en la cadena. Cuando ya falló todo el sistema, entonces, ahí viene el arbitraje, y se cuestiona, a veces, que haya ganado una u otra parte, cuando el problema no es de la defensa, sino ya es un tema que viene de mucho más atrás.

Entonces, por eso es que, si tenemos en cuenta el cambio de finalidad, vamos a entender de mucha mejor forma estos cambios que hay en la normativa que nos trae este proyecto. Este proyecto que está planteando la Ley General de la Cadena de Abastecimiento.

Si entendemos que el enfoque es distinto, vamos a poder entender, entonces, por qué ahora menos normas.

Entiendo y así lo señala la norma, yendo al tema específico de los procedimientos, que estamos, como les decía, estamos en una norma de transición; el enfoque está tratando de hacer cambiar, y me parece, de lo que estoy entendiendo de este proyecto, que se va a tratar de priorizar, como lo dice el artículo 35, cuando se refiere al tema de la estandarización, a esas compras que se alejan del procedimiento clásico de selección.

O sea, lo tradicional que tenemos nosotros como parámetro en el procedimiento de selección es el procedimiento clásico. El concurso y la licitación están admitidos también en esta norma. No están sobrerregulados como usualmente estaban.

Pero, aparentemente, lo que señala esta disposición, de darle la prioridad a la estandarización, me parece que la norma está tratando de llevarnos

a una contratación que priorice el tema de los catálogos electrónicos, por ejemplo, o aquellos escenarios en los cuales se pueda contratar bienes que se encuentren estandarizados y en el cual manejemos mecanismos de contratación que sean distintos en el procedimiento clásico.

Por todas las taras y problemas que nos trae el procedimiento de selección clásico, me parece que ésta es la habilitación de la norma, y por eso es que ya no se sobrerregula tanto el rema de la licitación pública, concurso público que todavía se mantiene. Pero me parece que la prioridad de la norma es estandarizar los productos, de repente tener fichas técnicas, y eso viene a ser: ¿cuál es mi lectura? No solamente de lo que dice el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, por ejemplo, si vemos cuál ha sido la labor en los últimos tiempos de PerúCompras, para poder establecer fichas en la actualidad, según la información a la que he tenido acceso, hay más de dos mil fichas. Existen más de dos mil fichas de bienes y servicios que hoy se ha podido estandarizar; más o menos, manejar un criterio uniforme para poder contratar de manera diferente al procedimiento clásico.

Entonces, creo que ésta es la orientación, y por eso es que no se ha regulado tanto el tema del procedimiento clásico, porque entiendo yo que estamos en una norma de transición que nos va a llevar a este otro escenario, en el cual vamos a dejar al procedimiento clásico para aquellos casos en los cuales sí corresponde el procedimiento clásico, pero tratando de enfocar la contratación pública más bajo escenario de estandarización, bajo criterios de la compra bajo supuestos de fichas técnicas.

Darle prioridad a la adquisición a través de catálogos electrónicos, me parece que ésta es la orientación de la norma.

No hay mucho que hablar sobre este tema, en cuanto al tema que se me ha brindado en específico, porque la norma no dice mucho. Se lo está dejando, prácticamente, al reglamento, como si nos dieran el avance de una película. Estamos viendo solamente el avance de la película. Entonces, yo no puedo decir si es buena o mala hasta que no vea la película. Falta todavía que salga el reglamento, pero creo que el enfoque es éste.

Estamos cambiando enfoques, más bien. Estamos acostumbrados a un enfoque y nos están diciendo: «No, no. Ya el enfoque no es la compra; el enfoque es cómo el Estado satisface las necesidades ciudadanas, entendiendo que cada una de las fases de procedimiento de selección es importante para el abastecimiento público.

Entonces, a todas estas fases tenemos que darle relevancia. Está tratando de cambiarse el enfoque. Me parece; ésa es mi apreciación y, como les digo, la norma no nos trae mucho detalle. Habla de compras descentralizadas, por ejemplo, de bienes, servicios u obras que, por su importancia, estratégica complejidad o necesidad de especialización, deben comprarse de manera centralizada, algo similar a lo que es el caso de las compras corporativas, parecido.

Vamos a ver qué cosa dice la regulación, qué diferencias puede haber entre uno y otro, pero está tratando, me parece, esta norma, de cambiarnos el paradigma.

Yo no puedo decir que es bueno o malo hasta que no salga la reglamentación, pero creo que sí es necesario cambiar el paradigma. ¿Por qué? Porque como estamos actualmente, las cosas no están funcionando. Y no es por un tema de que el arbitraje sea bueno o malo. No es porque alguna fase en específico sea buena o mala. Hay algunas malas prácticas. No necesariamente... el tema de la corrupción está también, pero no necesariamente por eso, sino por una mala gestión en cada una de las fases.

Tenemos que cuidar que todas las fases en la cadena de abastecimiento, para lograr esa satisfacción de las necesidades ciudadanas se cumplan para que, precisamente, los recursos públicos se utilicen en buena forma.

Muchas gracias por su atención.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctor Alfredo Soria. Interesante el enfoque que, efectivamente, cambia el *chip* de las contrataciones del Estado y también algunos términos y etiquetas en cuanto a la denominación. Ya no la vamos a conocer como Ley de Contrataciones, como hace veinte años

nunca se había cambiado la Ley de Contrataciones, ahora va a tener otra denominación, que orienta más al tema del abastecimiento público, que, sin duda, es importante la contratación pública, pero también deja, como usted ha señalado, temas pendientes para reglamentar este proyecto.

Aunque en las fechas está recibiendo algunas propuestas, sugerencias por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, así que los interesados en la materia pueden brindar sus aportes y comentarios.

Y, bueno, continuando con el panel, tengo el honor de presentar a la doctora María Hilda Becerra Farfán, quien es árbitro especializada en contratación pública, y también docente universitaria en diferentes casas de estudios.

Se ha desempeñado también como presidenta del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Y, bueno, sobre lo que hemos escuchado, doctora, María Hilda, qué mecanismos de solución de controversias se van a dar durante el proceso, el procedimiento de selección, y este mecanismo que ya lo conocemos como la apelación ante el tribunal del OSCE o, si es una menor cuantía, pues de cincuenta UITs, pues, sería al titular de la entidad. Qué novedades nos traen estos recursos de impugnación, en el marco de la Ley n.º 30225.

Doctora María Hilda, bienvenida y tiene el uso de la palabra.

María Hilda Becerra: Muchas gracias, Jorge. Gracias a todos por la invitación. Siempre es un gusto estar con ustedes y compartir, además, el panel con tan distinguidos profesionales. Siempre felicito el entusiasmo por estar conversando de contratación pública, y creo que esto es importante, por una razón muy sencilla. A veces no nos damos cuenta, no nos percatamos de que la contratación pública es fundamental para el bienestar ciudadano.

A veces sentimos que es una actividad, más o menos, accesorio o que no tiene nada que ver o la sentimos lejana, pero si nos ponemos a analizar la contratación pública, es un tema medular, no sólo para el ciudadano

común y corriente que sale y usa o no usa un parque público correctamente o tiene un espacio verde tan importante estos días, sino también tiene importancia.

Entonces, esa cuestión tan doméstica como poder salir con un hijo o con un perro al parque en un área verde cuidada, limpia y agradable, hasta cuánto es el impacto en el PBI.

Entonces, teniendo en cuenta esa importancia de la contratación pública, creo que sí es fundamental pensar en que este proceso de abastecimiento tiene que ser justamente eso: todo un proceso de abastecimiento y creo que sí, durante los últimos veinte años nos hemos centrado en el procedimiento de la compra; en cómo hacemos para comprar específicamente, cómo es el procedimiento de selección, este tipo de concurso es... y hemos hecho una serie de reglas con muchas excepciones, con muchas particularidades.

Entonces, creo que esto ha sido, al final del día, perjudicial porque hemos ido recogiendo en la norma, incluso, con rango de ley, muchas veces, precisiones que, probablemente, debieron quedarse en otro nivel.

Y un ejemplo muy sencillo es, por ejemplo, un supuesto de improcedencia del recurso de apelación. El día de hoy, tanto la ley como el reglamento contemplan no sólo las consecuencias del recurso de apelación que, por ejemplo, dice como regla general se suspende el proceso de apelación de este procedimiento de selección, con la sola interposición del recurso.

Pero esta regla general va a tener varias excepciones. La primera es que sea solamente un ítem y todos los demás ítems que no son apelables, obviamente, van a continuar el procedimiento de selección, que, además, es una cuestión lógica, si entendemos que cada ítem es un procedimiento independiente, pero que ha sido agregado en un procedimiento mayor, es lógico que yo, si impugno un solo ítem, un solo ítem, sea suspendido, y no todo el procedimiento de selección.

Pero esta cosa que es tan lógica, digamos, está expresamente prevista en el reglamento el día de hoy, porque hemos ido requiriendo que la norma nos diga, específicamente, cuáles son las soluciones a los casos concretos que se van dando en el día a día.

Otro ejemplo. La norma contempla, por ejemplo, la declaración de improcedencia cuando falta legitimidad para la obra, y la norma, el día de hoy es tan específica que, a nivel de reglamento, nos dice un supuesto de improcedencia es cuando ha sido descalificado y no ha logrado revertir su calificación; y, entonces, tampoco puede válidamente impugnar o cuestionar la buena pro otorgada.

Entonces, eso, por ejemplo, que ahora está puesto específicamente en el reglamento es un concepto que deriva de la falta de legitimidad de todos los abogados que conocemos. Probablemente, sería suficiente el que los abogados conozcamos el concepto y poder ir adelante y no necesitar que esté específicamente previsto en la norma de contrataciones.

Y así como ésta hay una serie de precisiones y particularidades que se han ido incorporando, y, entonces, coincido completamente con el doctor Soria, cuando señala que esta nueva ley o este proyecto de ley es un cambio para bien.

Y, en particular, en materia de apelaciones, una cuestión que trae el proyecto, que es importante y que en algún momento también se ha discutido con anterioridad, es la posibilidad de restringir el recurso de apelación, pero sólo si es que yo soy descalificado, si yo soy excluido del procedimiento o si mi calificación ha sido incorrecta.

Lo que pasa el día de hoy es que yo puedo interponer el recurso de apelación, pero no me limito a mi oferta, sino también puedo cuestionar la oferta del otro. Entonces, eso, si bien muchas veces se ha mantenido normativamente, y se ha dicho que es posible impugnar la buena pro pero para cuestionar la postura o la oferta del ganador, eso se decía, bueno, genera el incentivo de que todos estén atentos en el mercado y «colaboren con la administración» para, por ejemplo, los casos en los que existe

documentación falsa o la oferta, efectivamente, no cumple con todos los requisitos.

Pero, por otro lado, eso ha generado también un incentivo perverso para que los competidores entre ellos interpongan recursos de apelación, que no necesariamente responden a la finalidad de la apelación, sino para buscarles, sobre todo cuando son competidores realmente, digamos, verdaderos, si es que no hay mucho, buscar al otro, perjudicar al otro, y, entonces, yo escudriño su propuesta, y por eso es que lo que pasa el día de hoy es que, cuando alguien gana la buena pro, al día siguiente, el perdedor está pidiendo copias de la postura del otro para revisar su propuesta, y, entonces, presentar un recurso de apelación, no para que sea verificada mi propuesta, sino para cuestionar la propuesta del ganador.

Entonces, la fórmula que se está pensando, como se ha previsto en el proyecto, por ejemplo, justamente, se evita que se cuestione la buena pro del otro o la postura del otro, sino solamente para defender mi oferta.

Entonces, ahí es un cambio de paradigma, completamente importante para nuestra cultura que es bastante litigiosa.

Otro asunto que a mí me parece importante es que creo, restringiéndonos al tema de apelaciones, que es fundamental analizar un poco la estadística y la data de lo que ha ido ocurriendo con las sucesivas modificaciones a la Ley de Contrataciones.

La primera es la 30225; ha sido ya, prácticamente, cinco años, entonces, creo que lo mínimo a lo que tendríamos que tener acceso todos, es a la información concreta de cuánto están tomando los procedimientos de apelación, cuántos procedimientos son fundados, qué rango, respecto de qué procesos de selección se van interponiendo recursos de apelación porque, por ejemplo, eso nos da la idea de si el proceso está o no está, digamos, amañado, voy a decir.

Cómo funcionaba el Club de la Construcción; era una ruleta de asignaciones de buena pro por turno. Entonces, obviamente, si somos diez

contratistas potenciales y a uno es al que le toca el turno; los otros nueve nos vamos a quedar calladitos y vamos a esperar, simplemente, nuestro turno, y no vamos a ir a un proceso de apelación.

Entonces, ese tipo de cosas creo que nos pueden ir indicando, por ejemplo, qué tan transparente es el procedimiento de selección y también nos puede ir indicando hasta qué punto nuestro proceso de selección está siendo o no competitivo.

Otro asunto que creo que es importante rescatar es que, en el caso de la apelación, por ejemplo, la norma actual contempla esta doble competencia de la identidad y del tribunal de contrataciones.

Entonces, creo que habría que revisar estadística para ver cuántos procesos de apelación ante las entidades son declarados fundados. Qué porcentaje es ése.

Porque muchas veces, diríamos, la percepción inicial sería, la entidad va a insistir con su posición, y es bien complicado que revoque su propia buena pro, por una cuestión bien sencilla. Si bien la norma dice que los funcionarios que intervienen en el procedimiento de selección, no deben intervenir en la apelación, lo lógico también allí es que podamos encontrar la posibilidad de que esa norma, no necesariamente se cumpla.

Y, entonces, voy a apelar por gusto y voy a perder mi garantía por gusto.

Por ejemplo, esta doble competencia creo que sí es importante analizarla, pero no a la luz de lo que me parece, desde mi percepción de una experiencia aislada, sino creo que eso sí nos exigiría ver data, y creo que el Seace sí está en posibilidad de proporcionar esa información.

Otro tema que creo que es importante, es el tema de la garantía. En algún momento conversábamos si la garantía es o no un desincentivo, si no es alto por suficiente o insuficiente, y creo que la pregunta más que el

monto de la garantía, es hasta qué punto realmente en los procesos más grandes se interponen recursos de apelación.

Y no se interponen recursos de apelación por la garantía o es que los procesos ya están, más o menos, definidos previamente, y entonces no estamos hablando realmente de procesos de contratación competitiva.

Entonces, ahí yo creo que es fundamental analizar la data que está en el Seace. Es cuestión de limpiarla y realmente tomarse el trabajo de hacer un poco esto de minería de datos que el día de hoy existen, con la finalidad de dar soluciones un poco más concretas.

Y dos temas, ya para finalizar, que creo que son importantes. Si vemos la normativa el día de hoy, hemos visto que, tanto la ley y el reglamento, sobre todo el reglamento en las sucesivas modificaciones, incluso, desde la ley pasada, desde el 2017, ha hecho un esfuerzo muy grande porque el procedimiento de apelación sea a través de la plataforma del Seace, y, de hecho, el día de hoy, una es registrar, teniendo esa elección la entidad y el contratista debe colgar, vamos a decir, su informe técnico en la plataforma del Seace.

Entonces, creo que este tipo de mecanismos, no sólo se debería valorar o potencializar, sino comenzar a utilizar inteligencia artificial para simplificar estos procesos, y creo que, además del hecho de poner una norma que sea tan genérica, creo que sí es importante pensar en hacer operativos los procesos.

Una cuestión importante es que, por ejemplo, el día de hoy, entre los requisitos para presentar el recurso de apelación, no se necesita firma de abogado. O sea, y la pregunta es, eso quiere decir que un postor puede presentar su recurso de apelación sin necesidad de un abogado; la pregunta es qué tan fácil es hacerlo realmente. ¿No sería más útil, más práctico, más positivo poner un formulario tipo Google, para que el contratista tenga la posibilidad de hacer esto? De manera muy sencilla, familiar.

Un segundo tema es, por ejemplo, el de los requisitos de la calificación de admisibilidad y la calificación de procedencia o improcedencia del recurso.

El día de hoy, la calificación de la admisibilidad del recurso, se hace en mesa de partes.

Eso quiere decir que yo voy, bueno, cuando se hacía presencialmente, y se presentaba el recurso de apelación en mesa de partes, en ese momento se cargaba la información en el Seace, y entonces, en ese momento se verificaba si se cumplían o no los requisitos.

Y es por eso que solamente no se podía omitir o se tenía que cumplir necesariamente los requisitos, que sea preciso: el nombre o el número de procedimiento de selección, porque eso va a permitir al operador subir la apelación a esa ficha; y, luego, tener el representante legal.

Eso se hace en mesa de partes el día de hoy, pero el día de hoy también tenemos que, si el recurso de apelación es extemporáneo, necesitamos transcurrir todo el procedimiento de selección para llegar a una declaración de improcedencia. ¿Cuánto tiempo hemos utilizado para hacer ese procedimiento?

Entonces, yo creo que sí es importante aligerar el proceso, pero sobre todo encontrar mecanismos por los que la tecnología sirva realmente de soporte para hacer este mecanismo realmente rápido, de manera que los contratistas y los proveedores puedan acceder fácilmente y que no sea un procedimiento adicional, caro, engorroso, pesado, y que, sin duda, equilibre la necesidad de acceder a un procedimiento de selección con la necesidad de hacerlo rápido y no interrumpir ni suspender todo el procedimiento.

Yo coincido completamente con el doctor Soria, en el sentido de que este proyecto es un cambio de paradigma, pero creo que ese algo positivo es que después de veinte años, estamos volviendo a pensar en la contratación

pública, después de este segmento tan pequeño, de ver cómo selecciono al contratista.

No tiene ningún sentido. Si yo tengo el procedimiento de selección perfecto del contratista, y es maravilloso el procedimiento de selección, eso no tiene ningún valor si lo que estoy comprando es una chatarra, por ejemplo.

Eso es, creo, fundamental y creo que la idea detrás de todos los sistemas administrativos de los que hemos hablado tanto, últimamente, es justamente hacer que el dinero público solucione necesidades concretas, y creo que la pandemia nos está mostrando que debemos dejar de pensar en las soluciones de siempre.

¿Qué cosa es urgente el día de hoy? El día de hoy es urgente un parque. Y es una cosa tan sencilla y simple. ¿Cuánta planificación urbana tenemos? ¿Cuántas calles se hacen? Pistas y veredas, que es la construcción más elemental, contemplando urbanización. ¿Cuántas? ¿Cuántas se hacen contemplando ciclovías?

Eso no se hace. Yo puedo tener el procedimiento de contratación, pero si yo no pensé en la necesidad de transporte de los ciudadanos, si no pensé en la necesidad de que la bicicleta sea un bien de transporte fácil y no contemplé que mi calle sea arborizada por una cuestión de cambio climático, por una cuestión de poner agradable y estético el ambiente. La estética es un concepto que ya parece estratosférico, pero es urgente mirar estos conceptos. Yo creo que por mucho que tengamos el procedimiento perfecto, siempre vamos a estar en un problema.

Y a mí me parece que, si vemos que la contratación es todo esto, creo que es un avance importante.

¿Retos? Varios. Creo que en el procedimiento de apelación concretamente, es lograr que tengamos, efectivamente, muchos proveedores. Y, entonces, los muchos proveedores tengan ganas de participar, participen, efectivamente, y si ven que algún derecho suyo es vulnerado, tengan la po-

sibilidad de apelar rápidamente en un proceso de apelación transparente, eficiente y que, además, no fomente la litigiosidad que tenemos incorporada como cultura colectiva. Creo que ahí hay un reto importante de cómo estamos formando a los estudiantes de Derecho. Cuál es el *chip* que se les da en las universidades. ¿Seguimos con la mente litigiosa? ¿Vamos y peleamos por todo y litigamos por todo? O estamos pensando en que sean abogados, más bien, de solucionar conflictos, de prever conflictos, de gestionar riesgos, de adelantarse al conflicto y minimizar costos. O sea, como decía el doctor Soria, el arbitraje y la solución de conflictos es una cuestión muy posterior, que además tiene un costo muy alto en todos los sentidos. Y lo peor es que nos estamos enfocando en esta última parte del proceso, pero no en todo el ciclo, así que yo creo que, si entendemos que la contratación es todo un proceso, me parece que esto es positivo.

Y otra cosa que no es propiamente de apelación, pero, en general, me parece positivo en el proyecto, es que, finalmente, estamos tratando de incorporar todos los sistemas de compra en un solo procedimiento, y creo que eso es importante.

Entonces, para hacerlo más fácil para el ciudadano. Yo creo que en la medida que todas las decisiones que se tomen para las normas reglamentarias, estén respaldadas en data, en estadística bien procesada, y no, simplemente, porque me parece o a alguien le parece, creo que eso va a ser fundamental.

Y otra cosa también. Creo que es fundamental, ver cómo se van a ir desarrollando las normas. Creo que hay muchísimos retos pendientes, pero en particular, creo que el procedimiento de apelación es un muy buen ejemplo de cómo hemos incorporado en las normas absolutamente toda la casuística que hemos ido recogiendo en el día a día.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctora María Hilda.

Excelente el enfoque de este recurso de apelación, que también es por el lado de algunos contratistas, dicen, bueno, el pago del 3% para acceder al recurso de apelación, y a veces los abogados hacen el análisis costo y beneficio, por lo que, si tú pierdes un recurso de apelación, se te ejecuta esa garantía.

Y también ahora nos van a comentar seguramente en el proyecto que, en este proyecto de la Ley General de Abastecimiento, hay una limitación al recurso de apelación que ya nos va a comentar el doctor Sergio Tafur, a quien yo le doy la bienvenida.

Él es árbitro con amplia trayectoria en temas de contratación del Estado y también docente universitario.

Y, bueno, doctor, Sergio Tafur, muchas gracias por acompañarnos el día de hoy, y en ese marco del recurso de apelación, a la luz de este proyecto de la Ley General de Abastecimiento Público, ¿considera que se está restringiendo el recurso de apelación y se está o se estaría vulnerando el derecho constitucional, por ejemplo, la pluralidad de instancias? Recordemos el caso de Salazar Yarlénque, en que el Tribunal Constitucional decía que la administración pública no podía al administrado el pago de una garantía. ¿Esto es así? ¿Esto se traslada también para los recursos de apelación ante el tribunal del OSCE?

Bienvenido, doctor Sergio, y usted tiene el uso de la palabra.

Sergio Tafur Sánchez: Bien, antes que nada, muy buenas noches. Muy agradecido por la gentil invitación para compartir unos minutos con ustedes.

Saludo también a mis colegas del panel. Es un gusto verlos nuevamente. Con algunos de ellos me veo más frecuentemente que con otros, pero, en general, es un gusto verlos a todos nuevamente.

A ver. Quiero rescatar algunas cosas antes de entrar a tocar el tema en particular.

Lo primero que advierto y que creo que todos advertimos, es que, en materia de contratación pública, prácticamente, cada gobernante y cada gobierno que tenemos, te saca la ley que mejor le parece.

Entonces, es una norma que cambia permanentemente.

Esta idea que, por cierto, es positiva o esta visión integral de la contratación pública dentro de una cadena de abastecimiento, en realidad, que hoy día la ponemos en relieve, es algo que nunca debió estar de lado, o nunca debió estar dejada de lado.

Creo que cualquier persona más o menos pensante, entenderá que el proceso de contratación pública es propiamente una parte de un gran tren, una locomotora del tren; un vagón del tren, que se destina o que tiene por objeto final que los libros, si fuesen libros; las medicinas, si fuesen medicinas, lleguen en tiempo oportuno a los beneficiarios finales. Porque de nada me sirve que el proveedor, el contratista, cumpla su contrato y entregue las medicinas a tiempo al almacén de EsSalud o del Minsa, si los señores van a dejar que las medicinas se venzan por no haberlas distribuido. O que los libros se incendien por no haberlos distribuido, lo que les pasó a nuestros amigos del Ministerio de Educación.

Entonces, evidentemente, ésa es una visión que tampoco es nueva. Es una visión elemental de toda esta finalidad a la que está destinado todo este proceso de compras públicas.

Ahora, ponerlo esto en relieve de nuevo, es positivo. No hay que olvidarnos de que esto tiene esta finalidad.

Y parece que muchas veces nos hemos olvidado. Porque, y les hablo de mi experiencia como abogado consultor, como árbitro, de haberme topado un sinnúmero de veces con entidades públicas que primero compraban cosas que tenían en *stock*, y, en segundo lugar, señalaban oportunidades de entrega que el contratista cumplía con producir para las oportunidades de entrega previstas, y que la entidad se negaba a recibir porque tenía sobre *stock* en ese momento.

Con todas las consecuencias nefastas que eso trae, no solamente para la entidad pública y el usuario final, para nosotros, que somos gente que estamos aportando a la economía del país para solventar un Estado que hace compras ineficientes, sino también para aquella parte de la relación contractual, que es el contratista privado. Que no es la gran empresa constructora, que no es la gran empresa extranjera, sino puede ser un mediano contratista, una mediana empresa que, finalmente, ha puesto su capital en este negocio que esperaba le iba a ir bien con el Estado, y se encuentra que el tema no camina. No por una ineficiencia de él, sino por una ineficiencia de esta cadena de la cual forma parte la compra pública que se ha realizado.

Eso es lo primero. Lo segundo, lo interesante y que creo que han coincidido, tanto Alfredo como María Hilda, en el tema de que creo que es positivo que la Ley de Contratación con el Estado, en este caso, el proyecto de Ley de Abastecimiento Público, tenga pocas normas.

Me recuerda mucho lo que pasó con la Ley n.º 26850, en el año 1997, con vigencia en 1998, una ley con pocas normas. Porque en lo que no debemos caer, creo yo, es en el exceso de regulación.

Por cierto, la inquietud de Alfredo me ha dejado pensando, que es: «Oiga, si ya es medianamente fácil cambiar la ley a cada rato, vía decretos legislativos, más fácil va a ser sacar decretos supremos. Si es que fuese ése el caso».

Sí, y ahí es donde creo que debemos tener mucho tino al momento de regular las cosas.

Los que estamos operando en este sistema debemos sacarnos de la cabeza, el *chip* de que la norma tiene que ser cambiada para cada gobernante que llegue. Debe tener cierto ánimo de permanencia.

El cambio permanente de las disposiciones en esta materia, yo no creo que contribuya mucho a una mejor compra pública, en realidad, lo que hace es, simple y sencillamente, generar más inestabilidad en el desarrollo del sistema.

Ahora bien, vamos a lo nuestro. La pregunta que usted me hace va de cara, fundamentalmente, al tema de la apelación. ¿Y qué pasa con la apelación ahora en este proyecto de ley?

Que, como bien lo ha dicho María Hilda, digamos, está, prácticamente, previsto solamente en un artículo del proyecto de ley, y regulado de manera bastante genérica.

Llama sí la atención, en la regulación que existe acá, acá no hablan de garantía, por cierto, en la regulación que está en el proyecto de ley; no hablan de a partir de qué monto o qué cantidad conoce la entidad o a partir de qué monto o cantidad conoce el OSCE.

Y pareciera que para eso tenemos para todos los gustos. Acordémonos que, en realidad, cuando comenzó este esquema —y no voy a ir ni al RUA ni al Rulcop, ni al Regal, me voy a ir a contratación con el Estado—, se pensó que las apelaciones iban al tribunal de contrataciones, hasta que nos dimos cuenta de que en realidad ahí se producía un cuello de botella, con lo cual se dijo: «No, entonces hay que dividir».

Se fijó criterios por tipo de proceso que, en realidad, en el fondo, el tipo de proceso lo que refleja es el tema del monto.

Después, nos olvidamos del criterio del tipo de proceso y pusimos montos. Ahora tenemos en la norma actual el tema de las 50 UITs y mayor de 50 UITs para ver quién es competente.

Y, el día de hoy, digamos, no hay un criterio claro de hacia dónde está apuntando para ver cuál de las entidades deba ser competente para conocer la apelación. Tampoco se habla mucho del tema de la garantía.

Lo cual significa que vamos a tener que ver un poco lo que diga el reglamento sobre el particular.

El otro tema importante que sí advierto y que, claro, María Hilda creo que lo ha comentado con bastante precisión, es el tema del cambio de

enfoque en el aspecto relacionado a qué es lo que se puede cuestionar en virtud de este recurso de apelación.

En línea de qué es lo que se puede cuestionar en virtud del recurso de apelación, acordémonos cómo nos funciona el día de hoy y qué es lo que, más o menos, dice el proyecto de ley que tenemos a la vista.

El día de hoy tenemos que, en esencia, uno puede cuestionar, digamos, las actuaciones de todo el procedimiento de selección.

La oportunidad se da luego de dada la buena pro, pero puede cuestionar las actuaciones en el procedimiento de selección, y podría lograr, eventualmente, por lo menos, normativamente, en una de las posibilidades que dice el reglamento, que, en realidad, en mi opinión, no sé por qué el reglamento tenga que decirlo, pero lo dice el reglamento, podría lograr, finalmente, cuestionar la evaluación de la propuesta del ganador, y que, finalmente, termine ganando otro, ni siquiera el que apeló.

Excepcionalmente, el tribunal de contrataciones, de acuerdo al reglamento, podría llegar a otorgarle la buena pro a otro.

Evidentemente, eso genera lo que María Hilda comentaba o podría generarlo; esos escenarios que María Hilda comentaba.

La propuesta que pareciera entenderse del proyecto que se nos pone a conocimiento o que se ha prepublicado, es que esto ya no sea así. Que esto, en realidad, digamos, este cuestionamiento o esta controversia, solamente puede avanzar sobre la evaluación de la oferta de quien plantea el recurso.

Evidentemente, es un cambio importante; es un cambio significativo en los alcances de este recurso de apelación.

En general, alguien puede decir que eso afecta el derecho a poder recurrir; el derecho a poder cuestionar las decisiones de la administración, o a poder corregirlas, porque, a lo mejor, en la decisión de la administración de dar la buena pro a un postor «X», hay un problema porque la propuesta

del postor «X» no reúne los criterios de evaluación o fue indebidamente evaluada.

Pero, ahí hay que hacer juicios de ponderación. Y también tenemos que ser muy claros en esos juicios de ponderación que uno hace cuando da estas normas.

Y por qué digo que tenemos que ser muy claros y conscientes de eso. Porque de acá a cinco años, no podemos olvidarnos de lo que quisimos hacer.

Entonces, si vamos a ir por esa línea, tengamos muy claro que es la línea en la que estamos el día de hoy, tomando conscientemente el camino a seguir.

Y después, a cinco años, no digamos que los que actuaron en función de este camino, actuaron mal.

Eso me hace recordar, por ejemplo, y disculpen con el símil, a cuando el Estado tomó la decisión de 1998, de arbitrar sus controversias contractuales de todos sus contratos; y, ni siquiera se dio cuenta en ese momento, el Estado, de cómo funcionaba el arbitraje, y de cuánto eran los honorarios que se tenían que pagar o cómo se determinaban los honorarios con los árbitros.

Y después fue, digamos, sufrió en carne propia, el tema de esta dispersión que había en la aplicación de los honorarios arbitrales, por ejemplo.

Entonces, en esa línea, seamos conscientes de lo que estamos tratando de ponderar.

Evidentemente, normas como la que el día de hoy hay propuestas, delimitar estas controversias en vía de apelación, solamente a que puedan versar sobre evaluación de la oferta del postor que plantea el recurso, o a que puedan versar sobre controversias relacionadas al procedimiento de suscripción del contrato.

No estamos diciendo, por ejemplo, que yo podría plantear apelación por la nulidad del proceso o por la cancelación del proceso.

Me parece que, y eso sí yo puedo hacer el día de hoy. Me parece que ahí esto está limitado a esos supuestos.

Tomar ese tipo de decisiones conlleva a que se haya realizado —espero conscientemente— y sobre la base, no de lo que yo crea, como decía María Hilda, no de lo que a mí me parezca teóricamente bonito o teóricamente correcto, sino sobre la base de ver, si es que no estoy violentando primero, un principio fundamental o un derecho fundamental; pero, en segundo lugar, sobre la base de si es que la decisión que estoy tomando, aunque no sea violatoria de algún derecho fundamental, sea una decisión técnicamente sustentada. Va un poco por esa línea.

Entonces, evidentemente, la propuesta que se hace el día de hoy, es una propuesta diferente a la que tenemos en el esquema que hoy sí está funcionando. Y esto importa —para ya ir cerrando— una ponderación de dos cosas respecto de, por un lado, el derecho a poder recurrir, el derecho a poder apelar las decisiones que se dan en los procedimientos administrativos, con vista a tratar de ser corregidas, pero, a su vez, frente a la intención, y también, digamos, prioridad que tiene el Estado, de poder tener mecanismos de compra pública que, realmente, sean rápidos para poder cumplir la finalidad que persiguen.

O sea, el Estado, siempre yo, digamos, sostengo y creo que ésta es una realidad, no compra porque quiere, compra porque necesita; necesita satisfacer una necesidad pública, y, por tanto, no le es indiferente los plazos en los que sus procesos de compras finalizan.

Entonces, ésa es un poco mi reflexión.

Evidentemente, hay un cambio de paradigma, hay un cambio de visión; y, si estamos optando por ese cambio de visión, sí seamos conscientes en que ese cambio de visión también nos va a pasar, eventualmente, una factura.

Por el momento, digamos, es lo que quisiera compartir con ustedes.

Muchas gracias por el tiempo.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctor Sergio.

Interesantes las reflexiones que, sin duda, como lo escuchábamos del doctor Villanueva, que es vocal del tribunal de contrataciones del Estado, él señalaba que los casos o la carga procesal que tiene el Tribunal de Contrataciones del Estado al día de hoy, el 90% son temas de procedimiento administrativo sancionador.

Entonces, se entendería que el 10% son recursos de apelación. Ahora, sería interesante que se estudie cuál es el resultado de esos recursos de apelación: en cuántos se declaran fundados, qué porcentaje se declaran infundados, hasta la nulidad de los procesos, si se retrotraen a la elaboración de nuevas bases.

Creo que en esa medida, con un estudio objetivo y propio de la experiencia del Tribunal de Contrataciones del Estado se podría ajustar este proyecto o este artículo en específico del recurso de apelación.

Pero, bueno, el debate sigue y yo les voy a pedir que, por favor, me brinden las conclusiones, ya que estamos contra el tiempo, en dos minutos y las conclusiones finales.

Me voy con el doctor Alfredo Soria, por favor.

Alfredo Soria Aguilar: Bien, básicamente, yo creo que lo positivo es entender que esto es una secuencia que nos va a llevar al fin que debe cumplir, que es que el ciudadano tenga cubierta su necesidad.

Entonces, no se cumple con eso contratando, o sea, fijándonos solamente en el mecanismo de selección que funcione, sino que, si lo que compró, satisface esa necesidad. Y si es que eso que se compró —como

bien dijo el doctor Tafur— no está en el almacén, y que pueda llegar al ciudadano.

¿Qué ocurre hoy día? Cualquier ciudadano va a una posta médica o de repente va a un colegio; vamos a hablar de una posta médica; un centro de salud. Pregunta por una medicina y de repente le dicen: «No hay», pero el Estado ha comprado miles de esas medicinas. ¿Dónde están? De repente han sido distribuidas en otros locales y ese local a donde está yendo ese ciudadano le dice que no hay, y no le informa siquiera en qué local hay. O sea, ni siquiera le dice: «Señor, no se preocupe. Aquí, a seis cuadras, hay otra clínica, hay otro hospital, en donde sí hay esa medicina».

¿Eso tenemos? O, por ejemplo, ahora: «No hay cama en este hospital. ¿A dónde voy? No sé».

¿Qué hace un ciudadano? Tiene que llamar a uno y otro lado a ver en dónde le dicen, en dónde le informan si hay o no una cama o si hay el medicamento.

Eso no puede pasar. Tenemos que dar un mejor servicio al ciudadano. Se está utilizando recursos públicos, se está haciendo un esfuerzo para comprar, y ese esfuerzo tiene que verse reflejado en la satisfacción de los ciudadanos. Igual que ocurre en el ámbito privado. En el ámbito privado, tú vas a una farmacia y te dicen: «No tengo». «¡Ah, pero yo tengo mi sucursal a dos cuadras que sí la tiene. O sea, no tengo yo, pero si quiere lo pido ahorita o usted va».

¿Por qué el Estado no puede hacer eso? ¿Por qué no puede manejar la información para llegar de mejor forma a los ciudadanos, si ahora tenemos la tecnología?

Tenemos que hacerlo. Hagamos un esfuerzo de entender que es necesario cuidar cada una de las fases de la cadena para que esto funcione.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctor Alfredo.

Doctora María Hilda, por favor.

María Hilda Becerra: Gracias.

Yo me llevo tres ideas fundamentales de la mesa, y gracias por las ideas tan importantes que todos han compartido.

La primera, es que estamos en una etapa de cambios de paradigmas y creo que hay que estar a tono con los tiempos.

Creo que todo ha cambiado a raíz del covid, pero creo que la pregunta es cómo lo incorporamos de manera que hagamos todo el Estado más eficiente.

Si necesitamos alguna prueba evidente de que el Estado es fundamental para nuestra vida como ciudadanos, bueno, lo hemos vivido este tiempo. Así que creo que la primera es cambiar el paradigma y entender y enfocarnos en las necesidades del ciudadano. No en lo que dice... siempre se ha dicho y siempre se ha hecho, y está en mis instrumentos de gestión, yo copio y pego todos los años. Ésa es la primera conclusión.

La segunda para mí es que cuando estamos hablando en particular del procedimiento de apelación, estamos hablando de un tema fundamental de administración de justicia, y cuando hablamos de administración de justicia, con las diferencias que hay con el órgano jurisdiccional, estamos hablando de un tema sustancial, que es la gestión del proceso.

Una parte importante es la ley, la norma, el reglamento, el conocimiento jurídico, voy a decir, y otra sustancial es la gestión operativa de esto que se llama resolver controversias. Y allí sí o sí tenemos que incorporar inteligencia artificial. Creo que es completamente absurdo seguir pensando que tenemos que esperar un procedimiento de apelación completo para decir: estuvo extemporáneo, cuando sabemos todos que lo extemporáneo es cómputo de un plazo. Y, entonces, creo que necesitamos ver modelos

extranjeros. Canadá tiene unos modelos muy interesantes, por ejemplo, de cómo gestionan procesos *online*, de manera absolutamente eficiente, utilizando inteligencia artificial, y creo que por ahí debería ser.

Y la tercera conclusión para mí es que cualquier reforma, cualquier cambio, cualquier propuesta normativa que se haga, en cualquier aspecto, tiene que estar sustentada en información estadística.

En el caso de contrataciones, la información estadística está en el Seace. Hay información valiosa. Sé que, a veces, es complicado trabajarla, pero necesitamos tomar decisiones con evidencia científica; con evidencia estadística, y creo que sí es importante entender que el proceso de compra, el proceso de contratación, el proceso de abastecimiento, la cadena de abastecimiento no es un tema específicamente de abogados, en exclusiva de abogados. Creo que es una de las actividades que requieren de manera absolutamente importante la presencia de otras profesiones, y es absolutamente interdisciplinaria. Y creo que eso es una cuestión que debemos incorporarla de manera urgente.

Muchas gracias, de nuevo.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctora María Hilda. Siempre es un gusto aprender de usted.

Doctor Sergio Tafur, por favor, sus conclusiones.

Sergio Tafur Sánchez: Correcto, muchas gracias.

A ver, básicamente, unas dos ideas. La primera, entender y va un poco más este sentimiento como un tema de esperanza, que creo positivo el acordarnos, el retomar y ponerle relieve, como les decía hace un rato, que la compra pública es parte de este procedimiento, de este tren que les decía yo a ustedes.

Y en esa línea, creo positiva la ley o el proyecto de ley que se ha planteado.

Yo quisiera tener la esperanza de que este cambio sea un cambio duradero, y que los actores que, de alguna manera, estamos vinculados directamente más unos que otros, pero todos al fin, los actores que estamos vinculados a esta materia, apostemos por ello. Apostemos por que éste sea un cambio que tenga cierta duración en el tiempo, y nos permita poder internalizarlo y poder actuar.

Evidentemente, el MEF creo que ha hecho de manera positiva el tratar de recibir sugerencias y recomendaciones sobre qué cosas podría mejorar, y creo que las debería ver con cuidado para hacer esta ponderación que les comento.

Ahora bien, eso, por un lado. Pero, por otro lado, también no nos olvidemos de que no todo está en la norma, no todo está en la parte de la actuación del Estado, sino también en la parte de la actuación de la sociedad.

Y acá sí quiero hacer una reflexión final, tal vez, personal. Así como le pedimos al Estado que sea eficiente, le pedimos al Estado que tenga reglas claras, le pedimos al Estado que cumpla su objetivo, como sociedad también tenemos que tener, claridad en lo que, más o menos, estamos queriendo hacer; en lo que, más o menos, son nuestros derechos, nuestras obligaciones, nuestros compromisos para con el Estado.

Y digo esto, y con esto concluyo, porque durante este tiempo de la pandemia, por ejemplo, quien les habla reflexionaba más de una vez sobre la importancia que le dábamos nosotros, por ejemplo, a la sociedad peruana como una sociedad emprendedora, lo cual creo que es absolutamente positivo, cuando vemos emprendimientos de comunidades, de personas individuales, pero, a veces me da la impresión de que parte de la sociedad confunde lo que es el aplaudir el emprendimiento, con el aplaudir el informalismo o la informalidad, y ese tema de la informalidad que como sociedad tenemos o hemos tenido, nos ha pasado la factura de manera enorme, y en eso creo que la hemos visto perfectamente en el tema de la pandemia, nos ha reflejado en la cara de manera muy dura lo que la informalidad significa.

Pasamos de ser un país que tuvo medidas muy aplaudidas y muy gravitantes al inicio para controlar el covid o la difusión de la pandemia, a ser un país que, lamentablemente, alcanzó cifras récord en temas de contagio. Eso puede ser una suma de varios factores, pero en parte también se debe a la informalidad en la que nuestra sociedad está inmersa. Y esa informalidad también se refleja de cara en la contratación pública. No solamente por parte del Estado y sus normas, también por parte de los eventuales proveedores, postores o contratistas.

Y creo que eso también importa un cambio de *chip* en los dos lados de esa relación contractual.

Hasta ahí. Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctor Sergio Tafur.

Y, bueno, con esto damos por concluido este segundo panel sobre las interesantes reflexiones que han sido puestas sobre la mesa, de lo que está vigente, que es la Ley n.º 30225, y de lo que, posiblemente, sea la nueva reforma de la contratación pública, que es la Ley General de la Cadena de Abastecimiento, que, sin duda, da para más discusión. Aún es un proyecto y esperemos que, con los diferentes aportes en diferentes foros académicos, y también las personas que, y los actores de la contratación puedan aportar, éstas sean, pues, evaluadas y recogidas por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Bien, entonces, muchas gracias a todos.

MESA N.º 3: «LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y LOS DAÑOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA»

Jorge Abel Ruiz (presentador)
Roy Álvarez Chuquillanqui (moderador)
José Zegarra Pinto
Ana Cristina Velásquez
Juan Carlos Pinto

Jorge Abel Ruiz: Bien, entonces, muchas gracias a todos.

Vamos a dar inicio y dar pase también continuando con el programa, a la tercera mesa que va a abordar el tema sobre «La ejecución contractual y los daños en la contratación pública».

El panel tiene a especialistas como la doctora Ana Cristina Velásquez, quien es árbitro en contratación pública, también es consultora y ha sido también parte de él, asesora legal, en la presidencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Nos acompaña también el doctor José Zegarra Pinto, quien es árbitro y docente universitario, experto en contratación pública.

El doctor Roy Álvarez, quien actualmente se desempeña como asesor legal dentro de la dirección normativa del OSCE, y el doctor Juan Carlos Pinto, quien es árbitro y es consultor especialista en contratación pública, a quienes les damos la cordial bienvenida y yo le doy el uso de la palabra a Roy Álvarez, quien va a dirigir la mesa n.º 3, que es con la que vamos a concluir esta primera jornada del Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje.

Estimados doctores, buenas noches, y Roy, muchas gracias por acompañarnos y te cedo el uso de la palabra.

Roy Álvarez Chuquillanqui: Gracias, Abel, gracias.

Buenas noches con todos. Es para mí un honor acompañarlos en esta oportunidad y compartir mesa con tan distinguidos profesionales.

Buenas noches con cada uno de ustedes, en especial con José, con María Cristina, con Juan Carlos.

En la mesa del día de hoy vamos a desarrollar el tema referido a la ejecución contractual y al reconocimiento de daños en el marco de la contratación pública.

Como ustedes saben, la contratación pública es un medio a través del cual las entidades pueden abastecerse de bienes, servicios y obras para el desarrollo de sus funciones. Para desarrollar una contratación, existen tres importantes momentos: un primer momento donde se determina la necesidad, llamada fase de actuaciones preparatorias; un segundo momento en la fase de selección, donde se elige y contrata al proveedor, para que, en el último momento, en la fase de ejecución contractual, las partes, entidad y contratista, ejecuten las prestaciones.

En este caso, cuando existen situaciones que no permiten la ejecución del contrato de manera habitual, lo correcto sería que las partes cumplan las situaciones a las que se han comprometido.

Pero pueden presentarse situaciones ajenas a la voluntad o a raíz de un incumplimiento que genere la resolución del contrato.

O podría darse casos también que se determine en la ejecución del contrato un vicio al momento de la configuración o el perfeccionamiento del mismo, lo que genera figuras como nulidad y resolución del contrato.

En ese primer momento me gustaría contar con la participación del doctor José Zegarra Pinto y en su experiencia como árbitro y docente universitario, preguntarle, doctor ¿cuáles son las causales más frecuentes para resolver o declarar la nulidad de un contrato marco de la Ley de Contrataciones del Estado?

José Zegarra Pinto: Antes que nada, Roy, muchas gracias a ti por darme el uso de la palabra, gracias a CAE por participar en este panel con tan distinguidos profesionales y amigos.

Muy buena tu pregunta. Revisando, pues, la información que se tiene a la mano que, de alguna manera, es bien escasa y tomando también a colación lo dicho por la doctora Becerra, es muy necesario el trabajo de tomar decisiones con data, tener información.

Encontré una tesis del año 2017, en la cual se hablaba mucho de los temas de nulidad, por ejemplo, de que vamos a hablar, el gran porcentaje era por este tema de documentación falsa o inexacta. Estamos hablando de documentos que no existieron o, finalmente, de documentos adulterados que pueden presentarse, de alguna manera, antes, durante el desarrollo o en el momento que se presenta el postor como tal, o en el momento de la suscripción del contrato.

Entonces, sobre todo ese tipo de información que traemos a colación también va a traer otro tipo de sanciones como, por ejemplo, que se te suspenda el RNP por un tiempo o de manera definitiva, dependiendo de cuál es la situación.

Entonces, también sanciones de tipo especial, como este caso ante el Tribunal de Contrataciones del Estado. Entonces, mirando los porcentajes de esto... es un trabajo antiguo y por eso no lo quise traer a colación porque data del año 2016-2017, «antiguo», peor aún con los cambios que le han dado, pero, sin embargo, es significativo en el sentido de que trae, y uno también lo ve en el ejercicio profesional, muchos de estos problemas, gente que presenta información inexacta. Es decir, después de celebrados los contratos, la entidad puede declarar la nulidad de oficio, pues, y uno de

los principales es cuando se verifique lo que se conoce como «transgresión del principio de veracidad».

Ése es uno, creo yo, de los principales temas para mí o causales para poder declarar una nulidad de oficio.

Más o menos por ahí es que quería empezar el punto.

Bien, al hablar, y el tema que me trae, que, digamos, de alguna manera, voy a desarrollar el día de hoy, es, precisamente, con la muy buena introducción de Roy, vamos a empezar a hablar de nulidad.

Cuando hablamos de nulidad en Ley de Contrataciones, como bien lo sabemos, y bueno para los que recién estamos metiéndonos, introduciéndonos en el tema, la nulidad puede ser declarada tanto por el tribunal de contrataciones, como por el titular de la entidad.

Tenemos un límite, por llamarlo así, sobre las 50 UITs o por debajo de la misma, las cuales nos brindan, de alguna manera, una guía para ver quién va a ser, finalmente, quién va a resolver con respecto a esta nulidad.

Ahora, puede darse el caso, por ejemplo, esta nulidad, en atención a la cuantía superior a 50 UITs, ¿ante quién va? Ante el tribunal de contrataciones. Y quién va a dar respuesta, digamos, en los supuestos de hecho por los cuales puede recurrir u optar por una nulidad, por ejemplo, cuando han sido dictados por órgano competente.

Si se percata de esa situación el tribunal de contrataciones, inmediatamente puede declarar la nulidad, contraviniendo normas legales, contraviniendo a la misma Ley de Contrataciones, se determina un imposible jurídico, prescindiendo de normas esenciales del procedimiento.

Como bien se señaló al inicio, como introdujo en el tema Roy, efectivamente, cuando estamos hablando de nulidad, estamos hablando, pues, de elementos intrínsecos, al nacimiento, a la nulidad.

Yo me acuerdo tenía mi profesor, Lizardo Taboada, él diferenciaba la nulidad de la anulabilidad y hablaba de manera muy sencilla, aunque un poquito fuerte el ejemplo era: «Nulidad: el niño nació muerto», «Anulabilidad: el niño está por morir y lo puede salvar». Un poco fuerte y excelente maestro. Se le extraña.

Y, de alguna manera, pues, a eso nos referimos. Es decir, este acto nulo tiene problemas. Tiene problemas *intuitu*, desde el momento de su generación.

Contravenir una norma legal, efectivamente, ya, por más que se haga otro tipo de actividad, ya de por sí este acto ya no tiene ningún tipo de razón, hablando muy coloquialmente.

Pero, del mismo modo, también lo puede hacer el titular de la entidad. El titular de la entidad, al percatarse de la existencia de una nulidad, también puede, digamos, tomar estas causales y tiene las mismas facultades que hemos señalado con el tribunal de contrataciones. Sólo hasta antes del perfeccionamiento del contrato. Como bien se ha señalado, no existen etapas. Nuestro ítem, por llamarlo así en nuestro punto de inflexión, era la suspensión del contrato, o de aquí en adelante, los árbitros normalmente son los que van a, pues, resolver este tipo de controversias.

Entonces, éstos son, de alguna manera, actores, quienes podrían hacer o quienes podrían declarar este tipo de situación, porque es una declaración; no se constituye: se declara una situación.

Ahora, también cae aquí un elemento importante. Es decir, es una obligación, es una facultad que tiene la entidad, porque la entidad también podría hacerlo.

Entonces, hay muchas situaciones por las cuales se podría declarar esta nulidad, ya en otra etapa que vendría a ser la celebración del contrato.

Pero se puede hacer. ¿Y por cuáles situaciones se puede hacer?

Número uno, con haberse perfeccionado en contravención al artículo 11 de la ley.

Cuando uno revisa el artículo 11 tiene, pues, todos los impedimentos, tiene toda una gran fila de los mismos. Inclusive, ahora en el nuevo proyecto de Ley de la Cadena de Abastecimiento, también se desarrolla, hasta con mucho más detalle. Es importantísimo eso. ¿Eso es causal de nulidad? Pero, por supuesto, y está contemplado en nuestra Ley de Contrataciones. Lo que hemos hablado: la transgresión al principio de presunción de la veracidad durante el procedimiento mismo o el perfeccionamiento del contrato.

¿Importante? Por supuesto. Es decir, eso es en la base, es decir, un documento adulterado... Me acuerdo, una vez tuve un caso que me trajeron para opinión y lo que había pasado era que se había presentado una proforma durante la etapa de postulación como tal. Y lo que había pasado para hacer la historia más corta, es que este proveedor había pedido un presupuesto a otra empresa con unas determinadas características, por ponerle un número, con característica diez, y este postor lo que hizo fue adulterar esa carta, y en vez de diez, ponerle trece.

Y lo que pasó, finalmente, gana el proceso y al momento de la suscripción, haciéndole un control concurrente, inmediatamente sale a colación ese tema, y el proveedor de diez dice: «Eso no es mío».

Y ya, como es lógico, se generó toda una situación, de los cuales está el supuesto de nulidad del cual estamos conversando y, como hemos dicho hace un momento, también le va a traer repercusiones con respecto a su RNP, esa persona, y de naturaleza penal y todo lo que complica.

Entonces, es muy delicada esa situación y ese supuesto, como hemos señalado, es bastante concurrente, en cuanto a situaciones que se ventilan en el tribunal o en entidades como tal.

Otro supuesto, cuando sea suscrito el contrato, no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación. Es decir, todavía no se ha resuelto.

Todavía no se sabe en definitiva, quién, por ejemplo, es el postor, el ganador, pero, sin embargo, se suscribe hablando muy coloquialmente: a la mala. Y, como es lógico, indebido.

Cuando no se haya cumplido con las condiciones y requisitos establecidos en la normativa, dice, a fin de que se den los supuestos que habilitan a la contratación directa.

El tema de la contratación directa, es un tema bien delicado, en estos últimos tiempos es, prácticamente, todo con eso. Bueno, siendo exagerado todo. Es gran parte, por llamarlo así. Es gran parte, pero simple y llanamente, lo único distinto en contratación directa es que la etapa de selección se sale, pero el resto se tiene que cumplir. Y, si no se cumple, como es lógico, es causal de nulidad.

Entonces, mucho cuidado con ese tipo de situación. A veces cree la gente que contratación directa es «compro todo, no omito nada y después regularizo». Eso no se puede, simple y llanamente, salvo un supuesto de excepción contemplado en la normativa, específicamente en contratación directa.

O también cuando estamos hablando de que, por ejemplo, un contratista haya pagado, recibido, dice, beneficios, por ejemplo, pues, a los medios del comité de selección, a los miembros de la entidad. Ponle, el contratista haya intentado pagar o recibir en el futuro algún pago o beneficio indebido. Dice: «dádiva, comisión».

Esto trae como lógica adicional al tema de nulidad, responsabilidad civil y penal. Lo cual me parece que es evidentemente importante y necesario. No se puede permitir situaciones de esa naturaleza.

Dice, en caso de contratarse bienes, servicios u otras sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

¿Qué es lo que pasa? A veces el famoso fraccionamiento indebido, lo que se conoce como unidad contractual, se destruye. ¿Con qué objetivo? El

de favorecer a A, B y C. ¿Eso es adecuado? Por supuesto que es totalmente inadecuado. Es ilegal.

Nosotros tenemos en la Ley de Contrataciones lo que se conoce como fraccionamiento indebido, donde lo que prima es, precisamente, lo que hemos conversado hace un momento: la nulidad contractual.

Si yo puedo hacer un determinado o una determinada actividad, basándome en lo que se conoce como eficacia, eficiencia, etc., tengo que optar por una fórmula única.

Pero, como es lógico, esto también va a depender del tipo de situaciones.

Yo tenía un arbitraje en el cual, valga la redundancia, como árbitro único, de inicio parece un supuesto de fraccionamiento indebido.

Pero, cuando hube analizado el caso, qué es lo que sucedía. Esto ya estaba en contrato firmado, por eso es que yo lo vi en arbitraje, sino que yo me hacía el ejercicio académico.

¿Qué es lo que pasaba? Era una sala para cuidado de recién nacidos. Fue contratado para hacer la fábrica, determinada fábrica, me refiero a un muro, paredes, etc., un determinado contratista, y era tan complicado el tema, los materiales venían desde Canadá y tenían un recubrimiento especial y las incubadoras, también era otro proveedor.

Ése es un supuesto en el cual no se puede hablar de fraccionamiento indebido y no contravención de esto. Por ejemplo, el caso de aula para, digamos, dictar temas A o B, el mismo contratista me puede traer a ver la fábrica, ponerme la luz, el agua, etc.

Entonces, cuando la norma nos habla, en qué caso, en caso de contratarse bienes y servicios y el previo procedimiento de selección que correspondiera, hay que tener mucho cuidado de que se pueda estar cayendo en el famoso fraccionamiento indebido.

Y qué no hablar aún más de las famosas contrataciones con las ocho UITs. Muchas cosas se ven ahí y eso es un tema que también es importante que se analice.

Como les decía hace un momento, me parece muy interesante el punto de vista de la doctora Becerra, en el sentido de que se necesita data y tomar decisiones con data. No es solamente la norma abstracta, sino ya hemos llegado a un momento en el tema de contratación estatal peruana, que todo tiene que ser trabajado, tomar decisiones y hacer los cambios normativos en base a cuestión estadística.

Hace un par de años también hicimos, y con esto ya continuó un ejercicio de verificar a través del Seace, hacer estadística con el Seace, y, específicamente, la parte de contratación directa, que es un tema que siempre me ha gustado.

El detalle es que cuando bajamos la data, bajamos, por hablar así, unos cuatrocientos cincuenta procedimientos, la analizábamos, y al mes y medio que nos invitaron a otro evento y queríamos actualizarla, la data de los primeros meses desaparecía del sistema, no jalaba, no jalaba toda. Y no jalaba los siguientes otros tres meses.

Entonces, tampoco no es una buena manera de tomar decisiones. Inclusive, esa data debe estar ahí siempre, y así poder trabajarla y analizarla. Eso es un tema que queda pendiente.

Continuando con este tema de nulidad, por ejemplo, tenemos una opinión, la 032-2019, en la cual, de manera directa, nos hace referencia a que este tema de la información falsa, inexacta, puede realizarse durante el proceso de perfeccionamiento del contrato, durante el procedimiento de selección. Pero, sobre todo destacar el tema de que la declaración de nulidad del contrato es una potestad y no una obligación del titular de la entidad, porque van a haber determinados tipos de situaciones, en las cuales tenemos un 99,9% que nos encontramos con esa situación debida, declarar la nulidad, inmediatez, paralización de obra y lo que eso implica.

Como es lo lógico, eso no quiere decir que ese contratista va a ser eximido de responsabilidad, simple y llanamente conclúyase e inmediatamente empiezan a plantearse las situaciones que correspondan, llámese denuncia al tribunal de contrataciones por el tema del RNP, después también el tema de naturaleza de índole civil, penal, etc., etc.

Entonces, son criterios a tener en consideración también ahí el famoso costo-beneficio. ¿Conviene o no hacerlo? Porque, de todas maneras, es un proceso, es retroceder. Es ir en «retroceder» y vamos a ver si conviene o no. Ahí sale a colación el tema de la gestión, si realmente se va a hacer una buena o mala gestión. Hay que saber en qué momento, como también pueden darse casos en los cuales yo puedo plantear la nulidad porque, viendo que debiendo estar en el 60% de la obra, recién están en un 8%.

Entonces, ahí sí, efectivamente, tomemos una decisión como declarar la nulidad que sería lo más adecuado, dada la situación que se presente.

Otros aspectos a tener en consideración.

El tema de responsabilidad que se genera al interior de la propia entidad.

Cuando estamos hablando de nulidad y por los supuestos que hemos conversado, hablamos de supuestos que son, como bien se señalaba, propios. Es decir, hay un comité de selección que no hizo bien su trabajo. Y eso va a generar responsabilidad al interior. El titular de la entidad, de alguna manera.

Se pueden dar situaciones de esa naturaleza. Ahora, nuevamente, se destaca ese tipo de situación. Vamos a encontrarnos otros muchos supuestos y también, como es lógico, va a tener éste su propio procedimiento como tal para poder declarar la nulidad.

Por ejemplo, en este caso, nos vamos a basar, si es que estamos hablando de los supuestos establecidos en el artículo 44 de la ley, que es sobre los supuestos que hemos conversado al principio, vamos a empezar este pro-

cedimiento de nulidad de contrato, cursando una carta notarial. La formalidad *ad solemnitatem* que es un tema que se utiliza con mucha frecuencia y garantiza mucho también, digamos, durante la ejecución de cualquier procedimiento, en las contrataciones. Es importantísimo.

Se le cursa la carta notarial al, en este caso, al contratista adjuntando copia del documento que declara la nulidad, y, dentro de treinta días hábiles, si el contratista no está de acuerdo, lo someterá, pues, al procedimiento de resolución de controversias que corresponda, en este caso, pues, arbitraje.

Y cuando se sustente en causales previstas en los literales a) y d) del 4413 y el 44, se puede optar por el procedimiento establecido en el 167 del reglamento.

En resumidas cuentas, prestaciones pendientes en caso de resolución de contratos, se puede continuar. Es decir, la norma es previsoría en ese sentido.

Igual, cuando advierte vicios de nulidad, también, pues, como es lógico, el derecho a correrle traslado a la otra parte para que manifieste su posición con respecto a ese tema.

En general, los supuestos, digamos, de nulidad, como estamos viendo, tanto pueden ser de facultades del titular, como pueden ser las facultades del tribunal de contrataciones, en su momento, cuando ya está suscrito el contrato por el tribunal arbitral, de alguna manera, tiene que estar basado en estos supuestos que hemos conversado.

Esto, de alguna forma, en los cuales destaca, por ejemplo, lo de presunción de veracidad, impedimentos, no haber hecho algo mediante el recurso de apelación, etc., son de suma importancia.

Y regresando a la pregunta primigenia, efectivamente, Roy, el tema, pues, mucho de la presunción de veracidad lo encuentras muy repetitivo

en opiniones, de alguna manera, en la jurisprudencia misma del tribunal de contrataciones, etc.

Creo que, por ahí, de alguna forma, es lo que más hay que trabajar, y más se debe sancionar porque hay mucha confianza que se deposita o hay postores que debieron haber ganado. Sin embargo, aparecen estos... hay que llamarlos por su nombre, delincuentes que abusan de esta situación.

Esto, de alguna forma, es, a grandes rasgos, lo que implicaría el tema de nulidad en la Ley de Contrataciones y su reglamento. Supuestos que, de alguna forma, buscan minimizar, de alguna manera, ponerle fin a situaciones que, desde un inicio, han debido ser detectadas por la entidad.

Se advierte que, claro, se puede hacer desde las distintas etapas, hasta como estamos hablando, hasta el 99,9% podemos resolver, inclusive, tenemos una opinión del OSCE, en la cual se nos habla de que el contrato resuelto, inclusive, se puede declarar la nulidad del contrato, aun cuando el contrato esté resuelto.

Entonces, ésa es la opinión n.º 081-2018-DTN. Entonces, dense cuenta lo delicado e importante que vendría a ser este tema en el ambiente, como es lógico, de contratación estatal.

Bueno, Roy, a grandes rasgos he hecho un gran resumen también referido a este tema.

Roy Álvarez Chuquillanqui: Muchas gracias por su participación, y, en efecto, el doctor ha mencionado los supuestos de nulidad. Como ha dicho también, la nulidad es una facultad que la entidad tiene que evaluar cuál es la decisión más conveniente para los intereses de la colectividad.

Una de las consecuencias de la nulidad de un contrato, es que no solamente deviene en exigirle las obligaciones pendientes, son también que las que se han imputado, deben considerarse como si no se hubieran desarrollado, ya que no cuentan con un documento válido.

Pero qué sucede si he desarrollado una prestación y el contrato se ha declarado nulo. Bueno, la entidad no podría efectuar un pago porque no tiene un documento válido porque, como bien mencionó el doctor Zegarra, ese documento ha nacido muerto.

Del mismo modo, qué sucede si la entidad ocasiona la resolución del contrato. La entidad tendría que reconocer dentro de esta situación, una indemnización a favor del contratista.

Estas situaciones dan a pie a figuras muy interesantes: el enriquecimiento indebido y la indemnización.

El artículo 45 de la ley establece que estas figuras no pueden ser sujetas a conciliación o a arbitraje.

Yo quisiera dirigirme a la doctora Ana Cristina Velásquez, en su experiencia como árbitro y capacitadora en contratación pública, haciéndole la siguiente pregunta: ¿Considera que el enriquecimiento indebido y la indemnización deberían ser arbitrales en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado?

Ana Cristina Velásquez: Buenas noches, Roy. Muchas gracias por tu pregunta.

Primero quiero agradecer al CAE por permitirme compartir con ustedes nuevamente este espacio académico que me permite nuevamente encontrarme con profesionales tan distinguidos.

Efectivamente, hablar sobre el tema que me has consultado nos enfrenta a la constante dicotomía que existe entre equidad, reconocida la norma como equilibrio financiero del contrato y el *ius imperium* del Estado.

Vamos a asumir una visión neutral para poder analizar este tema, dada la situación que se presenta, justamente en el artículo vinculado a qué materias pueden ser arbitrables o no.

Tenemos que tratar de entender ello sin tener que sistematizar que cualquier análisis que se pueda hacer es pro entidad o pro contratista, porque hay un hecho que tiene que ser totalmente claro. Si un sistema, como el de contratación pública es eficiente, significa que el Estado como los contratistas, y más allá de la ciudadanía se benefician de la finalidad pública del proyecto o del objeto del contrato.

Si bien el tema que nos planteas, de si corresponde arbitrar o no el enriquecimiento indebido y la indemnización, veamos un poco lo que señalaba la norma anterior antes de entrar al análisis que establece actualmente la Ley n.º 30225.

Si recordamos el Decreto Legislativo n.º 1017, establecía en el artículo 41.5, que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República para probar o no la ejecución de prestaciones adicionales no pueden ser sometidas a arbitraje.

La primera respuesta a tu pregunta sería la prohibición que establecía el marco anterior y vamos a ver ahora el marco actual, estaba vinculada directamente a la aprobación de adicionales.

Y también decía la norma anterior, tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales. Entiéndase estas prestaciones que aprobaba la entidad o aprobaba la Contraloría en su momento.

Pero, estamos hablando de aquéllas que estaban aprobadas. Y cuando nos decía el 1017, tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a esta ejecución, estábamos hablando de un impedimento absoluto.

¿Qué nos dice la 30225 actualmente? La 30225, que es la norma actual, nos dice que las controversias que surgen por la ejecución de prestaciones adicionales aprobadas, porque ya no señala únicamente las decisiones no aprobadas, las no aprobadas sí están excluidas del arbitraje.

Exactamente dice: «Las pretensiones referidas expresamente a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine por la falta de aprobación de prestaciones adicionales, o de la aprobación parcial de ésta, no son arbitrables».

¿Y por qué es este cambio tan diferente respecto de un impedimento absoluto para la arbitrabilidad con la 30225?

Recordemos que esta norma, la 30225, incorpora principios en la equidad, más conocido como el equilibrio financiero del contrato, y que nace en su desarrollo justamente en el artículo 34 que señala de qué forma el contrato, una vez suscrito, puede modificarse.

¿Y cuáles son estas formas de modificación? En primer lugar, dice por aquellas modificaciones ordenadas por la entidad. ¿Qué significa? Que, probablemente, existan cambios en la ejecución que la entidad misma requiera, y en el caso de obras, hablamos de prestaciones adicionales de obra porque las partidas no se encuentran inicialmente incorporadas en el expediente técnico que fue contratado.

La otra es a solicitud del contratista, pero dice «previa decisión de la entidad».

¿Qué significa? Que también así la modificación del contrato provenga a iniciativa del contratista, ésta deberá pasar por el proceso de revisión de la entidad para una aprobación.

Recordemos que la norma es expresa en señalar en este sentido, que estas modificaciones no deben afectar el equilibrio financiero económico del contrato.

En caso contrario, dice, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio.

Y todo ello, en principio, por el denominado principio de equidad.

A tu pregunta, bajo el marco normativo vigente, puede ser arbitrable todo aquello vinculado a la ejecución de un adicional aprobado porque, si bien es cierto, ya no se extiende el impedimento absoluto que se establecía en el 1017, entendamos que en la norma anterior, de acuerdo a lo que te he señalado, acota que solamente aquellas indemnizaciones o solicitudes de enriquecimiento indebido vinculados a adicionales no aprobados, no pueden ser arbitrables.

Y, encontramos un poco reflejada esta situación de cambio, de lo que el legislador quiso modificar en esta nueva normativa, en el hecho de que, si bien es cierto el Estado ejerce el *ius imperium* para la toma de sus decisiones, de ninguna forma podría entenderse que el *ius imperium* también debe imponer un costo o imponer la ejecución de un adicional sin que éste tenga un precio justo.

Y un ejemplo, una similitud podemos encontrarlo en el arbitraje de expropiación. Si bien es cierto, el Estado, a través del *ius imperium* puede expropiar la propiedad de cualquier ciudadano, también la norma establece que si no existe un *justiprecio* que reconozca el propietario expropiado, esa decisión será llevada a arbitraje. ¿Por qué? Porque es cierto, el interés público, en este caso, que seguramente se enfoca en el hecho de que la propiedad va a necesitarse para la ejecución de una obra que beneficie a la comunidad, no puede ir más allá de la expropiación misma, porque el vínculo o el derecho económico del propietario, debe reconocerse.

Es por ello, entiendo, que la actual normativa de compras públicas, ha limitado expresamente que debe ser considerado afuera del arbitraje, el enriquecimiento sin causa y la indemnización derivadas, pero únicamente, de adicionales no aprobados o la precisión del 1444, y adicionales parcialmente aprobados.

Ahora, bajo esa primera premisa, ¿qué podría ser arbitrable derivado de la ejecución de adicionales aprobados?

Por ejemplo, el plazo de ejecución del adicional tranquilamente podría arbitrase. Las penalidades derivadas de la ejecución del mismo adicional

propriadamente. Las valorizaciones respecto a ese expediente adicional en particular.

Ahora, únicamente esas pretensiones de ejecución del expediente propio adicional o quizás también la determinación o el debate técnico respecto de si debe ser considerado un adicional o no.

En mi opinión, también podría ser arbitrable. Ahora, es importante también tener en cuenta que la entidad, cuando aprueba un adicional, tiene un límite cuantitativo. Y la decisión de aprobación, justamente, en el orden de jerarquía, por lo que la norma ha establecido que corresponde a la entidad hasta el 15% y, superado este porcentaje, a la Contraloría.

Pero, inicialmente, ¿podría el contratista cuestionar el *quantum* de la decisión de aprobación del adicional? En principio, sí. Si estamos dentro del margen que establece la norma.

Inclusive, hace, más o menos, dos semanas, revisé una sentencia de la Sala Comercial por un laudo que se llevó a anulación porque se señalaba que el tribunal se había expresado o se había pronunciado sobre adicionales, y lo que la Sala comentó y dispuso en la parte resolutive es que el tribunal, bajo el porcentaje del 15%, puede señalar, inclusive, si el *quantum* establecido en el expediente adicional o la autorización de la entidad, efectivamente, corresponde al *justiprecio* que debería reconocerse.

Esto es importante y, seguramente, va a ser materia de discusión en adelante.

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta cuál es el procedimiento de la aprobación de un adicional.

En el caso de la aprobación misma, el procedimiento previo. Tenemos que el 15% lo aprueba la entidad, pero qué pasa cuando este expediente supera el 15% y la decisión de la aprobación la toma un tercero, es decir, ¿la Contraloría interviene o no en la gestión o en la administración del contrato?

Recordemos que el capítulo de integridad y de compras públicas de la OCDE señalaban justamente en el momento en que el Estado peruano estaba intentando ingresar, que deberían establecerse procedimientos de compras públicas, procedimientos claramente definidos para asumir responsabilidades en la administración del contrato.

Y qué duda cabe de que las atribuciones que tiene asignadas la Contraloría actualmente en materia de adicionales de obra la incorporan como un actor principal en la administración del contrato, pero no tiene ninguna responsabilidad.

Un ejemplo. Regularmente, cuando vemos los procedimientos y las resoluciones que emita Contraloría pueden ser fundadas, el pronunciamiento final infundado e improcedente.

¿Por qué improcedente? Porque quien eleva el expediente del adicional para la aprobación de la ejecución y pago a la Contraloría, es la entidad.

¿Qué pasa si la entidad en los requisitos formales no cumple con el procedimiento? Las resoluciones rescatan justamente los cumplimientos, formalidades y, al no ser subsanadas dentro del plazo, declaran improcedencia, a pesar de que la entidad ya había aprobado, había emitido su decisión de aprobación del adicional.

Estos casos nos llevan justamente a poder reflexionar un poco de cuál es el rol y la responsabilidad que tenemos que asumir en este caso para la administración del contrato.

Y lo digo porque existe un informe en el que claramente podemos entender cuál es la lógica o el objetivo de la acción de control vinculada justamente a la aprobación o la ejecución y pago de los adicionales.

Hay un estudio que emitió la Contraloría, del desarrollo de su gestión más o menos, desde el 2009 al 2016. Estamos hablando de casi siete años, y señalaba que en ese estudio, el resultado del ejercicio del control previo está referido específicamente a la aprobación de adicionales, había tenido

resultados favorables. ¿Y por qué? Porque, desde el punto de vista y los objetivos del control gubernamental, le habían ahorrado al Estado peruano 610 millones de soles.

¿Y por qué? Porque había logrado este ahorro ¿vinculado a qué? A la revisión y no aprobación de adicionales.

Mi pregunta inicial aquí es ¿estamos hablando, efectivamente, de un ahorro al Estado peruano? ¿Y por qué? Porque el objetivo de Contraloría es diferente. Es necesario, pero su objetivo y la visión respecto al control previo, es el ahorro; el objetivo es ahorrarle al Estado peruano.

Pero, ¿realmente, estamos sumando al objetivo de que finalmente las obras van en beneficio de la ciudadanía?

Escuchaba a María Hilda y al panel anterior hablar de que las decisiones se tienen que tomar en virtud a información real.

El estudio de la Contraloría nos refleja en este aspecto que el objetivo de la gestión en el caso del control previo vinculado a la aprobación de adicionales, es el ahorro. El ahorro que para ellos significa o justifica su accionar en esta etapa determinada.

Me pregunto en el tema de obras que es el más cuestionado respecto de la aprobación de adicionales y del cual se genera mucha mayor controversia.

¿Existe ingeniería perfecta? ¿Podríamos decir que un expediente técnico de obra es perfecto? ¿No tiene errores ni deficiencias?

Creo que la respuesta cae por sí sola. Qué nos dice también otro informe de Contraloría, el que emitió el año pasado, respecto a las obras paralizadas. Nos decía inicialmente que existían 16 mil millones de soles que el Estado no había podido ejecutar, en la ejecución final de la etapa de obras que tenían un avance significativo por encima del 40%. ¿Por qué? Porque las obras habían quedado paralizadas en virtud a que el primer orden que

originó la paralización de las obras por encima del 40%, eran las deficiencias en los expedientes técnicos.

Ese resultado importante en la información nos lleva a dar la primera respuesta. No existe ingeniería perfecta, y, probablemente, existan errores, omisiones y deficiencias. Y esto lo que genera, en adelante, es no ahorro al Estado peruano, es pérdida al Estado peruano.

Tenemos, de acuerdo a la Contraloría y a ese estudio 867, obras paralizadas.

Este estudio que emitió la Contraloría en el año 2019 definió una esfera de acción.

Primero emitió un Decreto de Urgencia, el 08-2019, que establecía en su artículo 8, que, para poder incorporar un mecanismo de control concurrente, ahora llamado simultáneo, para este tipo de obras, y poder levantar la situación de paralización en cada una de ellas, necesitaban que, del porcentaje de presupuesto a liquidar para la finalización de la obra, el 2% debería ser asignado a la Contraloría para poderle hacer el seguimiento concurrente; el acompañamiento concurrente.

¿Cuál es el resultado de esa medida? A finales del 2019, el 3% de las obras identificadas por la Contraloría como paralizadas, solamente había podido lograr el objetivo de reiniciar la ejecución. El resto de las obras continuaban paralizadas.

Pero, vamos a preguntarnos otro escenario vinculado también a los expedientes y al objeto contractual de obra.

¿Quién asume el riesgo de los errores en un expediente técnico? Llámemoslo error o deficiencia. Principalmente, debería ser el propietario, pero, nuevamente, siguiendo la lógica de la pregunta anterior, ¿pueden o no existir errores, deficiencias u omisiones en un expediente técnico de obra?

Si hablamos de buenas prácticas constructivas, y creo que no cabe duda de que el mejor ejemplo que tenemos de proyectos oportunos, eficientes y que llegaron a cumplir la finalidad misma de la ejecución de las obras, son los juegos Panamericanos.

Todos hemos escuchado que, efectivamente, el modelo colaborativo, el concepto de que la adversabilidad no es lo que permite justamente cumplir la finalidad. Las alertas oportunas, el PMO para la gestión de administración de proyectos, hicieron que pudieran cumplirse los objetivos en el tiempo estimado.

Hace poco se publicaron los estudios respecto de cuál fue el costo que se estimó al inicio de la ejecución de estas obras, y, finalmente, cuánto terminó costándole al Estado peruano.

Esta información es valiosa porque, si estamos hablando de un modelo de ingeniería, altamente especializado, con constructores de primer nivel, con modelo de gestión por resultados, con el logro de objetivos vinculados al cumplimiento del plazo de la ejecución de obra, y, obviamente, con expertos que estaban monitoreando constantemente esta ejecución, nos va a sorprender un poco la información que hemos recabado.

Primero, de los, más o menos, seis proyectos, tres terminaron con un presupuesto por encima del original, por encima del 30%, entiéndase, actualmente, nuestra norma dice que, si supera el 15%, tiene que ser aprobado por contrato.

En este caso, como la administración y la decisión respecto de los cambios para que sean flexibles y oportunos, lo adoptaba directamente el gestor del proyecto, el gerente del proyecto. Estos cambios se realizaron en forma automática, pero nos marcaron una línea; una información valiosa que podemos tomar en cuenta para la siguiente modificación normativa.

Todos los proyectos que tuvieron o merecieron un cambio, entiéndase modificación al proyecto vinculado a adicionales, órdenes de cambio, superaron el 30%. Dos de ellos superaron el 38%. ¿Por qué? Porque lo que

primaba era el cumplimiento del objetivo. Y creo que la misma definición del interés público que hemos asumido como compromiso para los juegos Panamericanos, es la misma que tenemos que trasladar actualmente al marco normativo que tenemos vigente, que no necesariamente para poder ser eficientes, se tiene que volver a pasar por un cambio normativo.

¿Acaso no tenemos en la finalidad de la norma vigente el enfoque de gestión por resultado? ¿Que el cumplimiento de la finalidad pública debe prevalecer por el cumplimiento de formalidades? Lo tenemos en la norma, ¿y no podemos gestionar justamente de esa forma, tratando de alcanzar esos objetivos?

Necesariamente tenemos que irnos a un cambio modelo. Rescato muchísimo el proyecto de la Ley de Cadena de Abastecimiento Público, que está prepublicado y que permitirá recibir comentarios.

Pero lo cierto es que ya tenemos un modelo, y es sobre el cual se están gestionando los proyectos actualmente. Y es un modelo que podría, con un manejo de gestión y administración de contratos eficientes, lograr la finalidad que hemos alcanzado también en otros proyectos importantes.

Si no establecemos que el sistema tiene que tener los incentivos correctos para hacer que el mercado de contratación sea realmente atractivo para buenos agentes privados, y que les otorgue una justa retribución por el desempeño eficiente, de ninguna forma vamos a poder cambiar los resultados que tenemos ahora.

Una retribución adecuada por el desempeño eficiente, tiene que ser reconocida. Y una penalización intensa para el que no cumple sus obligaciones también debe ser establecida, pero sobre todo aplicada oportunamente.

Creo que es lo que puedo comentar hasta ahora y, seguramente, más adelante en las conclusiones podemos definir y ampliar un poco más.

Gracias, Roy.

Roy Álvarez Chuquillanqui: Muchas gracias, doctora, por su brillante exposición; muy clara y la información que nos muestra la importancia de la ejecución de la obra como objeto contractual.

Ahora, me gustaría conocer la opinión también del doctor Juan Carlos Pinto, al que le voy a hacer la siguiente pregunta.

¿Cómo probar los daños y perjuicios ante el tribunal arbitral en un arbitraje virtual?

¿Qué tal, doctor?

Juan Carlos Pinto: Muchas gracias, Roy. Quiero primero agradecer al CAE por su gentil invitación. Estar tan bien rodeados de tan buenos amigos y excelentes profesionales, como Ana Cristina y José Zegarra, al igual que todos los ponentes que nos han precedido, pues, siempre es un gusto, sobre todo compartir con la comunidad que está tan interesada y ávida por siempre saber sobre la materia.

Te agradezco la pregunta. He preparado una pequeña diapositiva que quiero compartir con ustedes. Voy a compartir toda mi pantalla.

Bueno, ese tema es particularmente interesante. La materia de cuantificación de daños o probanza de daños. Lo que ocurre aquí y ahora es que debemos estar más comprometidos con nuestras herramientas TEC, que siempre han estado ahí disponibles.

Como les preguntaba, qué daños existen en la contratación pública. De qué hablamos, qué acciones, pero el TUO de la norma en casi todo su articulado, menciona en diversos momentos el tema de daños.

El artículo 76 de la ley habla del daño en materia de resolución contractual cuando es por causa imputable. La norma está diseñada para revertir aquellos daños. Si bien ambas partes, más en función a los incumplimientos del contratista. En la resolución de contrato está un poco

enfocada por eso; es el daño que más se repite en la norma de la contratación pública.

[...]

Roy Álvarez Chuquillanqui: Hemos tenido un problema de red. Ahorita, me imagino que se está conectando el doctor para continuar con su exposición. Un momento, por favor.

Ahí está, gracias.

Juan Carlos Pinto: Perdón, ¿en qué me quedé?

Roy Álvarez Chuquillanqui: Estabas en la segunda diapositiva, si no me equivoco. Sí.

Juan Carlos Pinto: Estaba mencionando el articulado y cómo es que también se llega a regular la indemnización en lo que se refiere al 50% de la utilidad dejada de percibir en temas de obras, cuando hay resolución de ese tipo de contratos, el famoso lucro cesante.

Bueno, lo que pasa es que el tema de indemnización por daños y perjuicios, pues, parte de la responsabilidad civil, de la responsabilidad contractual, la institución que es por naturaleza civil y que no es el objetivo principal ni finalidad de la norma de contratación.

Entonces, tenemos que empezar primero a diferenciar aquellos conceptos y términos legales que no son propios de la Ley de Contrataciones, y que entran dentro de los alcances del convenio arbitral, pero que no necesariamente entran dentro de los supuestos regulados en la norma.

Han existido casos interesantes en donde, incluso, algunos árbitros han confundido la pérdida de chance con el lucro cesante y me ha tocado debatir en unos tribunales arbitrales.

Algunos creían que el lucro cesante es, pues, por ejemplo, un caso real.

El contratista no pudo participar de ciertas licitaciones porque tenía cubierta la carta fianza en un contrato específico, y que esta demora en la ejecución del contrato obedece por causa atribuible a la entidad contratante, digamos que pudo haber sido un tema eléctrico y la línea de transmisión, el tema de la servidumbre de paso se demoró demasiados años para conseguirla.

Todo ese tiempo que estuvo la línea de crédito copada, le impidió al contratista participar en otras licitaciones; y como eran licitaciones privadas de mineras que, prácticamente, eran invitaciones individuales, pues él asumía que eran contratos ya ciertos, seguros, y exigía como lucro cesante el pago de la utilidad de esos contratos que ya había proyectado que iba a ganar. Y eso era su lucro cesante.

La naturaleza del lucro cesante es una totalmente distinta; hay que saber diferenciar bien, aquí estoy poniendo en las imágenes, pues, a un conocido líder de responsabilidad civil y uno de los autores, uno de los tantos autores sobre la materia.

Entonces, bueno, creo que hay que primero partir por esa gran diferenciación. Entonces, viendo un poco el panorama, otro punto a notar también para la audiencia, es que, en materia de mora y penalidades, el daño ulterior no está regulado tampoco en la norma de contrataciones. Es un daño que puede darse.

Voy a analizar la perspectiva del proveedor del Estado y la perspectiva entidad. Algo difícil en materia de probanza es la cuantificación de daños. La cuantificación de daños para el tema de equilibrio económico financiero del contrato para temas, por ejemplo, en donde, en la ley de gastos generales, costos directos, temas de obras, cómo es que cuánto vale el dinero en el tiempo. Si es que puedo o no probar que el dinero que no puedo utilizar por haber tenido inutilizadas o inutilizables los montos depositados que garantizaban cartas fianza, le genera un daño.

Esos temas económicos a veces resultan difíciles, y, si bien hay especialistas en el territorio nacional, abogados de reconocido prestigio, he

visto siempre que existe dificultad en la probanza del daño en materia económica. Hay empresas internacionales que se encargan de la materia de cuantificación de daños, por mencionar algunos, pues, QDR Consulting, de origen chileno y que trabaja en Perú, Compass Lexecon, del hermano país de Argentina, creo que es Ariel Melderev, que también trabaja acá varios casos en Lima; Ankura; FTI Consulting; Accuracy y Apoyo Consultoría, por mencionar las empresas más importantes en materia de arbitraje comercial internacional que se encargan de cuantificar daños, y que a veces se pasa por alto en los arbitrajes de contratación pública. Y, pues, simplemente, presentan todas las facturas y dicen: «Ahí está cuantificado mi daño; ése es mi daño».

Y no se trata necesariamente de eso. Hay veces en que el tribunal necesita un elemento de comisión y, mientras más responsables son las partes en la forma cómo demuestran y prueban el daño que sufren y la cuantificación del mismo, pues, sus derechos quedan de modo indubitable demostrados y con comisión suficiente para ser otorgados. Y así no hay duda de decir: «Bueno, me bajó la cuantificación del daño sin motivación».

Creo que en ese aspecto la materia de contratación pública podría enriquecerse mucho de uno de estos aspectos, que es el tema de cuantificación de daños.

Tecnologías. Las nuevas tecnologías que era justamente la pregunta principal de la exposición.

Éste es un pequeño artículo de una querida amiga, Diana Gárate; ella conjuntamente con Alejandra Infante, si no me equivoco, han publicado el año pasado en una revista de una conocida universidad del Perú, ese artículo, bajo la coordinación de un amigo también muy querido, Joel Chipana, que se titula «Arbitrajes, ecología y tecnología». De ahí he tomado, justamente, esta imagen.

Y las posibilidades de utilizar tecnología se dan tanto para la presentación del caso en arbitraje, pudiendo pasar hasta por simulaciones 3D. Las que manejan obras saben que la simulación 3D ya se aplica en el BIM, que

es un programa específico para determinar, precisamente, cuáles son las deficiencias del expediente técnico y así poder prevenir problemas futuros de adicionales, conflictos o divergencias en temas de planos; las distintas especialidades.

Hay veces en que cuando ya se ingresan los datos del expediente en ese programa BIM, ya te arroja los conflictos posibles, la especialidad de electricidad con las tuberías, por ejemplo, a veces tienen cruces y eso ya se puede advertir. Y para el tema de daños, vicios ocultos, por ejemplo, tienes la realidad aumentada, e, incluso, para evitar viajar a la obra y hacer inspecciones, pues hay videos en tiempo real mediante drones.

Hay casos a lo largo del país en donde hay hospitales cayéndose porque, de repente, no se puso una membrana en la parte de cimentación y no se hizo un correcto estudio de suelos. No voy a decir que este hospital se encuentra en el norte, pero el hospital se terminó hundiendo y ya construido es inutilizable y rajado casi por la mitad. Una infraestructura de una importante inversión y el tema de probanza ahí, digamos que podría pasar por la utilización de esas tecnologías.

Las carreteras y su deterioro podrían ser también en la defensa del Estado beneficiadas con la utilización de tecnología y cualquier tema de vicios ocultos, viendo del lado de la entidad que pudiese utilizarlas.

Bueno, ésta es una herramienta digital que se llama TrialDirector. Voy a salir un poco del esquema de la presentación para mostrarles cómo en un tema de realidad aumentada se puede causar un efecto en el tribunal para ser suficientemente persuasivo y convincente, de cómo se presenta un caso y cómo se demuestra un daño.

Voy a correr un poco el video. Es una planta que termina explotando por cierta negligencia en la ciudad de Texas, hace ya muchos años. Es un caso bastante conocido. Quiero que vean un poco cómo es que preparó esta tecnología. Esta presentación la utilizó en las Cortes de Estados Unidos y demostró, por ejemplo, aquí... aquí vemos algo muy gráfico, ¿no?

Aquí más o menos muestra cómo este líquido combustible pasa desapercibido por el medidor y llega a convertirse en una combinación con gases inflamable. Luego, van a ver... todo esto es realidad aumentada. Van a ver cómo es que este líquido, que ya ha pasado por diversas tuberías, llega a crecer y a llenar casi toda la capacidad de la torre. Voy a pasar brevemente a la etapa donde, bueno, pueden apreciar que este líquido, combinándose con otros gases o con otros combustibles, y llega, lamentablemente, a pasar ya a una etapa caótica, comprometiendo así toda la planta.

Aquí en el minuto 8:40 vamos a poder apreciar la catástrofe.

Lamentablemente, había dos trabajadores que habían encendido el auto.

Bueno, creo que es suficiente para ver cómo es que una herramienta tecnológica puede crear una presentación de caso lo suficientemente convincente como para dar los detalles que ahorita con una inspección en obra, no se podrían advertir.

Esto crea un efecto en el tribunal arbitral, en cualquier órgano jurisdiccional que esté decidiendo un caso, y permite tener conocimiento, más o menos, pleno de cómo se dio.

Este impacto, obviamente, se refleja en una decisión. En los temas médicos, este tipo de herramientas hace que los daños otorgados, digamos, por negligencias médicas o por accidentes laborales; hay estudios sobre esto en Estados Unidos, sea mayor que aquellos casos donde no se utiliza la tecnología.

Ahora, yo quiero invocar un poco a la audiencia que preste atención a esta herramienta que se llama TrialDirector, que es un presentador que ya se usa hace muchos años en el arbitraje comercial internacional, y que, sin duda, aquí también podría empezar a utilizarse en contratación pública.

Somos el único país del mundo que tiene arbitraje obligatorio en obras del Estado, y, sin embargo, no utilizamos la totalidad de las herramientas

virtuales que siempre han estado ahí. Esto se puede utilizar en cualquier audiencia.

En lugar de utilizar siempre el PowerPoint, esta herramienta, lo que permite, es hacer una presentación más amigable, en donde se puede utilizar fotografías, videos, documentos y videos para ser resaltados y aumentados; videos con transcripción simultánea.

Como se puede ver, el resaltado hace que no se pierda la calidad del texto. Se puede resaltar durante la presentación al tribunal arbitral, para que preste la atención debida en el texto y números muy específicos.

Se puede hacer también comparativos, comparando páginas. También permite hacer la lectura continua.

En Estados Unidos hay el *impeachment* después del *crossed examination*, y esto es bastante utilizado por los americanos, también en el arbitraje comercial internacional; esto es del día a día.

Pocas veces lo he visto en arbitraje en contratación pública. Es una herramienta que está manejándose y que, probablemente, podrían usarla. No es inalcanzable.

Bueno, para no aburrirlos con más videos de tecnología. La tecnología está ya al alcance, solamente es cuestión de buscarla.

La International Bar Association, en el 2019, en marzo, publicó una Guía para el uso de herramientas tecnológicas para practicantes en el arbitraje.

La IBA es conocida por las famosas Reglas de la IBA en materia probatoria y, si bien no son obligatorias, son recomendaciones que internacionalmente son siempre aceptadas, y que están orientadas justo al desarrollo de buenas prácticas.

Como lo sugiere el título, esta Guía para el uso de herramientas tecnológicas, pues, trata el tema de tecnología y los recursos que se tiene para los practicantes de arbitraje.

En esta página de la IBA, donde está esta guía publicada, se puede ver herramientas para audio video conferencia, para colección de documentos, revisión de producción, para el manejo y transferencia de la data del arbitraje, presentación de gráficos y evidencia, realidad virtual y realidad aumentada, herramientas analíticas y de mapeo, traducción e interpretación y ciberseguridad y privacidad de datos.

Entonces, cada uno de estos ítems, de estos iconos, te lleva a una cantidad de opciones que son sugerencias.

Hay el que estamos usando ahorita, que es el Zoom, está el Skype, Loop up, Cisco TelePresence, Bluejeans, por si utilizamos el Meet y otros *tolos* para esos efectos.

Para recolección de documentos también tenemos esas alternativas. Para presentación de gráficos Prezi, TrialGraphics e Impact Trial.

Para realidad virtual también hay sus alternativas, y, de cierto modo, le da, pues, a los usuarios interesados en utilizar tecnología, una guía amable de lo que podría utilizar. Eso está, como lo decía al inicio, al alcance. Es muy útil en materia de daños, yo ya lo he visto en algunos arbitrajes nacionales, y sí en varios internacionales. Los invito a informarse sobre el tema.

Creo que sería todo por mi parte, doctor Álvarez.

Muchas gracias.

Roy Álvarez Chuquillanqui: Muchas gracias al doctor Pinto. En efecto, ha sido muy interesante su exposición. Me gustaría, ya para culminar, pedir, por favor, que en dos minutos, cada uno de los presentes pueda dar unas conclusiones generales.

Quisiera iniciar con el doctor Zegarra, por favor.

José Zegarra Pinto: Bueno, muchas gracias por el pase.

Efectivamente, interesantes las opiniones y los comentarios y los temas abordados por mis coexpositores.

Con respeto al tema que nos tocó abordar, el de nulidad de contrato, efectivamente, pues, siempre va a ser importante conocer y, sobre todo entender el tema de la nulidad misma, y en qué instancias se puede hacer valer muchos derechos.

Esto, como es lógico, genera mucha responsabilidad. El tema de, sobre todo cuando hablamos de presunción de veracidad, es fundamental al momento de tomar decisiones en este campo.

Es importante, sobre todo ver la calidad de los profesionales y de los mismos proveedores también, y con esto cierro.

Hace unas semanas también me hicieron una pregunta: «Doctor, y la mejora en estos temas, cómo se puede dar, ¿con más capacitación?».

Y, bueno, la respuesta fue algo que nuevamente les quiero transmitir aquí.

La respuesta, más que todo, va por el tema de integridad. Es decir, tú puedes ser una persona muy capacitada, todo lo que tú desees, pero si no hay integridad, no hay nada.

Muchas gracias al CAE, muchas gracias a la gente por su tiempo y un gusto también a los miembros del panel.

Gracias.

Roy Álvarez Chuquillanqui: Gracias, doctor.

Doctora Velásquez, por favor.

Ana Cristina Velásquez: Gracias, Roy.

Sí, bueno, quisiera concluir creo que, efectivamente, hay muchos temas por abordar. Siempre terminamos discutiendo de qué es lo que pasa luego de que se presentan estos problemas en la ejecución de la obra, pero creo que deberíamos circunscribirnos a la etapa de prevención.

Hay un artículo muy interesante que escribió Eric Franco, en el mes de mayo, que seguramente mañana los va a acompañar, que dice que tenemos que trabajar la prevención en tres aspectos, para que no se presenten, justamente, o bien los daños, o bien las resoluciones de contrato; tres aspectos importantes.

Uno fue tocado en la primera mesa: gestión de riesgos. Una correcta gestión de riesgos puede identificar, no solamente quién está en mejor posición para asumirlos, sino la oportunidad en que ambas partes colaborativamente pueden solucionarlo.

El segundo aspecto importante es si la deficiencia en los expedientes técnicos tiene solución.

Hay un artículo interesante que tiene el reglamento, el 177, para poder brindar la oportunidad del replanteo del expediente técnico, luego de suscrito el contrato entre el contratista, la entidad y el proyectista.

Si es una obra que supera los ciento veinte días, revisan conjuntamente el expediente y pueden advertir, con esa tecnología que señala Juan Carlos, si, efectivamente, la obra puede llegar a concretarse o qué problemas podrían preverse antes de que se presenten, y establecer, efectivamente, si la obra necesitará adicionales, ¿cuál será su cuantificación? Y evaluar conjuntamente si éstas se implementan antes del inicio mismo.

Y el tercer aspecto que tiene que ver con lo que ha comentado el doctor Zegarra, el tema del empoderamiento y la capacitación de los funcionarios públicos.

Pero creo que esto tiene que ver un poco más, no solamente con la capacitación y desarrollo de habilidades, sino también con los criterios de calidad de los profesionales. Definitivamente, los valores y la integridad son muy importantes, pero también si encontramos y ubicamos a los funcionarios públicos probos, que existen muchos en la administración pública, ¿por qué no empoderarlos para que sus decisiones, efectivamente, no sean cuestionadas con posterioridad?

De esta forma, podemos retener el talento humano donde lo necesitamos: en la administración pública.

Creo que éste es un trabajo de todos, y, finalmente, estos eventos nos permiten coincidir en muchos aspectos, y ver que todavía tenemos mucho por trabajar.

Gracias, Roy.

Roy Álvarez Chuquillanqui: Gracias, doctora.

Doctor Pinto, por favor.

Juan Carlos Pinto: Bueno, estoy totalmente de acuerdo con lo que han mencionado José Zegarra y Ana Cristina Velásquez.

Por mi lado, el tema que me ha tocado, pues, yo invocaré un poco a ahondar en la materia civil porque, cuando hablamos de daños y perjuicios, indemnización y resarcimiento, estamos utilizando figuras de naturaleza civil que, si bien están reguladas en materia de contrataciones públicas, su definición, concepto y alcances, están regulados en esa norma.

Y, para ello, los operadores del derecho tienen la responsabilidad de utilizarlas e invocarlas correctamente, así que ésta es una primera tarea que

debería, digamos, ser asumida con más responsabilidad en los arbitrajes de contratación pública.

Eso, por un lado. Y como segundo punto, invocar también a que se ahonde la investigación en materia de herramientas tecnológicas, porque siempre han estado al alcance.

Ahora estamos forzados a andar todos utilizando tecnología por todos lados, y creo que es un buen contexto para terminar de ponernos en contacto con todas las herramientas tecnológicas que se encuentran al alcance, y que deberían empezar a ser utilizadas en el arbitraje nacional en materia de contratación pública, porque ya se usa en el arbitraje comercial internacional en todas las partes del mundo y que está al alcance: realidad virtual, simulaciones 3D, el TrialDirector que es bastante útil y que es mucho más simpático que el Power Point, Prezi y otras tantas herramientas, creo que redundarían en una mejor probanza del derecho contenido en las pretensiones que son objeto de demandas arbitrales dentro del sistema de contratación pública.

Creo que ésas serían mis conclusiones puntuales, Roy.

Muchas gracias.

Roy Álvarez: Muchas gracias, doctor. Gracias a cada uno de los expositores.

Ha sido para mí un gusto acompañarlos en esta oportunidad. Ha sido una noche muy interesante, donde hemos repasado sobre supuestos de nulidad de contrato, la importancia de la obra pública y también las nuevas herramientas que se están implementando en la contratación pública.

Le doy pase al doctor Ruiz.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, Roy. Y, gracias, los he escuchado atentamente. Estaba fiel a los grandes aportes que se han compartido en este tercer panel, así que a todos los amigos y a los expositores nuevamente

gracias por esta excelente primera jornada del Tercer Congreso de Contratación Pública.

Invitar a todos nuestros amigos que el día de mañana estamos iniciando la segunda jornada académica, donde se van a desarrollar tres mesas también, como el día de hoy, que van a abordar las últimas modificaciones a la Ley de Contratación del Estado o las obras públicas, la junta de resolución de disputas, y el proyecto de la Ley General de Abastecimiento Público, donde nos van a acompañar distinguidos expositores especialistas en la materia.

El enlace a nuestra aula virtual de Zoom es el mismo, y también los que no puedan, nos pueden encontrar en nuestro Facebook, por el que también hemos transmitido el día de hoy.

Gracias por ese gran cariño, la gran acogida. Hemos llegado a todo el Perú: los amigos de Lima, Arequipa, Trujillo, Huancayo, Ayacucho, Cusco, Apurímac, Lambayeque, Chiclayo, que nos han seguido y estaban comentando en todas estas más de dos horas de transmisión, creo que habla bien de los operadores de la contratación pública, el interés en las personas en formarse como nuevos gestores públicos que tanto clama nuestro país para optimizar las compras que realiza el Estado peruano.

Con lo cual, reitero mi gratitud a Roy, José Zegarra, Ana Cristina, Juan Carlos y a todos los ponentes que nos han acompañado el día de hoy.

Muchas gracias y nos vemos el día de mañana, a partir de las 5:45 p.m., y el día sábado a partir de las diez de la mañana, por este medio, y gracias a las más de treinta mil personas que hemos tenido un alcance en directo del Facebook, más de cinco mil, perdón, reproducciones de este video.

Muchas gracias. Este video va a ser también subido a nuestro canal de YouTube y en nuestro portal institucional.

Muchas gracias con todos, bendiciones.

Cuídense y nos vemos el día de mañana.

Gracias, doctores. Hasta mañana.

Todos: Gracias, Jorge Abel. Gracias, Ana Cristina. Cuídense todos. Cuídense, chao.

Jorge Abel Ruiz: Chao, cuídense.

Jorge Abel Ruiz: Buenas tardes, queridos amigos, buenas tardes a los que nos acompañan el día de hoy en la segunda jornada del Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje.

A nombre del Círculo de Arbitraje con el Estado, en mi calidad de director, les damos la cordial bienvenida a todos los amigos que ya se vienen conectando en nuestra aula virtual en la plataforma Zoom, y también a los amigos que nos acompañan en nuestro *fun page* del Círculo de Arbitraje con el Estado, en una transmisión en vivo donde vamos a abordar temas relacionados a la Ley de Contrataciones del Estado, y esta cuarta mesa que va a iniciar con las modificaciones a la Ley de Contrataciones, de las que se ha hablado mucho en estos últimos más de veinte años de aplicación de este cuerpo legal especializado en compras públicas. Hay más de ocho modificaciones que se han realizado a la Ley de Contratación del Estado, y el actual gobierno también, como ya es costumbre de cada gobierno, ha modificado la Ley de Contrataciones y el reglamento.

Actualmente, el Ministerio de Economía y Finanzas ya ha publicado el proyecto de una reforma de la contratación pública, que vendría a ser la Ley de Abastecimiento Público.

En ese sentido, los expositores que nos acompañan en el día de hoy, el doctor Hugo Sologuren, el doctor Juan Huamaní Chávez, el doctor Augusto Villanueva, y el doctor Giusseppe Vera, van a abordar temas de relevancia respecto a las últimas modificaciones en el marco de la contratación pública.

Bien, en este sentido, le damos a todos ustedes y a los que se van conectando, la bienvenida a los doctores mi agradecimiento por acompañarnos en esta segunda jornada académica.

Este tercer congreso lo pensábamos realizar en la ciudad de Iquitos, pero lo bonito de esta era virtual es que nos permite llegar no solamente a Iquitos, sino a Lima, Trujillo, Chimbote, Chiclayo, los amigos de Ayacucho o los que se vienen conectando de diferentes regiones, no solamente de nuestro país, también los amigos de México, que no están viendo y siempre nos siguen.

Sin más preámbulos, voy a cederle el uso de la palabra a Nicole Álvarez, quien es asociada de nuestra institución, para la presentación del cuarto panel.

Nicole, bienvenida y tienes el uso de la palabra.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Abel, por cederme la palabra.

Muy buenas noches a todos los seguidores de CAE. Saludos a todos nuestros amigos que nos siguen en la transmisión en vivo y que se encuentran en la plataforma Zoom, también. Agradecerles por brindarnos su tiempo y acompañarnos en este Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje, organizado por el CAE.

Es así que, sin más preámbulos, vamos a dar inicio a esta cuarta mesa, que tiene como panelistas a Giuseppe Vera Vásquez, Juan Huamaní Chávez y Hugo Sologuren.

Primero voy a iniciar presentando al moderador de esta mesa, que tiene como objetivo brindarnos alcances acerca de las modificaciones de la Ley de Contratación del Estado.

En este caso, es Giuseppe Vera Vásquez. Él es árbitro, socio fundador de Vera, Espinoza & Prado Abogados, candidato a Magíster en derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú; miembro

del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de La Libertad; presidente del Centro de Estudios de Derecho Arbitral peruano; especialista en arbitraje, derecho procesal, derecho patrimonial y contratación pública. Miembro del grupo de investigación y derecho de empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Expositor y panelista en certámenes académicos nacionales e internacionales. Ha participado en diversas obras colectivas; autor de artículos publicados en diversas revistas especializadas de derecho y ha sido abogado asociado en prestigiosas firmas legales.

Bienvenido, Giuseppe Vera y muchas gracias por contar hoy día con tu presencia.

También tendremos como expositor a Augusto Villanueva, quien es abogado por la Universidad San Martín de Porres; magíster en contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha; consultor en construcción y ejecución de contratos de infraestructura y arbitraje. Árbitro en la nueva RNA del Colegio de Ingenieros y en diversas Cámaras de Comercio a nivel nacional.

Muchas gracias, Augusto Villanueva, es un gusto tenerte el día de hoy.

Asimismo, tendremos como expositor a Juan Huamaní Chávez, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio principal del Estudio Jurídico Huamaní Chávez Abogados, magíster en contratación pública por la Universidad Castilla La Mancha de España, con estudios culminados en doctorado de derecho y ciencias políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y cursa estudios en maestría en derecho administrativo en la Universidad de Buenos Aires, UBA, con estudios en junta de resolución de disputas por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y por el Centro de Arbitraje y Resoluciones de Disputas del Colegio de Ingenieros del Perú.

Es capacitador del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, y ha sido secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Participa activamente en calidad de expositor en eventos académicos sobre la materia de su especialidad, y ha publicado también artículos sobre su especialidad.

Y, por último, contaremos con la presencia también de Hugo Sologuren, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con más de treinta y cinco años de experiencia en derecho económico y empresarial, derecho administrativo, público, organismos superiores y reguladores, contratación pública y concesiones; presidente de la Cámara de Comercio de Lima. Gestor y promotor en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; vocal de la Corte y Consejos Superiores de Arbitraje de dicho centro y el Colegio de Abogados de Lima. Integrante de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima y principales centros de arbitraje del Perú.

Árbitro único y miembro de tribunales arbitrales en casos internacionales y nacionales.

Muchas gracias por su presencia, Hugo Sologuren, en este magno evento.

Sin más preámbulos, cedo la palabra para que inicie la moderación de esta primera mesa a Giusseppe Vera Vásquez.

MESA N.º 4: «TEMAS DE RELEVANCIA RESPECTO A LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA»

Giuseppi Vera Vásquez (moderador)
Augusto Villanueva Llaque
Juan Huamani Chávez
Hugo Sologuren Calmet

Giuseppi Vera Vásquez: Muchas gracias, Nicole.

Primero, debo de empezar agradeciendo al Círculo de Arbitraje con el Estado, en la persona de su director, Jorge Ruiz Bautista, por cursarme la invitación a participar en este importante congreso.

Luego, mis saludos a los distinguidos miembros de este panel, y dicho esto, también mis saludos a todos aquellos que están siguiendo vía virtual este importante panel.

Es importante destacar que nosotros vamos a conversar sobre lo que es contrataciones con el Estado, y sobre algunos aspectos de medular importancia, y qué mejor que hacerlo con un tema que está dando que hablar el último mes, a raíz de la publicación del proyecto o de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

Para esto contamos con la presencia de Augusto Villanueva, quien nos va a conversar sobre qué le espera a este proyecto, y si hay algunos peligros para la inversión, en cuanto los inversionistas puedan considerar que estas nuevas reglas de juego cómo pueden causarle algún perjuicio.

Augusto va a exponer sobre las razones que tiene el Estado, el Ejecutivo para haber planteado este proyecto de ley.

Asimismo, va a abordar sobre la preocupación que pueda generar a los inversionistas este cambio en las reglas de juego, y algunos aspectos que pueden significar alguna preocupación para ellos.

Luego, va a conversar sobre lo que este proyecto de ley trae consigo en relación al arbitraje. Esto es muy importante también porque, por un lado, está la contratación pública, pero, por otro lado, también está el arbitraje en la contratación pública, que también sufriría algunos cambios con este proyecto de ley y nos dará su opinión al respecto.

Finalmente, nos va a dar su opinión sobre lo que considera una posibilidad para mejorar la actual Ley de Contrataciones con el Estado, a partir de este proyecto de ley.

Entonces, sin más preámbulos, por favor, Augusto, te damos la bienvenida y el uso de la palabra para que inicies tu exposición.

Augusto Villanueva Llaque: Muchas gracias, Giuseppe. Muy buenas noches a todos. Mi especial agradecimiento al CAE por la invitación; un afectuoso saludo a ti y al doctor Sologuren y al doctor Huamaní.

Y, bueno, yendo directamente al punto, como sabemos, hace pocos días, precisamente, el 4 de octubre se prepublicó el proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público. De aprobarse este proyecto de norma, constituiría un nuevo marco normativo que reemplazaría integralmente la actual Ley n.º 30225, la de Contrataciones con el Estado.

El referido proyecto de norma apunta a un cambio de visión en la contratación pública, debido a que no solamente se va a limitar a ésta, sino que apuntaría a regular toda la cadena de abastecimiento, la cual comprende, como sabemos, desde la programación multianual de bienes, servicios y ejecución de obras, pasando por la gestión de las adquisiciones, hasta la administración de éstas.

Y un poco de historia, de repente. Es necesario señalar que la LOPE o la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ya establecía en su artículo 46, desde

hace muchos años, que el abastecimiento constituye un sistema administrativo, el que tiene por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública.

En tal sentido, si bien desde el año 2007 ya se reconocía al abastecimiento como un sistema administrativo del Poder Ejecutivo, recién el año pasado, con el Decreto Legislativo n.º 1436, desarrollándose a través del Decreto Legislativo n.º 1439, y su reglamento, que es aprobado por el D.S. n.º 217-2019, ya se aterriza este tema y se plantea ya a nivel de norma con rango de ley.

El Decreto Legislativo n.º 1439, establece que el sistema nacional de abastecimiento corresponde al conjunto de principios, procesos, normas procedimientos, técnicas e instrumentos para la provisión de bienes, servicios y obras, a través de las distintas actividades de la cadena de abastecimiento público, orientadas al logro de resultados, con la finalidad de lograr un eficiente y eficaz empleo de los recursos públicos; y, asimismo, establece que es la Dirección de Abastecimiento del MEF el ente rector de este sistema.

Es parecido, por ejemplo, a lo que se está haciendo con el tema de las APPs con la Dirección General de Promoción de la Inversión Privada del MEF, que regula los procesos de promoción, y que constituye el órgano rector del sistema nacional de promoción de la inversión privada. En este caso, es la Dirección de Abastecimiento del MEF, que es el ente rector de este sistema de contratación.

Asimismo, en el marco de la referida norma, también se establece que la cadena de abastecimiento público es un conjunto de actividades que están involucradas en la gestión de adquisiciones y administraciones de bienes y servicios, y ejecución de obras para cumplir la provisión de bienes y servicios, y lograr resultados en todas las entidades de la administración pública.

Y, en ese sentido, en el marco de las normas que he citado, el Ejecutivo, considerando que las normas que regulan la programación, la

gestión de adquisiciones y la administración de bienes, se encuentran de manera dispersa, considera necesario proponer un marco normativo que esté orientado a incorporarlas, sistematizarlas y a crear, pues, este nuevo marco normativo orientado a regular la cadena de abastecimiento público, considerándola como un todo, con actividades que están vinculadas entre sí y con otros sistemas administrativos de la administración financiera del Estado, los cuales se rigen todos por estos mismos principios, por los principios y disposiciones que establece el sistema nacional de abastecimiento.

Y, habiendo señalado esto, es importante conocer que el proyecto de ley, el proyecto prepublicado, recoge principios innovadores como el desarrollo social. También recoge principios como la integridad, la transparencia, equidad, colaboración, igualdad de trato y competencia.

Sobre el principio de competencia en la exposición de motivos de la norma prepublicada, encontramos que está haciendo un análisis. Señala que, en los dos últimos años, en líneas generales, se ha visto un incremento promedio en la participación de postores en los procesos de contratación. No obstante, para el Estado no es suficiente, es decir, es insuficiente, por lo que, con esta reforma, está buscando implementar mecanismos y herramientas que resulten atractivos para fomentar la participación de mayores postores o de mayores proveedores del Estado.

En el marco de esta norma, dado que el tiempo nos apremia; es un tiempo breve con el que contamos, he considerado importante hablar brevemente un poco de cómo se toma el arbitraje en este proyecto de norma.

Y, como muchos hemos visto, pues, el artículo 68 del proyecto, establece que las controversias que se puedan generar durante la ejecución de bienes, servicios u obras, se resuelvan por conciliación y arbitraje de acuerdo a lo regulado en las leyes de la materia.

Y acá es importante, pues, saber que, si bien este proyecto recién ha sido prepublicado o socializado por la colectividad, ya muchos especialistas y yo también me aúno a esa corriente de opinión, consideramos que pa-

recería por la redacción propuesta, que los arbitrajes que se produzcan en el marco del proyecto de norma, tendrían como único marco el Decreto Legislativo n.º 1071, la Ley de Arbitraje y el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que es la norma que recientemente modificó la Ley de Arbitraje.

Es decir, podría tratarse de un arbitraje en contratación pública, regulado por la Ley de Arbitraje con la modificación que ya contiene disposiciones especiales cuando una de las partes es el Estado peruano, por lo que se podría pensar que la Ley de Cadena de Abastecimiento Público no regularía de manera alguna el arbitraje, salvo la remisión a las leyes especiales, que nos remiten al Minjus, al Ministerio de Justicia, el cual, de aprobarse así la norma, tendría la facultad para regular el arbitraje en contratación pública, pero si lo ve conveniente, porque también existe la oportunidad o la posibilidad dentro de este abanico que se puede generar, de que el Minjus no desea regular, es decir, tendríamos, pues, un arbitraje en contratación pública muy amplio. Pero, también existe la posibilidad de que, entre el Ministerio de Justicia, pues, a regular ciertas materias, como ahora han sido reguladas, pues, porque son reguladas, incluso, por la Ley de Contrataciones del Estado, el reglamento y las diversas directivas emitidas por el MEF.

Entonces, dentro de esto, si la norma prepublicada entrara en vigencia, por decirlo, mañana, temas tan importantes como materias arbitrables, temas importantes como plazos de caducidad, como orden de aplicación de la normativa aplicable, porque tenemos actualmente en la ley y en el reglamento de contratación pública, ya no estarían definidos, existiría una impredecibilidad; y esa impredecibilidad, básicamente, se daría para nosotros los operadores del arbitraje, para los justiciables y ahí, pues, veríamos un gran limbo.

Otra pregunta es ¿qué pasaría con o qué pasará con el Registro Nacional de Árbitros del OSCE? El nuevo RNA. La incógnita que tenemos muchos operadores del arbitraje es que, si dicho Ministerio, o sea, si el Ministerio de Justicia ve necesario contar con un listado de árbitros especializados en arbitraje y en contratación pública, y si lo considera hacer, también necesitaríamos tener predictibilidad para saber si el Minjus va a

requerir que los árbitros cuenten con un mínimo de experiencia en arbitraje y contratación pública.

En mi opinión, ello permitiría a las entidades saber que los árbitros que van a designar, han pasado por un filtro sobre el *expertise* de los profesionales que van a decidir en las controversias en que participe el Estado.

Otra parte de la redacción de la norma prepublicada, establece, pues, que los CAD ya no contarían con la presencia arbitral que actualmente tiene el OSCE.

Ante ello, ¿qué va a pasar con la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, la pregunta es ¿va a eliminarse?, ¿va a ser absorbida por el Minjus, y también es cierto, pues, siendo realistas, ¿cuánto tiempo demora una norma con rango de ley en ser aprobada? ¿Cuánto tiempo demora el Ejecutivo para emitir un reglamento que permita la entrada en vigencia de todas estas disposiciones que, actualmente, vienen recibiendo comentarios ante el MEF?

Ahora, otro tema, ¿cuánto tiempo tomaría la transferencia de competencias y de recursos para que el Minjus implemente, una dirección de arbitraje administrativo?

Definitivamente, no hay mucha claridad con el proyecto prepublicado; es un proyecto general. Quizás —es una opinión personal— quizás sea necesario tomarse un mayor tiempo para meditar el impacto que ello pueda generar, sobre todo en los operadores de la contratación pública, porque debemos recordar que, desde una perspectiva de funcionarios y servidores públicos, la Contraloría General de la República puede resultar una suerte de camisa de fuerza para los funcionarios y servidores al momento de tomar decisiones para cualquier lado, más aún cuando se trata de una norma nueva que, si bien nace con la finalidad de integrar todos los sistemas administrativos del Estado, lo cual es algo positivo, también podría generar, como es lógico, una demora en la implementación de procesos, hasta que los funcionarios y servidores conozcan la norma.

Ahora, ¿qué le espera a la Ley de Contrataciones con las nuevas reformas propuestas?

Definitivamente, le esperaría, si entrara la norma en vigencia, desaparecer como han desaparecido las demás leyes de contrataciones del Estado, y citando a diversos especialistas —tú mismo Giuseppe lo has mencionado— la Ley de Contrataciones, y me parece que Jorge también, la Ley de Contrataciones ha sido, si no es la norma con rango de ley que ha sido más modificada a lo largo del tiempo, podría decirse que, básicamente, esta Ley de Contrataciones se viene modificando en todos los gobiernos.

Y, para cerrar un poco el tema era, ¿hay peligro por el cambio de nuevas reglas?

Definitivamente, hay una mirada expectante del empresariado nacional e internacional acerca de las nuevas reglas de juego que podrían ser aprobadas, así como también existen expectativas del empresariado en nuevas modalidades de contratación, como los mecanismos de gobierno a gobierno.

No obstante, independientemente de la cuantía de los grandes proyectos que puedan adjudicarse en el tiempo, lo cierto es que la inversión privada medita mucho el avance o el retroceso de la estabilidad jurídica, como uno de los principales componentes para invertir. Y en la contratación pública, específicamente, para decidir contratar con el Estado.

Lo cierto es que los inversionistas también buscan predictibilidad sobre la forma en que se van a resolver las controversias, hablando específicamente del arbitraje. Ellos necesitan conocer y tener predictibilidad del marco legal e institucional que se viene aplicando y que puede ser modificado, obviamente, una norma de varios años que no es modificada, como la Constitución, por ejemplo, es una forma de garantizar el respecto irrestricto a los derechos de los contratistas, pero habrá que ver los comentarios que van a ser considerados por el Ministerio de Economía y Finanzas para este proyecto de norma, y un segundo momento crucial, trascendental,

consiste en la participación del Congreso cuando la norma llegue a dicho Poder del Estado.

La pregunta que debemos hacernos, creo yo, es ¿va a primar el populismo y el desconocimiento o va a primar el tecnicismo?

Esperemos que prime lo segundo. Y, para finalizar, pues, sin lugar a dudas, se trata de una tarea sumamente compleja, pero que bien podría permitir alcanzar uno de los principios trascendentales de esta norma, como el desarrollo social, lo cual permitiría alcanzar la satisfacción del interés general, en caso de que sea bien llevado.

Muchas gracias, Giusseppe.

Giusseppe Vera Vásquez: Gracias, Augusto. Muy buen uso del tiempo que nos permite seguir avanzando en este panel, y como segundo expositor tenemos a Juan Huamaní, quien va a exponer sobre su lectura de las nuevas regulaciones al Registro Nacional de Árbitros, y también lo que significa y lo que implica el Renace, este nuevo registro que nació a partir, pues, del Decreto de Urgencia n.º 020-2020.

Cuando las entidades del Estado designan a sus árbitros en materia de contratación pública, éstos deben estar adscritos dentro del Registro Nacional de Árbitros del OSCE. Similar actuación ocurre cuando se va a designar al presidente del tribunal arbitral o los arbitrajes, o las designaciones también residuales, etc.

Entonces, Juan nos va a comentar también en relación al Renace y a partir de que este registro contiene la nómina de árbitros y de centros de arbitraje —importante esto— a nivel nacional; una especie de mapeo general de todo el país, tanto de árbitros como de centros de arbitraje, con información relevante que va a permitir identificar, entiendo, situaciones de posibles conflictos de intereses.

Entonces, ambas iniciativas parecen ser importantes, porque favorecerían al arbitraje como medio de solución de controversias, la transparencia, pero, ojo, también no están exentas de deficiencias.

Entonces, Juan nos va a centrar su exposición en destacar, de un lado, los aspectos positivos, tanto del RNA OSCE como del Renace, así como también algunas falencias, algunas deficiencias que puede tener su regulación, y, bueno, espero que dé el tiempo quizá para que proponga algunas mejoras a su regulación normativa.

Adelante, Juan, te escuchamos.

Juan Huamaní Chávez: Gracias, Giusseppe.

Bueno, en primer lugar, quiero agradecer a todo el grupo del CAE y del Círculo de Arbitraje con el Estado por esta gentil invitación, y, de manera especial, a Jorge Ruiz, que siempre ha tenido el buen gesto de invitarme ante los tantos eventos que, normalmente, organiza y creo que es positivo, porque ayuda mucho la difusión del arbitraje que ha crecido tanto en los últimos años.

Y yo quisiera, fuera de saludar a Hugo y Augusto, quisiera resaltar un poco lo que mencionaba Augusto. Nos hemos acostumbrado en el país a modificar de manera repitente, valga la redundancia, a las modificatorias de las normas, y eso no ayuda en nada.

Este proyecto último que está circulando, como lo ha advertido Augusto, genera algunas dudas o, en todo caso, exige o requiere mayor precisión de muchos temas.

¿Qué ha sucedido en los últimos años respecto del arbitraje? Creo que algo que debe decirse claramente es que ha habido un exceso de regulación, y todo lo que implica exceso, no siempre trae cosas positivas de por medio.

Desde el momento en que ahora se exige que se tenga que estar en determinados registros, ya de por sí implica una limitación para las partes.

Creo, y voy siempre a ponderar y defender la tesis de que debe existir libertad total, plena de las partes para la elección de sus árbitros o, en su defecto, procurar generar un buen registro, si es que ésa es la finalidad.

Entiendo que la premisa de la creación del Registro Nacional Unificado de Árbitros OSCE, es que las entidades tengan buenos cuadros para poder delegar en estas personas las designaciones.

La pregunta es, si conforme está redactada la directiva actual, si conforme se ha establecido este procedimiento para poder formar parte de este registro, se ha hecho en verdad de la mejor manera para que los mejores cuadros o los profesionales de mayor trascendencia, de mayor trayectoria y *expertise*, puedan formar parte de este registro.

Y ahí, honestamente, tengo mis serias dudas, porque el sistema que han establecido para poder postular a este registro tiene algunas deficiencias. Y una de las primeras que yo podría advertir es por qué no hacer el distingo entre aquellos profesionales que ya tienen años dedicados a esta actividad, que pueden acreditar tremenda experiencia en este ámbito especializado de las contrataciones públicas, en comparación de los nuevos profesionales que tienen todo el derecho del mundo de poder incursionar en el arbitraje.

Y creo que ésa es una lectura que debemos advertir y debemos solicitar, no exigir, solicitar al OSCE para que pueda hacer una revisión de lo que está planteando en su directiva.

El propósito, repito, no debe leerse de manera negativa. Finalmente, esta exigencia, básicamente, va dirigida para cuando se tenga que hacer la designación de los árbitros por parte de las entidades. Básicamente, tiene ese propósito. Claro, toca a los presidentes, pero solamente si se hace la designación de manera residual, interfiriendo, desde luego, en la compe-

tencia de los centros de arbitraje, porque lo que te dice es que, si en un arbitraje administrado no se ponen de acuerdo los árbitros de parte para designar al presidente, el centro tendrá que designar al presidente, pero teniendo como referencia el registro.

Entonces, solamente podrá designar dentro de su lista a aquellos profesionales que formen parte del Registro Nacional de Árbitros, han incurrido en la competencia de los centros de arbitraje, creo, de manera equivocada.

Ahora, claro, no han tocado las designaciones de los privados, y no tenían por qué hacerlo. La pregunta es, nuevamente, si es que en realidad, conforme han establecido el procedimiento, para postular a este registro, se está consiguiendo la finalidad deseada, supuestamente deseada. Tener a los mejores profesionales para que puedan participar o puedan pertenecer a este registro.

Una de las cosas que sí me ha preocupado: los sistemas de exclusión que tienen. Y uno de ellos, por ejemplo, me voy a permitir leerlo para que pueda graficarse lo que pretendo indicar es «Se podrá excluir del Registro Nacional de Árbitros a aquel árbitro que haya sido, que haya tenido más de tres recusaciones fundadas, ya sea en el OSCE o en cualquier otra institución arbitral.

Estimados amigos, nosotros no tenemos un único sistema para evaluar las recusaciones planteadas. Ya la experiencia nos advierte que frente a supuestos muy similares, parecidos, instituciones arbitrales resuelven las recusaciones de maneras contradictorias, de forma opuesta.

Entonces, la pregunta es ¿por qué yo recojo como un supuesto de exclusión el hecho de que me puedan declarar fundada una recusación en cualquier centro de arbitraje?

Ahora, con la directiva, con la resolución ministerial del Minjus, se está creando un Registro de Centros de Arbitraje, pero los centros de ar-

bitraje, las instituciones arbitrales, a lo largo de los años, no han tenido fiscalización.

Entonces, existe una libertad de posición, una libertad de decisión de cada uno de estos centros. No hay un criterio uniforme para resolver las recusaciones, y tampoco sabemos a ciencia cierta cuántos centros de arbitraje existen en el país, porque, claro, cuando a alguien le preguntan: «Oye, ¿tú me puedes mencionar los centros de arbitraje?».

Inmediatamente, pues, alguien dirá: «Cámara de Comercio de Lima, de la Católica, Colegio de Ingenieros, pero tenemos muchos centros de arbitraje que operan a nivel nacional, y muchos centros de arbitraje que operan a cargo de personas naturales. No son asociaciones, no son personas jurídicas.

Entonces, una regla como ésta que excluye recusaciones fundadas de cualquier centro de arbitraje, sí podría generar honestamente, sí podría generar un perjuicio para aquel profesional que sí forma parte de este registro, pero que, de repente, pues, no se vio favorecido en la decisión de un centro de arbitraje y pudo haberse equivocado este centro de arbitraje.

La propuesta, nuevamente, no es mala, no es equivocada, podemos postular la existencia de un registro para estos fines. Entiéndase que las entidades puedan designar dentro de este registro, pero creo que sí es necesario, no solamente ampliar la posibilidad de que todos puedan postular a este registro.

Y con eso, a qué quiero referirme; y creo que todos los que operamos en el mundo del arbitraje lo sabemos. Muchos de los mejores árbitros que existen en el país, no quieren postular bajo estas reglas a este registro. Y una de las razones, evidentemente, es que no quieren manchar la trayectoria que tienen.

Si, por ejemplo, a mí me dicen: «Yo te voy a evaluar conocimiento», yo lo primero que esperarí es que tú me asegures que me vas a evaluar conocimiento, experiencia, respecto de aquello que tiene que ver con la función

arbitral. Y lo que nosotros hacemos es resolver controversias referidas o vinculadas a conflictos de ejecución contractual.

Los árbitros no entramos a ver, por ejemplo, nada que tenga que ver con los temas del proceso de selección, con procedimiento sancionador.

Entonces, si tú vas a pretender preparar un examen tipo universitario en donde me vas a consignar expresamente un artículo de la norma, y le vas a quitar una palabrita para hacerme caer, entonces, no estamos evaluando en verdad el conocimiento que uno pueda tener, porque, partamos de la premisa, cuando nosotros, quienes nos dedicamos a la función arbitral resolvemos una controversia, lo hacemos con la norma al lado. Vemos los documentos, vemos los medios probatorios, analizamos el expediente, pero tenemos nuestra norma al lado. No es que todos los artículos de la Ley de Contrataciones y el Reglamento estén en nuestra cabeza. Los conocemos, pero sí repasamos y nos apoyamos en la norma.

Entonces, creo que la manera en que se está queriendo solamente evaluar, con una única opción, no es de las mejores.

Y no me cansaré, en cada lugar en el que pueda participar como expositor, de mencionarlo, y espero que en algún momento den la posibilidad de ampliar ese sistema de evaluación, y ponderen la experiencia, conocimientos, el *expertise*; lo que pueden acreditar muchos profesionales que, a lo largo de todos los años son los puntales, son los referentes en el mundo arbitral, y que ellos también tengan, primero, la chance o el querer postular a este registro, y segundo, formar parte de él, porque estoy seguro de que así las entidades van a tener mejores opciones, mejores alternativas para cuando les toque designar un árbitro.

En cuanto al Renace, no hay mayor cuestión por el momento, que mencionar. Claro, digamos, si es que se llegara a aprobar este proyecto de ley, lo que va a terminar sucediendo es que el Registro Nacional de Árbitros no va a tener sentido, y se entendería que el Renace sería el único registro que debería operar para los arbitrajes en general.

Actualmente, ya se tiene la plataforma para poder inscribirse en el Renace. Mucha información, probablemente sea bueno, pero será, en parte, complicada para aquellos profesionales que tienen tantos años dedicados a esta función y han tenido la posibilidad de ver o estar al frente de muchos procesos arbitrales. Pero, ojo, todavía no tiene plazo determinado, esto es, ese registro es abierto en este momento, no es que me hayan dado un mes o dos meses para poder postular todavía. Y viene un paquete de normas del Ministerio de Justicia que, en teoría, va a regular estos supuestos.

Seguramente, cuando eso salga, nuevamente nos volveremos a juntar y veremos qué alternativas nos propone y, eventualmente, rescataremos los puntos positivos. Y, también, que creo que siempre es importante cuando advertimos que algo no nos parece que está bien, mencionarlo, porque, finalmente, con los comentarios podemos siempre pretender intentar hacer mejores normas.

Bueno, por el momento, y tratando de respetar el plazo que se me ha concedido, finalizo acá.

Gracias, Giuseppe.

Giuseppe Vera Vásquez: Gracias, Juan. Muy importantes tus ideas, tus aportes.

Para continuar con el panel, va a exponer Hugo Sologuren respecto a las modificaciones más relevantes que trajo consigo el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, en el arbitraje donde forma parte el Estado. Esta norma se publicó, pues, a finales de enero de este año, y, ni bien se publicó, si bien es cierto, no modificaba ningún articulado de la Ley de Contrataciones del Estado, sino modificaba más bien la Ley de Arbitraje, el Decreto Legislativo n.º 1071. Sin embargo, se establecía que estaba referido a los arbitrajes en los cuales el Estado fuera una de las partes. Entonces, ni bien se publicó este decreto, han sucedido una serie de artículos académicos que han criticado a la mayor parte de su contenido. Quien habla también ha sido uno de ellos, que publicó un artículo en Gaceta Civil y Procesal Civil, una crítica en relación a diversos ítems que contiene esta norma.

Entonces, yo considero que, si bien la norma pudo haber tenido una muy buena intención, pero no parece, al menos desde mi análisis, y seguro que Hugo va a desarrollar muy bien este tema, ser la solución al gran problema que, supuestamente, le dio origen, que es la corrupción, y que se plasma en su propia exposición de motivos.

Entonces, temas como, por ejemplo, la forma cómo han regulado la contracautela, y que tiene que darse una fianza bancaria o patrimonial a favor de la entidad pública y que, no solamente eso, sino que, además, tiene que ser por un monto ya previamente determinado, que es el de la fianza y que esté, prácticamente, de manera tasada, tampoco no parecería ser la mejor solución, más aún cuando pareciera ser que contra eso se puede aplicar control difuso, porque parecería que es una norma que atenta contra principios constitucionales.

Otro es el tema de haber incorporado el tema del abandono también, y una serie de otros aspectos. Entonces, seguro Hugo, con su vasta experiencia en arbitraje y en arbitraje en contratación pública, en particular, nos va a dar una opinión muy centrada, muy analizada, ya después de varios meses de la aplicación de este decreto de urgencia desde su exposición de motivos, y los cambios más resaltantes que esta modificación ha operado, y cuáles son los problemas también que nos presenta de cara al futuro.

Adelante, Hugo, te escuchamos.

Hugo Sologuren Calmet: Muchas gracias a ti. Muchas gracias, especialmente, al CAE, a Jorge Abel Ruiz, y el privilegio de estar acompañado de ustedes en este panel.

El tema que me han asignado es un tema muy puntual y me ha gustado más un tema muy comentado, como el que han tratado Augusto o Juan, porque quizás además son más actuales, porque creo que esta norma del 020 va a quedar un poquito desactualizada cuando se produzcan todas las modificaciones que estamos viendo.

Pero, en fin, vamos a tratar de hacer un análisis sobre el tema.

El Decreto de Urgencia n.º 020, básicamente, lo que hace es modificar los artículos 7, 8, 21, 29, 51, 56 y 65, e incorpora el artículo 50-A a la Ley de Arbitraje.

Estas modificaciones más relevantes son realizadas en los artículos 7, 8 y 65, así como la incorporación del artículo 50-A.

La norma bajo comentario posee una exposición de motivos que sostiene que, dadas las particularidades de los arbitrajes de los que el Estado peruano es parte, la Ley de Arbitraje no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afecten los intereses del Estado, y que generen graves consecuencias económicas para el país.

Esta aseveración es realmente desacertada; desde mi punto de vista, es desacertada porque debemos partir del hecho de que el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, por su sola naturaleza, no es una institución corrupta.

Es importante recordar que el órgano jurisdiccional, el Poder Judicial, ha mostrado a lo largo de los años, carecer de las ventajas que posee el arbitraje. El problema en la institución no es la institución, el problema son las personas.

Siguiendo las razones que pone el Ejecutivo, es muy importante, por favor, tener en cuenta que esta contradicción enorme en la exposición de motivos, que reconoce que es una ley de arbitraje privado, pero resulta que termina metiendo temas del Estado en una ley de arbitraje general, que podría llamarse privada.

Así tenemos que se señala a manera de ejemplo, menciona la existencia de pagos de ingentes sumas de dinero, cuando aun coincidiendo en relaciones de laudos, el propio tribunal arbitral o árbitro único laude de la misma forma que laudó inicialmente, ordenando muchas veces pagos injustos o muchas veces también conculcando normas constitucionales y perjudicando al erario nacional en sus tres niveles de gobierno.

Esto es discutible, por supuesto, pero el tiempo no da para desarrollar mucho.

Otro aspecto de comentar de la exposición de motivos es que se señala que se observa el incremento del número de arbitrajes en los que el Estado interviene como parte, registrándose oficialmente un total de 1,419 casos los últimos cinco años, en 125 procuradurías a nivel nacional.

Yo creo que esa cifra está desactualizada. Hoy día deben ser muchos más casos. Ese nuevo período de tiempo, la información proporcionada por dichas procuradurías ha permitido verificar que el Estado ha sido condenado al pago de un total de S/ 507'324,049.

A criterio del Ejecutivo, esta información permite dimensionar el problema y determinar cuándo del erario nacional se encuentra en juego, así como la urgencia de adoptar medidas que permitan evitar pérdidas por el uso incorrecto del arbitraje.

Lo particular de esta razón del Ejecutivo es que, por ejemplo, la Contraloría General de la República, ni más ni menos, en el informe denominado «El arbitraje en las contrataciones públicas», durante el período 2003-2013, señaló que los resultados desfavorables no se encuentran en la figura del arbitraje en sí mismo, sino en la gestión de los procesos de contratación que requiere ser fortalecido, y también, como lo veremos, en los expedientes técnicos, incluso, en mi experiencia como árbitro en contrataciones públicas he advertido que otro de los grandes problemas del Estado que causa esta pérdida de los procesos arbitrales, es la mala, deficiente e inadecuada calidad de los estudios técnicos en el caso de las obras, lo que da, pues, lugar, como todos sabemos, a muchas modificaciones, ampliaciones de plazo, incluso, ampliaciones de presupuestos.

Entonces, crea una aparente contradicción cuando se dice que el arbitraje es el responsable de que el Estado pierda los procesos arbitrales; y, por otro lado, la Contraloría General de la República haya concluido que el problema está en la gestión de los procesos de contrataciones que requiere ser fortalecida.

Esto, no tengo mucho tiempo para desarrollarlo, pero va acompañado de un estudio posterior de la Universidad Católica donde, inclusive, con porcentajes muy exactos, se determina que no es verdad que el arbitraje lo pierde el Estado, ni siquiera en un 50%, el porcentaje, si mal no recuerdo, son 42% o 44%, y no significa que lo pierda totalmente. Lo pierde parcialmente, entonces, pues, hay que revisar esos criterios.

Regresando a la exposición de motivos, el Ejecutivo señala que las entidades del sector público están sufriendo ingentes perjuicios económicos, pues la mala *praxis* y la aplicación de normativas que regulan el arbitraje y la contratación donde el Estado peruano es parte.

En consecuencia, estas prácticas funestas perjudican a la población peruana. Y ésa es una declaración subjetiva, en mi opinión. Sostienen que la supresión de la ejecución de numerosas obras para el bien común, lleven medidas cautelares que deriven de contratos, se ventilen a nivel arbitral, tales como, por ejemplo, tres hospitales regionales se han paralizado en acción de Junín, Cusco y Tacna, afectan la correcta solución de los proyectos, y, en consecuencia, la prestación de los servicios a la sociedad.

Asimismo, se hace referencia a las medidas cautelares que suspenden la ejecución de las obras, como hospitales, que atentan directamente contra el bien constitucional de la salud, conculcando manifiestamente los artículos 7, 9, 11, 58, 59 y 65, numeral 7 del artículo 192, inciso 8 del artículo 198 de la Constitución Política. En cuanto al Estado peruano, él es quien determina la política nacional de salud.

Acá se confunde lo que es determinar la política nacional de salud con lo que es la ejecución de un contrato y las controversias que se pueden suscitar a lo largo de la ejecución del contrato.

En consecuencia, para el Estado sería el resultado de la mala práctica y falencia de las normativas del arbitraje en la contratación pública, afectando, en este caso, la salud pública en las diferentes regiones del Perú, lo cual me libera de comentarios.

Haré sólo un comentario breve, y es que, como se puede apreciar, el problema no es el arbitraje, sino aquéllos que fueron elegidos árbitros, fuera de los temas ya mencionados de la, todos sabemos perfectamente que lo que se invierte del Estado en el estudio de prefactibilidad, factibilidad y desarrollo de proyectos es ínfimo, al lado de lo que, por ejemplo, la actividad privada si invierte en un proyecto de la misma naturaleza o magnitud.

Regresemos a que quienes fueron elegidos árbitros que, en base a su criterio, decidieron otorgar las medidas cautelares. Lo que no debe confundirse, nuevamente reitero la institución con quien la practica.

Las medidas cautelares pueden ser necesarias, y muchas veces lo son. Que a veces existan medidas que ceden o son contrarias al derecho o al debido proceso, ése es otro problema.

Además, como bien se ha dicho en diferentes foros, el problema deriva de la propia norma de contrataciones. Por ejemplo, cuando se trata de adicionales de obra, que en tanto no sean aprobados, los contratistas deben paralizar la ejecución, dado que ejecutar el adicional sin aprobación implicaría un perjuicio para éste, toda vez que el Estado no reconocerá lo ejecutado, si no existe una autorización, una aprobación previa.

Entonces, empecemos a comentar cada una de las modificaciones más relevantes. Vemos que la razón para modificar el artículo 7, se ha debido a que se prefiere el arbitraje institucional, por las siguientes ventajas: la transparencia *intra* proceso y después del proceso arbitral; la responsabilidad en las actuaciones de los árbitros, secretarios arbitrales y del propio consejo o corte; las reglas claras que un arbitraje institucional muestra al contar con la organización, predictibilidad de costos arbitrales y otros aspectos que garantizan un arbitraje justo, razón por la cual se decidió modificar el artículo 7, pensando que cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser *ad-hoc* cuando el monto de la controversia no supera las diez unidades impositivas tributarias, lo cual realmente es una broma, porque diez unidades impositivas tributarias, si no me equivoco, son 95,000 soles, y a nadie se le ocurre iniciar un arbitraje donde la lavada de la camisa le va a costar más que comprar la camisa.

No obstante, esta modificación se contradice, además, por lo establecido en el numeral 225.3 del Decreto Supremo n.º 344, que es el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, que señala que las partes pueden recurrir al arbitraje *ad-hoc*, cuando las controversias deriven de procedimientos de selección, cuyo estimado valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a S/ 5'000,000.00.

¿Qué haremos los árbitros cuando enfrentemos esto? ¿Aplicaremos el control difuso? ¿El 020 está por encima del reglamento de una ley general y especial?

Es importante señalar que, efectivamente, la modificación del artículo 7 se aplica a procesos arbitrales en general en los que el Estado es parte, el inconveniente como se ha redactado, como está redactado, es que se contradice el reglamento de la Ley de Contrataciones, con lo cual, observamos que la redacción de no tener la mayor armonía, una mayor congruencia con el reglamento de la ley.

Las modificaciones del artículo 8 obedecen a la abusiva utilización de las medidas cautelares por parte de los contratistas y el otorgamiento genera consecuencias negativas para el Estado, según se expresa.

Por ejemplo, la realización de la ejecución de obras, citación a prestaciones, registros públicos, precisándose que la presentación de una carta fianza como requisito de procedencia, permitiría garantizar el eventual resarcimiento por los daños y perjuicios que pudiera causar la autorización de la medida cautelar.

Asimismo, se incentivaría el uso indebido y abusivo de las cautelares.

Acá creo que Augusto mencionó ya el tema, hay un aspecto totalmente contradictorio. Voy a tratar de resumirlo, y las críticas a esto son las siguientes: vulnera el principio del derecho constitucional de igualdad, que forma parte de la tutela cautelar y efectiva en todo proceso constitucional del arbitraje; se vulnera el presupuesto cautelar de la razonabilidad.

Por ejemplo, si yo pido una cautelar para que no se ejecute una carta fianza de fiel cumplimiento, de acuerdo a la norma tenemos un absurdo, aunque tendré que presentar como contracautela una fianza, mínimo por el monto de la carta fianza de fiel cumplimiento. Entonces, vamos a tener dos cartas fianza de fiel cumplimiento. En el supuesto caso de que el Estado perdiera, imagínense ustedes, el Estado va a tener que pagar dos veces el costo de la carta, porque va a tener que pagar el costo de las dos cartas fianza, lo cual resulta un total absurdo, porque quienes redactaron esto, definitivamente, no tienen ninguna experiencia en el tema.

Y, finalmente, creo que constituye una barrera de acceso a la tutela de urgencia, que sólo busca que el proceso discurra sin el temor de que el laudo arbitral carezca de eficacia real, y eso no requiere, creo yo, mayor explicación.

Esta norma, en esencia, restringe y vulnera el derecho constitucional de igualdad. Además, de darle, digamos, más garantías al Estado, de las que ya tiene.

En la contratación pública el Estado no es contratante desamparado. Tiene diversas prerrogativas que le permiten asegurar los fondos públicos que son destinados a reconstrucción. Y son, precisamente, las cartas fianza. Entonces, el otorgamiento de una carta fianza no priva al Estado de la garantía del resarcimiento de honor, lo que le dice es: «Oye, no me la ejecutes hasta que no determine quién tiene el derecho a la razón».

Tal es el caso que cuando el Estado otorga un adelanto directo, el contratista debe presentar una carta fianza, que es la garantía para el Estado de que ese dinero, de darse alguna situación de controversia, pueda ser recobrado en el caso de que el Estado sea favorecido.

Algo que ha llamado la atención es la incorporación del artículo 50-A en la Ley de Arbitraje. Siendo que se indica que con esta situación se lograría que no exista una ligadura entre la entidad y el contratista, pudiendo liquidar el contrato, inclusive, dicha inacción, las empresas serían sancionadas.

El artículo incorporado establece los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto de impulso del proceso arbitral durante cuatro meses, se declare el abandono del proceso arbitral de oficio por pedido de parte.

Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la secretaría general del centro de arbitraje.

Si el arbitraje es *ad-hoc*, la declaración es efectuada por el árbitro o la árbitra presidente del tribunal arbitral o árbitro único.

La gran pregunta es ¿y qué sucede si esa demora de cuatro meses es ocasionada por el Estado?

La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar un arbitraje con la misma pretensión durante seis meses.

Si se declara el abandono por segunda vez entre ambas partes, en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

Acá nos tenemos que preguntar ¿y qué pasa con las normas de caducidad de la Ley General de Contrataciones Públicas y el reglamento, que contienen dos normas distintas con dos plazos distintos de caducidad? ¿Qué va a suceder si yo después de seis meses, de acuerdo a este artículo modificado, presento mi acción de arbitraje? Me van a decir: «De acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado o reglamento, según sea lo que se aplique, caducó su derecho, señor».

¿A dónde me voy a quejar? Juicio al Poder Judicial. Esta modificación confunde al arbitraje con un proceso judicial.

La declaración de abandono es una figura procesal civil, no de carácter o naturaleza arbitral, por lo que no tiene mayor razón de ser incorporada esta figura. Incluso, es muy conocido por los practicantes del arbitraje que las normas del Código Procesal Civil no se aplican al arbitraje. Lo dice, precisamente, la Ley de Arbitraje.

Pese a ello, se ha incorporado una figura de carácter judicial, procesal al arbitraje, desconociendo su naturaleza. Además, ello no era necesario debido a que el desarrollo de un proceso arbitral dependerá en gran medida de la propia actuación de las partes, si alguna de ellas requiere reprogramación de la programación de audiencias importantes, por ejemplo, ¿cómo se lograría que el proceso arbitral concluya?

La modificación del artículo 65, estoy determinando, obedece a que se busque evitar que, una vez anulado un laudo, sean los mismos árbitros que lo dictaron quienes retomen las actuaciones y laudos, muy probablemente de la misma forma en que ya lo hicieron previamente.

Esto se debería en gran medida a la tendencia que ven los árbitros de no contrariar sus propias decisiones, o al convencimiento con que la dictaron.

La legislación establece que los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación. O, en su caso, naturalmente el Estado, la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado.

En dicho supuesto se habilita el plazo para presentar la recusación sin admitir norma o pacto en contrario. La pregunta es ¿no se está planteando con esto una segunda instancia en el arbitraje?

Lo antes expuesto vulnera en forma directa el artículo 2 del artículo 62 y el numeral 2 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

Es por todos conocido que está prohibido bajo responsabilidad pronunciarse sobre el fondo de la controversia y sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios motivacionales, interpretación dispuesta por el tribunal arbitral. Esto es en un recurso de anulación, la Sala de Derecho Comercial, la que haga sus veces, no puede evaluar el fondo de la controversia, y menos enmendar la plana de un tribunal, en cuanto a su decisión.

Por ello, el tribunal es el único facultado a pronunciarse sobre el fondo, no pudiendo señalar el colegiado qué es lo que debe o no debe tener en cuenta para tomar su decisión y expresarla en un laudo.

Pese a ello y a través de esta modificación, como los conoce, en la exposición de motivos, se busca que, una vez anulado el laudo, el tribunal cambie su decisión. Aspecto paradójico y contrario, no sólo de la naturaleza del arbitraje, sino de todo principio básico de la administración de justicia de un Estado democrático.

El recurso de anulación es una revisión de forma del laudo. Por ello, si un laudo es anulado, por ejemplo, por falta de motivación, no implica en forma alguna que el tribunal esté obligado a querer cambiar su criterio, sino que atenderá a lo que señala la sala y actuará dentro del marco del *kompetenz-kompetenz*.

Admitir la modificación bajo comentario, sería como decirle a un árbitro que no sabe lo que hace. Que debe actuar en un sentido establecido por la Sala, desnaturalizando el recurso de anulación, que es un mecanismo de revisión formal del laudo, que está vetado de analizar el fondo de la controversia, de la dación del laudo, por lo que es inadmisibles amparar como legítima una modificación en ese sentido.

El Estado puede modificar las reglas de juego, sí, pero no puede modificar los principios básicos de la administración de justicia. La imparcialidad e independencia del árbitro que decide sobre la controversia, y menos puede desnaturalizar la naturaleza de la anulación, como se pretende hacer.

Me he excedido del tiempo. Ahí terminé.

El problema, como dice mi hija menor, y ya saben mis amigos, es que abogados viejitos hablamos demasiado.

Giusseppi Vera Vásquez: No, superimportantes tus aportes, y, en efecto, hay mucho, mucho por decir respecto a ese decreto de urgencia.

Y no solamente qué decir, sino cómo se va a operativizar. Seguro ya hay casos en los cuales se está poniendo en práctica y no dudo de que va a causar más de un dolor de cabeza en el presente y en lo que viene en el futuro si es que esta norma no es modificada.

Para continuar con el panel, vamos a dar inicio a una segunda vuelta, en la cual, en breve tiempo, dos minutos cada uno de los ponentes, darán las conclusiones de los respectivos temas que han expuesto.

Entonces, empezamos nuevamente, por favor, con Augusto. Dos minutos, por favor, para tus conclusiones.

Adelante, Augusto.

Augusto Villanueva: OK, bueno, para finalizar, nuevamente, agradecer a Jorge por la invitación y de manera bien breve y de manera general, habría que esperar la incorporación de los comentarios al proyecto prepublicado, y esperar, creo yo, que no se trate de una norma que no diga mucho, sino tiene que ser una norma clara, que no deje mucho al reglamento.

Y es necesario, considero, rescatar los avances, o sea, lo positivo que ha alcanzado el arbitraje y la JRD a nivel de norma con rango de ley.

El problema es que si la norma prepublicada se llega a publicar y no otorga un detalle a estas regulaciones y espera hacerlo en un reglamento, definitivamente, puede producir mucha impredecibilidad, porque, como sabemos, es modificar un reglamento muy sencillo. Es mucho más sencillo que modificar una ley. Entonces, básicamente, la incorporación de los comentarios a la prepublicación y esperar que sea una norma clara, que no deje todo al reglamento.

Gracias.

Giusseppi Vera Vásquez: Gracias, Augusto.

Por favor, Juan, tus conclusiones. Te escuchamos.

Juan Huamaní Chávez: Gracias, Giusseppe.

Puntual. Quiero sí rescatar algo que mencionó Hugo, y es que, lamentablemente, se ha utilizado este temilla de la corrupción para regular tanto y de forma tan equivocada, en muchos de los casos, el arbitraje. Una institución arbitral que estaba funcionando de sobremanera, pero que ni siquiera lo sustentan.

Cuando intentaron desaparecer el arbitraje *ad-hoc*, igual fue. El argumento era que en el arbitraje *ad-hoc* se presentaban los casos de corrupción, y nuevamente debemos entender algo. Por el amor de Dios, una institución como el arbitraje no puede ser corrupta. Quienes realizan este tipo de actuaciones son los actores del arbitraje. En este caso, entiéndase los árbitros.

Entonces, no es que un árbitro para un arbitraje *ad-hoc* sea corrupto y se convierta a decente en un arbitraje administrado. Quien peca lo hará en cualquiera de los escenarios. Y ése, lamentablemente, ha sido el mensaje para muchos de los cambios que se ha postulado.

El otro, en cuanto al tema que me tocó abordar, olvidé hacer una mención, y es que el reglamento establecía la posibilidad de la renovación para integrar el Registro Nacional de Árbitros. Esta directiva eliminó esta posibilidad, contraviniendo lo que expresamente señala el reglamento.

Entonces, ahora todos, sin importar que hayan estado quince años, dieciocho años, veinte años en el registro, ahora todos tienen que volver a empezar de cero, pero lo que es peor, justo un árbitro conocido me comentó que está a punto de que venza su inscripción, su período de registro, intentó hacer el trámite, y en el OSCE le respondieron, todavía no está permitido porque tiene que acabar, tiene que vencer tu período de vigencia para recién postular.

Entonces, lo que va a suceder acá es que va a haber algunas semanas o quizá meses, que es lo que demora el OSCE en hacer esta evaluación en que este profesional no va a poder formar parte de ese registro.

Evidentemente, una respuesta totalmente equivocada, porque, finalmente, si tus reglas de juego son que empecemos de cero, entonces, déjame postular al registro antes de que venza mi inscripción. ¿Por qué tendría que yo quedarme fuera? Porque en tu parecer, primero termina la vigencia y después yo recién puedo postular. Entonces, espero que esa situación sí pueda ser remediada.

Muchas gracias.

Giusseppi Vera Vásquez: Totalmente de acuerdo, Juan, con eso. O sea, no se puede, en este caso, dejar a alguien en un plazo completamente fuera de cualquier criterio técnico, y no solamente eso, de cualquier criterio razonable; así es como están resolviendo.

Y, para terminar, Hugo, por favor, te escuchamos tus conclusiones o algunos puntos que hayan quedado todavía en el tintero en relación a este Decreto de Urgencia n.º 020-2020.

Hugo Sologuren Calmet: Voy a tratar de usar menos de dos minutos porque me excedí.

Brevemente, estoy de acuerdo con lo que acaba de manifestar Juan. Es un verdadero absurdo la forma en que califican a los árbitros. Lo más trágico de todo esto es que todos conocemos a árbitros de trayectoria impecable, de alta competencia que no se van a someter, pues, a la indignidad de, después de veinte años, de ir a dar un examen al OSCE, pararse en una computadora o en una comisión de tres técnicos, y lo jalan, pues.

Entonces, eso tienen que modificarlo. Todos tenemos que propender a empujar a eso.

Y, luego, mostrar mi total acuerdo con Augusto. O sea, yo espero que esta Ley de Abastecimiento que pareciera que va a desaparecer el OSCE, que va a unificar en el Minjus todo el sistema. Ojalá, pues, que sea una ley realmente consensuada con los expertos en la materia en cada sección y que tengamos, finalmente, en el Perú un buen producto.

Muchas gracias.

Giusseppi Vera Vásquez: Por mi parte, a efectos de condensar, de alguna manera, los tres temas que han sido expuestos; en el caso de Augusto, está muy claro que este proyecto prepublicado necesita mucho debate, necesita que haya criterio y opiniones que puedan coadyuvar a mejorarlo.

No dudo que eso va a tener que ocurrir que, de lo contrario, pues, tal cual como ha sido prepublicado, no sería conveniente y no sería suficientemente técnico como para que pueda así convertirse en una ley.

Por otro lado, en relación a lo que han expuesto Juan y Hugo, quiero concatenar en una sola idea, para no extenderme mucho más en el tiempo.

En el caso de Juan, él ponía especial énfasis en su preocupación en la posibilidad de que los árbitros que se encuentran dentro del Registro Nacional puedan ser excluidos, y él decía que es cuando pueden darse más de tres recusaciones.

Y esto concateno con lo que ha expuesto Hugo, en relación al Decreto de Urgencia n.º 020-2020 porque, en ese caso, va contra lo que dice, contra lo que señala la propia Ley de Arbitraje, en relación a que los árbitros no pueden ser recusados por sus decisiones, y este decreto de urgencia lo que introduce es la posibilidad de que puedan ser recusados cuando su laudo es anulado.

Entonces, ahí tendríamos ya, si es que una de las partes quisiera una recusación.

Y, de repente, si se le anula otro arbitraje, podríamos tener una segunda, y luego ya estaría muy cerca la posibilidad de que ese árbitro pueda ser excluido del RNA.

Entonces, ahí hay otro punto muy importante a tener en cuenta a evaluar, y yo creo que amerita una modificación de esta norma porque no

corresponde a la esencia de una recusación, el que pueda ser objeto de ella porque el laudo ha sido objeto de una anulación.

Dicho esto, no quiero extenderme más, y hemos agotado este panel en una hora un minuto, así que doy pase al segundo panel. Nuevamente, agradeciendo a los expositores y agradeciendo al Círculo de Arbitraje con el Estado por la gentil invitación.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, doctores, por la excelente exposición en que han compartido las experiencias y enfoques sobre estas modificaciones.

Jorge Abel Ruiz: Bien, continuando con el programa, vamos a presentar a los expositores que ya se encuentran con nosotros, quienes van a abordar la mesa n.º 5 de este Tercer Congreso Regional de Contratación Pública, respecto al tema de obra pública y junta de resolución de disputas.

Le damos la bienvenida a los doctores, quienes ya pueden encender, por favor, las cámaras; al doctor Eric Franco, el doctor Manyari, el doctor Leonardo Chang y la doctora Sharon Grados.

Y cedo el uso de la palabra a Nicole Álvarez para la presentación del panel. Bienvenidos.

**MESA N.º 5: «OBRA PÚBLICA Y JUNTA
DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS»**

Sharon Grados (moderadora)
Leonardo Chang Valderas
Ahmed Manyari Zea
Eric Franco Regjo

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Abel por cederme la palabra.

Como bien lo había mencionado, es hora de dar inicio a esta quinta mesa del Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje, que tiene como eje temático la obra pública y la junta de resolución de disputas.

Tendremos en esta magna mesa la presencia del doctor Eric Franco, Ahmed Manyari, Leonardo Chang, y la moderación de Sharon Grados.

Sharon Grados es abogada especialista en el derecho de la construcción e infraestructura pública titulada en la Universidad Federico Villarreal y con estudios de maestría en derecho civil y comercial en la Universidad Mayor de San Marcos. Cuenta con postgrados en contratación con el Estado y concesiones públicas en la Universidad de ESAN y en gerencia de proyectos en la Universidad de Piura.

Una larga experiencia en asesoría contractual y resolución de reclamaciones y controversias para diferentes proyectos de infraestructura y servicios públicos. Miembro de la Sociedad Peruana de Construcción y la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

Muchas gracias, Charo Grados por encontrarte el día de hoy junto con nosotros, siendo la moderadora de esta mesa.

Contaremos con la exposición de Leonardo Manuel Chang Valderas, quien es árbitro de la nómina de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del OSCE y otras diferentes nóminas de centros de arbitraje a nivel nacional.

Máster en administración pública y máster en contratación pública, estudios de especialización en derecho de la construcción, arbitraje, contratación pública, entre otros.

Asimismo, es miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Muchas gracias, Leonardo Manuel Chang, por encontrarte el día de hoy junto a nosotros, CAE, en este Tercer Congreso.

Contaremos con la disertación del doctor Eric Franco, abogado y árbitro, profesor y consultor; máster en derecho de la construcción y resolución de conflictos por el King's College de Londres. Se desempeña como árbitro, tanto en controversias privadas como públicas. Trabaja como superintendente legal en Engie Perú S.A.C., la cual es una de las principales empresas de generación de energía eléctrica en el Perú.

Es fundador también de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, y miembro de otras asociaciones locales e internacionales.

Y, por último, contaremos con la presencia de Ahmed Manyari, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en métodos alternativos de solución. Brinda asesoría en gestión contractual en negocios de reclamaciones en proyectos de infraestructura, tanto públicos como privados, y usando modelos de contratos internacionales con énfasis en la administración contractual colaborativa.

Experiencia en regulación sectorial y también experiencia como docente en la Universidad Católica y en centros de análisis de solución de conflictos de la PUCP, entre otros.

Muchas gracias, Ahmed, por encontrarte el día de hoy junto a nosotros en esta mesa.

Cedo la palabra a la moderadora, Sharon Grados, para que dé inicio a la mesa.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias, Nicole. Buenas noches con todos.

En primer lugar, quiero agradecer al CAE por la amable invitación y permitirme compartir este espacio académico con tan distinguidos profesionales en la materia.

En la presente mesa se abordará el tema de obra pública y junta de resolución de disputas.

Ahora bien, de manera introductoria, es sabido por todos los operarios e involucrados en las contrataciones con el Estado, que nuestra normativa de contrataciones ha sido objeto de múltiples modificaciones. Desde el año de 1980, con la publicación del Rulcop hasta el TUO de la Ley n.º 30225, que hasta ahora la tenemos vigente, en la cual se puede evidenciar una sobreregulación normativa, expandiéndose ésta también para el caso de las obras públicas, el cual contiene una suerte de formalismos y ciertas restricciones durante la ejecución del proyecto.

Adicionalmente, como todos sabemos, en marzo de este año ocurrió la pandemia del covid, lo que produjo que la obra pública, según Capeco, haya tenido una caída del 85% en junio de este año, lo cual conllevó a que se tomaran medidas para la reactivación de las obras, mediante la muy conocida Directiva n.º 005 y el Decreto Legislativo n.º 1486.

Es así que, frente a las múltiples y descentralizadas normativas de contratación pública existentes en el Perú, lo cual da lugar a diferentes regímenes que el Estado tiene para contratar infraestructura pública el 2 de octubre de 2020, el Ministerio de Economía y Finanzas ha publicado el proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

En este contexto, me gustaría hacer la siguiente interrogante al doctor Leonardo Chang: ¿Cuál es el panorama de las obras públicas con el proyecto de la Ley General de Abastecimiento Público?

Leonardo Chang Valderas: Muy buenas noches, doctora Grados, encantado de que usted ponga la cuota de género en esta mesa virtual, y también muy contento de compartir la mesa con Ahmed y con el doctor Franco, a quienes respeto mucho y son tremendos profesionales. Reconozco su trabajo. Y también, por supuesto, a los organizadores. Dado que son diez minutos, gatillo, disparo.

Miren. Sí, doctora, he hecho mención a la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, el día de ayer, yo repasaba algunas vistas de los panelistas que intervinieron, pues, y se hacía mención a la extensión de la norma o a su contenido.

Se decía, miren, tiene pocos artículos, tiene muy... en comparación con la que está vigente. Se parece mucho al contenido normativo, en cuanto a cantidad, de la 26850. Estamos retrocediendo, volviendo a lo mismo.

Bueno, se trata de un tema de cantidad de artículos, pero, independientemente de eso, porque seguro en el reglamento habrá la regulación necesaria.

Cuando te encuentras ante una norma de este tipo de propuesta, pues lo primero que hay que ver es su parte inicial, es decir, cuáles son los fundamentos sobre los que se basa ese tipo de normas. ¿Cuál es la intención? ¿Cuál es el ADN? ¿Correcto?, y su parte final, las disposiciones complementarias finales, así que comenzaré por lo último.

Lo relevante y un poco creo que se ha mencionado, es que en la primera de las disposiciones complementarias finales, se establece que, si ya en el 2015 había, si no me equivoco, algo de veinte o quince regímenes de contratación, según escuché a la presidenta ejecutiva del OSCE, al 2020 hay más de treinta regímenes.

Bueno, algo importante que trae esta norma y que impacta, obviamente, sobre el objeto de contratación que está relacionado con las obras, es que serán, además del abastecimiento público, sólo quedará lo regulado por las obras por impuestos, la promoción de inversión, mediante asociaciones público-privadas, y proyectos activos, la agencia de compra de las fuerzas armadas, lo que tenga que ver con la banda ancha y los servicios de telecomunicaciones y todas las contrataciones reguladas por la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Entonces, son éstos los únicos que sobreviven a todo ese mar de regímenes de contrataciones que han ido penetrando la Ley de Contrataciones, para excluirla en el marco normativo.

A ver, ahora volvemos a la introducción de este proyecto. Son dos principios los que no habían sido considerados en las disposiciones anteriores, pero son dos principios que hay que tomar en cuenta: uno es el desarrollo social y el otro es el valor por dinero.

Esos conceptos ya habían sido desarrollados como parte de la redacción de algunos artículos de la norma vigente y anteriores. El valor por dinero, inclusive, se menciona desde el Decreto Legislativo n.º 1017, si no me equivoco.

Pero lo que debe entender ahora, lo que debemos entender, es que ya no solamente forman parte de un articulado de los conceptos de desarrollo social y valor por dinero, sino que ahora resultan ser los principios de la cadena de abastecimiento. Y me voy a centrar un poquito en el valor por dinero, pues.

De la propia redacción se lee así: «Las entidades contratantes se comprometen a buscar el mejor resultado posible en el uso de los recursos públicos, en términos de calidad, cantidad y precio».

No es otra cosa, señores, el valor por dinero que llegar a la perfecta armonía y ecuación entre los conceptos de economía, eficiencia y eficacia. El valor por dinero se trata de un enfoque. No es, en realidad, una herramienta, es un enfoque. Se trata de un *chip* que hay que insertar de una vez en el profesional de la contratación pública para que cuando contrate, incorpore este principio en las decisiones que adopte.

Este principio, este enfoque se adopta mucho en Gran Bretaña, creo que ahí inició. Se aplica mucho en Estados Unidos. En otros países, lo tiene Chile muy insertado en su sistema de contratación, y en pocas palabras, lo que significa es que cuando un operador o cuando un profesional de la cadena de abastecimiento tome la decisión o se tome la decisión de contratar una obra, pues se realice las primeras... las básicas preguntas van a ser: ¿Qué problema resuelve la ejecución de esta obra? ¿Quiénes se van a beneficiar con esta obra? ¿De qué manera esta obra genera valor? ¿Cómo beneficia al ciudadano? ¿Qué consideraciones colaterales se deben tener al momento de proyectar la ejecución de esta obra?

Un ejemplo muy sencillo. En nuestra vida diaria, para comprar un artículo, nosotros hacemos mención a la relación, tenemos como criterio: compro en función de la relación de calidad y precio, que éste es un criterio para elegir entre varios productos.

Pero ese mismo criterio llevado a la administración pública se llama «valor por dinero», y se usa para que una administración pública decida entre varias propuestas que no ofrecen exactamente lo mismo. No se trata solamente del menor precio, se trata, insisto, que, a partir de la vigencia de esta norma, se decida la ejecución de una obra o se proyecte integrando en perfecta armonía el criterio de economía, eficiencia y eficacia.

En un ejemplo, si en una obra, si se convoca a una obra y un postor ofrece diez millones por ejecutar una carretera, pues una oferta paralela

puede decir: «Oye, yo te ejecuto esa misma obra, pero, además, te doy estaciones de servicio, estaciones de descanso, la pinto, le pongo la señalización y encima te lo mantenga; te mantengo la obra... la carretera por los próximos cinco años, pero te cuesta quince millones.

En el sistema que tenemos voltará a ver el funcionario la obra de diez millones, pero ahora no. Con el criterio como principio de la cadena de abastecimiento del valor por dinero se evaluará. Vamos a darle un valor a todas estas prestaciones agregadas, y si todas éstas, aun cuando cuesten quince millones permiten contratar con eficiencia y eficacia, que, bajo el marco del desarrollo social, será la oferta ganadora.

El doctor Franco, que luego va a intervenir, en mayo de este año publicó un artículo muy bueno en la revista *Negocios internacionales*, y él, prácticamente, suplicaba que se forme al funcionario involucrado en lo que ahora se denomina la «cadena de abastecimiento», es decir, hay que darle educación, hay que formarlo, hay que empoderarlo, y parece que lo escucharon. Por fin escucharon a un profesional especializado en el tema.

¿Por qué? Porque en el artículo 15 de este proyecto, se crea la escuela, se crearía la Escuela Nacional de Abastecimiento Público, como órgano académico de lo que ahora se llamará OSCAD, lo que en adelante se llamará OSCAD y ahora se llama el OSCE.

Dice la redacción del artículo 15: «Tiene competencia para proveer formación, especialización y capacitación en materia de abastecimiento público».

Por fin va a hacer una escuela del propio organismo supervisor que forme a los profesionales involucrados en la cadena de adquisiciones. Ya es hora de potenciar lo que tímidamente ahora tenemos como la Directiva n.º 012-2017.

Y hago mención a la Directiva n.º 012-2017 porque en el artículo 30 de este proyecto, también se hace mención a lo que corresponde a la ges-

ción de riesgos. En un proyecto de ejecución de obra, la administración, la gestión, la asignación de los riesgos tiene un papel importantísimo.

Ya hay un rol en la normativa actual sobre la gestión de riesgo, pero es hora de que desarrolle no tímidamente como ha ocurrido hasta la fecha con la aplicación de la Directiva n.º 012-2017.

El éxito de un proceso constructivo está en la correcta asignación del riesgo, y es momento de que el funcionario público aprenda a asignar correctamente los riesgos.

Otro detalle estaba, por ejemplo, en el artículo 31, se establece que la gestión de la programación multianual del abastecimiento, y se establece que no debe ser por un período mínimo de tres años; es decir, la programación multianual es un proceso institucional y análisis técnico que realizan las entidades públicas con la finalidad de establecer prioridades sobre los objetivos y metas en el ámbito de sus competencias y funciones.

Este plan lo van a tener todas las entidades, y debe planificarse por tres años. Se acabaron las obras cuando entra un alcalde o está por salir y quiere desarrollar una obra. No. Todas las obras deben ser insertadas en esta programación multianual y esa programación multianual, acuérdense, según este proyecto, debe tener una duración mínima de tres años.

Otro tema es que, si antes conocíamos la estandarización de bienes y servicios, ahora también podrán ser estandarizadas las obras. Sí, señores, escúchenlo así, también se podrá estandarizar las obras. Obras con características y especificaciones estandarizadas por parte de las entidades que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del sistema nacional de abastecimiento. Y cuando se estandaricen, esta estandarización va a estar a cargo de Perú Compras, la central de compras de Perú Compras.

Allá hay ejemplos que está ejecutando el Ministerio de Vivienda del año pasado con estandarización de los procesos constructivos. Un ejemplo es el proyecto de mejoramiento y ampliación del sistema integral de agua

potable y saneamiento en la localidad de Coata Sucasco y Almozanche, distrito de Coata, Puno.

Eso es un claro ejemplo que ha servido para justificar esta inserción en el proyecto de la Ley de Abastecimiento.

¿Por qué? Porque esa obra que podría proyectarse bajo los cánones regulares en ciento cincuenta o trescientos días, pues, se ejecutó en cincuentaún días.

La justificación fue para terminar con las prácticas restrictivas, direccionamiento de las bases, corrupción, paralización de obras, etc., etc.

También es posible, de acuerdo con el artículo 37 de este proyecto, las contrataciones centralizadas de obras. Estas contrataciones centralizadas de obras, por su importancia estratégica, complejidad o necesidad de especialización, van a ser contratadas de manera centralizada, y quien va a tener a cargo esa contratación será Perú Compras.

Un tema muy importante que también lo consideraba el doctor Franco, en su escrito de mayo, es el que, por ejemplo, en el artículo 50 de este proyecto, se dice: «El reglamento establece los criterios para el empleo de herramientas de modelado, de información de construcción para la ejecución de obras públicas, el BIM; no hace otra referencia que al BIM.

El BIM, el modelado de información para la construcción; el BIM (*Building Information to Modeling*) es este proceso virtual que permite la administración de documentos, la coordinación y simulación de documentos durante todo el ciclo de vida del proyecto.

Por fin, por fin en nuestro sistema estamos considerando; el BIM, Chile lo tiene ya hace algún tiempo.

Y, por último, para concluir, llegamos al artículo 62, no menos importante. Miren, sigue y se sigue mencionando que la conciliación y el

arbitraje son los mecanismos de resolución de controversias, en ejecución contractual.

Y se señala en este artículo 62, en su primer párrafo, que será la conciliación y el arbitraje, de acuerdo con lo regulado en las leyes de la materia. No regula más, a pesar de que ésa no es la norma con la que contratamos actualmente, tiene una carga regulatoria sobre arbitraje importante, pero esta norma no; esta norma simplemente dice: «de acuerdo a lo regulado en las leyes de la materia, remítete a la ley de la materia».

Y la ley de la materia que tenemos es la ley de arbitraje. En el segundo párrafo se hace mención a la junta de resolución de disputas, pero en el último párrafo de este artículo 62 dice: «La conciliación y arbitraje se desarrollan de acuerdo a las normas de la materia, cuya competencia corresponde —ahora sí— al Ministerio de Justicia».

Entonces, debemos entender que el Ministerio de Justicia va a regular en materia de arbitraje. Eso es lo que puedo yo entender.

Entonces, esto, en líneas generales con algunos artículos o principios que impactarían sobre las obras públicas en el panorama que tenemos de las obras públicas en adelante.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias, doctor Leonardo Chang. Y, bueno, habiéndolo escuchado, habiendo conocido las principales características que trae consigo el proyecto de la Ley de Cadena de Abastecimiento, y considerando su objetivo, el objetivo principal de la ley, la articulación, la aplicación universal de esta ley a los diferentes regímenes de contratación pública que tenemos ahora vigentes, según el anteproyecto, más de cuarenta y nueve regímenes, exceptuando lo que usted ha señalado, siendo uno de estos regímenes la contratación gobierno a gobierno.

La siguiente interrogante va dirigida a Eric Franco: ¿Los contratos de gobierno a gobierno son el camino para cerrar las brechas en infraestructura?

Eric Franco Regjo: Buenas noches con todos.

Quiero agradecer al CAE y a la doctora Grados por la invitación.

Es un gusto para mí compartir el panel esta noche con el doctor Chang y el doctor Manyari, y bueno, la pregunta que se ha planteado es una pregunta sumamente importante porque es algo que en los últimos años ha ganado mucha fuerza, en particular, con el éxito de los Panamericanos.

Entonces, dado que se logró implementar los Panamericanos en el tiempo adecuado, y además que los Panamericanos fueron un éxito, se viene pensando mucho en esta herramienta gobierno a gobierno, como una gran solución.

Bueno, yo quisiera dar un paso para atrás y hacer un poco de recuento en el contexto en el que estamos.

En primer lugar, quisiera decir que hay una diferencia muy importante entre el presupuesto para obra pública y la ejecución del gasto. Eso es algo que todo el mundo sabe.

El año pasado se logró ejecutar 66% del gasto, y en los años anteriores, ha estado más o menos por ahí o un poco mayor, estaba más o menos por ahí.

En el 2014 hubo un incremento del gasto, pero de ahí se ha mantenido relativamente bajo.

En cuanto al presupuesto, el presupuesto es un presupuesto adecuado. El Estado está presupuestando una cantidad de inversión que está en el rango de lo adecuado para cerrar la brecha, pero no se logra ejecutar ese gasto como debería. Entonces, nuestra brecha no solamente no se está cerrando, sino que se está ampliando.

En este contexto, y, bueno, y en este año, además, muy importante año de covid, se calcula que el gasto va a estar alrededor del 30%. Enton-

ces, el año pasado era como de 66%. Este año estamos hablando de una cifra de alrededor del 30% y 35%. En ese rango se estima que estará.

Entonces, en ese contexto cuáles son los tres problemas de fondo que han estado haciendo que el gasto no llegue a niveles altos. Y, en mi opinión, son tres problemas fundamentales que los listo en desorden, pero los tres son igual de importantes. Uno es que, a pesar de que la norma reconoce el principio de gestión por resultados, en realidad, hay una falta de aplicación de este principio en la realidad. Y esto genera decisiones ineficientes que se repiten una y otra vez y, bueno, es una de las razones por las cuales no se logra ejecutar el gasto.

Luego tenemos la relativamente baja calidad de los expedientes técnicos, que realmente es uno de los aspectos medulares y una de las causas-raíces de muchos de los males que sufre la contratación pública, y que generan controversias; también pone a los funcionarios en situaciones difíciles de resolver, en las cuales tienen que ser flexibles, y dado que hay poca capacidad, al día de hoy, de aplicar gestión por resultados, se termina volviendo una de las raíces de las controversias.

Y el tercer punto es la corrupción. Si bien ha habido un avance, y, probablemente, en obras grandes haya muy poca corrupción al día de hoy o mucha menos corrupción, sigue siendo un problema en el país. No podemos dejar de reconocer que el país tiene un alto índice de corrupción, así como tienen muchos países y es un problema que no es fácil de superar. Así que, realmente, lo que se ha avanzado, se ha avanzado, pero todavía hay mucho camino por andar.

Ésos son los tres problemas fundamentales. Dentro de ese contexto, una de las salidas que se piensa es: «Oye, el Estado peruano no está logrando hacer su tarea y mejor le delegamos a un Estado extranjero, el que haga lo que el Estado peruano debería hacer.

Y se puede pensar en distintas alternativas de tamaño de Estado, y se puede pensar que el Estado debería ser más chico o más grande, pero cualquiera que sea el tamaño del Estado, el Estado siempre va a tener que

tener un mínimo de capacidad para hacerle contrapeso a los privados que ejecuten los proyectos.

Entonces, bueno, esta herramienta de delegarle a un gobierno extranjero, en realidad, en el fondo deberíamos ser conscientes de que se está delegando a un gobierno extranjero algo que nuestro gobierno debería estar haciendo y que no está pudiendo hacer.

Para algunos comentaristas, algunos consultores, por ejemplo, del Banco Mundial, como Juan Luis Walsh, cuando escuchan que el gobierno está delegando a un gobierno extranjero, les asombra y les parece que es un reconocimiento de una incapacidad.

Yo creo que en el contexto actual donde estamos con una muy baja ejecución, es válido pedir ayuda; es válido pedir ayuda, pero lo que sí hay tener muy presente es que deberíamos hacer la planificación adecuada para que esa ayuda no sea perpetua, sino lleguemos a un momento en el cual ya no necesitemos del gobierno extranjero.

Y para eso, ¿cuál es la clave? Transferencia tecnológica. Transferencia tecnológica es uno de los acuerdos gobierno a gobierno; es una de las razones por las cuales se adjudicó los Panamericanos al gobierno inglés, justamente porque ellos ofrecían transferencia tecnológica frente al otro postor que no ofrecía transferencia tecnológica, y así éste es un aspecto clave.

Estos gobiernos extranjeros pueden acelerar el desarrollo de las capacidades internas, por ejemplo, en BIM, si alguien como el gobierno británico que ha contratado a MAZE. Ellos implementan proyectos usando BIM todo el tiempo. Pueden traer también y ayudar a hacer proyectos piloto, por ejemplo, con contratos de alianza o contratos colaborativos un poco más avanzados, porque ellos tienen la capacidad de hacerlo.

Entonces, nos pueden ayudar a avanzar realmente rápido, pero lo importante es aprovechar esta oportunidad para construir capacidad en el Estado, que es lo que el doctor Chang también comentaba.

Ahora, ¿cuáles son los retos? Los retos, principalmente, es este tema de la autonomía, aprovechar la oportunidad. Luego, hay que ser conscientes también de que delegarle a un Estado lo que debería hacer el Estado peruano es más caro que el Estado peruano lo haga.

Por ejemplo, el Estado peruano contrata a un Estado extranjero; este Estado extranjero contrata a una PMO y esa PMO termina haciendo el trabajo, que debería estar haciendo el área respectiva de la entidad pública. En cada una de esas instancias hay una utilidad y un gasto general, por ponerlo en términos constructivos. Entonces, la PMO va a cobrar su utilidad en gasto general, el gobierno va a terminar cobrando su utilidad en gasto general, cuando en realidad, si el Estado estuviera en capacidad de hacerlo, se ahorraría esas dos instancias de utilidades en gastos generales.

Entonces, estamos pagando más, hay que ser conscientes de que estamos pagando más, y por eso hay que aprovechar la oportunidad, porque nos está saliendo más caro, pero hay que aprovecharla para construir capacidades internas.

Y el otro reto también que veo es que estas PMO deben esforzarse por ser lo más transparentes posibles, porque, definitivamente, estas PMO, estos contratos gobierno a gobierno, ayudan a aumentar la gestión por resultados, ayudan a mejorar la calidad de sus gerentes técnicos y reducen la incidencia de corrupción, pero vienen con un estándar distinto de transparencia; y, probablemente, vienen de un país con mucho menos corrupción, por ejemplo. Pero, llegan al Perú donde es un contexto distinto y necesitamos un nivel de transparencia distinto también.

Entonces, poner los procedimientos, llevarlos de una manera muy transparente, con un nivel de control de la información, por ejemplo, adecuado a nuestro país. También publicar los contratos en una página web, que todos los procedimientos sean lo más transparentes posibles porque, de lo contrario, se pueden generar susceptibilidades en las distintas instancias, y esas utilidades podrían terminar jugando en contra de la herramienta, y queremos que eso no suceda. Así que es muy importante invertir en

transparencia y ser muy sensibles a que nadie pueda cuestionar lo que una PMO está haciendo.

Bueno, éstos serían los comentarios, doctora Grados, en general, sobre la herramienta, y quizás podamos conversar más en la parte de repreguntas.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias, Eric. Muy interesante tu exposición.

Luego de haber escuchado cuáles son los principales problemas que causan que el Estado delegue a otro Estado la contratación de la infraestructura, y teniendo en cuenta cuáles son los beneficios como la implementación de una PMO, la aplicación también de institutos internacionales y la transferencia de conocimientos y tecnología; y también teniendo en cuenta cuáles son los retos.

Que no hay que perder de vista, como bien has dicho, capacitar al Estado. Que el Estado tenga la capacidad cuando ya esto culmine, tenga la capacidad de que él propiamente pueda gestionar la infraestructura.

Y, siendo uno de estos beneficios que trae este modelo de contratación también, la junta de resolución de disputas, que ha cobrado mucho protagonismo en esta etapa de la pandemia, la siguiente interrogante va dirigida al doctor Ahmed Manyari, y es la siguiente: ¿Cuáles son los retos y cambios que debemos cultivar en los proyectos que integra la junta de resolución de disputas?

Ahmed Manyari Zea: Buenas noches con todos. La verdad que es un honor, estoy muy agradecido y gustoso de compartir esta mesa. Además, esta mesa tan simpática con temas tan importantes como los que se están tocando. Gracias al CAE, a Jorge, a Sharon, a Leonardo y a Eric, quien me antecedió, por compartir esta mesa.

Bueno, yo lo que quiero compartir con todos ustedes son tres ideas, en relación a lo que también estamos discutiendo.

Da la impresión de que estamos abriéndonos a una posibilidad en donde puede generarse un círculo virtuoso de nuevas y buenas prácticas: BIM, PMO, los beneficios que traen los GtoG, los aportes del enfoque colaborativo, creo que el conjunto: las juntas de resolución de disputas abonan en eso.

La pregunta ahora es, claro, es cuáles son esos elementos que debemos implementar para que una junta de resolución de disputas sea eficiente. Y, pero es importante la experiencia comparada.

Pensemos en Latinoamérica; casos como Panamá, El Salvador, Chile, Honduras, que tiene proyectos exitosos en donde se ha aplicado, no propiamente la junta de resolución de disputas, como la tenemos regulada, sino los mecanismos más tradicionales de *dispute board*, pero los beneficios que se han generado para el proyecto son tremendos.

Y, en el caso peruano, tenemos las experiencias de los Panamericanos. Y yo me voy a remitir un poco a lo que hemos visto en los Panamericanos.

Creo que el primer elemento que, para mí, es importante es dar valor al espacio; dar valor y espacio al mecanismo informal. Informal, cuando creo que cualquiera en esta mesa habla de algo informal, es una palabra que da mucho miedo, en el Perú aún más, porque da la impresión de que puede estar vinculado a algo, no necesariamente transparente.

Todo lo contrario en el caso de los *dispute board*. Yo creo que el elemento informal, no sé si hay un ruido que yo lo estoy generando o, no sé si se me oye bien. Ahora sí. Mil disculpas si he generado algún ruido.

Ya. Claro, lo que yo decía es que la palabra «informal» en el Perú, y sobre todo a nosotros que estamos en el sector, es algo que da bastante miedo porque da la impresión ahí, se genera la idea de que lo informal es negativo, de que es una de las causas, además, de los males del Perú.

Sin embargo, en el caso de los *dispute boards*, el elemento informal es muy importante; yo diría hasta mucho más importante, a veces, que los mecanismos formales establecidos para la decisión de controversias.

Quiero explicarme a qué me refiero. Los momentos estelares para una junta de resolución de disputas, deberían ser las reuniones y las visitas de obra, porque son los momentos en los cuales la mesa, la junta conoce el proyecto, conoce, en realidad, el desarrollo del proyecto, los principales problemas que tiene el proyecto, las dinámicas que existen entre las partes al interior del proyecto.

Y esto abre la posibilidad a conocer no lo que realmente se conoce en las controversias tradicionales, sino, realmente, las causas de los problemas.

Muchas veces las causas de los problemas van más allá de lo técnico y contractual; aterrizan en lo técnico y contractual.

Pero, entonces, los problemas tienen que ver con temas de tipo financiero, tienen que ver con elementos de gestión, de proyección original del proyecto, de estructuración para viabilizar el expediente técnico o para liberar el terreno para superar situaciones de conflicto social.

En el Perú, las causas van más allá de lo técnico y contractual. Las causas están en esos elementos, y el aporte que una junta de resolución de disputas, los *dispute boards* en otros contextos, han dado para resolver en ese tipo de situaciones, tiene mucho más que ver en este tipo de situaciones, en donde hay reuniones mensuales, por ejemplo, donde la junta puede dar recomendaciones, puede identificar cómo va el avance o la solución de determinado elemento que se ha generado en términos de liberación de terreno, en términos de identificación de cuál es la variación o el adicional que se tiene que generar; el seguimiento de eso en cada una de las reuniones.

Y eso no es un procedimiento netamente de solución de controversias, sino es un elemento que tiene que ver con una situación que genera algún tipo de dificultad en el proyecto.

Por eso, desde mi punto de vista, el momento estelar, el momento importante de una junta de resolución de disputas, son las reuniones, son las visitas de obras, que, además, tienen que tener el peso que corresponda. Tienen que ser reuniones, visitas, en donde las partes, los miembros de la junta, realmente, hagan una visita integral a la obra un día, dos días, todos los frentes de obra.

Y aquí hay que resaltar el elemento de la irregularidad también, en un proyecto en el Perú, salvo que exista situaciones de paralización, regularidad no es dos meses; en el peor de los casos puede ser dos meses.

Pero, normalmente, de un mes a otro, la situación del proyecto puede variar y variar bastante.

Además, el otro elemento que para mí es que, a diferencia de otros sistemas, a diferencia de otros mecanismos, la junta de resolución de disputas tiene una serie de facultades que no tienen otros sistemas. Hay una serie de herramientas, desde pedidos de información, la posibilidad de, claro, en los mecanismos formales, interrogar, incluso, hasta testigos. En las reuniones se puede revisar de manera conjunta el plano, el expediente técnico, las planillas de metrados, los informes que han sido compartidos. Yo considero el núcleo y la oportunidad, además, para que las juntas de resolución de disputas en el Perú tengan éxito.

Desde luego que hay un momento que debemos incentivar más, y que es equivalente a lo que se conoce como sumisión formal en el reglamento de *dispute boards* de la ICC, que, en el caso peruano, ha sido desarrollado bajo este momento, que es el momento en el cual se puede hacer algún tipo de consultas, y la junta de resoluciones de disputas, asume una función consultiva, que consiste en emitir opiniones no vinculantes.

Y, claro, he escuchado mucha crítica a este momento porque, lo que se dice es, si es no vinculante, las partes no van a atender las recomendaciones que dé la junta.

Y no necesariamente es así, porque una cosa es escuchar una recomendación de un tribunal arbitral, a quien, normalmente, no logras ver en el proyecto, y otra cosa es escuchar la recomendación de un equipo que, además, tiene que ganar liderazgo en el proyecto; proyectos, además, de varios años por eso es muy importante lo siguiente que voy a comentar, en donde esa junta puede preguntar qué han hecho con la opinión que yo hice en momento anterior.

Entonces, en la reunión siguiente, la junta tiene toda la facultad de preguntar si se ha generado algún tipo de actividad que las partes tienen la responsabilidad con tomar liderazgo respecto de eso para ver si es que se han implementado, en qué medida o por qué no.

La segunda idea fuerza que a mí me parece importante para desarrollar de manera eficiente y beneficiosa los proyectos, con una junta de resolución de disputas, tiene que ver con el desarrollo de un enfoque contemporáneo y proyectivo.

Eso implica superar la práctica retrospectiva forense. ¿Qué significa eso? Bueno, en mi caso, creo que todos en la mesa estamos mucho más involucrados en arbitraje; yo amo el arbitraje. De hecho, es a lo único que me he dedicado en los diez últimos años. No he visto otra cosa que no sea arbitraje. No he tenido experiencia en el Poder Judicial, por ejemplo. Por eso quiero explicar bien lo que quiero comentar ahora.

Yo creo que el arbitraje tiene un enfoque retrospectivo forense. ¿Qué significa eso? Frente a la controversia, da una solución que, en realidad, soluciona más las consecuencias, el daño que ha sido causado. No da una solución para viabilizar un proyecto. Conoceré uno o dos arbitrajes de los que he visto, cuya decisión del tribunal haya viabilizado un proyecto. Y está bien que sea así; ése es el mecanismo que tenemos, y eso es bueno, además.

Pero, en el caso de la junta de resolución de disputas, el enfoque es totalmente distinto, y la verdad que cuesta cambiar el *chip* a los que hemos participado en algún mecanismo similar. Por ejemplo, cuando tú vas a un

arbitraje, un proceso arbitral, normalmente, la búsqueda es una búsqueda de ganar el arbitraje, o de uno en el cual el tribunal decide en función de lo que las partes aportan.

Aquí, en cambio, la búsqueda es más colaborativa entre las partes y lo que la junta hace, y el enfoque que la junta debe asumir, una buena mesa conocedora de esto, normalmente hace pensar esa situación que, o bien ya es una controversia o puede convertirse en una controversia, y en función de su experiencia, en función del conocimiento de las cosas y la información que tiene, incluso la información que puede pedir, teniendo en cuenta las facultades que tiene una junta de resolución de disputas, determinar cómo puede aportar en términos de recomendación, en términos de decisión, en términos de conclusiones para que esa situación sea superada. Y eso es un enfoque no retrospectivo, no forense porque el ser está vivo, lo que se busca es identificar en qué está fallando ese elemento, y ver cómo en proyección se soluciona eso con distintas herramientas, y eso me lleva, ya para concluir, al tercer elemento. El elemento que tiene que ver con formar el equipo; el equipo que va a integrar la junta de resolución de disputas.

Y aquí hay una diferencia también radical entre la formación de un tribunal arbitral y la formación de una junta de resolución de disputas.

En el caso de un tribunal, normalmente, en la mayoría de los casos, la formación del tribunal supone la designación de un árbitro, por una parte, la designación del árbitro por otra parte, y ellos deciden quién va a ser el presidente.

La buena práctica de formación de un *dispute board*, de una junta de resolución de disputas, y además, así lo establece la ley, el reglamento y la directiva aplicable o la vocación, es que sean las partes quienes, al margen o más allá de la posibilidad de que uno pueda aportar un nombre, sean las partes, en el momento inicial, las que den un visto bueno, las que den un saludo de conformidad, de algún modo, del equipo de la junta. No como una figura, sino como un equipo, como un equipo, además, que va a trabajar, no para una controversia, va a trabajar para un proceso, y eso

nos lleva a pensar respecto de cuáles son los elementos que tiene que tener este equipo.

Más allá de esta discusión de la profesión, creo que a estas alturas, todos estamos de acuerdo en que la profesión hoy en día se construye, más allá de si deben ser más ingenieros o abogados, yo creo, además, que deben ser más ingenieros que abogados. Lo relevante de la elección de una mesa está en la interdisciplinariedad, y creo que hay elementos que no deben faltar entre las habilidades del equipo. Pueden estar entre un miembro, entre todos los miembros, pero siempre debe estar.

El primer elemento, el primer combo de la experiencia, desde mi punto de vista, tiene que ver con la experiencia en administración contractual, lo ideal en la etapa de diseño y ejecución. Eso me parece determinante. Las personas, los perfiles profesionales que tienen ese tipo de experiencia acortan de manera distinta una junta de resolución de disputas con respecto a las obras que no la tienen.

Es importante que, si no todos, por lo menos, dos de los miembros de una junta, tengan ese nivel de experiencia. Lo segundo tiene que ver con investigación, porque la junta no es que tiene que tener todas las respuestas, pero tiene que tener una vocación para investigar, para generar conocimiento. El otro tiene que ver, definitivamente, con su experiencia en el sistema de contratación del Estado. No pienso sólo en un conocimiento de tipo legal, sino hablo de una experiencia en el sistema, como otro elemento, además, para el caso peruano.

Y con esto finalizo también invitando a todos los participantes a seguir desarrollando esta figura. Creo que es una figura que puede dar muchas oportunidades para viabilizar el proyecto.

He dado estas recomendaciones. Si pudiera resumir de algún modo mis recomendaciones o si pudiera hacer énfasis en uno de esos momentos, yo el énfasis que le daría es en el dar valor, el dar fuerza a los momentos informales.

Los momentos informales son mucho más determinantes que los momentos formales. El gran riesgo, además, de convertir el mecanismo de la junta de resolución de disputas en un mecanismo exclusivamente formal, es que pasen o sucedan los pecados del arbitraje; los pecados que tienen que ver con la procesalización del arbitraje, que tienen que ver con no usar las muchas herramientas que tiene el arbitraje.

Los *dispute boards* tienen una serie de herramientas que no se deben procesalizar, que no se deben formalizar.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias Ahmed, muy importante tu exposición referente a las buenas prácticas que se deben de tomar en cuenta y la implementación de la junta de resolución de disputas, haciendo énfasis en su naturaleza preventiva, en el enfoque contemporáneo y proyectivo que se le da al momento de la ejecución de la obra.

Como sabemos, no hay que perder el punto principal, que es el proyecto. Para ello, debemos apostar por aquellos mecanismos que permitan que el proyecto se ejecute correctamente, y las controversias no son un buen negocio para los proyectos, pero el ámbito constructivo es conflictivo.

Bueno, considero también que debemos tomar en cuenta estas características, estas buenas prácticas de la junta de resolución de disputas, más aún cuando esta figura, este mecanismo se ha integrado también y lo va a acompañar la Ley General de Abastecimiento Público. Por eso es muy, muy importante.

Muchas gracias, y ahora pasaremos a las conclusiones.

Le doy el pase al doctor Leonardo Chang.

Leonardo Chang: OK. Muchas gracias nuevamente. De verdad que ha sido un placer escucharlo al doctor Franco, a Ahmed, de verdad, como siempre.

Miren, muy puntual. Como siempre con optimismo el éxito de esta ley será el éxito de todos, prácticamente, porque con esto el Estado va a comprar, y el Estado es el principal comprador.

Hubiera sido sí extraordinario para redondear el tema, comenzar a hablar de construcción, para diferenciarlo de lo que resulta ser en estricto el servicio de obra, pero entiendo que eso amerita una reforma del Código Civil, y ya, pero, bueno, es otro tema. Espero que algún día así ocurra para diferenciar lo que es el servicio de obra de la construcción en sí con sus propias particularidades, ¿correcto? Espero que algún día así ocurra.

Pero, mira, hay cosas muy, muy relevantes, herramientas, principios, enfoques que se han mantenido y cuya inserción en este proyecto, como repito, es muy importante mantener a la junta de resolución de disputas. Espero que no se le maltrate como al arbitraje, que se le respete y que se le valore, de verdad que es una herramienta muy, muy importante que, utilizada de manera correcta en el desarrollo del proceso constructivo, permitirá reducir las controversias exponencialmente.

Pero, estoy entrando a otro tema, a lo que iba es que el que se haya incorporado el principio al valor por dinero, no es poca cosa, insisto, no es poca cosa. Es muy importante que este enfoque de cómo lograr, de manera eficiente y eficaz la administración de los recursos públicos. Es un gran paso cualitativo en la intención del Estado de fortalecer toda la cadena de abastecimiento.

Tampoco es poca cosa que se haya destinado una dirección para capacitar, para instruir al comprador público, para profesionalizarlo. Eso también significará minimizar, espero, los errores que se produzcan.

Toda la carga la esperamos en el reglamento, donde será el momento de discutir ampliamente los alcances del reglamento cuando eso ocurra. Y entre eso, como mecanismo de resolución de controversias en caso de obras, significará ver si la dirección de arbitraje se mantiene o no, ¿qué forma adopta?, sobre la base de la estructura de la dirección de arbitraje, ¿se cimentará una nueva dirección?, ¿se extenderán?, tampoco es un asunto

menor, pero, en líneas generales, yo creo que insertar principios, herramientas de, como, por ejemplo, del BIM de la industria de la construcción que ya hace muchísimos años se utilizaba, y que en el Perú se proyectaba usar, dentro de los ocho, nueve, diez años de que ya aparezcan estos conceptos en este proyecto es muy, muy, muy importante.

Insisto, no son temas menores. Hay un gran salto cualitativo que esperamos que todos estos enfoques, herramientas y principios sean utilizados de la mejor manera porque, al final de todo, al final de todo, quien toma las decisiones, somos nosotros, las personas.

Y para que tenga éxito todo este conjunto de herramientas, principios, enfoques, deberán entrometerse en toda esta cadena de abastecimiento, profesionales capaces, responsables, capacitados y honestos.

Muchas gracias y hasta otra oportunidad.

Sharon Grados: Muchas gracias a usted doctor.

Es su turno, Eric Franco.

Eric Franco Regjo: Bien, muchas gracias. Muy interesante la discusión. Todo lo que ha indicado el doctor Chang sobre el valor por el dinero, capacidad, construcción, la verdad que muy interesante, y lo que ha indicado el doctor Manyari con relación a mecanismos informales está muy relacionado con algo que yo venía trabajando en el último año y medio, que son los contratos colaborativos y quizás para cerrar la discusión, mi conclusión, traigo a colación que en los años sesenta un profesor de derecho hizo una investigación sobre cómo era que las partes solucionaban sus controversias, y su conclusión fue sorprendente. Decía que se privilegiaban los mecanismos informales, y decía: «los comerciantes y las personas de negocios privilegian temas como la reputación, la lealtad, la confiabilidad, la eficiencia, más allá de la controversia en sí, yo diría, más allá del contrato, inclusive, enmarcado en la relación comercial, o sea, está mucho más allá de lo que se ve en un arbitraje, por ejemplo, que está limitado a la controversia.

Esto agarra todo el contrato y más allá de la relación comercial. ¿Por qué? Porque estamos en un mercado donde los clientes dependen de los proveedores y los proveedores dependen del cliente. El Estado depende de sus proveedores y los proveedores dependen del Estado. Entonces, esas relaciones hay que cuidarlas, y por eso es que los mecanismos informales son la forma, en realidad, principal de la solución de controversias. Y hay *rankings* a nivel mundial donde el trato directo se reconoce.

Arcadis este año ha sacado su informe y reconoce el trato directo consistentemente todos los años como el principal mecanismo de resolución de controversias, y no podría pensar ¿y en el Estado? ¿En el Estado realmente no hay posibilidad de hacer un trato directo?

Claro, pero lo que pasa es que ahí venimos a distinguir trato directo formal del trato directo informal. El trato directo formal se da cuando la controversia ya ha escalado la procuraduría, y ahí hay muy poco margen para desformalizar la relación. Ya se formalizó, pero antes de eso yo les pregunto cuántas controversias, digamos, no llegan a ser controversias todavía, pero cuántas situaciones complicadas son resueltas a nivel de equipo de proyecto y luego cuántas controversias complicadas son después, el siguiente nivel sería con la asistencia del área jurídica del área de obra. Y el siguiente nivel sería ya con el involucramiento de la procuraduría. Cuántas controversias, cuántas situaciones complicadas se resuelven en ese nivel, y muchas veces serán resueltas con aplicación de mecanismos informales.

Entonces, esto creo que calza muy bien con lo que ha dicho el doctor Manyari, que es privilegiar los mecanismos informales, que son más eficientes, son más eficientes y con la ayuda, por ejemplo, de la JRD, se potencian los mecanismos informales, se aumenta la probabilidad de que sea exitoso el uso de mecanismos informales, y, bueno, una serie de otras herramientas que se pueden usar.

Bueno, ésa sería mi conclusión por ahora.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias, Eric.

Su turno, Ahmed.

Ahmed Manyari Zea: Muchas gracias, Sharon.

Bueno, la verdad lo que noto es que, como mesa, hemos resaltado elementos vinculados a buenas prácticas que, de algún modo, ya venían desarrollándose, sobre todo, fuera de Perú, en algunos espacios dentro del Perú, y creo que lo que toca ahora es participar en este tipo de eventos, que lo que buscan es difundir este tipo de buenas prácticas, sobre todo, de algún modo, comprometernos a que cada uno, desde el espacio en el que está como abogado, como parte en un elemento específico.

Yo creo que lanzarse, tener la valentía de usar este tipo de herramientas, porque sí creo que se requiere cierto nivel de valentía, sobre todo en obra pública y confianza en un contexto en el cual necesitamos justamente eso.

Da la impresión de que todo está un poco oscuro, no hay un horizonte que permita ver proyectos viables, proyectos que no se resuelvan, nuevos proyectos, además, en donde se confíe en la experiencia y el aporte local. Y yo creo que elementos como valor por dinero, como lo ha explicado Leonardo, te permiten, te abren la puerta a ir más allá de lo que establece un procedimiento de formación de un presupuesto tradicional, un presupuesto de obra, sino buscar, yo creo que hay incentivos que tienen este tipo de sistema para generar justamente este tipo de ahorros.

Pero, nuevamente, aquí se requiere valentía, creatividad. Lo mismo en relación a los mecanismos informales que se pueden privilegiar en una junta de resolución de disputas, con aplicación de más allá, y aquí Eric es un abanderado, no de los contratos colaborativos, sino de en un enfoque colaborativo pensado en el número de procesos, que creo que es el enfoque adecuado para pensar la práctica colaborativa en el Perú.

Todos estos elementos van hacia usar nuevos sistemas, sí, con mejores prácticas, más transparentes, más comprometidas, además, para pensar en lograr el beneficio del proyecto.

La verdad que me ha agradado mucho compartir esta mesa y yo me comprometo a hacer mi parte en este proceso.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias a todos.

Luego de haber escuchado sus excelentes exposiciones, podríamos plantear como reflexión final, para el caso de obra pública, que el covid, la pandemia del covid puso al país en una paradoja: de tener que vivir una emergencia dentro de otra emergencia.

Ahora hay que buscar aquellos mecanismos como lo han dicho ustedes, que puedan otorgar flexibilidad a las partes en la contratación de la infraestructura, con los límites que corresponde y con la transparencia también que corresponde.

Apuntando a una mejora en la gestión contractual, lo cual incluye una mejora en los mecanismos de gestión de riesgos, y también una gestión eficiente de los reclamos y las controversias, en un ambiente de colaboración, lo cual implica cambios culturales e institucionales. Por tanto, debemos seguir trabajando.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, Sharon, y a todos, a Leonardo, al doctor Manyari, al doctor Eric por la excelente ponencia de este segundo panel, y, bueno, agradecerles el tiempo que siempre es ingrato en estos eventos, y, bueno, voy a dar pase ya al tercer panel, agradeciéndoles nuevamente a todos por acompañarnos el día de hoy y hasta una nueva oportunidad.

Todos: Gracias.

MESA N.º 6: «PROYECTO DE LA LEY GENERAL DE LA CADENA DE ABASTECIMIENTO PÚBLICO»

David Ortiz Gaspar
Roberto Benavides Pontex
Enrique Ames
Sheryl Ramos Cóndor

Jorge Abel Ruiz: El tercer panel del día de hoy, la mesa n.º 6 de esta segunda jornada en el congreso del Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje, abordará un tema importante, ya que el Ministerio de Economía y Finanzas, como ya lo hemos mencionado al inicio del congreso, dio la sorpresa publicando hace unas semanas el proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, que, sin duda, como lo hemos escuchado, da algunos lineamientos de lo que se quiere buscar en una reforma de la contratación pública.

Para eso nos van a acompañar el día de hoy, el doctor Roberto Benavides, el doctor Enrique Ames, la doctora Sheryl Ramos, quienes son expertos en la materia y van a hacer un balance de lo bueno, de lo malo y de lo feo de este proyecto que todavía, en buena cuenta, está recogiendo al día de hoy, comentarios, opiniones, sugerencias para consolidar lo que, eventualmente, podría ser la Ley de Contrataciones del Estado. Ojo, tendría que ser previa aprobación de nuestros ilustres congresistas que, eventualmente, también podrían aprobar o podrían observar la Ley General de la Cadena de Abastecimiento, más aún, cuando estamos a puertas de elecciones de un nuevo gobierno. Y, como ya se ha mencionado en el Congreso, efectivamente, cada gobierno busca perfeccionar, en alguna medida, la Ley de Compras Públicas.

Entonces, lo que hoy vemos en este proyecto general de la cadena de abastecimiento, y yo doy la bienvenida, por favor, pediría al doctor Roberto, al doctor Luis Enrique Ames, que enciendan sus cámaras para dar y conversar sobre este proyecto que trae novedades en el arbitraje, trae novedades en el abastecimiento, pero lo que se pregunta, y, seguramente, va a ser materia de discusiones, solamente el abastecimiento está inmerso en el proceso de contratación pública.

Sabemos que hay tres fases en la contratación pública: los actos preparatorios, el procedimiento de selección, la ejecución del contrato, y luego también los mecanismos de solución de controversias que se han mantenido, pero, como lo hemos escuchado, no tiene esa regulación que está vigente en la 30225.

Sin más preámbulos, voy a darle el uso de la palabra a la moderadora Nicole, por favor, quien va a conducir esta última mesa de la segunda jornada del congreso regional de contratación pública y arbitraje.

Bienvenidos, doctores, y Nicole, te cedo el uso de la palabra.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Jorge Abel por cederme la palabra.

Primero, vamos a dar la bienvenida a cada uno de los panelistas de esta última mesa de la noche, que tiene como fin, la observación, el análisis de este proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

Es así que va a estar conformada por Sheryl Milagros Ramos Córdor, quien es especialista en contratación pública, asesora legal en el Programa Nacional de Infraestructura Educativa, Pronied-Perú. Trabajó, además, como abogada especialista en la Procuraduría Pública y en la Sunat.

Muchas gracias por encontrarte aquí, Sheryl Milagros. Esperamos que tu intervención, como siempre, sea de bastante interés para todos nuestros oyentes, y gracias a cada uno de ustedes por estar con nosotros el día de hoy.

Asimismo, contaremos con la presencia de Roberto Benavides. Es abogado por la Universidad Católica de Perú. Es especialista en abastecimiento público, en contrataciones públicas, en arbitraje de inversión de la American University. Árbitro de la nómina de la Cámara de Comercio de Lima; árbitro de la nómina de la CARC-PUCP y árbitro de la nómina del OSCE, con una experiencia amplia en el sector público y privado, con más de diez años de experiencia también en temas relativos a las compras públicas y arbitraje en compras públicas.

Muchas gracias, Roberto Benavides, por encontrarte el día de hoy con nosotros aquí en CAE en el tercer congreso.

Y, por último, también contaremos con la presencia de Luis Enrique, quien es abogado, adjudicador y árbitro en el OSCE y en diversas Cámaras de Comercio, a nivel nacional. Es secretario técnico de Arbitra Perú. Ex coordinador del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Ex integrante del sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión. Asociado del Club de Arbitraje de España y la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (ALDEC).

Muchas gracias, Enrique Ames, por encontrarte el día de hoy con nosotros.

Sin más preámbulos, vamos a realizar las preguntas de esta tercera, de esta última mesa, la sexta mesa de la noche: «El proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento», y es que remitimos la pregunta a Roberto Benavides de ¿cuál vendría a ser el balance del proyecto de Ley General de Abastecimiento Público?

Roberto Benavides Pontex: A ver, no sé si me escuchan. Buenas noches. Gracias, Nicole. Buenas noches a los compañeros de la mesa, doctor Ames, doctora Ramos. ¿Cómo están?

Yo he escuchado también en la mesa anterior. Y, bueno, vamos a conversar un poquito como futurólogos, porque, en realidad, balance todavía no podemos dar. Lo que sí te podemos decir y ahí sí con el doctor Jorge

Abel no tenemos una coincidencia puntual, con respecto a que esto es, para mí personalmente es la crónica de una muerte anunciada, que ya se venía desde la 1439, y no me dejarán mentir mis panelistas en esta mesa, que ya teníamos el Sistema Nacional de Abastecimiento.

En la mesa anterior, estaban hablando de la junta de resolución de disputas y mezclaban términos, lamentablemente, son nuevos, es verdad, no podemos dejarlo de decir, son términos nuevos. Tenemos un Sistema Nacional de Abastecimiento. La que ha salido, la norma que ha salido es para construir sobre la base del Sistema Nacional de Abastecimiento, señores.

El Sistema Nacional de Abastecimiento es el 1439. En una mesa anterior también un doctor la llamaba... mencionaba la 1436. Miren, y la 1444 que modificó la Ley de Contrataciones.

Todo el sistema lo están integrando; lo están integrando. Ahora, ha habido ya esta norma, ya se sabía que iba a salir en algún momento. Personalmente, teníamos el conocimiento de que mandaron un proyecto previo al que ha salido prepublicado, que yo considero que tiene algunos temas que no debieron quitarse, que ahora los comentaré brevemente, y otros que, en realidad, ya he visto artículos.

Yo estaba escribiendo un artículo y lo comento, que lo han publicado justo sobre el Sistema Nacional de Abastecimiento, y justo me cae la publicación, así como a todos. El doctor Ames y la doctora Ramos saben. Cambió la Ley de Contrataciones y todos se asustan, y ahorita todos se han asustado. Mi primer balance es susto general, pánico; segunda pandemia en contrataciones ha venido. Ha venido una nueva norma y todos se han asustado, que ni siquiera está vigente.

Pero ¿por qué? Porque ése es un árbol. Tienen que ver el Sistema Nacional de Abastecimiento; tienen que ver el Sistema Nacional de Administración Pública; el Invierte.pe. Señores, es importantísimo. El sistema del presupuesto, el 1440. El tema en el cual es intersistémico dentro del propio sistema.

Y justo he discutido también en otras ponencias que me han invitado y hemos comenzado a conversar, que, lamentablemente, escriben artículos leyendo sólo lo que se ha prepublicado. No leen, como les digo, el Sistema Nacional de Abastecimiento; no leen las otras normas con las cuales está integrado todo.

Por ejemplo, les pongo un temita. «Principios», «Oigan, les ha faltado —y todavía indignados— les falta acá el principio de eficacia y eficiencia, que estaba en la norma de contratación con el Estado. ¡Cómo es posible que no lo hayan puesto en la ley!». Ojo, de la cadena de abastecimiento.

Acéptalo, hay contrataciones; el Sistema Nacional de Abastecimiento fue más hasta ahorita, y va a ser más porque eso es lo que la norma y eso es lo que el sistema quería hacer, y no lo digo yo, lo dice la exposición de motivos, si la han leído, hablan los documentos del Fondo Monetario Internacional, mismo OSCE en otros temas económicos, estudios del MEF, donde se trata de integrar el sistema porque tiene una lógica que la voy a tratar de resumir brevemente.

En un primer tema tenemos una norma, un primer tema de infinidad de normas con los cuales el Estado, o sea, adquiere los productos, y ya lo sabe, tanto la doctora Ramos como el doctor Ames, que hay más de cuarenta, que la misma exposición de motivos lo dice.

Ahora, ¿qué se trata de hacer? Crear un solo sistema que tenga una visión general y que pueda amoldarse. Y ya justo también me han mandado los temas de ProInversión que está criticando el tema, y por un tema puntual que también les puedo... a las APP que ha causado furor en las mesas anteriores, que tienen miedo de que se vaya a derogar por un tema de las contrataciones directas que ya lo comentaré más adelante.

Pero, acá en el sistema, los principios, como dije, eficiencia y eficacia no han desaparecido. Te dice: «Léelo completo. Lee tu Sistema Nacional de Abastecimiento donde está el principio de eficiencia y el principio de eficacia». Dos, señores, dos principios. Y bien especificados. Gente que no

lee, no se da cuenta y dice que los han eliminado, por ejemplo. Por eso les digo, hay que hacer una lectura integral.

Ojo, la norma no nos va a mejorar. Yo no digo que sea malo, no es que quiera plantear y no sé si la doctora Ramos o el doctor Ames me vayan a criticar ahí, pero la norma no va a hacer por sí sola que el Estado mejore. Hay otros articuladores que tenemos que mejorar: la capacitación: la capacitación.

Ahora, qué bueno, me gusta el tema de la escuela de capacitación que han sacado. Ojo, el OSCE no va a desaparecer, el OSCE se va a centralizar, y yo, particularmente, como política pública le meto presupuesto y les digo: «Señores, hagan lo que siempre han tenido que hacer: supervisar fuerte». Supervisar fuerte.

Ahora, la DGA que tiene seis direcciones, se va a encargar de lo más fuerte: capacitar, señores, todo. Y los pueden entrevistar a ellos también; los doctores que están en la mesa.

Antes de los exámenes había una cofradía de certificadores; había una cofradía de gente que daba los exámenes virtuales. Lo pasaron a los logísticos, ojo, es que tiene que ver con la resolución de disputas porque ellos son los que ven las cláusulas arbitrales, y lo sabes.

Entonces, ¿qué pasaba? Los pasaron a un examen presencial y jalaron todo el mundo; 90% de jalados, señores.

¿Y ahora? Y cuando yo decía el Sistema Nacional de Abastecimiento va a ser el que va a tomar exámenes en capacitaciones, hablando del Sistema Nacional de Abastecimiento, nadie me creía. Ahora generó la pandemia la prepublicación de esta nueva norma que se viene, porque no lo digo yo, sino lo dicen los sistemas.

¿Por qué? Porque todos los sistemas, como justo estaban hablando, articulados de la famosa LOPE, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, tienen

un ente rector; abastecimiento nunca lo ha tenido; OSCE no era realmente el ente rector, y lo saben, no era el ente rector.

Ahora se ha creado el ente rector que para mí debería ser independiente del MEF, pero, bueno, ahí está. Eso es ya un tema de política pública que cómo lo articulará. Entonces, en principio, me parece el tema interesante.

La gestión de la cadena, y éste es el tema de abastecimiento que tiene que aceptar que es más grande que sólo la contratación porque va a ver la programación y el planeamiento integral de todo el sistema. Eso es lo que nos ha faltado y se va a tratar de adecuar.

Ahora, ve cosas que no me van a dejar mentir, que hay arbitrajes, muchos arbitrajes por el tema de distribución y el almacenamiento, los que me acompañan en la mesa, hay muchos.

Ahora, lo que la ley de contrataciones no veía, ahora éste va a ver, no sólo el almacenamiento y la distribución, sino en dónde va a acabar el bien, al final, porque, a veces, hay bienes que van a tener que desechar.

Entonces, ahora se está dando una visión más orgánica. Problemas los tienen, como todos. Por ejemplo, decía: «Se va en noventa días, creo que está en la parte final, la norma va a entrar en vigencia. Oye, y el reglamento va a salir en 130», ¿y qué va a pasar en ese período de tiempo? O sea, ya nos dejaban en un vacío, una brecha que era la palabra importante acá, en una brecha importantísima, porque no sabíamos qué hacer.

Yo creo que, así como han prepublicado la norma, cuando se elabore y se esté viendo el reglamento es un tema importante. Debería verse.

En resolución de disputas, ¿qué pasó? Mucha gente se ha asustado, el arbitraje va a desaparecer. La versión original, les comento y para discutirlo acá el tema de resolución de disputas, lo único que hacía en el artículo 60, que ahora es 62, han agregado el Ministerio de Justicia. Claro, porque es el ente rector de todo el tema de procuraduría, porque la Procuraduría General es autónoma, pero, digamos, el que está en ese

sector es el Minjus. Entonces, ahí lo han agregado. Ahí lo han agregado en el proyecto prepublicado.

¿En la exposición de motivos de esta ley qué dice? «Yo me encargo de la cadena de abastecimiento». Los temas de resolución de disputas tienen sus propias normas y a las cuales se ceñirán, básicamente, es lo que te quiere decir la exposición de motivos. Es decir, yo no me voy a hacer cargo. Esto se tiene que supervisar, pero que OSCAP. Ahora, OSCAP no tiene que ver el tema de arbitraje.

Ahí yo tengo mi discrepancia porque, claro, hay arbitrajes y hay arbitrajes. Y hay arbitrajes que creo yo que debería haber, no sólo un SNA porque el SNA va a tener que cambiar, encima, su nombre, pues, porque era el Sistema Nacional de Abastecimiento es el SNA, nada de arbitraje, por ejemplo.

Entonces, ahí va a haber un punto importante que van a tener que ver. Yo no sé si le deberían quitar de todo o deberían, digamos, dejar algunos temas en este tema de resolución de controversias; tema importante, tema bien interesante.

¿Ha mejorado el articulado? Sí ha mejorado el articulado. En impedimentos, antes decíamos, ¿qué pasa con el conuñado? ¿Está impedido o no está impedido? Ahora te dicen ¿cuál es el árbol genealógico? Se encuentra impedido para contratar con el Estado.

Hay un tema importantísimo que entra a Indecopi ahora. Todos los que se han metido y que han sido sancionados por un tema de corrupción, también van a estar impedidos: tema interesante.

No han puesto el tema de los partidos políticos; *ad portas* de una elección es un tema también que estaba en el impedimento. Bueno, vamos a ver cómo se articula eso. Claro, es contratación le sale hasta abastecimiento. Bueno, señores, hay varias cosas que las han tomado. No es un tema totalmente aparte, totalmente nuevo, si no es un tema tan orgánico y concatenado que se quiere realizar.

En el tema de obras, interesante el tema de obras. Es un tema muy interesante hasta creo que han querido manejar ahí el tema de las *fast tracks*. Es un tema muy interesante que se está poniendo en el tema de obras; por ejemplo, ahí te dejan, a un criterio bien interesante, en el cual el detalle técnico del presupuesto, salvo que esto no sea posible. Claro, en el expediente técnico está todo, pero salvo que esto sea posible, se va a poder.

Por otro lado, va a poder entrar el tema de los *fast track* por ahí. De ahí van a poder... ahora, hay un principio integrador del tema cooperativo. Interesantísimo, porque me parece bacán que eso lo han hablado justo en la mesa anterior, que estaban comentando, del famoso BIM, que mucha gente se queja que el supervisor es el cancerbero de la entidad o viceversa, el supervisor está alineado con el contratista.

En realidad, los tres deben ser un tridente que deben trabajar todos por sacar el proyecto rápido. Justo en la mesa anterior hay un tema que lo podríamos discutir, no sé, interesante. Hay proveedores que les gusta el litigio; se tiran al suelo en los precios para recuperar en los litigios el dinero. No sólo acá, y lo que les estoy diciendo no es de Perú, sino de la lectura comparada con el sistema en Colombia, por ejemplo.

Entonces, claro, ¿hay una litigiosidad en el tema de obras? Sí, fuerte. Hay que ver cómo se puede mejorar las cosas. Integrar todo con el Invierte.pe, que la gente que se encuentre en la cadena de abastecimiento conozca cómo se integra el Invierte.pe con el Sistema Nacional de Abastecimiento, usando la norma de la cadena de abastecimiento, la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

Es todo un tema, yo sé que es nuevo, sé que mucha gente no lo entiende, digamos, de manera tan clara, pero era un sistema que se viene viendo, y tema importantísimo. Ahorita todas las entidades les han metido, digamos, en las contrataciones directas los problemas que les he comentado.

Primero, almacenamiento y vienen distribución, ahorita que estamos en emergencia con las contrataciones directas. Ejemplos tenemos a rabiarse, canastas, equipos de protección personal, temas, aquí hay un montón de...

todo eso lo han sacado porque la ley está vigente. Ojo, la Ley del Sistema Nacional de Abastecimiento se encuentra vigente, lo que no se encontrara en vigencia, esperemos, veamos cómo lo regula también hacer este tema de la cadena de abastecimiento, la Ley General de la Cadena de Abastecimiento.

Hay varios temas que quisiera tocar, pero no sé cómo lo manejaremos también con el doctor Ames.

No puedo hacer un balance y con la doctora Ramos, un balance, digamos, de todo, pero hay un tema importantísimo, que está fuera de la norma: las famosas ocho UITs que han tenido una repercusión política, que hasta casi nos ha sacado un presidente. Lamentablemente, creo que el *timing* no ha sido el correcto, ahora lo quieren aplicar y no sé qué opinarán mis panelistas, a quince UITs, cosa que para ciertos sectores es importante; es trascendental, por eso lo estoy comentando. ProInversión dice: «Señores, por si acaso, no me deroguen la 1362 porque tengo tan buenos especialistas, que los quiero contratar». Adelante, ahí hay tema, ahí viene un tema, yo quiero que me ponga, por si acaso, en la cadena de abastecimiento que para APPs tengo mi asesor financiero, ¿cómo se llama? JP Morgan, Lehman Brothers, todos los que quebraron, sí, todos los que quebraron en el 2007, pero ellos son los que me van a sacar, me van a apalancar la obra. Ya, bueno, ellos serán, pues. Pero, quieren que les agreguen temas importantes que me parecen que cada tema de contrataciones tiene su especialidad. Es importante que tienen que merituarlo y ver cómo se van a incorporar.

Obras por impuestos también se van; le dicen chao; ahora va a entrar abastecimiento. Ahí hay un punto importante que, en provincia, lamentablemente, se ha mal utilizado: la administración directa. ¿Qué quiere decir? No lo hago por contrato, sino yo que tengo las cosas, yo que soy el que hace todo, yo voy a hacer toda la obra, y al final, ¿qué pasa? Tercerizas todo al alcalde y no hizo nada. Pero no usó la Ley de Contrataciones, usó una norma de la Contraloría del año 1988, que hace agua por todos lados.

Entonces, ¿qué es lo que sucede actualmente? Ahora el sistema de abastecimiento ha dicho claro: «Ahora, yo hasta eso también te lo voy a

regular». Está en parte bien, hay que regular, pero yo también tengo miedo de cómo lo van a regular. Sí, yo estoy de acuerdo con que debería regularse, pero debe regularse de una forma adecuada.

Esto de las quince UIT, por ejemplo, señores, a mí me parece que no tanto el monto, sino cómo se va a regular. Es fuera de la norma, claro. Tiene plumas, tiene pico, tiene cresta, pero no es gallina, por ejemplo. Es, porque en verdad es un contrato público, a todas luces, pero está fuera por un tema arbitrario de la norma.

Desde la tres, ¿se acuerdan?, ocho y ahora quince, estoy viendo, parece que están tanteando. Ahora vamos a llegar a treinta y dos, en algún momento.

Estas cosas, digamos, tienen que verse de una forma coherente. Hay varios temas que se pueden hablar y me parece muy interesante.

Y, bueno, ahorita quiero terminar sólo con eso. En el tema de arbitraje no lo va a tocar, no quiere que lo toque la Dirección de Abastecimiento, no se va a encargar del tema de solución de controversias. Y tiene en parte razón, zapatero a tus zapatos. Los que ven arbitrajes, que vean arbitrajes, ¿correcto? Vayan a ver su arbitraje. Lo que se encarga es pedirle al final. Lo ideal sería que los litigios se reduzcan. Ya, yo veo arbitrajes, ¿correcto? El doctor Ames y la doctora Ramos ven temas de arbitraje, ¿correcto?

No es que yo quiera que nos quedemos sin chamba, lo que yo quiero es que realmente se llegue a la población, lleguen los beneficios, y va a haber controversia, va a haber controversia, pero ya no queremos cantidad de controversias, sino calidad. O temas controvertidos que sean muy importantes y que merezcan llegar a este tema de litigiosidad.

Y con eso creo que cierro. Ya, Nicole, por favor, sobre ese tema, hablando de este balance que yo, más o menos, he podido ver y he podido ver artículos que ya he empezado a criticar también al respecto.

Gracias.

Nicole Álvarez: Muchas gracias a ti, Roberto Benavides por tus excelentes apreciaciones sobre este supuesto balance.

Vamos así a dar paso también a la intervención de Sheryl Ramos Córdor, quien nos va a responder a esta interrogante respecto a las disputas en las obras públicas y la posible reforma de la LCE.

Sheryl...

Sheryl Ramos Córdor: Muchas gracias, Nicole. Buenas noches con todos. Primero quiero agradecer al Círculo de Arbitraje y Contratación con el Estado y a Jorge, el director, por la invitación a formar parte de este panel con especialistas de la talla de Roberto y de Luis Ames, y sobre todo gracias a las personas que nos están viendo todavía a estas horas de la noche.

Bueno, qué decirte. Creo que, en principio, la sensación del susto, como dice Roberto, que ha generado esta norma, ha sido, pues, por el tema, creo yo de la situación en la que nos encontramos, el tiempo de pandemia y el poco tiempo que queda del período presidencial y, pues, las constantes modificaciones que se han venido haciendo siempre a esta norma, que ya todo mundo lo sabe.

Y, bueno, sale esta Ley de la Cadena de Abastecimiento que, como Roberto bien lo ha señalado, pues, genera un tema integral, un espectro amplísimo que, sin embargo, a mí lo que me queda es la sensación de que era la oportunidad. Que, acá los cambios son buenos siempre, pero viendo el tema que va a generar, el tema integral, creo que es demasiado sano, y no se llega a concretar ni podría en estos pocos meses que quedan, y con todo este tema político que sabemos todos que va a influir mucho.

Bueno, más allá de eso, contestando la pregunta que tú me has hecho, creo que estamos en un tema que está ahorita en los reflectores de todos. Todas las ponencias del día de hoy y del día de ayer han tocado el tema de este proyecto de ley porque, obviamente, impacta a todos los operadores de la contratación pública. Específicamente, en mi caso voy a hablar sobre el tema, es decir, esto podría reducir la disputa.

En verdad, como también Roberto lo ha señalado, la ley es bastante genérica, no señala muchos detalles, y así tiene que ser porque, obviamente, se espera un reglamento que detalle todos estos aspectos.

Pero, para tratar de responder la pregunta que me has realizado sobre el tema de las disputas en obras públicas, si esto ayudaría a mejorar, bueno, también empezaremos a ver cuál es la regulación que se ha hecho. Ya muchos han tratado sobre esto. Roberto también lo ha señalado, que el artículo 62, donde está la sección de las controversias, ha mantenido la conciliación y el arbitraje, y, afortunadamente, ha continuado con el tema de las JRD para el tema de obras públicas, porque creo que en el anterior panel, han escuchado todas las ventajas que tiene una JRD, que, evidentemente, la idea no es repetir lo que ya han señalado.

Pero, veamos y centrémonos en lo que es una disputa y cómo se generan las disputas y los problemas y los conflictos, y en un caso de obras públicas que es un contrato, como también lo han señalado, de alta conflictividad, se genera, básicamente, la ejecución contractual. Es en la ejecución contractual donde una obra que está a ese ritmo, donde se tiene que solucionar problemas día a día, que generan hasta una especificación más diseñada de un color determinado, es en ese momento donde hay que tomar decisiones. Y es el momento donde interactúan tanto las partes para poder resolver esos problemas técnicos que pueden ser de menor o mayor envergadura.

Y es ahí que nuestro sistema, creo que por mucho tiempo y hasta el día de hoy, que ha mantenido una gestión contractual de bastante confrontación entre las partes; es decir, teníamos al contratista de un lado, que buscaba sus intereses, evidentemente, económicos, que, inclusive la norma de abastecimiento lo señala claramente, que es un tema de lucro y que es válido; y, por otro lado, teníamos a la entidad con dos intereses distintos.

Y la entidad es representada por un funcionario, cuya sensación de tomar una decisión no estaba respaldada. Tenemos a un funcionario que en mucha medida tiene cierto temor de tomar una decisión criticada. Entonces, tenemos el tema de un funcionario que tiene que tomar estas de-

cisiones, pero que tenía atrás el hecho de que podrían estas decisiones ser cuestionadas.

Muchas veces he visto funcionarios en una ejecución, dejar de tomar una opción que podría haber estado sustentada, no necesariamente en una normativa de la Ley de Contrataciones, sino supletoriamente por el Código Civil, que podía gestionar de mejor manera la obra que, lamentablemente, no lo hacía por este temor.

Entonces, no había y nunca hubo un interés conjunto de las partes. El interés de la obra; siempre hubo este tema de confrontación. Uno pedía algo y el otro, evidentemente, por el temor que generaba, lo rechazaba y ahí generaba los conflictos.

Ante ello, creo y el propio Ejecutivo se dio cuenta de que esta situación no podía seguir, inclusive, cuando se topa con el tema de los Panamericanos, porque ahí agarra y ve que este sistema no iba a funcionar para el fin que se quería, y opta, evidentemente, por hacer lo de estos contratos internacionales, que ya lo han expuesto también muy bien en la mesa anterior.

Pero ¿qué tienen estos contratos internacionales?, el sistema de la contratación colaborativa. La colaboración en un contrato y la visión, el enfoque colaborativo que tienen estos contratos internacionales, que, en el caso específico de los Panamericanos, el NEC, ayuda a que las partes estén concentradas en una sola visión, que, como sabemos, en este caso, es la obra. En el caso de los Panamericanos, entregar en un plazo específico.

Este plazo específico ha hecho que, obviamente, las dos partes se unan para ese fin, pero no necesariamente porque las dos tienen parte de intereses, y para eso tienen también incentivos, que esto genera, que los ayuda a generar ese interés por culminar una obra.

Esta situación se ha visto que, obviamente, ha sido exitosa, ha sido, evidentemente, aplaudida a nivel mundial, ha hecho ahora que se enfoque mucho en el tema de los contratos colaborativos, como también lo ha señalado otra mesa, y ha hecho actualmente que en este proyecto de ley

que establezca la colaboración como una figura específica en la ejecución del actual contrato, de la ejecución del contrato en el tema de la cadena de abastecimiento.

¿Qué dice el artículo 54, párrafo 5, en la parte de ejecución contractual? Define, evidentemente, lo que es la ejecución contractual y señala específicamente lo siguiente: «Tanto la entidad contratante como el proveedor del Estado son representantes de ejecutar correcta y oportunamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones desde que estén a su alcance, en un marco de colaboración recíproca ¿orientada a qué? Al logro de resultados».

Para mí, en este campo, creo que la norma está tratando de cambiar el *chip*. Ese *chip* confrontacional para la ejecución de los contratos donde se generaba tanto conflicto y que hacía que se generaran las disputas y que muchas obras se paralizaran y no se llegaran a entregar a tiempo y no se cubrieran los recursos públicos, está tratando de cambiar bajo mi perspectiva.

Y esto lo reafirma aún más, cuando en el literal d) del artículo 2, en el listado de los principios rectores del sistema de abastecimiento, pone a la colaboración como un principio específico, y señala que todos los participantes de la cadena de abastecimiento tienen que, actuar de una manera colaborativa.

Entonces, lo que me hace pensar, bajo mi opinión, es que en el reglamento que, evidentemente, se va a tratar de generar estos aspectos de colaboración: cómo se plasmará, cómo se va a llegar, se tendrá que ver en su reglamento porque es un cambio, como ya lo han dicho, de cultura; un cambio bastante grande para los funcionarios que van a ejecutar, los que ejecutan y gestionan los contratos, específicamente, el de obra.

Yo me preguntaba hace rato en virtud al panel que teníamos que, si es necesario, si era necesario poner el tema de la colaboración como una figura específica. El deber de colaboración, en verdad, de las partes de un contrato estaba ya establecido en el Código Civil. Es decir, todos tenemos deber de colaboración.

Sin embargo, entiendo yo que es porque se quiere generar esta nueva cultura, en virtud de este nuevo concepto y enfoque colaborativo, y, evidentemente, por el tema del contrato de obra.

A manera personal y como un claro ejemplo, cuando me puse a pensar en esta situación de si es que fuera necesario y cómo se plasmará, es, básicamente, porque tuve una experiencia hace como dos años donde tenemos una obra de mucha envergadura donde antes trabajaba, en uno de mis empleos, y ya estábamos como al 80%, pero se generaron una serie de problemas; un 80% del avance de la obra. Estamos a poco de terminar. Se generaron una serie de problemas en todas las especialidades de la obra, y generó un *impasse* tal que se veía venir la paralización de la ejecución.

En ese momento, tratando de buscar una solución con el contratista de la supervisión, buscamos hacer mesas de trabajo. Lo que convenimos con ellos era juntarnos las especialidades tanto de supervisión, especialistas de supervisión, especialistas de ejecutor y especialistas de entidad.

Lo que hacíamos era un trabajo de equipo, se especificaban los problemas, se elaboraba un acta transparentando todo, y todos los acuerdos que se llegaban a tomar en ese momento se cumplían por las partes.

Se llevó a cabo todo este proceso a través de dos meses. Se llegaron a solucionar muchos de los problemas, porque en nuestra visión, tanto el contratista como la entidad, querían culminar la obra.

Necesitamos, en ese momento, una regulación que nos diga que tendríamos que ser colaborativos, y estábamos hablando de un contrato vigente bajo la Ley n.º 1017.

Entonces, creo que el tema de la colaboración va a pasar, no solamente por el hecho de regularlo y regularlo bien en el reglamento, sino va a pasar por el hecho de generar una voluntad en las partes. Una voluntad, y creo que para eso generar un incentivo seguidamente para los contratistas, y también para los funcionarios públicos.

Los incentivos del contratista deberían, evidentemente, podrían ser económicos, tendrían que serlo, para poder lograr el objetivo que se persigue y para los funcionarios públicos lo que se debe buscar es, como ya también lo manifestó el doctor Franco, es el empoderamiento en la toma de sus decisiones.

Si no empoderamos a estos funcionarios públicos, si no respaldamos sus decisiones, así pongan el tema del contrato colaborativo, así pongan un contrato a ejecución, el contrato impune no se va a llegar a poder realizar lo que se busca, y eso pasa también por un respaldo en el tema de la Contraloría, que entienda cuál es, cómo es de verdad la ejecución de una obra. La ejecución de una obra es conflictiva en el día a día y pueden variar en este momento y tomar decisiones muy importantes, y creo que eso, eso es lo que deben entender.

El tema básico para evitar conflictos y ya también la otra mesa lo ha dicho, es la prevención que, evidentemente, está haciendo que las partes vean cuando se pueda generar algo anticipado, entonces, poder advertirse entre ellas y poder tener claro cuál es la solución que le van a dar. Darle una pronta solución. Es evidente, el trato directo y la resolución pronta de los conflictos entre las partes, en principio, es lo más recomendable para disminuir las controversias.

Y, si no se puede entre las partes, pues, el tercero que resuelva, y para esto, las JRD, como ya lo han explicado, son el mejor mecanismo para que puedan resolverse y definir estos conflictos en el tema de contratos de obra.

Evidentemente, como también lo han mencionado, eso debe estar acompañado con mejoras en la calidad de expedientes técnicos, con implementación de los nuevos modelos del BIM, del Reddit, de todos estos modelos que el BIM, inclusive, ya se va a implementar, ya hay todo un plan de implementación que ha sacado, el MEF. Entonces, todas estas cosas van a ayudar a prevenir y evitar y disminuir.

La norma, de por sí, cualquier norma, por más perfecta que sea, no impide, disminuye, el tema de los conflictos. Lo que sí, lo que hace es dar-

le las herramientas a los operadores para reducir esas situaciones y tomar decisiones atractivas y que sean respaldadas.

En ese sentido, siempre tenemos que apostar por obra pública que, evidentemente, el hecho de que los funcionarios estén capacitados, como lo dijo Roberto, estar capacitados y, evidentemente, estar empoderados y respaldados en la toma de decisiones en todo momento.

Bueno, con esto concluyo la primera parte.

Muchas gracias.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctora Sheryl Ramos, por sus tan importantes apreciaciones sobre la resolución de estas disputas de las obras públicas, y si es que esta solución podría ser a través de una reforma de la LCE.

Para no dilatar más el tiempo, vamos a darle paso a la pregunta que va a ser transmitida a Enrique Ames, que es ésta, justamente, ¿si el arbitraje en contratación del Estado perderá su especialidad?

Enrique Ames: Hola, qué tal. Buenas noches. Antes que nada, agradecer la invitación del CAE para participar en este congreso, que yo lo denomino «Histórico Congreso Regional de Arbitraje y Contrataciones del Estado», en una evolución, en un cambio de tocar temas distintos ya durante tres años, con profesionales de alto nivel, muy buenos y grandes amigos. Saludo por este medio a Jorge y a todas las personas que siguen al CAE, a Sheryl, a Roberto por compartir la mesa. Me da mucho gusto.

Y ante la pregunta, de manera previa, es, en realidad, desde una visión muy personal, efectivamente, cuando regulas, cuanto tú normas, tendríamos que preguntarnos ¿por qué normas?

Respeto las posiciones de todos, pero nadie hace algo por querer hacer un mal, sino, por el contrario, creo que lo que hace es, porque desde su vi-

sión, desde su experiencia, mucha o poca, considera que es lo necesario o lo adecuado para mejorar algo. Repito, esto desde una visión muy personal.

Ahora, en ese contexto, realmente, ¿el hecho de normas va a cambiar conductas? ¿Va a cambiar malas prácticas?

La Ley de Contrataciones se ha modificado muchas veces, incluso, a modo de anécdota, yendo un poco a lo coloquial, hay muchos memes donde se ve que tú terminaste tu curso de contrataciones, y al día siguiente ya se modificó otra vez la Ley de Contrataciones.

Entonces, si atacamos el tema de controversias, y ahora en este decreto, bueno, vigente todavía porque estamos hablando de un proyecto que se ha prepublicado y ha generado mucha controversia, que ahora voy a ahondar en el tema, pero que el Decreto Legislativo n.º 1444, vigente desde el 31 de enero del 2019, que modifica la Ley n.º 30225, señala dentro de unas formas de solución a las controversias, la junta de resolución de disputas, y la implementa de manera obligatoria.

Bueno, ahora ha habido una última modificación, un último decreto, que ahora es facultativo ir a una JRD de cero a veinte millones y de veinte millones a más es de manera obligatoria.

Pero, la pregunta es: ¿el normarlo es suficiente? Quien tienen la oportunidad y gracias a Dios estoy administrando algunos contratos que se están ejecutando en algunas partes, y lo primero que hice fue pedir el contrato. Y en un contrato de «x» cantidad de dinero mayor a veinte millones, pese a que la norma me obliga u obligaba a las partes a incluir la junta de resolución de disputas, pese a la buena intención de implementar un sistema, como bien ya han señalado mis colegas anteriores, entre todos los beneficios que puede tener la junta de resolución de disputas, no incluyeron una junta de resolución de disputas.

Entonces, qué está mal, el normar y seguir normando, y seguir planteando cambios desde su visión. Estoy seguro de que cada uno de mis copanelistas y los amigos que nos están escuchando desde su visión, si tu-

vieran la oportunidad de decirle: «Hermano/hermana: vas a tener la oportunidad de modificar las contrataciones del Estado».

Y, ahora, cuando hablamos de contrataciones del Estado, es muy distinto hablar de contratación pública. Son dos cosas totalmente distintas.

Entonces, hablemos de contrataciones del Estado. Cada uno, desde su experiencia, va a decir qué es lo mejor, pero eso cuando se contraste con la realidad, ¿va a tener un efecto? Sí, ¿pero voy a asegurar el éxito? En realidad, no porque es un tema de personas, es un tema de capacitación, es un tema de acceso a información, es un tema de evitar el plantillazo, el copiado y el pegado de cláusulas de solución de controversias que en contratos de ejecución grandes, deberían no solamente copiar y pegarse, sino deberían ser mejor analizadas.

Habiendo hecho esta breve introducción, en base a este proyecto, que vuelvo a repetir, no generemos zozobra, es un proyecto que se ha prepublicado. Fuera del debate, que es rico, enriquecedor, en realidad, es un proyecto que está abierto y que todos, estoy seguro, han tenido la oportunidad de revisar y, más que revisarlo y dar sus opiniones, tienen la libertad de plantear sus sugerencias o modificaciones, y en base a la visión que tenga, de las personas que tengan a cargo esta modificación de esta norma, van a decir, aceptamos o no aceptamos la percepción. Porque es eso, son percepciones.

Como abogado, los que somos abogados, siempre hago el ejemplo, ante una controversia o divergencia, nos contratan para argumentar y fundamentar si el vaso está medio lleno o medio vacío. Y ésa es la percepción que cada uno tiene, pero repito, si una percepción es distinta a la mía, no significa que los que piensan distinto a mí son malos o están equivocados o son de lo peor. No, es mi visión frente a la visión de los demás, y creo que cada visión se respeta.

Entonces, en esa línea, el implementar un sistema, un nuevo sistema, hablando o aduciendo al tema de contrataciones del Estado, desde la visión de quienes lo están haciendo bien, el debate es enriquecedor, y entre

las sugerencias y modificaciones de las percepciones que cada uno tenga, que salga la mejor, específicamente, llegando a lo que me consultas en el tema de arbitraje, y este proyecto busca o da a entender que el tema de conciliación y arbitraje pasaría al Ministerio de Justicia, con la salvedad de que, siendo técnicos o siendo específicos por un tema de técnica normativa, se menciona al Ministerio de Justicia que hoy en día, no sólo se llama Ministerio de Justicia, sino Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Si analizamos organizacional o administrativamente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, tiene a cargo una Dirección de Conciliación y Medios Alternativos de Solución de Controversias. Muy aparte del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, que hoy con la modificación, ahora ha pasado a ser la Procuraduría General del Estado.

Entonces, si hablamos que Justicia va a estar a cargo de conciliación y arbitraje, en el entendido, creo que lo idóneo sería que sea la Dirección de Conciliación y Medios Alternativos de Solución de Controversias que vea el tema de arbitraje. Pero, repito, esto es un punto de vista muy particular. El gobierno como tal, el Ministerio como tal, la visión de gobierno o de Estado pueden determinar cualquier situación, y son posiciones totalmente válidas y respetables que, seguramente, lo sustentará.

Pero, la Dirección de Conciliación y Medios Alternativos, al día de hoy tiene a cargo el tema de conciliación extrajudicial. Fuera de cómo se ha llevado el tema de conciliación extrajudicial en temas de familia y civiles, hay un grupo de centros de conciliación gratuitos a nivel nacional y Arbitra Perú.

Arbitra Perú es un centro de arbitraje popular regulado en el Decreto Legislativo n.º 1071, en el 2008, se busca promover el arbitraje popular, es decir, que el arbitraje pueda ser accesible de una manera de acceder o que los ciudadanos tengan acceso a justicia a un menor precio.

Su principal competidor, en ese momento, en el año 2008, era la Cámara de Comercio de Lima, entonces, en ese escenario de la Dirección de Conciliación, Arbitra Perú, aparece este proyecto que dice, ahora el

arbitraje que se entendía que estaba a cargo del OSCE, de la Dirección de Arbitraje del OSCE y sus distintas subdirecciones, ahora va a estar a cargo del Ministerio de Justicia. No precisa qué área, pero yo, en esta lluvia de ideas que estamos planteando ideas, suponiendo, estamos tratando de ser adivinos, sugiero que lo idóneo sería que pase a la Dirección de Conciliación y Medios Alternativos.

Vale hacer la precisión de que el Ministerio de Justicia tiene a cargo el Renace. ¿Qué es el Renace? Otro registro; un registro que tiene a cargo los árbitros a nivel nacional y centros de arbitraje.

Otra precisión es que el Decreto Legislativo n.º 1071 señalaba la obligación de que el Ministerio de Justicia tenga a cargo un registro de instituciones arbitrales del Estado.

Dicho registro no ha sido implementado. Yo he tenido la oportunidad, en su momento, de trabajar en el Ministerio de Justicia, y hasta donde tengo entendido, no fue implementado.

Este Renace se implementó, es un acto declarativo; no hay, digamos, si hacemos la comparación ante esta variable de lo que significa el día de hoy el Registro Nacional de Árbitros del OSCE, el RNA OSCE, que no es otra cosa que también viene con el Decreto Legislativo n.º 1444, que busca regular, de alguna manera, las designaciones de los árbitros designados por el Estado.

O sea, si yo voy a ser designado por el Estado en un arbitraje, tengo que formar parte del RNA OSCE. OK, ha implementado su directiva, tiene un sustento legal. En algún momento ha generado mucho debate esto, y es lo que está vigente. Y, si, eventualmente, quiero ser designado residualmente por alguna institución arbitral, tengo que ser parte del RNA OSCE.

Para esto estaba en suspenso la obligación de tener este RNA OSCE, pero se publicó el TUPA del OSCE. Hay un nuevo TUPA del OSCE desde hace unos meses, y en él se señala un procedimiento para ser parte del RNA OSCE.

Muchos amigos, colegas, que formamos parte del RNA OSCE, han tenido la oportunidad de ser evaluados a través de un examen virtual, una entrevista personal, se ha valorado su CV, y luego son parte del RNA OSCE. La pregunta es: cuando se publique este decreto, este proyecto, si es que se llega a publicar tal cual, ¿qué va a pasar con los RNA OSCE? ¿Va a seguir la obligación?

Y esto lo dejo, si alguien que está viendo el tema del proyecto, lo tenga a bien en proponer: ¿Dónde queda la obligación legal de que solamente pueden ser designados por el Estado los que formen parte del RNA OSCE? ¿Se deroga? ¿Se deja sin efecto? Yo que postulé, yo que me evalué, yo que pagué mi tasa para ser parte de un registro que ya no va a existir, es una pregunta que queda en el tintero.

Entonces, otro mal antecedente es lo que, en su momento también, este gobierno o un área del gobierno, publicó o se dio este Decreto de Urgencia n.º 020-2020, donde se implementaba el tema de las declaraciones juradas de intereses, donde también hubo otro debate.

¿Los árbitros son funcionarios, no son funcionarios? ¿Tienen la obligación de tener una declaración jurada de intereses o no?

Y, pese a la vigencia de la declaración jurada de intereses, el tema es que yo, como árbitro en los distintos procesos, tenía la obligación de, a partir de la publicación de este decreto de urgencia, de llenar mi declaración jurada de intereses.

Y muchos amigos colegas tuvieron a bien hacer la consulta a la PCM y la PCM les contestó por escrito que estaba suspendido.

Entonces, teníamos una normativa, una obligación, consecuencia de una normativa vigente frente a una realidad, y la realidad era, mira, en realidad, no he implementado el sistema para que puedas hacer tu llenado de declaración jurada de intereses.

Y ahora, teniendo la declaración jurada de intereses, el requisito es que tengas tu DNI electrónico, y el DNI electrónico en tiempos de pandemia no era tan accesible.

Entonces, yo iba a Reniec y le decía: «Reniec, quiero mi DNI electrónico. —Sí, en tres meses te damos cita para que tengas tu DNI electrónico».

Y, bueno, luego se generó, tuvieron a bien crear una aplicación, y en esa aplicación se conecta directamente con Reniec, y ahora todo es alegría y todo es felicidad.

Pero, con esto no busco crear o ser un antisistema ni generar una revolución ni decir que el Estado no es competente o que está mal o que cómo es posible.

No, simplemente, busco generar el contraste entre la realidad legal con una intención desde la visión de cada uno, será buena o mala, frente a la logística y las limitaciones que puede tener el Estado.

Y esa logística es que al día de hoy tenemos que el OSCE, con su Dirección de Arbitraje, su personal y ese personal tiene funciones delegadas para hacerse cargo de lo que se entiende como el SNA, el centro de arbitraje que todavía sobrevive, el SNA del OSCE, y las otras dos subdirecciones que ven el tema de recusaciones, que ven el tema de designaciones residuales, que ven el tema de instalaciones de arbitrajes *ad-hoc*, porque todavía hay arbitrajes *ad-hoc*.

Entonces, todo este personal, todo este organigrama, ¿qué va a pasar? ¿Van a pasar al Ministerio de Justicia? ¿El Ministerio de Justicia va a tener que contratar a un personal que cumpla estas funciones? ¿Han pensado en eso al momento de determinar y decidir que sea el Ministerio de Justicia, y hago la precisión, es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien se haga cargo de este mecanismo como el arbitraje?

En realidad, más que responder una pregunta a modo reflexivo, busco plantear esta situación que, en realidad, puedo concluir por ahora en de-

circles que espero, con un mensaje positivo e integrador, que, generalmente, en el Estado se dice: «Genérame la necesidad, y luego yo te implemento el sistema». OK, están generando la necesidad. O sea, asumo que a partir de que se genera esa necesidad, en el supuesto de que sea así, Justicia tendría que modificar su Reglamento de Organización y Funciones, que generar un espacio para estas personas. Porque la Dirección de Conciliación y Medios Alternativos, tal como está, desde el 2008, desde la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1070, que fue en 1998 o 1999, al 2008, el personal sigue siendo el mismo, y de 1998-1999 al 2008 y al día de hoy, 2020, se implementó la obligatoriedad de la conciliación a nivel nacional, que también tendrán sus críticas: lo bueno, lo malo, no me parece bien o me parece mal, pero el punto es que, si en una realidad de un universo de Lima, Trujillo y Arequipa, teníamos veinte personas que se hacían cargo de Lima, Trujillo y Arequipa. Si al día de hoy tenemos a todo el Perú, es imposible que veinte personas se sigan haciendo cargo de todo el Perú.

Y si a eso le vas a sumar, ya no sólo conciliación, sino que se hagan cargo de todo el sistema que es el sistema de arbitraje en contrataciones del Estado a todo el Perú, obviamente, es algo que se tendría que evaluar al momento de tomar una decisión.

Muchísimas gracias por su atención.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, estimado Luis Enrique, por tus interesantes apreciaciones.

Ahora, sin más, voy a pasar a pedirle a cada uno de ustedes conclusiones respecto a los puntos que han tocado.

Así que iniciaremos con las conclusiones por parte de Roberto Benavides, quien tendrá tres minutos para darnos sus conclusiones finales, respecto al tema sobre el que ha disertado.

Roberto Benavides: A ver, Nicole, muchas gracias. Hay varias cosas que han dicho y justo quiero comentar, no sólo con lo que yo he señalado, sino con lo que han dicho la doctora Ramos y el doctor Ames.

Por ejemplo, estoy totalmente de acuerdo en que deben de llegar, como dijo la doctora Ramos, un tema de coherencia con el Sistema Nacional de Control. O sea, con la Contraloría el funcionario tiene miedo, lamentablemente. Hay muchos arbitrajes innecesarios que generan un forado, llamémosle así, en la caja fiscal por el tema de que no deberían ni siquiera llegar a arbitraje, pero hay un miedo.

Y, en un segundo punto, como decía el doctor Ames, con respecto a cómo se va a llevar a cabo, y el tema era con el nuevo sistema arbitral.

La norma, lo que yo he visto en el sistema, como sistema, no como cadena, como sistema, y yo me voy a encargar de cómo es, y una palabra importantísima que deberían aprender todos los árbitros a partir de ahora, la trazabilidad, que es un tema del *supply management*, que empiezan a decir, pues, la gente docta en ese tema señala que el objetivo es llegar hasta el beneficiario final, ya sea en obra, en servicio o en bien. Cualquiera de todos: llegar al final.

La norma, no sé qué hace que voy a tener problemas. La norma dice: yo tengo que llegar a solucionarle el problema. Pero sí va a haber problemas, en este tramo va a haber problemas, y ahí estamos nosotros que entramos para ver los problemas, para desarrollarlos.

Entonces, vamos a solucionarlos. Ahí viene un tema: se creó al “guerrazo”, fueron normas muy reactivas en contrataciones, y mucha gente ha escuchado: «¿La ley de contrataciones debe regular el arbitraje?».

Claro, cuando el Estado es parte, hay temas especiales. Es correcto, pero la regulación excesiva trajo una paradoja, en la cual, y siempre se decía, y con eso no me va a dejar ahí cometer más errores, tanto la doctora Ramos como el doctor Ames, arbitraje institucional *ad-hoc*. Somos el único país con cláusula arbitral estatal con pie de página, pues, porque no sé si se acuerdan, y justo la doctora puso el ejemplo, de cinco-veinte millones. Igual, en bienes, más de cinco millones, menos de cinco millones, ¿con el monto del contrato o el monto del consentimiento del proceso de selección cambiado con el 377?

Era muy reactivo. Lamentablemente, la corrupción y la ineficiencia, que son los dos temas puntales en las contrataciones públicas, o en el abastecimiento, en realidad, son lo que debemos mitigar de manera general.

Ahora, lo que ha hecho es zapatero a tus zapatos. Yo creo que el OSCE y el SNA, que ahora va a tener que desaparecer con el nombre, porque SNA significa Sistema Nacional de Abastecimiento, con rango legal, como sistema orgánico, no es el tema de arbitraje. Hay que cambiarle el nombre al sistema de arbitraje.

Yo lo que creo y ahí cierro el tema, es que, efectivamente, va a pasar a Justicia, debe dársele un presupuesto.

Justo lo planeé en un artículo que va a salir publicado, que lo quería hacer antes de que salga esto, cuando estuve viendo el Reglamento del SNA.

El SNA no está pensado para los millonarios contratos de los que han estado conversando en el tema de obras. No me dejarán mentir.

O sea, el tema es el SNA es para arbitrajes pequeños, para que el mercado potencialmente no lo pueda ver. Y pongo y escribo que eso no debe desaparecer.

Para lo de zapatero a tus zapatos. Si quieres ver arbitraje, ándate a un centro especializado que vea temas de arbitraje, pero el Estado sí podría tener un rol subsidiario en ese tema de ver ese tipo de arbitrajes. Es más, yo planteo que, hasta las menores de ocho, podrían entrar a verse en un tema de arbitraje; es más, deberían.

Muchas veces, el Estado es el que hace el carrusel de que nunca paga estas menores de ocho UIT.

Entonces, ahí se genera todo un mercado de gente que nadie vela por sus derechos, señores.

Entonces, yo no digo que va a desaparecer, sino el arbitraje con sus normas; la junta de resolución de disputas con sus normas.

Dejen al abastecimiento que genere y que pueda producir realmente la trazabilidad para todos nosotros. Yo quiero mi pista, yo quiero mi colegio, salud, la brecha es enorme. Yo quisiera atenderme en un hospital, pero sé que no se va a poder. O yo me voy a morir o el hospital no me va a atender. Eso es lo que tenemos que empezar a ver.

Los colegios, lo ideal en naciones desarrolladas y Sheryl no me va a dejar mentir, es que la mayoría de COAS sean espectaculares y ya estén toditos. Hubiera sido lo ideal, pero, lamentablemente, el sistema con el tema de contrataciones no se generaba un enlace, presupuesto, inversión y abastecimiento. Nunca se ha dado. Se va a tratar, por eso estamos siendo futurólogos, se va a tratar, esperemos que se dé.

En el tema de arbitraje, corrupción ha habido, en *ad-hoc* e institucional. El *ad-hoc* se empezó a regular en contratación, y no me va a dejar mentir el doctor Ames, en OSCE se empezó a regular el *ad-hoc*, parecía institucional. Tienes un acta que parecía un reglamento. ¿Por qué? Por malos manejos de las personas; es verdad, pero no se creaba conciencia. No había una escuela real en la cual se desarrollara y se motivara a los nuevos valores, llamémosle así, que se empiecen a integrar al tema de arbitraje, que es lo esencial, creo yo.

Y, lamentablemente, esta norma que, esperemos, ahora que trata de alejarse del arbitraje como norma, que lo vean los centros, los especialistas que vean el arbitraje. Esa norma se va a encargar del abastecimiento. Ahora, que los árbitros tengan que saber la norma de abastecimiento, es indispensable.

Como cuando yo empecé a ver también el tema de obra, no somos ingenieros, me hablaban de medidas, me hablaban, pues, de encofrado. Al doctor Ames y a la doctora Ramos no nos han enseñado en la universidad encofrado o me equivoco, no sé.

Pero, Roberto, no te han enseñado. Si yo andaba con mi casquito como chiquito. No sé, o sea, yo no sé si habrá pasado eso, pero los abogados no estábamos viendo esos temas, pero tenemos que hablar, como dijo la doctora Ramos, un idioma colaborativo, tenemos que hablar el mismo idioma. «Claro, hablan español», me van a decir, pero claro, debemos entendernos para tratar de mitigar las controversias.

Básicamente, por ahí va el tema. Yo creo que las particularidades del tema del Estado como parte deben verse, pero no son parte, realmente, del abastecimiento en sí, pero son parte de la controversia. Son parte de la controversia y que el árbitro aprenda, debe saber la norma de abastecimiento.

Debería saber, no la norma, sino los principios y la parte de la ejecución y cómo entender el sistema. No estamos hablando, como dijo también la doctora Sheryl, que se puede aplicar un tema de civil, pero no estamos hablando del Código Civil. Hay que interpretar y se va a tener que conocer y ya supletoriamente se puede aplicar.

Por ahí creo yo que va el tema. Espero, pues, generar este pequeño debate y no sé qué opina, pues la gente que está conmigo en la mesa.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Roberto Benavides por sus palabras. Asimismo, damos el pase a Sheryl Ramos Córdor, quien también nos va a dar estas pequeñas conclusiones respecto a lo mencionado por el doctor, y también a su disertación.

Sheryl Ramos Condori: Gracias, Nicole.

Bueno, hay cosas importantes que señalar. Uno, creo que Luis lo ha dicho y también Roberto lo ha referido, es que esto solamente es un proyecto que es importante que se genere el debate como lo estamos haciendo, como lo están difundiendo, porque de todo sale algo positivo.

Sí me parece, y lo vuelvo a repetir, y como lo escucho también a Roberto, que abarca tantas cosas que quizá ahorita no se tenga claro muy bien.

Conuerdo con Luis, por ejemplo, en el hecho de qué va a pasar con tanta gente que está ahí, que ha ganado experiencia.

Hay mucha gente que ha hecho una carrera en OSCE y son gente con mucha experiencia y ahí Roberto señala exactamente que esa gente debe estar, evidentemente, bien posicionada cuando se haga este tema de, no sé, fusión, intercambio, absorción, no sé cómo lo van a llamar.

Hay un momento que cambia, pues, el organismo en el caso de que esta ley, pues, llegue a tener vigencia.

Sí, es un tema nuevo para todos los árbitros, de todas maneras, deben tener conocimiento de esto, no solamente de esta norma, como lo dijo Roberto, sino también el tema de inversión pública.

Es muy importante, pero, el tema creo que ahora, pasando a la realidad, el tema de los conflictos, pasando a lo que me ha tocado exponer, es que tiene que ser un cambio no solamente normativo, sino un cambio que tenga estructuralmente, de todos los operadores que van a intervenir en esta cadena de abastecimiento, si se quiere que funcione, como bien Luis lo ha dicho también, no solamente es ponerlo, sino también es que los operadores lo practiquen, y ésta es la tarea más difícil que creo que va a enfrentar la Dirección para poner en marcha todo este tema de la cadena de abastecimiento.

Obviamente, espero que continúe el tema de la JRD que se sigue implementando, porque es un muy buen mecanismo para el tema de las medidas de prevención de disputas y, en su momento de resolución para el tema de obra pública, y mucho mejor es el tema del sistema colaborativo que ahora se está viendo en esta incidencia. Sin embargo, como también comenté hace un momento, creo que va a pasar por un tema de cambio de cultura en todos los operadores de la cadena de abastecimiento.

Muchas gracias a todos y nos vemos en otra oportunidad.

Nicole Álvarez: Muchas gracias a usted, doctora Sheryl, por sus tan concretas apreciaciones, su disertación, por su tiempo.

Asimismo, invitamos a Luis Enrique para que nos dé sus conclusiones.

Doctor Enrique, tiene la palabra.

Luis Enrique Ames: Bueno, gracias.

En realidad, el tema es, vuelvo a repetir, no quiero generar mayor controversia, ni que se perciba como un tema de antisistema, sino busco el tema de que se prevea o de mitigar el riesgo de que el cambio normativo sea pensado con las consecuencias. Muy aparte de las personas en el OSCE que trabajan y están a cargo de este tema, y ahí es un tema de que, en realidad, sería parte de, es que se prevea esta situación que organizacionalmente amerita instituciones, áreas, subáreas, direcciones, personas (y eso es un presupuesto) que se hagan cargo de este sistema.

Y, ahora, en el tema de regulación o sobreregulación de “recontrarregulación”, al final están regulando conductas; están regulando personas. Entonces, en un breve estudio de experiencias personales, en una estadística muy personal, el sobreregular a una persona no va a cambiar su manera de pensar.

Entonces, en su momento, como lo planteaba Roberto, el salir del arbitraje *ad-hoc* frente al arbitraje institucional. ¿Cuál es mejor? El arbitraje *ad-hoc* es más bonito; el institucional es más bonito. La lucha...

Pero no era un tema de regular o sobreregular o ir en contra de uno o de otro. Era un tema de que las personas que decidían cometer actos de corrupción; aparentes actos de corrupción, lo decidieron hacer en un escenario de un arbitraje *ad-hoc*, y en un escenario de un arbitraje institucional.

Entonces, eso generó regular la conducta de los árbitros o de quienes están a cargo de resolver controversias y, como tema constitucional, tienen a cargo la jurisdicción, reconocida constitucionalmente.

Entonces, qué tanto quieres regular a un árbitro y el OSCE ha tomado una decisión institucional: RNA OSCE o PCM, declaración jurada de

intereses, y lo que se me viene a mí a la cabeza es, estando a cargo Justicia de esto, ¿qué regulación va a tomar ahora?

Nuevamente, repito, son supuestos, quedamos en la incertidumbre y esperemos de manera positiva y conocedores de que el marco legal vigente tiene que respetarse. A algunos nos cuesta, a otros no nos cuesta tanto, pero si somos parte del sistema y seguimos siendo parte del sistema, hemos tenido que evolucionar, mejorar y desarrollar destrezas que, de repente, no teníamos, y la propia necesidad nos ha obligado, como mencionaba Roberto, a convertirnos en casi ingenieros, con el ánimo de hacernos cargo de ver controversias en temas de obras. Y la necesidad nos ha obligado a entender el sistema o hacer una conversación virtual, como hacemos en este momento, y entender lo que es el Zoom, entender lo que es una cuenta, lo que es un *link*.

Entonces, evolucionar, mejorar, es parte de si tienes el rol, buscas ser árbitro. La idea es adaptarte al sistema. Muy aparte de la opinión personal que tengas, son opiniones, pero para ser parte del sistema tienes que adaptarte al sistema.

Nuevamente, gracias por la invitación al CAE y gracias a todos los que se han quedado hasta esta hora. Obviamente, siendo viernes, no hay muchos lugares a dónde ir por la pandemia, pero espero, esperamos, en realidad, que haya sido un aporte importante el quedarse hasta estas horas.

Muchas gracias.

Nicole Álvarez: ¿Sí, doctor Roberto Benavides?

Roberto Benavides: Un minuto, no más, porque una cosita que justo como la doctora Ramos le ha dado vuelta y vuelta y no lo ha querido decir, pero yo lo quiero decir. Los corruptos han estado en los dos: institucional o *ad-hoc*. Sí, ahí no hay el tema de que me gusta o no me gusta. Han estado en los dos. Ése ya es un tema de personas, y es a lo que la doctora Ramos le ha dado vuelta pero no lo ha querido decir y ese tema es importante.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Roberto por las aclaraciones.

Bien, ya hemos terminado exitosamente con esta mesa.

Agradecemos a cada uno de los expositores.

Es así que concluimos este segundo día del congreso, también invitando a nuestros seguidores a estar con nosotros el día de mañana, en el tercer día del congreso, en que contaremos con dos mesas más: la mesa n.º 7, que hablará sobre el panorama actual de la conciliación y el arbitraje en la contratación pública. Contaremos con la presencia de Carolina Cabrera, también estará con nosotros Jackson Gallardo, Marlene Sáenz, entre otros ponentes, como, por ejemplo, presentaremos también a Mario Castillo Freyre, Elvira Martínez Coso, entre otros.

Dentro de la mesa n.º 8, que tendrá como objetivo velar por el tema de los retos para el arbitraje y el control judicial sobre laudos de la nueva normalidad, tendremos como expositores a Fabiola Paulet, Javier Iscar y Daniel González, y como moderadora, a Paola Francesca.

Muchas gracias a cada uno de ustedes por quedarse hasta estas horas con nosotros, y también a los expositores del día de hoy por deleitarnos con cada una de sus intervenciones.

Muy buenas noches.

Jorge Abel Ruiz: Muy buenos días, queridos amigos. A todos los amigos que nos siguen a través de nuestra aula virtual en nuestra plataforma Zoom, a los que ya se vienen conectando el día de hoy sábado por la mañana, en nuestra transmisión en vivo, a través del Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE), muchas gracias por acompañarnos en esta tercera jornada académica del Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje, que ha abordado diferentes temas relacionados al marco normativo de la Ley n.º 30225 y su reglamento, así también hemos escuchado las novedades que nos está trayendo el proyecto de reforma de las compras públicas; nos referimos al proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

Sin duda, estas tres jornadas nos han invitado a reflexionar sobre lo que está pasando en los actos preparatorios, lo que está pasando en los procedimientos de selección, y también en la ejecución de los contratos, y los mecanismos de solución de controversias que van a ser abordados el día de hoy, como la conciliación y el arbitraje.

Bien, sin más preámbulos voy a tener el honor de presentar al séptimo panel, que abordará el tema de «Panorama actual de conciliación y arbitraje en contratación pública».

Nos acompañan el doctor Mario Castillo Freyre, la doctora Elvira Martínez Coco, la doctora Marlen Estévez, el doctor Jackson Gallardo y la doctora Carolina Cabrera.

Voy a darle el uso de la palabra a nuestra directora de eventos académicos, Nicole, bienvenida y tienes el uso de la palabra.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Ruiz.

Bien, buenos días y bienvenidos a todos los que se conectan por la plataforma del aula virtual Zoom, a los que nos vienen siguiendo también a través del *fan page* del Círculo de Arbitraje con el Estado, en esta transmisión a nivel nacional y también internacional.

El día de hoy nos convoca el tercer y el último día del Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje, el cual contará, como ya lo mencionó el doctor Ruiz, con diferentes expositores especializados en la materia.

En ese sentido, quiero dar la bienvenida a los expositores de esta séptima mesa, los cuales abordarán el tema del «Panorama actual de conciliación y arbitraje en contratación pública».

En primer lugar, quiero presentar a la doctora Cabrera. Ella es abogada egresada por la Universidad Privada Antenor Orrego, con maestría en

gestión pública por la Universidad César Vallejo, con experiencia como funcionaria en diferentes instituciones públicas y también privadas.

Es abogada experimentada en gestión pública y gerencia política, derecho registral, inmobiliario, contrataciones con el Estado, derecho corporativo empresarial, administrativo y especialista en mecanismos alternativos de resolución de conflictos, conciliación extrajudicial y arbitraje.

Asimismo, quiero dar la bienvenida a la doctora Marlen Estévez. Marlen es socia del departamento de litigación, mediación y arbitraje de Roca Junyent en la oficina de Madrid. También es *cohead* del departamento de innovación y codirectora de Latam Desk. Fuera de la firma es secretaria de la Sección de Derecho Iberoamericano de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación Española y vicepresidenta del International Legal Service.

De igual forma, le damos la bienvenida al doctor Jackson Gallardo. Él es Jefe de la Subdirección de procesos arbitrales en OSCE. Es capacitador certificado del OSCE. Tiene una maestría en derecho administrativo de la Universidad del Pacífico. Es máster en derecho de las contrataciones públicas por la Universidad Castilla La Mancha, y es abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

De igual manera, damos la bienvenida a la doctora Elvira Martínez Coco. Ella es abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con maestría en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como un doctorado en derecho civil por la Universidad San Martín de Porres.

Actualmente, ella es árbitro designada por el Estado peruano ante el Ciadi. Es árbitro en procesos arbitrales nacionales e internacionales, administrados por la Cámara de Comercio Internacional, el Centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Amcham Perú, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, OSCE, entre otros.

De igual forma, doy la bienvenida al doctor Mario Castillo Freyre. Él es abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, es magíster y doctor en derecho por la misma casa de estudios.

Ha sido catedrático del doctorado en derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como profesor honorario en diversas universidades del país y también del extranjero.

Es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho y Académico correspondiente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia y Legislación. Y es director de dos bibliotecas que ha creado su estudio de abogados para promover la difusión del derecho en el Perú y también en el extranjero.

Bien, habiendo presentado a los expositores que nos van a acompañar en esta séptima mesa, doy el pase a la doctora Carolina Cabrera para que pueda empezar con los temas abordados el día de hoy.

Tiene el uso de la palabra, doctora Carolina.

Jorge Abel Ruiz: Su audio, doctora Carolina.

**MESA N.º 7: «PANORAMA ACTUAL DE CONCILIACIÓN
Y ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA»**

Carolina Cabrera Moncada (moderadora)

Mario Castillo Freyre

Elvira Martínez Coco

Marlen Estévez Sanz

Jackson Gallardo Aguilar

Carolina Cabrera Moncada: Buenos días a todos los que nos acompañan esta mañana.

Buenos días, pues, a nuestros expositores el día de hoy. Bienvenida, doctora Elvira Martínez, bienvenido doctor Castillo, bienvenido doctor Jackson Gallardo, y tengo que excusar a la doctora Marlen Estévez, ya que no nos podrá estar acompañando esta mañana en vivo porque ha tenido un inconveniente de último momento, pero sí tenemos un video que ayer nos fue grabado, que es sobre el tema de su ponencia.

Bueno, pues, hoy nos toca también agradecer al CAE por la invitación. Muchas gracias, Jorge. Siempre haciendo estos eventos tan importantes en beneficio de toda la academia nacional, sobre todo en estos temas de contratación pública y solución de controversias que son tan importantes y están en boga. Es el día a día de nuestra realidad nacional.

Esta mesa n.º 7 está a cargo de nuestros invitados el día de hoy, y tocará la temática del panorama actual de la conciliación y el arbitraje en la contratación pública.

Vamos a tener como primer expositor al doctor Jackson Gallardo, que, justamente, abordará el tema de qué medidas se vienen aplicando en el arbitraje en contratación del Estado en la coyuntura del covid-19.

Sabemos que por la pandemia por la que seguimos atravesando, pues, se han presentado múltiples problemas, y uno de esos fue la paralización del arbitraje que hemos tenido, que ya se ha venido reactivando, pero en el camino han surgido muchos problemas que, tanto árbitros e instituciones, las partes han tenido que sortear.

Entonces, voy a dejar en uso de la palabra al doctor Jackson Gallardo, para que nos explique cuáles han sido las medidas que ha ido aplicando el Estado, para solucionar todos esos problemas suscitados por el covid-19.

Adelante, doctor Gallardo.

Jackson Gallardo Aguilar: Gracias, Carolina, por el pase. Mis primeras palabras son de agradecimiento al CAE, en la persona de Jorge Abel Ruiz, por la invitación que nos ofrece para poder compartir algunas ideas en este importante evento que ya se viene institucionalizando en nuestro país.

Contento también de compartir la mesa con destacados profesionales, con Carolina, Elvira y Mario, de hecho, los aportes que nos permitan escuchar, pues, son una voz autorizada, precisamente, para mejorar este apasionante mundo de las contrataciones del Estado y del arbitraje en contratación pública, que ya Elvira, específicamente, nos ilustrará en atención al proyecto que la Ley de la Cadena de Abastecimiento Público, nos trae, todo un revuelo que ha causado, no solamente en el ámbito académico, sino en el ámbito de los operadores de la norma.

Muy bien, como Carolina mencionaba, la pregunta que se me traslada es ¿qué medidas se vienen aplicando en el arbitraje en contrataciones del Estado, en esta coyuntura, que es bastante conocida, del covid-19.

Como bien sabemos, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de este año, tres meses, aproximadamente, un poco más, en atención al estado de

emergencia nacional, el gobierno, el Poder Ejecutivo, dictó una serie de dispositivos aplicando una medida bastante coercitiva y fuerte para evitar, precisamente, el contagio de este virus que afectó a nivel mundial.

En ese sentido, pues, dentro de este estado de emergencia, se dictaron medidas de aislamiento social obligatorio total. Después del 30 de junio, pues, este aislamiento ha sido focalizado, y, bueno, se vienen reactivando actividades económicas también, como es ya bien conocido.

El impacto en el arbitraje se sintió de manera inmediata.

Nosotros teníamos una cultura, una forma de administrar los procesos arbitrales como es bastante conocido, de manera física y de manera presencial: notificaciones físicas, atención personal a las partes, audiencias realizadas en las sedes arbitrales, sedes institucionales, o si estamos hablando de arbitrajes *ad-hoc*, pues, en los lugares que la secretaría arbitral, en coordinación con los árbitros y partes establecían, para llevar a cabo las audiencias, las reuniones, etc.

Bien, teníamos que trasladarnos físicamente, muy bien, pero esta situación cambió en un fin de semana.

El día viernes 13 de marzo trabajábamos de esta manera. El día lunes 16 de marzo, pues, la situación cambió en un abrir y cerrar de ojos.

Se suspendieron los plazos arbitrales. Primera consecuencia de esta situación que venimos describiendo. Las audiencias ya programadas tuvieron que ser cambiadas de fecha, porque, como recordaremos, el Poder Ejecutivo dictaba medidas de manera progresiva y continua; quince días, primero, de aislamiento, luego amplió y así de manera sucesiva, pues, las audiencias, el arbitraje estuvo en una situación de incertidumbre.

Sin embargo, debemos rescatar lo positivo de esta situación.

Señores, nosotros ya sabíamos de la virtualización o la gestión electrónica del arbitraje, era lo moderno, era necesario y era adecuado, precisa-

mente, para fortalecer una de las principales características que el arbitraje nos presenta y que nació con esa vocación: la celeridad.

La tramitación física presencial de los arbitrajes, pues, restaba potencialidad a esta característica, a este atributo que hemos mencionado.

Ya en el ámbito internacional, desde hace dos décadas, aproximadamente, atrás, se viene utilizando la gestión virtual de los procesos arbitrales. La pregunta era ¿en el Perú por qué no se hacía?

Sabíamos que hasta antes del 13 de marzo de 2020, diferentes instituciones arbitrales ya se encontraban habilitando los mecanismos, las herramientas, las plataformas necesarias para gestionar virtualmente el arbitraje, pero la cultura peruana, cultura local, no potenciaba o no utilizaba estas herramientas. Y, de manera bastante exigua, se utilizaba esta forma de gestión de procesos arbitrales, por ejemplo, la notificación a través de correos electrónicos, por citar un simple vértice de toda esta gestión virtual de procesos arbitrales.

Muy bien, esta pandemia lo que hizo es catalizar ante la necesidad, el uso de la tecnología en el arbitraje, cosa que debíamos hacer antes, pero ahora nos vimos en la premura, en la necesidad, como he mencionado, de utilizar estos *tips* en el arbitraje.

Muy bien, en ese sentido, qué se ha hecho en estos tres meses y se continúa haciendo, precisamente, para superar esta suspensión de procesos, y la imposibilidad de tener una interrelación física social más activa.

Muy bien, respecto a la gestión de los procesos arbitrales, hemos podido detectar que las diferentes instituciones arbitrales, en los arbitrajes *ad-hoc*, la primera acción que se ha tomado, es posibilitar la notificación electrónica a través de correos electrónicos. Esto ha traído como consecuencia un arduo trabajo, y se los digo por experiencia, con las partes y con los árbitros para lograr obtener correos electrónicos, dándole la calidad de domicilios procesales, y el trabajo se ha hecho un poco más desafiante; y, por lo tanto, más atractivo, cuando se trata de la parte Estado, dado que las

procuradurías públicas mostraban, al principio, un poco de reticencia para otorgar correos electrónicos, para los efectos de notificación de actuaciones arbitrales.

Sin embargo, la noticia que podemos dar en este momento, es que el Estado peruano, en atención, así como los contratistas, en atención a la necesaria colaboración que las partes deben exhibir en un arbitraje, debida conducta procedimental, por actuación de buena fe, han proporcionado ya correos electrónicos.

Y, por citar un ejemplo en la experiencia que vivo, del 100% de los procesos arbitrales que el OSCE tiene en curso, en el 66% de ellos, ya ambas partes han proporcionado correos electrónicos. Por lo tanto, debemos afirmar que, en más de los dos tercios de los procesos arbitrales actualmente en curso, pues, podemos gestionar electrónicamente las notificaciones de las actuaciones arbitrales.

En el 30% restante, un tercio de lo que se tiene en curso, solamente una de las partes ha proporcionado correo electrónico. Se sigue trabajando con la otra para incentivar, fomentar, y, de alguna manera, lograr que nos proporcionen estos correos electrónicos.

Y, solamente, en el 4% de los arbitrajes en curso, ninguna de las partes ha proporcionado correos electrónicos por motivos que no vamos a explicar en esta ocasión, pero advertimos que la anterior situación, que era lo común, el 100% de notificación física ha cambiado. Ahora, solamente, utilizando la experiencia que les traslado, en el 4% de los casos se utiliza la notificación física.

Bien, esta situación que acabo de mencionar, pues, también se ha hecho evidente en el resto de instituciones arbitrales y en el arbitraje *ad-hoc*.

¿Qué otra situación ha variado? Señores, se ha tenido que replantear, se ha tenido que adaptar las reglas tradicionales de gestión de procesos. ¿Para qué? Para incorporar la tecnología, para incorporar las nuevas formas electrónicas.

En esa línea, una evidencia palpable de lo que comento, es que ahora las audiencias son virtuales, utilizando plataformas como las que en este momento venimos usando: Zoom, Meet, principalmente, pues los árbitros, partes, secretaría arbitral, se han unido y han podido llevar adelante estas importantes actuaciones arbitrales, con la posibilidad de grabarlas e incorporarlas en el expediente arbitral para, precisamente, tener toda la estructura, toda la dinámica del proceso, y poder laudar de manera adecuada.

En la misma línea se han implementado protocolos de seguridad, donde ha primado la actividad o la atención virtual de procesos y la atención virtual de los usuarios del arbitraje.

También hemos podido detectar que las instituciones arbitrales han adaptado sus reglamentos arbitrales, algunos han emitido nuevos reglamentos, como el caso del OSCE, donde incorpora el uso intensivo de la tecnología; otros han emitido comunicados, formas de actuar, notas de prensa, notas de acción, vías de acción. Otras habían modificado, como había comentado, sus reglamentos arbitrales, pues, precisamente, para incorporar el uso de la tecnología y permitir la gestión virtual de los procesos arbitrales.

En esa misma línea se han también digitalizado, se han escaneado los expedientes arbitrales que antes se utilizaba el medio papel, pues, precisamente, para tener el sustento de las actuaciones arbitrales correspondientes.

En el caso del OSCE, por ejemplo, el 70% de los expedientes que están en giro, pues ahora se encuentran digitalizados; se encuentran escaneados y ordenados. Es decir, podemos hablar de una suerte, no quiero utilizar el término «expediente electrónico», pero sí, digamos, una suerte de expediente arbitral que permite, precisamente, mejorar, viabilizar la gestión electrónica de los procesos arbitrales. Experiencia que también se viene replicando, y viene siendo desarrollada en las diferentes instituciones y los árbitros en temas *ad-hoc*.

Muy bien, éstas son las principales acciones que hemos podido detectar se han llevado a cabo en el ámbito de la gestión de arbitrajes en contratación pública.

Debo destacar la labor proactiva de árbitros, la disponibilidad a reunirnos, la disponibilidad a poder conversar y encontrar nuevas formas, en base a la flexibilidad y a la autonomía de la voluntad, que son rasgos fundamentales de nuestro arbitraje y no solamente en el arbitraje en general, sino también en el arbitraje en contratación pública.

Ahora, además de estas acciones que se han llevado a cabo, que estoy seguro no van a parar y no van a culminar cuando la situación mejore en nuestro país, hablando del tema de la pandemia, sino que, al haber descubierto y ya habernos familiarizado con la tecnología, estoy seguro de que el uso de esta forma de gestionar procesos va a continuar, y es la modernidad que esperábamos en el mundo del arbitraje.

Muy bien, así como ello, para poder culminar mi participación, me gustaría poner sobre la mesa algunos temas que han fluido, que se han generado en atención, precisamente, a este estado que vivimos.

Por ejemplo, un tema de importante discusión; un tema que estimo va a ser objeto de valoración y análisis en muchos de los procesos arbitrales, es el vinculado al plazo de caducidad para iniciar arbitrajes.

Como ustedes bien saben, la Ley de Contrataciones del Estado ha establecido un plazo de caducidad específico y un plazo de caducidad genérico: treinta días hábiles o hasta que se efectúe el pago final, precisamente para iniciar un arbitraje.

La pregunta es ¿la pandemia suspendió este plazo?, ¿interrumpió este plazo de caducidad? Sabemos que por disposiciones del Código Civil, la interrupción o la suspensión del plazo de caducidad no es posible, salvo se presente la situación descrita en el inciso 8 del artículo 1994. La pregunta es ¿realmente esta pandemia podría configurar la imposibilidad de reclamar el derecho ante un tribunal peruano?

Es un punto que debe ser analizado en los arbitrajes, porque, de hecho, esta circunstancia va a ser puesta en su conocimiento.

Otro tema, ¿cuáles van a ser las nuevas materias objeto de controversias en arbitrajes? Pues, es evidente que en atención al Decreto Legislativo n.º 1486, que dispone la reactivación de obras públicas, que va de la mano con la Directiva n.º 005 del OSCE, así como en atención al Decreto Supremo n.º 168-2020, que establece reglas específicas para reactivar los contratos de bienes y servicios. Advertimos que ahí una de las novedades es la posibilidad de plantear o solicitar las famosas ampliaciones excepcionales de plazo.

Muy bien, esas circunstancias, esas controversias, esos reconocimientos de costos directos, de mayores gastos generales y costos por implementación de protocolos para mitigar y evitar la propagación del covid, pues, van a ser objeto de controversia. Ya lo están siendo, más aún, porque como ustedes recordarán, a través de la resolución n.º 102-2020, se modificó la Directiva n.º 05 sobre la reactivación de obras, donde, en principio, se dijo que este tema de la ampliación excepcional de plazo era aplicable para todo contrato, pero después, con la modificación, un mes o mes y medio posterior, se dijo que esta ampliación de plazo solamente es para aquellos contratos cuya ejecución no se encuentre vencida. Es un cambio que ha operado; la pregunta es ¿cómo esto puede impactar en aquellas ampliaciones de plazo ya aprobadas, cuyos plazos ya se encontraban vencidos, cosa que originalmente ya se había planteado.

Este tema también será controvertido. Y, finalmente, también se ha hablado de la posibilidad de utilizar mecanismos híbridos alternativos de solución de controversias, como, por ejemplo, la posibilidad de incorporar en nuestra normativa, el uso del MedArb en la mediación-arbitraje y en sus variantes.

Todo ello ha generado una polémica y un análisis sobre el particular.

Bien, son las ideas que quería compartir. Agradezco por el tiempo, y, bueno, quedo a disposición de las reglas y de la mesa.

Muchas gracias. Muchas gracias por el tiempo.

Carolina Cabrera Moncada: Muchas gracias, Jackson, pues. Interesantísima la exposición; las apreciaciones. Esos indicadores que nos has presentado, y es bueno saber, pues, que las partes ya se han adecuado a la nueva normalidad y que no hay dificultad con el arbitraje virtual, lo cual también, pues, contribuye al tema de la economía de las partes.

Y, sin duda, nos dejas nuevos temas sobre la mesa para que puedan ser objeto de otro evento. Así es que esperamos que nos acompañes nuevamente, Jackson.

Entonces, pues, sin más preámbulos voy a dejar en el uso de la palabra a la doctora Elvira Martínez Coco, quien también nos trae un tema interesantísimo: la Ley General de Abastecimiento Público.

Entonces, doctora, la pregunta para usted sería ¿qué reformas se plantean para el arbitraje en el proyecto de la Ley General de Abastecimiento Público?

Doctora, la dejamos en el uso de la palabra.

Elvira Martínez Coco: Muchas gracias. Muchas gracias, Carolina. Muchísimas gracias, en primer lugar, al CAE por esta invitación, y, en especial, a Jorge Abel Ruiz, que viene dedicando, desde hace algún tiempo, buena parte de su vida a este trabajo con extraordinarios resultados, además.

Sin duda, pues, agradecerle a la vida la posibilidad de estar con Mario Castillo Freyre, por quien tengo un profundo respeto y admiración dilecta, por ti, Carolina, que, sin duda, pues, eres una mujer pujante en el arbitraje nacional.

Ha sido un placer escucharlo a Jackson. Me ha dejado con tantas dudas después de su intervención, pero también con algunos indicadores muy interesantes que, obviamente, van a merecer comentarios de todos nosotros.

Voy a compartir con ustedes un Power que he preparado para responder esta pregunta que se me hizo con antelación, con los organizadores, para que hablara sobre las reformas que se plantean para el arbitraje en el proyecto de la Ley de Abastecimiento Público (LAP).

Lo primero que me pregunté después de revisar la ley, es un poco de qué vamos a hablar, porque la Ley General de Abastecimiento Público propone la regulación y la articulación de todos los procesos de la cadena de abastecimiento de bienes, servicios y obras, partiendo desde la programación multianual, atravesando por el aprovisionamiento de los bienes y de los servicios y obras, hasta completar, incluso, la administración de éstos.

Estamos hablando de todo el *iter* del abastecimiento público, sin ninguna duda, y tiene como objetivo, obviamente, la unificación de los regímenes. Pero, es una unificación a medias, no es una unificación total, porque si nosotros vamos a la primera disposición complementaria final, vamos a encontrar que se derogan todos los regímenes especiales, con excepción de los que se aplican a determinadas contrataciones, en las que también el arbitraje se mueve con particularidades.

Entonces, hay que tener presente que hay una unificación parcial que no incluye aquellas contrataciones que tienen que ver con el financiamiento y la ejecución de proyectos mediante obras por impuestos que no incluyen a las contrataciones destinadas a la promoción de la inversión privada, mediante asociaciones público-privadas y proyectos de activos. Tampoco aquéllas que se realizan por agencias de compras, las fuerzas armadas en el mercado extranjero, tampoco las contrataciones que tienen que ver con el servicio de conectividad de Banda Ancha y los servicios de telecomunicaciones complementarios, reguladas por la Ley n.º 29904 y tampoco las contrataciones reguladas por la Ley n.º 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Es decir, las grandes cosas, los grandes temas, las cuestiones, probablemente, de envergadura patrimonial más importantes, no están, señores, comprendidas en esta unificación de regímenes.

Dentro de lo que se está pretendiendo unificar, ¿qué contratos quedan?, los acuerdos suscritos entre cualquier entidad contratante y un proveedor del Estado con el fin de asumir obligaciones recíprocas. Nos dice el artículo 54: «para abastecer al Estado de bienes, servicios y obras, y en los que el proveedor persigue fines de lucro».

Por lo tanto, todos aquellos en los que existe de por medio una liberalidad, también están descartados de la LAP.

Una cuestión interesante en esta LAP es el tema de la responsabilidad común que ya existe, pero que se aclara más entre la entidad contratante como proveedor del Estado junto con el Estado.

Esta responsabilidad común de ejecutar correcta y oportunamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato, espero que esta vez, pues, no sea un saludo a la bandera, porque es una declaración que la hemos visto normalmente siempre, pero en muchas y variadas circunstancias también hemos apreciado un abuso de una situación de poder en la que se encuentra muchas veces la entidad pública, en el momento de la ejecución del contrato. Y, si se diera alguna vez, de repente, en el mágico mundo de Disney pasa, y ojalá que el Perú se transformara en eso, y que, realmente, se diera una responsabilidad común efectiva.

Un tema que a mí me interesa mucho, es el tema de las modificaciones contractuales, previsto en el proyecto, en el artículo 57: «Los contratos pueden modificarse por los supuestos contemplados en la ley, y en el reglamento —dice— por orden de la entidad o a solicitud del contratista».

En ese último caso, la modificación debe ser siempre aceptada por la entidad. Estas modificaciones deben respetar el principio de equidad y de colaboración, que es definido en la ley como el principio que cuida el equilibrio, la equivalencia y la proporcionalidad de derechos y obligaciones que asumen ambas partes contratantes. Entonces, pueden modificarse los contratos. Nos dice el proyecto que para acordar la incorporación de nuevas obligaciones —leamos nosotros en nuestro lenguaje— adicionales; nos dice: para retirar obligaciones, digamos, deductivos; nos dice: para

modificar el plazo de ejecución contractual, y es lo que conocemos siempre como «ampliaciones de plazo».

Todo es posible siempre que, con la modificación se logre alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y no se desnaturalice el objeto contractual y la finalidad que se persigue.

Ahora bien, si nosotros leemos en su integridad todo el proyecto de la LAP, nosotros vamos a sentir, creo que ésa es la palabra, vamos a sentir que hay una tendencia a una liberalización mayor toda la contratación pública. Pareciera que se le quiere desprender de la cantidad de formalidades que ha tenido antes, para pasar a una concepción distinta que nunca hemos visto en materia de contratación pública.

Yo me pregunto si esta sensación será real o no, porque, finalmente, se ha dejado tanto, se deja tanto en el proyecto de ley, y ligado a lo que se diga después en el reglamento, que no podría en este momento confirmar si esa sensación es real o es imaginaria, porque, por ejemplo, para cada modificación debe realizarse un análisis costo-beneficio; debe ser sustentada porque en la prueba, si el precio se incrementa, debe, simplemente, aprobarla la autoridad máxima de la entidad.

¿Cuántas autoridades máximas estarán dispuestas a asumir este riesgo porque después siempre viene el tema del control? No lo sabemos, pero pareciera que la intención es que los problemas se solucionen en la mesa. Ojalá sea así ahora.

Se habla de la distinción entre la cesión de derechos y de posición contractual, y esto ha sido manejado bien en el proyecto. Se otorga la posibilidad de ceder los derechos en que la regla es que el contratista pueda ceder su derecho solamente al pago a favor de terceros.

Y esto, pues, es natural que esto pueda ser así porque, si realmente está cediendo solamente algo que lo beneficia a él, en lo cual no es necesario pedir el consentimiento de la otra parte, no se está cediendo obligaciones, se está cediendo solamente derechos, si se sigue la lógica del Código Civil

en este sentido. Y la excepción va a ser cuando exista alguna disposición legal o reglamentaria que lo prohíba.

Y también se regula la cesión de posición contractual, pero con mayor amplitud la que estaba regulada, la que se encuentra regulada ahora. Y en la cesión de posición contractual pueden ceder, tanto las entidades como los contratistas, pero se requiere, en este caso, la previa autorización de la otra parte.

Bueno, es lógico que así sea, en cualquier cesión de posición contractual también a la luz del Código Civil, que la cesión de posición contractual es tripartita y requiere del consentimiento tanto del cedente como del cedido y del cesionario. ¿Y esto por qué? Porque al cederse derechos y obligaciones, obviamente, se le puede causar un perjuicio a la otra parte, porque una cosa era la confianza que me suscitaba el patrimonio del que se va y otra cosa es la confianza que me puede suscitar el patrimonio del que viene; y, por lo tanto, tengo que analizarlo.

Pero, cuando se trata de contratación con el Estado, pues el Estado debe de verificar que quien asume su posición contractual ahora, por el que se va, por el proveedor que se va, sea un proveedor con iguales o mayores características que él, y que no se encuentre impedido de contratar con el Estado, y esto es totalmente lógico, y totalmente razonable.

Pero, finalmente, para aterrizar en el tema, porque les he hablado de algunas cosas que me gustan, y ahora vamos, para aterrizar en el tema que nos trae, cómo se regula el arbitraje. Y el arbitraje se regula, simplemente, en un artículo; en un solo artículo.

Hay dos artículos que nos hablan de la solución de controversias. Un primer artículo que nos habla de la solución de controversias es el artículo 53. El artículo 53 mantiene la competencia del OSCE, al nivel del Tribunal de Contrataciones del Estado para las controversias relacionadas con la selección de los proveedores que abastecen al Estado o el procedimiento de formalización del contrato. Éstas son resueltas por la entidad o por el Tribunal de Contrataciones con el Estado, y está clarísima la competencia. La

competencia antes de la celebración del contrato tiene nombre y apellido, es el Tribunal de Contrataciones del OSCE.

Vayamos al artículo 62: solución de controversias. Y nos dice: «Las controversias surgidas durante la ejecución contractual —y eso es lo que tiene que ver con nuestro tema— se resuelven por conciliación y/o arbitraje, de acuerdo con lo regulado en las leyes de LAP.

Si nosotros leíamos hasta ahí, entonces, diríamos, ¿para qué me hicieron la pregunta? ¿De qué tengo que hablar? O sea, todo sigue siendo igual; nada ha cambiado. Pero, si nosotros vamos al último párrafo del artículo 62, vamos a encontrarnos que se nos dice: «Ah, por si acaso, para los contratos de obra, para los contratos de obra se mantiene el tema que viene funcionando bien: la junta de resolución de disputas.

Pero, vayamos al cuarto párrafo. Aquí viene la Caja de Pandora. Dice: «La conciliación y el arbitraje se desarrollan de acuerdo con las normas de la materia, cuya competencia (subrayo), cuya competencia corresponde al Ministerio de Justicia».

¿Es o no es la partida de defunción del OSCE en temas arbitrales? Pareciera que sí, ¿verdad? Más aún, cuando el proyecto de ley dice: «Todo después va vía reglamento».

Todos sabemos que un reglamento no puede desnaturalizar la ley, pero sí se pueden dar facultades reglamentarias vía ley; cuidado.

Y este proyecto de ley da infinidad de facultades reglamentarias para todo. Los invito a que lo lean: para todo. Entonces, la Caja de Pandora se va a abrir realmente, cuando después de aprobada la ley, nos llegue el reglamento. Porque este reglamento pretende, finalmente, trasladar esa posibilidad legislativa a la entidad que va a estar encargada de reglamentar el tema.

A mí me parece que la intención es desaparecer la competencia del OSCE en materia de solución de controversias.

¿Ha ido tan mal el OSCE, que merece eso? A ver, yo me quiero preguntar con franqueza: ¿ha ido tan mal? Yo creo que no ha ido tan mal. ¿Ha habido cosas que se han podido mejorar? Sí. Ha habido cosas que se han ido mejorando con recursos escasos; con escasos recursos. Yo soy testigo de los problemas por los que han pasado, porque he conversado con más de una de las personas que han dirigido el centro de arbitraje mendigando, con la mano extendida, presupuestos para poder implementar cámaras, para poder implementar impresoras que permitan que las cosas se hagan en el momento; y tras traspies, tras traspies han ido mejorando. Han ido mejorando tratando de acercarse a lo que es el arbitraje privado.

Ha habido buenas intenciones por muchos de los que lo han dirigido. Yo soy testigo de ello. El problema son las normas que se han ido dando; el problema son una serie de normas que se han ido dando, que han ocasionado un gran disgusto en todo el mercado arbitral, y el problema es que el OSCE no ha ayudado mucho, en esos casos, a solucionar las dudas. Cuando se exige un examen para que se ingrese, ¿es malo el examen? Casi todo el mundo te va a decir que no. Lo que es malo es que no exista un balotario y que todo el mundo se deje llevar por los rumores.

Están preguntando esto, están preguntando lo otro. Nadie sabe muy bien en qué prepararse. Están preguntando cosas que no tienen que ver con lo que vas a ver en el arbitraje.

Entonces, estas cosas generan una sensación mala. Entonces, hay cosas buenas, ha habido cosas malas que no se han corregido a tiempo. Y yo tengo la sensación de que siempre decíamos: no se puede ser el dueño del partido y también de la pelota, y absolutamente de todo. Y decíamos, si el arbitraje en manos del Estado no debería ser manejado por el OSCE, que es una entidad estatal. Si ahora el Minjus va a dirigir absolutamente todo, absolutamente todo, hasta la Procuraduría que maneja todos los casos del Estado, que depende del Minjus.

Y, si antes decíamos que si era el dueño de la pelota y también el dueño del partido, ahora absolutamente sería el dueño de *tutto*.

Eso sí es preocupante en relación a los sentidos que deben de tener los laudos. Todo laudo debe ser el resultado de una solución justa para quien se acerca a laudar, y donde ambas partes tengan las mismas oportunidades, y ambas partes tengan el derecho de tener árbitros totalmente imparciales. Que no se sientan presionados ni objetiva ni subjetivamente por el dueño de la pelota.

A mí me conmovieron profundamente hace algunos años, una charla que tuve la oportunidad de escucharle al doctor Mario Castillo Freyre, cuando les pidió a árbitros que tenían miedo de laudar por las circunstancias, que dejaran de laudar.

Y éstos son los resultados a los que se llega cuando se produce la concentración del poder. Puede ser para bien, puede ser para mal.

He conversado con algunos amigos antes que me decían que lo más probable, porque así lo viene escribiendo la historia, es que esto sea para mal.

A pesar de mis años, sigo creyendo y sigo esperando, sigo deseando que pueda ser para bien.

Y, si esta red me permite hacer una invocación a quienes tienen en estos momentos el manejo del proyecto de ley, que no hagan un ejercicio abusivo del Minjus y que coloquen a ambas partes en una situación de igualdad para solucionar sus controversias; y que le den la posibilidad de que existan árbitros justos no dominados por el miedo.

Si eso pasa, podremos estar orgullosos de una justicia que mostrar al mundo, si no, será mejor que nos enterremos junto con el arbitraje de contrataciones con el Estado.

Gracias, Jorge.

Carolina Cabrera Moncada: Muchas gracias, doctora Elvira, por su excelente exposición. Usted siempre nos deleita con temas de coyuntura, y

no nos toca, pues, esperar más que el reglamento, y esperar que este nuevo proyecto sea para bien, como usted dice, que necesitamos un arbitraje más transparente, un arbitraje más limpio, con árbitros, sobre todo calificados. Hay un tema de conocimiento, y también, pues, el tema ético.

Muchas gracias, doctora, otra vez.

Continuando con el programa, voy a darle el uso de la palabra al doctor Mario Castillo Freyre, quien nos va a explicar cuál es el análisis que él ha podido hacer durante estos últimos veinte años, sobre el arbitraje de contratación pública. ¿Cuáles han sido las mejoras? De repente, en qué podemos seguir. Cambiando las cosas, de qué manera debemos abordar, por ejemplo, estos nuevos proyectos de modificaciones.

Doctor Castillo, lo dejo en el uso de la palabra.

Mario Castillo Freyre: Muy bien, muchas gracias, Carolina. Un placer compartir este panel con colegas tan apreciados como la doctora Martínez, como la doctora Cabrera, el doctor Jackson Gallardo, Abel, que nos ha convocado para esta conferencia.

Sí, miren, yo, en realidad, no tengo una visión, digamos, muy optimista del tema. Y no la tengo porque, en general, hace tiempo he venido sosteniendo, primero en privado y luego en público, que hay algunas consideraciones que, en general, en el Estado no se tienen claras con respecto al arbitraje.

Mi punto de vista es que, en realidad, al Estado, como a cualquier litigante, ojo, como a cualquier litigante, no le gusta perder; a los particulares tampoco les gusta perder, cuando uno defiende una causa, tampoco le gusta que su cliente pierda; a nadie. Pero, hay una diferencia muy importante, y es que cuando un particular pierde, no tiene la capacidad para modificar la normativa y decir: «Bueno, en el futuro, cuando yo litigue voy a tratar de corregir algunas situaciones que, de repente, me preocupan y hacen que pierda». El Estado sí la tiene.

Y hablo del Estado en general. El Estado tiene muchos órganos; el Estado es una definición jurídica, pero que actúa a través de muchos órganos y a través de personas.

Yo creo que uno de los principales activos que tuvo el Perú hace algunos años, y que, sin duda, lo ha perdido, es, en términos generales, la predictibilidad como país, ¿Y por qué hablo del país? Porque yo no puedo sustraer el arbitraje de los problemas generales del país. O sea, cuando el país tenía una estabilidad política; una estabilidad general, todos hablábamos y recuerdo ya hace algunos años: «Qué bueno que las inversiones vengan al Perú, qué bueno el desarrollo, qué bueno todo. Sí, claro».

El arbitraje fue de la mano con esto. El arbitraje no empezó, precisamente, con el principio de la apertura económica del Perú; empezó ocho años después el arbitraje en contratación pública, pero el arbitraje contribuyó de una manera muy grande y era un enorme aliado en esta política de estabilidad que existía en el Perú.

Con esto no quiero decir que las normas no hayan cambiado en estos veintidós años o casi veintidós años de arbitraje en contratación pública; más de veintidós años.

Lo que estoy diciendo es que, en general, estos nubarrones empiezan a apreciarse desde el gobierno de Humala, por ejemplo.

Yo recuerdo como si fuera ayer, una conferencia que tuvo lugar en el Congreso de Arbitraje de la Universidad Católica, por quien, entonces, era la jefa del OSCE, y antes de la conferencia de la jefa del OSCE, el panorama dentro del auditorio era tal que sólo faltaba repartir cafecito y galletas, porque todo el mundo pensaba que se iban a volar el arbitraje en la contratación pública; ésa era la idea. Allí estaba yo, no me lo han contado. Yo escuchaba lo que decía la gente, no es que lo escuché; me lo dijeron. Todo el mundo decía: «Este discurso va a decir: se acabó la historia porque el Estado no confía en el arbitraje». Estoy hablando ya de hace varios años.

O sea, desde allí, y uno diría y por qué ocurre esto. Yo diría que es una perversa mezcla de muchos factores.

Un factor es que las estadísticas hacen que en el Perú se creen fantasmas. Cuando el Estado, digamos, hace, a través de la Contraloría este estudio, en el cual señala que en el 80% de casos pierde o en el 80% de pretensiones pierde, etc., más allá del estudio paralelo de la Católica, que decía que en el 51% ganaba el Estado y en el 49% perdía, pero el estudio de la Contraloría te dice: «Ah, si yo pierdo bastante, eso significa que me están haciendo trampa».

La lógica nunca es «si pierdo bastante, es que tengo que corregir otras cosas para no perderlas en arbitraje». La lógica es «si pierdo, me han hecho trampa». La lógica desde allí, que es la primera ocasión en donde tenemos un elemento objetivo desde el cual el Estado, digamos, empieza a tener una preocupación a partir de estas cifras, es decir, «esto no es bueno para mí o no funciona bien para mí porque aquí hay gato encerrado».

Bueno, entonces, si vemos las cosas desde esta perspectiva, entonces, en el Perú, después de veintitantos años, lo que debe decirse es que no hay cultura arbitral, porque cuando el particular pierde, piensa que le han hecho trampa; pero cuando el Estado pierde, también piensa que le han hecho trampa.

Y eso se manifiesta en algunas expresiones, digamos, de algunos procuradores, de algunos representantes, más allá de algunas situaciones que yo no dudo de que, habiéndose presentado supuestos de corrupción, el Estado los ha generalizado como elementos para ir contra el arbitraje. No tengo ninguna duda. O sea, eso es perita en dulce, ¿no es cierto? Perita en dulce para agarrar el medio arbitral desarmado y decirles: «Si pasan estas cosas, yo tengo que meter mano para que la cosa funcione bien».

Elvira, decía, hablaba del mundo de Disney. Me causó impresión lo que dijo, pero Disneylandia; ojalá el Perú fuera como Disneylandia, porque Disneylandia o Disney World o el parque que sea, funciona excelente, funciona muy bien. Es un reloj suizo. El Perú ojalá fuera como Disneylan-

dia porque estamos acá; tenemos un montón de payasos, un montón de Mickey Mouse, de Tribilín, de Pato Donald y todo, pero no funcionan bien. Allá funcionan muy bien; es más, son queridos por todos. Por los grandes, por los chicos; además, pagas; sales contento.

Acá pagas un montón de cosas, pagas impuestos; pero no terminas contento. Terminas triste, terminas preocupado. Entonces, ya quisiera yo que fuéramos como el mundo de Disney. Me encantó la frase: «que fuéramos como el mundo de Disney».

En el Perú antes la preocupación era: «Uy, va a entrar un nuevo gobierno, va a cambiar la normativa».

Hoy día ya no sólo es la preocupación de que va a entrar un nuevo gobierno y va a cambiar la normativa. La preocupación es: «Este gobierno cuántas veces me cambiará la normativa». Y ésa es una preocupación que va de la mano con el tema de la predictibilidad. O sea, un país serio, un país que desarrolla, un país que prospera; es un país que tiene leyes estables, en donde los agentes económicos tienen la posibilidad de prever lo que pasará este año, el próximo, de acá a cinco, más allá de la pandemia. Ésta es una situación coyuntural de la cual no se pueden agarrar ni gobernantes, ni gobernados. Es un tema aparte; es un pie de página, felizmente. Que pasará, sí, pero eso no explica todos los problemas que están pasando.

Ahora, si la pregunta, en general, en materia de predictibilidad, es esa, la respuesta es una incertidumbre muy grande, si yo hago la pregunta, ¿y dónde va el arbitraje en contratación pública?, ¿qué me pueden contestar, queridos amigos, que están escuchando, amablemente, un sábado en la mañana? ¿Qué me pueden decir? La respuesta es «no sabemos». Salvo que se esté en alguna posibilidad de conocerlo por una cuestión coyuntural, la respuesta es «no tengo la menor idea», y cuando en un país, la respuesta en materia a un tema legal es «no tengo la menor idea de lo que va a pasar», la cosa no está bien o ¿sí está bien? No está bien, está muy mal. Está muy mal.

Elvira también hablaba de la concentración de poder y se hacía una pregunta muy diplomática, en relación a si la concentración de poder pue-

de ser buena o puede ser mala. Ella la dejó en la duda, no ha querido contestar; ella sabe, al igual que yo, que la concentración de poder es mala, muy mala.

En un sistema democrático, los contrapesos de poderes no sólo funcionan con el Ejecutivo, con el Legislativo, sino, además, se respetan las competencias de los diversos órganos del propio Estado. Es decir, si el OSCE funciona, y ha funcionado bien en materia de la regulación de toda la normativa que le ha facultado, con todas las dificultades que tiene la administración pública peruana, yo no entiendo por qué esto pasaría al Ministerio de Justicia. Tengo el mayor respeto por el Ministerio de Justicia, además, es el propio Estado. Entonces, yo digo, si ya lo regulo con el OSCE, ¿para qué lo paso al Ministerio de Justicia?

Y el gran problema es, como decía Elvira, que el Ministerio de Justicia dirige las procuradurías, es la cabeza de las procuradurías. Entonces, voy a tener al mismo órgano decidiendo sobre la normativa, al mismo órgano que dirige las procuradurías, que, obviamente, es parte litigante en todo proceso y quiere ganar en ellos.

Entonces, la pregunta es ¿no va a terminar siendo el Estado más favorecido en materia de normativa, a través de una concentración de poder en un mismo órgano?

Yo pienso que esto es preocupante, y nos debe preocupar a los pocos que nos interesa, digamos el Estado de derecho en el Perú. La gente no entiende muy bien estas cosas, o sí las entiende, eso es lo peor. Sí las entiende, pero no se preocupa de los problemas porque piensa que no le va a tocar.

Yo decía, cuando en el arbitraje, la gran ventaja del arbitraje era que los árbitros resolvían sin la presión de nadie, ésa era la gran ventaja. Ni de la prensa, ni de los medios, ni del Estado, y le daban la razón a quien la tenía, pero, por ejemplo, yo les decía en la parte preliminar de esta conferencia, antes de salir al aire, yo he visto, cuando llegaba la fecha límite para presentar la declaración jurada de intereses, realmente he visto preocupación enorme en muchos árbitros. «Uy, no sé, este dato no lo consigo, lo voy a

conseguir, falta. No sé, ya mañana, más tarde vengo. Si no sé cómo poner esto, se declara o no se declara, no sé si la ley lo dice».

Ya, esas preocupaciones implican que ya se está afectando el nivel emocional de los árbitros. Cuando el árbitro en una controversia, y yo he escuchado a unos colegas, y dicen: «Bueno, pero es que, si aquí no le doy la razón al Estado, de repente se puede crear un problema posterior, se podría llegar a anular el laudo. Sí, claro. Le tengo que dar la razón; se podría llegar a anular el laudo».

Cuando yo empecé en el arbitraje el año 2001, me acuerdo perfectamente porque había un folleto informativo; era mi primer arbitraje como árbitro, como abogado tuve otros antes. El 2001, decía un folleto de la Cámara de Comercio de Lima, que el 1% de arbitrajes se anulaban. El 2001. Me acuerdo la cifra, el 1%. El 1% no es nada. Sí, pues. Hace dos años, el 2017 la cifra ascendió —todos los años ha ascendido— a 18%, y el año pasado ascendió a 21%. Es decir, ya pasamos la cifra de uno de cada cinco laudos anulados. ¿Y eso qué significa? Que el medio arbitral está tan mal o que los tribunales del Poder Judicial están viendo con otros ojos el tema de las anulaciones.

Yo siempre repito que he escuchado por voceros oficiales del Poder Judicial esta tesis de que cuando los arbitrajes son entre particulares, no importa mucho quiénes están litigando porque es plata ajena, no es plata del Estado, y que hagan con su dinero lo que quieran. Que cuando una parte es el Estado, ya hay que poner más atención a los criterios de rigor de la anulación de los laudos, porque es dinero público.

¿Saben qué cosa es eso? Yo lo he dicho, lo he dicho en el auditorio de la Corte Suprema: eso es que la justicia se levante la venda y diga así: «Ay, ahí está, ¿no?». O sea, ya, si te levantas la venda, ya nos fregamos.

Y el tercer criterio clasificatorio de rigor es, si alguna de las empresas tiene algún cuestionamiento público, entonces, el tema del rigor en la calificación de los recursos de anulación tiene que ser mucho mayor. Me quité

la venda, me la quité todita. No sólo la justicia se quitó la venda, se quitó la túnica, ¿correcto? O sea, se acabó todo, se acabó todo.

Entonces, la pregunta es ¿eso está bien en una sociedad democrática? ¿Eso está bien o los criterios de rigor convengamos en que deben ser los mismos para todos porque la justicia —eso me han enseñado en la universidad— la justicia debe ser igual para todos, independientemente de quién es el litigante, o es que la cancha no debe estar pareja, sino la cancha debe estar inclinada.

Yo me pregunto y me sigo preguntando si todas estas medidas no son, en realidad, para inclinar la cancha. Y eso es lo que más me preocupa porque estamos hablando de una alternativa en la administración de justicia que, hace veinte años se veía como algo promisorio, y hoy estamos hablando de cómo salvamos esto que tiene tantos, tantos peros por parte del Estado.

Entonces, yo no sé, por ejemplo, temas que se han introducido, como el tema del abandono, por ejemplo. Bueno, generalmente, el demandando es el Estado. No siempre, pero, generalmente, lo es. Estadísticamente, ¿a quién conviene el abandono?, ¿El abandono conviene al que demanda o al demandado?, ¿A quién conviene el haber subrayado algo que siempre se pudo hacer? Tiene el tema de la recusación de los árbitros que siempre se pudo hacer; tiene el tema de la recusación de los árbitros, luego de que se hubiera anulado el laudo arbitral. ¿A quién conviene? Yo solamente formulo la pregunta. ¿A quién conviene poner nerviosos a los árbitros?, y además decir que esto no es todo porque hay más cosas que vas a tener que declarar.

Con el tema de la declaración jurada de intereses: Hoy he tenido que declarar, a mi viejo lo he tenido que llamar. Mi viejo tiene noventa y tres años; es abogado jubilado. Fue juez durante muchos años en su juventud. «Oye, ¿cuál es tu DNI, papá? ¿Para qué lo quieres? —primero, ¿no?— Bueno, es que tengo que hacer una declaración. ¿Declaración de qué? No, tengo que decir, pues, que quién es mi viejo y tú estás vivo, entonces, tengo que poner qué haces, además».

O sea, una persona totalmente independiente, maneja su carro, todo, tiene noventa y tres años. Pero, digamos, no voy a decir la palabra, pero le fastidió que le preguntara esos datos, ¿ya? Estamos sábado en la mañana, no puedo decir la palabra. Le fastidió que le preguntara esos datos, a un hombre de noventa y tres años, «mi hijo, qué miércoles me tiene que pedir mi DNI para declarar una cosa ante el Estado». Igual tuve que hacerlo con mi hermana, tuve que hacerlo con mi esposa, preguntarles a mis suegros, ¿cuál es su DNI? O sea, «¿qué te importa cuál es mi DNI?». O sea, yo tengo que revelar información ajena, tengo que revelar actividades de otros que no tienen nada que ver con lo que yo hago. Ya, no, digo, pregunto, ¿no?, una pregunta suelta ¿no se requeriría del asentimiento formal de esas otras personas para declarar información particular relativa a esas otras personas, o es que yo soy correo sin estampilla, y yo puedo revelar lo de todo el mundo? Sí, ¿Tengo derecho a revelar todo eso? Bueno, les pedí permiso, pero es un permiso informal. Sé que a todo el mundo le fregó eso. Ya, y decir que tengo un hijo chico, sí, que me vino a saludar hace un ratito, bueno, sí, pues, hay que declararlo.

Y, ahora, yo no sé, pues, esto que viene, este proyecto también, pues, fomenta la inseguridad, la inquietud.

Bueno, yo no sé, pues, a dónde vaya, ni tampoco tengo ningún margen de acción para que vaya para algún lado. Lo que sí puedo decir, y con esto acabo, lo que sí puedo decir es que nada de esto hace bien; todo esto desnivela la cancha, y si lo que se quiere es la justicia, tengan la seguridad de que éste es el peor mecanismo para conseguirla, si lo que se quiere es desnivelar la cancha y ganar, ah, por supuesto que es la mejor medida, porque no sólo es una medida, es un conjunto de medidas; es una cadena de medidas que no tienen otra cosa, si uno las analiza una por una, que dar lugar a una respuesta, y eso que no me he metido a hablar de otras cosas que no considero propio hablar aquí, pero que hacen que la cadena no tenga, pues, veinte eslabones, sino tenga cien eslabones.

Entonces, nada, es mi opinión, simplemente, y me permito transmitirla ante tan selecto panel, y, sin duda, a los amigos que están escuchán-

donos este sábado en la mañana. Es casi un acto de heroísmo, escuchar un sábado en la mañana un panel sobre estos temas de arbitraje.

Muy bien, muchísimas gracias, queridos amigos.

Carolina Cabrera Moncada: Muchas gracias, doctor Castillo. Muy, muy amena su ponencia, como siempre, doctor. Y, sobre todo resaltando un tema creo que es vital, el tema de la seguridad jurídica que se ve vulnerada con tanta modificatoria y todo ello peor, sin rumbo, que no sabemos a dónde va. Y también los excesos que comete, pues, el Estado, por ejemplo, en los temas de divulgación de información personal, lo cual, pues, también a los árbitros nos deja expuestos. Todo el mundo sabe cuántos hijos tenemos, todo el mundo sabe quiénes son los familiares, dónde están, y todo ello. Parece que el Estado no ha previsto estas dificultades o estos riesgos.

Bueno, doctores, muchas gracias.

Pasamos ahora a las preguntas para el doctor Jackson Gallardo. Nos dice el público: ¿Qué técnicas se pueden emplear dentro de una audiencia virtual en el arbitraje? ¿Se vulnera el principio de inmediatez de las partes de alguna forma? ¿Qué considera usted?

Jackson Gallardo Aguilar: Bien interesante la pregunta que nos formulan.

Efectivamente, el hecho de poder hoy participar en audiencias virtuales, pues, trae la necesidad de hacer algunos ajustes, como, por ejemplo, el uso de las cámaras. Y no solamente la cámara, como, por ejemplo, en este momento estamos utilizando, sino también quizá el uso de cámaras adicionales para, precisamente, permitir que el tribunal arbitral sepa o tenga la mediana o más alta seguridad de que, efectivamente, por ejemplo, el testigo o el perito está manifestando necesariamente lo que de *motu proprio* desea manifestar, y no esté siguiendo quizá un guion predeterminado detrás de la primera cámara o de la PC que está utilizando.

Algunas técnicas son utilizar cámaras en la parte posterior para verificar quién se encuentra detrás, por citar un tema. Hay protocolos también internacionales que son implementados, no de manera directa, pero al ser un *soft law*, puede ser traído a través de las reglas que el tribunal arbitral implemente, precisamente, para llevar a cabo estas audiencias de manera virtual.

Hemos visto ya por experiencia que se necesita realizar coordinaciones previas con las partes y con los árbitros, enviándoles el *link* de acceso a la audiencia, efectuando pruebas antes de que se realice en sí la audiencia, teniendo medios de contingencia, otros correos, apoyo técnico para también poder viabilizar estas audiencias virtuales.

Ahora, no considero que se vulnere el principio de inmediatez porque, si bien físicamente no estamos presentes, sí puede haber una interacción con las partes, con los árbitros, y de esa manera, pues, tomar conocimiento, formular las preguntas pertinentes, realizar los *crossed examinations*, si fuera el caso, que también es otra práctica que se desarrolla a nivel internacional y a nivel local; y, bueno, simplemente, hemos cambiado el medio, ya no estamos físicamente presentes, sino virtualmente interactuando, y es posible salvaguardar todas las garantías del debido proceso, utilizando estos mecanismos con estas técnicas y algunas otras que se vienen implementando en el medio nacional.

Carolina Cabrera Moncada: Muchas gracias, doctor Gallardo.

Ahora, pues, voy a leer una pregunta para la doctora Elvira Martínez, y nuestro público nos dice: ¿Considera usted que el Minjus, a través del Renace tiene la experiencia y estaría preparado para administrar arbitrajes en contratación pública Arbitra Perú, cuenta con experiencia, por ejemplo?

Elvira Martínez Coco: ¿Qué sería para mí dice, en materia arbitral? Para mí sería que se le dé la posibilidad a alguna institución particular de que se llevaran allí todos los arbitrajes con el Estado. No la Cámara de Comercio. La Cámara de Comercio de Lima es vista como la casa de los «comerciantes», entre comillas; puede ser vista como un lado de la película, ¿de

acuerdo? Así como el OSCE es visto como el lado de la película, como el Minjus es visto como un lado de la película, la Cámara de Comercio de Lima puede ser vista como el otro lado de la película.

Entonces, una entidad, algún centro de arbitraje que no esté vinculado, en su práctica. Algún sector, en particular, creo que sería el ideal, creo que sería realmente el ideal.

Gente con experiencia, por decirlo, se me viene ahora a la mente; en Trujillo está el CEARC, por ejemplo. En Lima, está MARC Perú. Cuando digo esto, digo gente que nunca ha estado en un lado de la balanza. Creo que ésa sería la mejor y la más grande garantía. Alguien que no esté identificado con ningún sector. Y, entonces, vamos a tener verdaderos Mickey Mouse, ¿de acuerdo?

Si eso era lo que querían escucharme decir, ya lo dije. Ni un lado, ni el otro, nada que pese a favor de uno. El justo medio es lo que estoy pidiendo y el mercado sabe quién ha estado siempre en el justo medio. Démosle la oportunidad; démosle la oportunidad y creo que vamos a brillar internacionalmente con un arbitraje en contrataciones que esté donde realmente debe estar. Nada más; si no, el futuro va a ser el entierro. Acuérdense de mí, lo digo con mi cara de bruja: el futuro va a ser el entierro del arbitraje en contrataciones con el Estado.

Carolina Cabrera Moncada: Exacto, doctora. Muchas gracias.

Coincido, doctora, porque, claro, si ahora el Estado pretende buscar sus árbitros, ojo, el privado también ejerce poder. En cuanto corrompa a uno de sus árbitros; el efecto dominó y se cae todo. Así es.

Muchas gracias, doctora.

Doctor Castillo, tenemos una pregunta del público para usted también, y nos dice ¿qué propuestas presentaría usted para mejorar el arbitraje en el país?

Mario Castillo Freyre: Ninguna. No tengo ninguna propuesta. A veces, con determinadas instituciones o determinadas cosas, es mejor hacer que la sociedad pueda seguir yendo en determinados rumbos. Yo creo que ya hay suficiente, siempre ha habido suficientes medios de control sobre el tema del arbitraje, empezando por el tema del control judicial. Entonces, hacer otros controles, implica que el arbitraje ya se convierta en una cuestión más o menos policíaca, y mientras yo escuchaba algunas de estas cosas de las regulaciones, y mientras hablaba también se me ocurría, pero no lo mencioné, pues, el arbitraje, no puede convertirse en el objeto de estudio de la exKGB soviética o de la exStasi de la ex Alemania Oriental.

O sea, digamos, ¿es un tema jurídico, es un tema de administración de justicia o es un tema policíaco? Porque, más o menos, eso es de lo que no se ha dado cuenta mucha gente. El medio arbitral, en general, está siendo visto como si fuera algo, precisamente, digno de vigilancia secreta, y ya ni tan secreta, ¿no?, vigilancia, más o menos pública, y ¿para qué? Porque yo sé que vas a actuar mal, entonces, como sé que vas a actuar mal y no me vas a dar la razón, entonces, voy a controlarte, voy a vigilarte.

Eso ya es propio de un Estado totalitario; impropio de un Estado democrático. Entonces, yo no sé. El Perú es especialista en esto. Yo no sé si el Perú quiera tirar por la borda en materia de arbitraje todo lo que ha ganado. No voy a hablar de lo que ha ganado porque todos lo sabemos, pero yo creo que lo está tirando por la borda, y bien rápido lo está tirando por la borda; y, en general, creo que esto es lo que está pasando.

A veces es mejor menos regulación, más respeto, por el contrario, y más cultura arbitral.

La cultura arbitral no se puede poner en una norma legal. La cultura arbitral muchas veces implica no establecer normativa que vaya en contra del propio arbitraje y de la administración de justicia por este medio. Yo creo que ahí se refleja muchas veces la cultura arbitral. El país está lleno de normas y de propuestas de modificación. Yo no sé si ellas hacen bien; creo que en muchos casos, como los que he hablado y los que se han hablado esta mañana, esos excesos de regulación hacen mal.

Entonces, propuesta normativa no tengo ninguna, que dejen de meter mano, no más. Que dejen de meter mano en el tema y que gane quien tenga la razón, pues. Ahí está el Poder Judicial para anular. Tampoco hay que darle tanto entusiasmo porque, dentro de dos años, vamos a estar en 23%, y dentro de tres años, vamos a estar en 25%. O sea, uno de cada cuatro laudos; hoy es uno de cada cinco, con lo cual, ir en anulación, que es, en muchos casos, la mayor falta de respeto a la cultura arbitral. Ir en anulación implica ya no un bingo, no una tómbola que de repente me saco. No, ahora implica una cercana posibilidad de éxito. Es un 20%, más de un 20% de probabilidades de anular un laudo.

Entonces, bueno, en el Perú por eso es que todo el mundo recurre. Yo escuchaba una vez un dato oficial; ese dato lo tuve hace tres años. Un magistrado supremo decía: «Las anulaciones, los recursos de anulación de laudo del 2017 al 2018 habían aumentado en un 400%. Y sí, pero, ¿por qué? Pero, claro, pues, si se anula uno de cada cinco, yo me la juego. Yo me la juego, le digo a mi cliente, vamos a jugárnosla, no hay ningún vicio, pero inventaremos alguno.

Eso es falta de respeto al arbitraje. Y ya si tenemos un Poder del Estado que te da la razón en uno de cada cinco recursos de anulación de laudos, entonces, yo creo que no hace falta tanta normativa para que el tema esté en cuidados intensivos.

Así que nada. Eso no más.

Carolina Cabrera Moncada: Muchas gracias, doctor Castillo.

Pues, ya para culminar, tenemos el video de la doctora Marlén, que vamos a pasar a continuación, y, pues, con eso estaríamos concluyendo este panel.

Por favor, el video.

Marlén Estévez: A nadie se le escapa que han sido muchos los artículos que se han escrito en los últimos meses sobre la necesidad de potenciar los

métodos alternativos de conflictos para resolver las abundantes controversias a que pueda dar lugar la grave crisis económica derivada de la pandemia provocada por el covid. Entre otras cosas, porque la deliberación de éstas por un único cauce judicial, significaría inequívocamente una mayor saturación, incluso, colapso de los juzgados.

La pandemia global del covid ha afectado a todas las industrias del mundo, entre las que se encuentran la industria legal, y, en particular, el arbitraje internacional.

Sin embargo, mientras los tribunales estatales han suspendido sus operaciones, se han cerrado sus puertas durante la situación de pandemia, el arbitraje internacional ha confirmado su estatus como un método alternativo de resolución de disputas flexible y adaptable, en particular, al continuar resolviendo disputas de forma remota con la ayuda de varios medios tecnológicos.

Una de las principales razones para ello, se debe a que los abogados, los árbitros e instituciones, ya habíamos introducido y utilizado nuevas tecnologías en el arbitraje internacional antes del surgimiento de la pandemia. Por ejemplo, las reglas del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2017, que ha otorgado a los tribunales arbitrales discreción para decidir en ausencia de un acuerdo entre las partes, sobre usar el teléfono, video conferencia para audiencias procesales y de otro tipo, donde la asistencia en persona no es esencial, y el uso de tecnologías de la información, que permiten la comunicación en línea entre las partes, si estimaban conveniente.

Además, en lo que respecta a las audiencias, son varios también los reglamentos que ya otorgaban a los tribunales arbitrales el poder de ordenar que los peritos fueran interrogados por medios de telecomunicación que no requerirá la presencia física en la audiencia, como la video conferencia que todos conocemos.

Asimismo, a raíz de la situación provocada por el covid, han sido muchas las cortes arbitrales nacionales que se han movilizad para adaptarse a

las nuevas exigencias, y seguir dando respuestas a los conflictos que, a pesar de la emergencia sanitaria, no han dejado de producirse.

Por ejemplo, en nuestro caso, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid tiene una plataforma digital que permite optimizar la gestión de los arbitrajes internacionales, mejorar la eficiencia de los procesos y garantizar una mayor seguridad y confidencialidad de los mismos. Se trata de una herramienta tecnológica pionera en el mundo, cuyo objetivo es el de liderar la innovación y la aceleración digital del sector desde Madrid, y que permitirá responder ágilmente a casos anormales, como lo es la situación provocada por la pandemia.

De igual forma, la Corte Española de Arbitraje ha puesto en marcha recursos y sistemas para tramitar procedimientos arbitrales por medios telemáticos. También lo ha hecho la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, que ha adaptado diferentes medidas como el teletrabajo, la suspensión de audiencias y comparencias presenciales.

No obstante, también ha adoptado una serie de reglas para potenciar los medios audiovisuales en las audiencias de pruebas testificales y peritos.

Por su parte, la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid también ha anunciado la posibilidad de desarrollar por medios telemáticos las audiencias.

La opción, en su caso, del tribunal arbitral de Barcelona, ha sido la de establecer una vía rápida o abreviada *fast track* de resolución de conflictos durante el covid, en que las audiencias procesales se celebrarán preferentemente por video conferencia, que será grabada para que sea accesible a consulta posterior. Es decir, la coordinación de comunicación entre instituciones arbitrales para adaptarse y responder con celeridad, ha sido destacable.

Cabe mencionar también la declaración conjunta dentro de la cooperación suscrita por los principales centros en mayo del 2020 o documentos, como el desarrollado por la Corte de Arbitraje de Viena, sobre los criterios a tener en cuenta para determinar la conveniencia de una audiencia virtual.

Como han declarado numerosas veces los secretarios generales de las principales instituciones arbitrales, la respuesta de las mismas a la pandemia, se ha hecho acorde a los mismos principios: mantener la continuidad de la actividad, salvaguardando todas las garantías procesales y asegurar la salud del personal y participantes.

Para esto, la transición a medios telemáticos ha sido clave, siendo los dos principales obstáculos a superar, la seguridad en el tráfico de la información y la posición de alguna de las partes a realizar audiencias telemáticas.

En cuanto al primer problema, se han implementado sistemas de cifrado, tanto para la circulación de documentos como para las firmas, mientras que el consenso sobre el segundo punto es, a falta de acuerdo, el tribunal arbitral se encuentra legitimado para decidir si posponer la vista o llevarla a cabo telemáticamente.

Por todo ello, no cabe sino concluir que en la avalancha de conflictos surgidos por el covid, el sistema arbitral ha demostrado, una vez más, que puede adaptarse de manera inmediata para dar una respuesta eficiente a las controversias en curso.

Muchas gracias.

Carolina Cabrera Moncada: Bueno, allí hemos tenido la apreciación de la doctora Marlén. Esperemos tenerla con nosotros en una próxima oportunidad.

Y, bueno, pues, señores, ya hemos llegado al final de esta mesa.

Agradecer a nuestros panelistas de lujo. Agradecer al CAE otra vez por la invitación; y, Jorge, pues, esperamos que pronto nos tengas estos nuevos temas que han quedado pendientes.

Muchas gracias a todos por su atención. Jorge, te dejo en el uso de la palabra.

Jorge Abel Ruiz: Bueno, solamente agradecer la excelente ponencia de cada uno de ustedes.

El tiempo, como lo decía el doctor Mario, mi maestro y lo digo en público, le tengo mucho respeto, el tiempo que dedicamos a educarnos. Un sábado por la mañana es algo muy heroico. Estas tres jornadas, hacer un congreso, pero la satisfacción es que al final del día ves que hay personas interesadas en la materia que buscan capacitarse.

Y eso es lo que veíamos en los congresos regionales, cuando a veces uno está en la capital, ya te aburren un poco los eventos, pero cuando uno viaja al interior de nuestro país, se da cuenta de que hay muchos funcionarios públicos, muchos árbitros, muchos abogados, estudiantes, que están realmente con ese interés, y creo que este trabajo, y lo bonito, como lo compartía con la doctora Elvira, era que lo bueno y lo positivo de este covid, ha sido que nos conectemos de manera remota, en vivo, y que lleguemos no solamente a todo el Perú en esta transmisión, sino también quede un registro para todos los que quieran ver estas interesantes reflexiones.

Concluyo nuevamente reiterando mi gratitud. Creo que hay mucho trabajo que se debe hacer en este proyecto, que va a modificar el arbitraje en contratación pública, que tiene una historia de éxito de más de veinte años en nuestro país. Cambiar esas reglas sin medir las consecuencias, efectivamente, no va a ser saludable para el sistema.

Hay que pensar, creo yo, en el arbitraje como institución. No pensemos que solamente inclinando la balanza vamos a cambiar esa imagen que tiene el Estado de que pueda perder el arbitraje, y si pierde, es por la culpa de los árbitros.

Creo que a los árbitros les llegan ya controversias que se suscitan, no solamente en la ejecución de un contrato, sino también en la integración de las bases, en cómo se adjudicó la buena pro a un contratista sin experiencia o mil razones que podamos ver dentro del proceso de contratación.

Entonces, no todo es el tema de los árbitros. Creo que hay buenos árbitros, y me da gusto y tengo la esperanza de ver árbitros a los que no les tiembla la mano en dar su opinión de manera objetiva, sin tener el ánimo de caerle bien a alguien o no, decir las cosas como se deben decir, al margen de que si van a ser designados o van a ser retirados de una nómina.

Creo que lo que busca el día de hoy y mañana son árbitros totalmente independientes e imparciales. Que no estén a favor del Estado ni del contratista, sino a favor de la verdad.

Y nada, nuevamente gracias, y doctora Carolina, excelente la conducción del panel, reiterar mi gratitud y concluimos esta interesante mesa de la tercera jornada del Congreso de Contratación Pública y Arbitraje.

Hasta una próxima. Esperemos que el próximo año, para todo regresemos a los eventos presenciales, Dios mediante no lo sabemos todavía, pero ya extrañamos. El año pasado estuvimos en Trujillo con la doctora Carolina, y este año queríamos y teníamos la intención de llevar a la Selva, a Iquitos este congreso, pero ya habrá una oportunidad. El trabajo de descentralizar la educación es importante y vital para preparar a los que van a aplicar la ley. Si no estamos preparados para eso, podemos tener la ley perfecta, pero no vamos a llegar a ningún camino.

Gracias a todos y cerramos esta primera mesa. Doctora Carolina, doctora Elvira, doctor Jackson, doctor Mario Castillo, muchas gracias y nos despedimos con ustedes.

Todos: Gracias, hasta la próxima. Hasta luego.

Jorge Abel Ruiz: Y continuando con el evento porque ya estamos en el tiempo para dar inicio a la última mesa, que va a abordar los retos del arbitraje y también el control judicial del laudo en esta nueva normalidad que nos deja el covid-19.

Nos van a acompañar, el doctor Javier Iscar, el doctor Torres, el doctor Daniel Gonzales y la doctora Paola Francesca, este último panel que va a abordar los retos que debe asumir el arbitraje post covid-19.

Le cedo el uso de la palabra a Nicole para la presentación de la mesa.

Bienvenidos.

Nicole Álvarez: Muchas gracias, doctor Abel.

Bien, para continuar la jornada del día de hoy, como ya lo mencionó el doctor, vamos a dar la bienvenida a los expositores que nos acompañan en esta octava y última mesa, los cuales van a abordar el tema de los retos para el arbitraje y el control judicial del laudo en esta nueva normalidad que estamos viviendo hoy en día.

Bien, para empezar, voy a dar la bienvenida a la doctora Francesca Navia. Ella es abogada por la bicentenario Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Es directora del Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas Ankawa International. Cuenta con más de diez años de experiencia en arbitraje y conciliaciones extrajudiciales, asumiendo gerencias y secretarías generales en importantes centros de arbitraje. Asimismo, lideró las áreas de arbitraje, procuradurías públicas de gobiernos locales y regionales.

De igual forma, doy la bienvenida al doctor Iscar, con más de quince años dedicándose al arbitraje y a la solución de conflictos. Es secretario general de la Asociación Europea de Arbitraje; preside el Centro de Mediación y Solución de Conflictos (CEMED) y la Corte Hispano-Marroquí de Arbitraje. Es árbitro con experiencia en arbitrajes administrados bajo reglas de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid (CAM), y bajo las reglas de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Además, ha sido designado en varios arbitrajes *ad-hoc*.

De igual forma, doy la bienvenida al doctor Gonzales; él tiene una maestría en derecho de los negocios de la Universidad San Martín de Porres, con experiencia de quince años en el sector público y seis años ejerciendo defensa jurídica del Estado en las procuradurías públicas del Ministerio de Agricultura y Riego del Ministerio de Vivienda y Construcción y Saneamiento, y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

De igual forma, y, finalmente, doy la bienvenida al doctor Andoni Torres; él es abogado por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de maestría en derecho procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, cuenta con estudios en derecho de la construcción en la Universidad del Pacífico, contrataciones del Estado, arbitraje y junta de resolución de disputas en las universidades ESAN y PUCP. Actualmente, se desempeña como abogado del equipo de arbitraje de la procuraduría pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Finalmente, teníamos aquí también en esta mesa a la doctora Fabiola Paulet, que por motivos de índole familiar y personales no nos va a poder acompañar el día de hoy.

Pues, bien, para esto voy a dar el pase a la doctora Francesca Navia para que pueda empezar con la conducción de este panel.

Tiene el uso de la palabra, doctora.

**MESA N.º 8: «LOS RETOS DEL ARBITRAJE Y TAMBIÉN
EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO EN ESTA NUEVA
NORMALIDAD QUE NOS DEJA EL COVID-19»**

Francesca Navia Miranda (moderadora)

Javier Iscar de Hoyos

Andoni Torres

Daniel Gonzales Gonzales

Francesca Navia Miranda: Muchas gracias, Nicole.

Bueno, y a todos los participantes, las personas que están siguiéndonos a través del Facebook Live y que están dentro de la plataforma de Zoom, darles la bienvenida a la mesa n.º 8. Y, a su vez, aprovechar antes de dar inicio propiamente, agradecer la invitación del Círculo de Arbitraje con el Estado, a través de su director, el doctor Jorge Abel Ruiz, quien ha tenido la gentileza, pues, de convocarme para ser parte de este magnífico congreso regional que ya se ha venido desarrollando durante tres días, y el día de hoy, pues, vamos a abordar la última mesa.

Nuestra mesa, como también ya lo ha indicado el doctor, va a abordar los retos para el arbitraje y el control judicial del laudo en la nueva normalidad.

Dentro de ésta vamos a hacer la evaluación respecto de las dificultades que se vienen dando en nuestro arbitraje local, a través de la defensa pública y los cuestionamientos que se están dando a los laudos arbitrales que hace un momento también ya refirió un poco el doctor Mario Castillo Freyre. Y también vamos a tener una visión internacional que va a estar a cargo de Javier Iscar.

Entonces, sin más preámbulo a esta mesa, yo voy a otorgar el uso de la palabra al doctor Javier Iscar de Hoyos para que aborde cuáles son los retos en el arbitraje internacional en la nueva normalidad.

Doctor Iscar, adelante y bienvenido.

Javier Iscar de Hoyos: Muchísimas gracias, Paola. Un gusto volver a verte y gracias, por supuesto. Yo voy a empezar agradeciendo al Círculo acá de Perú, pues, por invitarme a este congreso, enhorabuena, por haberlo realizado que no es fácil en estos tiempos tan adversos, y es un acto de valentía que yo creo que hay que darle todo el mérito a Jorge Abel Ruiz.

Jorge, enhorabuena, porque tú siempre lo consigues. La verdad uno de los retos sería que hubiese más Jorges en el mundo arbitral y por todo el mundo. Muchísimos Jorges en todos los países para poder difundir y hacer las cosas igual que las haces tú, Jorge, porque sería el camino a seguir para que, efectivamente, siempre haces las cosas, de verdad, bien hechas, apuntando un poco las peticiones que hacía la doctora Martínez y también el doctor Castillo.

He estado a punto de meterme en la pantalla para aplaudir las exposiciones de Elvira y de Mario porque realmente han sido... no por las consecuencias tan tremendistas de la doctora Martínez, ¿no?, pero sí que da ganas de aplaudir porque con tanta franqueza no es fácil escuchar a personas de tanta talla como son ellos, y también el resto de los panelistas que no tuve ocasión de escuchar porque me incorporé tarde a la primera de las mesas. Disculpas, enhorabuena, también a esa primera mesa por decir tantas verdades por hacer una crítica tan sana que es buscar, efectivamente, como decía también Jorge, buscar la verdad en el mundo del arbitraje, que es a lo que vamos.

Voy a dedicar unos pocos minutos, aquí son buenas tardes. Hoy estamos enhorabuena por dos razones: una porque ha terminado el estado de alarma a las cinco de la tarde de Madrid, aunque mañana tendremos toque de queda. Yo no sé qué será peor, si el estado de alarma o el toque de queda. Vamos a tener que analizar las ventajas de un estado y las desventajas del otro. Pero,

bueno, el caso es que estamos, por desgracia, en todos los países en una situación similar y sólo nos queda, pues, intentar llevar las cosas con buen humor y con alegría, que es lo que hace falta en este mundo tan curioso y tan peculiar que nos ha tocado vivir. Y la segunda noticia buena es que hemos ganado el clásico: el Real Madrid ha ganado al Barcelona hace una hora, con lo cual permítanme compartir esta buena noticia como madrilista que soy, y un poco por romper un poco el hilo de las conversaciones.

Saludo a todos los que están escuchando también vía Facebook Live y a todos los asistentes a este congreso y también deseo Jorge que, dentro de un año, podamos vernos en la Selva, en Trujillo o en Lima; en cualquier sitio de Perú siempre es maravilloso encontrarnos, porque siempre es un placer compartir buenos ratos con buenos amigos en ese país tan maravilloso.

Los retos, bueno, yo creo que para analizar los retos y ya entro en tu pregunta, Paola, hay que ver un poco qué ha pasado con el arbitraje en este tiempo. Entonces, yo creo, afortunadamente, los retos vienen marcados por lo que ha significado el arbitraje en tiempos de crisis, que es que el arbitraje, afortunadamente, ha sabido dar respuesta adecuada a una situación porque se ha autorregulado. Y cuando digo se ha autorregulado, no ha hecho falta, no ha hecho falta, como bien apuntaban antes Elvira y Mario, no ha hecho falta que ningún Estado tenga que regular lo que las partes quieren hacer, que es resolver sus controversias de una manera, que es vía arbitraje, y para eso, afortunadamente, son las partes las que lo han decidido, y se han puesto en manos de árbitros y en manos de centros de arbitraje que han sabido adecuarse a estas circunstancias tan adversas, mientras que los juzgados han tenido que someterse a suspensiones drásticas por la pandemia y ha habido suspensiones durante muchos meses, en muchos países. Cada país lo ha hecho de una manera que ha tenido oportuno tomar, pero en el arbitraje, afortunadamente, hemos visto cómo las partes han sido dueñas, hablo en términos generales, de todos los conflictos. Se han celebrado las audiencias como las partes han querido, se han suspendido las audiencias cuando las partes han querido, y salvo excepciones muy, muy excepcionales, yo creo que el arbitraje ha dado una respuesta ejemplar a lo que ha sido la pandemia, esta global que estamos sufriendo.

Y digo ejemplar porque, afortunadamente, aunque haya que buscar cambios, hay retos de los que ahora hablaré. Los centros de arbitraje internacionales y domésticos, en general, han estado preparados para esa respuesta, salvo excepciones que también conocemos, que ha habido centros de arbitraje que decidieron los mismos centros suspender los arbitrajes, los procedimientos *per se*, porque así lo había hecho el Estado, los procedimientos judiciales, cosa que no entendíamos los árbitros, afortunadamente, la mayoría de los centros de arbitraje han decidido marcar los tiempos que las partes han querido marcar, que son las dueñas del procedimiento.

Y esto es un gran ejemplo que ha sabido el arbitraje llevar a cabo, y que, además, ha sabido llegar a todos aquellos rincones de empresas y de ciudadanos que han visto que, efectivamente, el arbitraje es una buena solución. Ahora hay que buscar los cambios para que, efectivamente, haya árbitros siempre de calidad y que el sistema funcione. Pero yo creo que si podemos poner un gran titular, es que si ha habido una herramienta que se ha adecuado, se ha adaptado a una situación adversa, ha sido el arbitraje, por encima de cualquier otra. Y yo creo que eso es digno de elogio, con independencia de que luego podamos buscar cambios que puedan mejorar u optimizar este sistema al que todos queremos.

Ha habido otros sistemas que se han sabido adaptar y que han tenido buena acogida, como ha sido la mediación, la mediación que creo que se trató también en una de las mesas. Ha sabido dar una respuesta en la medida de que el culpable de los conflictos en muchos de los contratos no ha sido una parte o la otra, sino ha sido un elemento exógeno que ha sido un virus que ha hecho que muchos contratos en tiempos, los plazos, las entregas, evidentemente, las cláusulas penales no se han podido cumplir, pero, evidentemente, las partes se han visto muchas veces en las dos situaciones. En la situación de ser incumplidor y la situación de incumplir por un elemento exógeno, insisto, que no ha sido más que el virus. Por tanto, también ha sabido responder.

Para mí eso es una buena noticia. Yo creo que la mediación es una herramienta, evidentemente, distinta al arbitraje, pero que, de alguna manera, es un poco la antesala de lo que puede hacer un arbitraje. Yo creo

que el arbitraje siempre se va a relacionar más como un elemento, una herramienta heterocompositiva y la mediación es autocompositiva, pero sí que, efectivamente, puede llegar a ser una herramienta previa al arbitraje, de hecho que a veces hay unas cláusulas MedArb en los contratos.

A lo mejor ése puede ser uno de los retos. Yo creo que el gran reto de cara al futuro es saber, digamos, aprovechar de esta ventaja competitiva que tiene el arbitraje respecto al resto de herramientas a nivel internacional porque, si sabemos aprovecharlo, las empresas, hablo del punto circunstancial, seguirán viendo que es la única herramienta que, efectivamente, da respuestas distintas en tiempos y en costes a las herramientas judiciales de cada país; y, por tanto, las empresas seguirán asistiendo o yendo al arbitraje, no porque sea la herramienta menos mala, sino porque, efectivamente, es buena y es la mejor a la que se pueda acudir. Yo creo que esto ha sido, se ha visto comprobado en estos meses, y, afortunadamente, se verá a partir del año 2021.

¿Qué está ocurriendo en el parlamento nacional? Pues yo creo que se está viendo cómo los centros internacionales de arbitraje se están adaptando a una forma de hacer las cosas, distinta a la que era antes de marzo del año 2020. Hemos tenido una especie de clase magistral, casi improvisada de tecnología a todos los niveles, a nivel de usuario, a nivel de empresa, a nivel de árbitro, a nivel de centros de arbitraje. Dejo al pipo raso lo que estaba previsto para que sucediese en tres, cuatro, cinco años, ha surgido en tres meses, y la capacidad de adaptación del arbitraje ha sido tremenda. Ha sido, yo creo que histórica; y, por tanto, hemos adelantado esos cinco años.

¿Qué hay que hacer? Adaptarse. Pero adaptarse no significa regular. Yo creo que también me apunto un poco a lo que decían la doctora Elvira Martínez y el doctor Mario Castillo que, en mi opinión, hay que evitar tanta regulación del arbitraje. Cuanto más mano meta el Estado legislando la herramienta, más va a perjudicar al propio sistema arbitral. Cuanto menos lo haga, mejor para el arbitraje; mejor nos irá. Cuanto más podamos autorregularnos y menos hagamos inmersiones en lo que es el arbitraje internacional, mejor le irá al arbitraje internacional. ¿Qué hay que hacer? Adaptarlo; hay que normalizarlo; hay que hacer que los reglamentos, los

procedimientos se adecúen y que regulen, efectivamente, las audiencias virtuales de una manera que, efectivamente, dé credibilidad, efectivamente, sean confidenciales y que, al final, cumplan los principios que rigen el arbitraje: son la igualdad, la contradicción y la audiencia.

Eso se está consiguiendo, pero no hay que improvisar. Yo cuando tengo una audiencia virtual, siempre hago una prueba los días previos, para que los testigos, los peritos, y, además, si no se hace la prueba, no se hace la audiencia, porque cualquier error puede hacer que se tenga que repetir. Yo creo que es fundamental que eso también se intente calar en lo que son los usuarios. Esto no se puede improvisar, igual que una conferencia o un congreso, esto no se puede improvisar. Igual hemos tenido que los panelistas entrar quince minutos antes para que funcione, para que podamos luego estar hablando con tanta gente en tantos rincones de Perú y del resto del mundo.

Yo creo que esto es una prueba de fuego que hemos aprobado con nota en el arbitraje, y que en otros campos que se están todavía por desarrollar.

Los retos para el siglo XXI y en los años que vienen son un poco lo que venía en el título del panel: ¿de qué manera el arbitraje y el control judicial tienen que estar alineados? Así que he escuchado en las ponencias anteriores que hablaban de una falta de formación de una falta de preparación. He visto una pregunta en uno de los chats de falta de preparación de unos magistrados y que yo creo que en la medida en que los magistrados y los jueces estén alineados y sepan cuáles son las reglas de juego del arbitraje, mejor nos irá porque el control ágil y eficaz del arbitraje también es esencial para que la herramienta siga funcionando.

En España, por ejemplo, hace muy poquito en el mes de junio ha habido una sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de junio que yo, si Jorge quiere puedo pasarla para que la pueda enviar a todos los asistentes, donde, efectivamente, el alto tribunal viene a decir que los jueces que se hacen del control de los laudos, no pueden hacer intención extensiva del orden público, que no es una segunda instancia y ha venido a dar un espaldarazo importantísimo el arbitraje en España, y a decir que España puede

ser una gran sede. Perú también lo es; y, por tanto, tenemos que intentar que los jueces también estén formados al igual que los árbitros que, efectivamente, se vaya a la verdad que decía Jorge, se busque la calidad desde la independencia y la imparcialidad.

Y con esto, Paola, yo creo que he dado unas primeras líneas para que después sigan el resto de panelistas.

Muchas gracias.

Paola Navia Miranda: Muchas gracias a ti, Javier.

Definitivamente, haber escuchado cuáles han sido estos retos o estas primeras vicisitudes por las que ha pasado el arbitraje internacional, creo que ha sido a nivel general, tanto en los arbitrajes locales como en el internacional se ha visto esa adaptación inmediata de lo qué es esta forma de resolver controversias que ha sido quizás una respuesta mucho más rápida frente a los órganos jurisdiccionales en cada país, y también tú has resalta-do el tema ése de que siempre se debe de difundir las buenas prácticas y la imparcialidad.

Bueno, es un tema que quizás al finalizar quisiera también emitir una opinión respecto también de este punto que se está hablando, de la regulación que se está dando especialmente aquí en nuestro país sobre la administración del arbitraje o qué órgano va a estar encargado de la regulación, cuál quizás estaría contradiciendo a la imparcialidad del arbitraje.

Bueno, yo voy a otorgarle ahora el uso de la palabra a Daniel Gonzales, quien va a abordar el tema de cuál es el rol de la defensa pública en los tiempos del covid.

Daniel, adelante, por favor.

Daniel Gonzales Gonzales: Gracias, Paola.

Buenos días. Buenos días con todos los profesionales que conforman este panel.

En primer lugar, agradecer al Círculo de Arbitraje con el Estado y a Jorge Ruiz por la cordial invitación. Es una persona, como ya se ha destacado, que siempre tiene esas iniciativas en épocas de pandemia, y cuando no estamos en pandemia. Así que, Jorge, nosotros felicitamos siempre tus importantes iniciativas.

Antes de abordar el tema que me compete, me permito hacer un comentario muy breve, de una manera muy cordial a la mesa anterior. Existen distintas opiniones y distintas perspectivas, perdón, respecto al arbitraje en el Estado que deviene de las contrataciones públicas.

Sin embargo, discrepo en algunas de las puntuaciones que se han hecho en la mesa anterior, en la que se señala, por ejemplo, que el Estado recurre siempre a las anulaciones de laudo porque, en teoría, sería un mal perdedor. No voy a abordar mucho el tema porque el tema de las anulaciones de laudo lo va a compartir mi colega y buen amigo Andoni Torres, con quien tenemos el honor de trabajar juntos.

Sin embargo, hay un tema que no se ha considerado y resulta también importante, existen también malos y buenos contratistas. Entonces, se debe también indicar o señalar que estos malos contratistas, como también existen los buenos, como acaban de hacer referencia, no cumplen con sus obligaciones contractuales. Y, al no cumplir con sus obligaciones contractuales, el Estado sometiendo a arbitrajes siendo parte demandante o parte demandada, ejerce su derecho constitucional y, en muchas ocasiones, más de las que se daban con anterioridad, gana los casos porque los tribunales arbitrales conformados por excelentes profesionales nos otorgan la razón, y cuando no nos la dan, porque en algunos casos no corresponde, se recurre al recurso de anulación de laudo porque esto está debidamente sustentado, no por un tema de que soy un mal perdedor, entonces, voy a ir a anulación de laudo, porque si no fuera así, no se darían tantas sentencias a favor del Estado en el decurso de los últimos años. Sólo eso como un comentario de la mesa anterior, cuyos panelistas nosotros respetamos por

su trayectoria. Sin embargo, me parece importante señalar algunos puntos que se omitieron.

Asimismo, ya al tema que nos aborda y referido al rol de la defensa de la Procuraduría Pública en tiempos del covid. ¿Qué es lo que nos compete a nosotros como actores o como operadores del arbitraje, como a todos nos compete adaptarnos a esta nueva normalidad?

Nosotros regresamos un poco como operadores del órgano de defensa, y antes del 15 de marzo era inimaginable pensar que podíamos desarrollar un arbitraje virtual, y estábamos muy acostumbrados, como es normal, y no solamente en el arbitraje, sino en otras profesiones también al papel, a la impresión de las notificaciones físicas. Y esto, como también lo ha señalado el doctor Iscar, fue una maestría muy rápida, en la cual todos tuvimos que acoplarnos a esta nueva normalidad.

Y pasaré a explicar los problemas y las soluciones que se han planteado durante esta época del covid y que las procuradurías públicas y el Estado hemos debido de ejercer, a fin de poder continuar con los procesos arbitrales. Primero, debo de manifestar que ante las políticas sanitarias de aislamiento social, el estado de emergencia, a fin de coadyuvar y continuar con el desarrollo de los arbitrajes, resultaba exigible hacer una clasificación dentro de la procuraduría y voy a hacer referencia al Ministerio de Transportes, que es en la que ahorita estoy trabajando ya hace poco más de tres años, y debimos hacer una clasificación de los procesos arbitrales en tres grandes grupos.

El primer grupo, los procesos arbitrales en la etapa de constitución del tribunal arbitral. Todavía nos encontramos en la petición de arbitraje, absolucón de arbitraje, designación de árbitro.

Se tuvo que hacer también un segundo grupo, que eran los procesos arbitrales con plazo para laudar o pendientes de un pronunciamiento del tribunal arbitral.

Y, asimismo, dividimos en el tercer grupo los que nos parecían los más importantes por el estadio procesal en el que se encontraban, que son los procesos con actuación sustancial pendiente, es decir, pendiente de presentar la demanda, cuando somos accionantes, contestación de demanda, reconvencción, absolucón de pericia, audiencia de debate pericial.

Para ello, debemos indicar que el común denominador de estos procesos se refiere a controversias que devienen de casos, la mayoría de ellos, técnicos. Y, para ejercer una óptima defensa, se necesita la colaboración de los profesionales de las áreas usuarias: el administrador del contrato, los ingenieros civiles, los arquitectos y todos los que nos alimentan de las herramientas para poder ejercer una defensa sólida.

Es así que en el sector público se estableció el trabajo remoto como una medida para reducir los contagios del covid, y que, habiendo ya transcurrido muchos meses, aún no se está laborando y el personal no está operativo el 100% de trabajo presencial. Sin embargo, sí se vienen desarrollando los procesos arbitrales con normalidad.

Es por esa razón que estamos hablando o abordando primero los problemas que se nos presentaron al momento de que se presentó la pandemia.

Por esa razón justificada es que las procuradurías públicas tomaron la decisión de solicitar la suspensión de los procesos arbitrales en este tercer grupo de procesos que manifesté, porque existiría un riesgo de no ejercer nuestro derecho de defensa al no contar con los insumos técnicos necesarios.

Similar posición fue también recogida por el Poder Judicial y por el Ministerio Público. Ante ello, nos presentábamos en un escenario de vamos a ver cómo nos responden las instituciones arbitrales o los centros de arbitrajes *ad-hoc* ante este pedido, porque también debemos manifestar que no solamente era un pedido de parte del Estado, obviamente, esto también afectaba a los contratistas y había, en muchas oportunidades, una coincidencia de ambas partes para que se diera esta situación.

Felizmente, en todos los casos o en casi todos los casos, los centros de arbitraje y los tribunales arbitrales *ad-hoc* accedieron y suspendieron los procesos arbitrales cuando lo solicitaron.

Pero, he ahí donde viene ya la segunda parte de la exposición. Ya hemos desarrollado cuáles eran los problemas y luego teníamos que plantear las soluciones. Y este período de suspensión en los plazos arbitrales no fue solamente para que no se pase un plazo como para cuidar los intereses del Estado, como el caso de la entidad.

¿Qué es lo que se buscaba? Implementar las soluciones para la continuación de los procesos, y, felizmente, se logró. ¿Qué cosa tuvo que hacer el Estado para poder continuar luego del levantamiento de esta suspensión de los procesos arbitrales con las actuaciones?

Se tuvo que implementar los expedientes arbitrales, se pudo que implementar la mesa de partes virtual, la firma electrónica. Un tema importantísimo era la ampliación de capacidad de correos institucionales. Esta capacidad de los correos es muy limitada, y se imaginaban que, posteriormente, íbamos a recibir una demanda de ochenta páginas con anexos y con pericias, y demás medios probatorios. Lo que también resultó muy importante era la ampliación de estos correos.

Luego de ello, la adquisición de las licencias de plataformas, el Zoom, para poder participar en las audiencias, porque ya, obviamente, sabíamos que las audiencias presenciales iban a ser cosa del pasado, y debíamos adecuarnos a esta nueva situación.

La conexión remota de las PC de los centros de trabajo. Eso también fue una implementación importantísima. Nosotros, como órgano de defensa, tenemos la computadora en la casa y ahí la gestión de los procuradores que también fue un trabajo importante y que también se ha rescatado el coordinar con las áreas usuarias de informática, a fin de poder realizar esta conexión de trabajo remoto.

La implementación de las audiencias virtuales como también uno de los importantes pasos que se dieron para poder continuar con las actuaciones.

Asimismo, resulta importante indicar la modificación a las reglas del proceso arbitral. Ante ello, ante el pedido de las partes de suspender los procesos, obviamente, los árbitros señalaron y se percataron de que las reglas del proceso no podían ser iguales, y se decidió, por pedido también de las partes, la notificación de resoluciones en forma digital, las audiencias virtuales, las notificaciones de los laudos también en forma virtual, entre otras medidas, para poder continuar con el desarrollo del proceso arbitral.

Dentro de este tema de las reglas es importante señalar que, normalmente, un plazo aproximado que teníamos las partes para presentar demanda, contestación o reconvencción, era veinte días. Sin embargo, este plazo, en esta época de pandemia resulta insuficiente y, aproximadamente, se han modificado entre diez a quince días adicionales, lo cual ha sido como ya señalé en su oportunidad, también convenido por las partes, y de la misma forma, se ha ampliado un poco más los plazos para presentar los informes técnicos, las pericias o los alegatos.

Otro punto importante —yo rescato eso como abogado de procuraduría pública— es que, ante esta situación de la pandemia, se ha permitido a muchos tribunales aplicar reglas del arbitraje internacional al arbitraje doméstico.

El calendario de las actuaciones, por ejemplo, el *direct cross*, el *redirect*, el *crossed examination*, reglas que estaban ahí como reglas internacionales, y que eran producidas dentro de un proceso, pero en muy pocos casos.

Sin embargo, es un tema que ha resultado conveniente para las partes porque se puede aplicar y permite, de alguna manera, que los procesos sean más rápidos y más céleres.

También, respecto a las notificaciones, muchas veces estábamos acostumbrados a que se nos notifique en físico, y luego recibir el sello de recepción, de mesa de partes, y todo el trámite interno que tenía la notificación.

Hoy en día nos hemos olvidado de ello. El secretario arbitral o, incluso, los miembros del tribunal arbitral nos notifican una resolución, una decisión. Nosotros tomamos conocimiento desde el día en que hemos sido notificados, debemos dar acuse de recibo o la recepción, y el plazo se computa desde el día siguiente. Y la pregunta que nos hacemos es ¿resultaba o resulta conveniente que se produzcan estas situaciones para acelerar los procesos arbitrales?

Evidentemente, sí. Esto ha sido una ayuda y nosotros entendemos que una situación como ésta nos va a ayudar *a posteriori*, al permitir que los procesos sean más céleres, que es lo que realmente se busca en el arbitraje.

A modo de reflexión, y para ir culminando mi exposición, me permito señalar que, ante esta situación de la pandemia, ha quedado confirmado para todos los actores, que el arbitraje sigue siendo un mecanismo útil para la resolución de las controversias, y está en cada uno de los actores, de los partícipes miembros del tribunal arbitral, secretarios, procuradurías, contratistas, abogados de los contratistas, dotar de las herramientas necesarias para su buen funcionamiento. Y, de esa forma, que las actuaciones arbitrales no se vean perjudicadas, y, al final, se expida una resolución para las controversias a las cuales se han sometido las partes.

Paola, eso es todo por mi parte, por el momento.

Agradezco nuevamente a ustedes por la invitación.

Paola Navia Miranda: Muchas gracias, Daniel, por tu intervención, y por el aporte que nos estás brindando, respecto de la información que has compartido sobre cómo la defensa pública, pues, ha asumido estas circunstancias que se han dado a raíz, pues, del confinamiento, y, luego, adaptarse a un trabajo remoto; poder conseguir las tecnologías y, posteriormente, pues, cómo ejercer esta defensa en coordinación con las áreas usuarias, como lo hacen las procuradurías.

Te agradezco por tu intervención. Estaremos retornando más adelante con algunas preguntas; y, sin más preámbulo, vamos a darle el uso de la

palabra a Andoni Torres, quien va a abordar el tema de cuál es el balance sobre la anulación del laudo arbitral, y su panorama actual.

Andoni, adelante, por favor.

Andoni Torres: Muchas gracias, Paola. Muy buenos días con todos. En primer lugar, quiero agradecer al Círculo de Contrataciones del Estado, por la gentil invitación para formar parte de este panel junto a destacados profesionales y, sobre todo, agradecer a las personas que se encuentran conectadas un sábado por la mañana y a estas horas previas al almuerzo, que permiten propiciar compartir algunos comentarios en torno a los retos para el arbitraje y el control judicial del laudo en la nueva normalidad, y felicitar, por último, como siempre, a mi querido amigo, Jorge Ruiz por generar estos espacios de discusión que benefician, no tan sólo a los que participamos en él, sino a todos los operadores que participan en los mecanismos de solución de controversias en materia de contratación pública.

Brevemente, daré inicio a mi exposición, en relación a lo que se había señalado en un panel anterior, solamente señalar que el recurso de anulación de laudo, es un tema del cual voy a tratar y no debería verse como un enemigo o una amenaza del arbitraje, sino, considero que este mecanismo tiene que verse de una manera totalmente contraria. Y esto es porque esto debe ser visto como un mecanismo que complementa y fortalece el arbitraje, no como un enemigo y una amenaza al arbitraje, sino como un mecanismo que complementa y fortalece. ¿Por qué? Porque le dota de legitimidad, toda vez que a través de él propicia un control del proceso arbitral, del laudo, para verificar si en los mismos se respetaron las garantías mínimas de un debido proceso que tiene que estar presente en todo tipo de procesos, porque eso es un derecho transversal, que no tan sólo tiene sustancia en el proceso judicial, sino también en los procesos administrativos; y, por lo tanto, también en el proceso arbitral.

Desaparecer o erradicar el recurso de anulación de laudo arbitral, considero que podría conllevar a unas consecuencias graves para el arbitraje, porque podríamos obtener un efecto contrario al esperado. El esperado

es la fortaleza del arbitraje y que éste perdure en el tiempo, como bien se viene desarrollando en la actualidad.

Sin embargo, tener una zona exenta de control que se podría generar con la desaparición del recurso de anulación de laudo o buscando que éstos no se planteen, simplemente, porque consideran que es una falta de respeto. Tener una zona exenta de control, podría generar, inclusive, la desaparición del proceso del arbitraje en el Perú, toda vez que los operadores no tendrían asegurado un mecanismo a través del cual puedan cuestionar un proceso arbitral de un laudo cuando se afecte a sus garantías mínimas que conforman parte de un debido proceso.

Bueno, ahora bien, el tema que se me pidió exponer trata sobre el balance de la anulación de laudo arbitral y su panorama actual.

Al respecto, sobre este balance de la anulación de laudo, se han realizado diversos estudios acerca de cuáles son las causales utilizadas más comunes en virtud de las cuales el Poder Judicial ha determinado la nulidad de los laudos arbitrales.

Por ejemplo, existe un estudio de mi amigo Gino Rivas, sobre anulación de laudo, donde él nos señala que el 62.1% de los recursos de anulación de laudo, procedentes, son por causas que tienen que ver con la motivación del laudo.

Claro está que este análisis él lo realiza limitándose únicamente a las anulaciones de laudo presentadas en la Corte Superior de Justicia de Lima, concretamente las que conocen las salas civiles con subespecialidad en materia comercial, pero considero que es un buen referente, toda vez que son estas salas las que resuelven el grueso del total de las anulaciones que se presentan a nivel nacional.

A la fecha, partiendo de esta estadística brindada, a la fecha, podemos afirmar que este panorama no ha cambiado, pues, en la actualidad, el gran porcentaje de recursos de anulación de laudo son interpuestos y siguen siendo interpuestos en base a defectos o vicios en la motivación del laudo,

y son también en base a estos vicios o los que se han anulado, gran parte de estos laudos que fueron recurridos en el Poder Judicial.

Al margen de que pueda ser discutible o no el control de la motivación de un laudo a través de un recurso de anulación de laudo, lo cierto es que esto es una realidad, porque no cabe dudas de que, en la actualidad, el Poder Judicial ingresa a verificar si, efectivamente, la motivación del laudo, el derecho a la motivación de las resoluciones escritas emitidas por un órgano jurisdiccional, han tenido presencia o no al momento de expedir el laudo. Pero, cabe preguntarnos ahora cómo es que se canalizan estos... cómo es que se canalizan... cómo es que las partes canalizan estos cuestionamientos a la motivación del laudo a través de un recurso de anulación, y cómo es que la Sala aborda este análisis, porque si uno se revisa todo el elenco de causales de anulación establecidas de manera taxativa en el inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, podemos advertir que, expresamente, no existe ninguna causal, valga la redundancia, específica para propiciar una anulación de laudo por vicios o defectos en su motivación.

Sobre este tema, algunos cuestionan la motivación del laudo, en el panorama actual, las partes cuestionan la motivación de un laudo invocando la duodécima disposición de la Ley de Arbitraje, toda vez que ésta señala que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o el laudo, y a partir de esta disposición señala que al ser la motivación un derecho constitucional de la función jurisdiccional, que nace o deriva en la función jurisdiccional, las partes pueden cuestionar el laudo a través del recurso de anulación del laudo.

Asimismo, otras partes, otros operadores, invocan para cuestionar la motivación del laudo, invocan la causal de anulación contenida en el literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, que, entre otras cosas, señala que un laudo podrá ser nulo cuando las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable. ¿Por qué? Porque señalan que, como los reglamentos de la institución arbitral que administra el arbitraje o algunos convenios pactados por las partes establecen que el laudo debe ser motivado, el no hacerlo o incurrir en un

vicio o defecto de la motivación del laudo, conlleva que se estén vulnerando o se estén transigiendo dichas normas que resultan aplicables a esa controversia. Y, por último, otros invocan la causal contenida en el literal b) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, en virtud de la cual un laudo podrá ser declarado nulo, entre otras cosas, cuando las partes o alguna de las partes o una de ellas, no han podido hacer valer sus derechos. Y hacen alegación a este tema porque consideran que cuando esta causal hace referencia a que las partes no pueden hacer valer sus derechos, se refiere a derechos de naturaleza u orden procesal, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la motivación de la resolución.

Sin embargo, cuál ha sido la línea jurisprudencial que viene desarrollando la Sala Comercial en virtud de los cuestionamientos de motivación de un laudo arbitral. La línea jurisprudencial que las Salas Comerciales han seguido, es que este análisis de motivación se viene canalizando y vienen siendo atendidos, en virtud de la causal del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Es decir, que, según el criterio asumido por las Salas Comerciales, la causal idónea para sustanciar este tipo de cuestionamientos, en un recurso de anulación de laudo, sería a través del literal de la causal de anulación contenido en el literal b) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

¿Por qué señala esto o cómo llega a esta conclusión? Recordemos qué es lo que señala la causal b) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. En virtud de esta causal, un laudo puede ser anulado porque una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos. Es a partir de este último extremo que la Sala Comercial señala que un laudo puede ser anulado cuando las partes no han podido hacer valer sus derechos e interpreta este último extremo de esta disposición, señalando que esta norma hace referencia a derechos de naturaleza u orden procesal y no a derechos que podrían vulnerarse con lo decidido en el fondo de la controversia, toda vez que recordemos que según el inciso 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, las Salas Comerciales no pueden ingresar al fondo de la controversia, por tanto, la interpretación de la Sala es que, cuando se refiere a que no se ha podido hacer valer ningún derecho, se

refiere a derechos de orden procesal; es decir, aquellos referidos a derechos, como el debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva.

El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son instituciones consideradas como derechos ómnibus. ¿Qué quiere decir ello? Que contienen dentro de ellas una serie de subderechos, como se encuentra en una de ellas el derecho a la motivación escrita de las resoluciones que expide u otorga todo lo que cumpla con la función jurisdiccional. Recordemos que la función arbitral es reconocida como una función jurisdiccional, y no por los académicos que discuten si el arbitraje es o no jurisdicción, sino porque la propia Constitución reconoce al arbitraje como jurisdicción; y, como tal, no podría encontrarse exenta de cumplir con las garantías mínimas para lograr un debido proceso que satisfaga los intereses de las partes.

Hasta aquí —como vemos— la Sala Comercial establece, pues, que la motivación de un laudo solamente pudo ser cuestionada o, en principio, puede ser cuestionada a través de la causal contenida en el literal b) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, y esto nos lleva a analizar un punto adicional. Porque, recordemos que, dependiendo del tipo de causal, que se invoca, existen requisitos de procedencia que hay que cumplir, siendo uno de ellos, justamente, el establecido en el inciso 2 de este propio artículo 63 de la Ley de Arbitraje, que señala, pues, que las causales previstas en los incisos a), b), c) y d) del numeral 1 del artículo 63 sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

Como vemos, esta exigencia de este requisito y alcanza a la causal b). Entonces, nos preguntamos que, si para la Sala Comercial, los vicios o defectos de motivación pueden ser cuestionados a través de la causal contenida en el literal b), ¿se debe o no exigir cumplimiento del reclamo previo como requisito para su procedencia?

Al respecto, a través de sendos pronunciamientos, la Sala Comercial ha reflexionado, si cuando estos vicios o defectos de motivación tienen lugar en el laudo si existen mecanismos para cuestionar; y, sobre todo, para corregir este tipo de vicios o defectos en la motivación del laudo. Y la Sala,

pues, analizando que la rectificación solamente, el pedido de rectificación. Porque recordemos que solamente procede contra el laudo rectificación, interpretación, integración y exclusión del mismo, ha analizado si el pedido de rectificación, corrige este tipo de vicios, pues, no porque solamente sirve para corregir vicios o defectos de carácter material; errores materiales, errores de cálculo, tipográficos, informáticos, etc.

La interpretación tampoco porque solamente tiene lugar y sirve, y tiene por objeto la interpretación de algún extremo y preciso, dudoso expresado en la parte resolutive o que influye en ella para determinar los alcances de la ejecución del laudo.

La integración tampoco, porque ésta solamente tiene lugar cuando se ha omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal; y la exclusión tampoco, mucho menos, porque solamente tiene lugar cuando el tribunal arbitral ha excedido el objeto del pronunciamiento sometido a su competencia o se ha pronunciado sobre materias no susceptibles de arbitraje.

Como vemos, la Sala Comercial termina concluyendo que ninguno de estos mecanismos postlaudo, de rectificación, interpretación, intervención o exclusión, sirven para corregir este tipo de vicios o defectos de laudo. Por lo tanto, como primera conclusión, la Sala Comercial... las Salas Comerciales establecen que no será necesario cumplir con la exigencia de reclamo previo, toda vez que no existe ningún mecanismo para cuestionar vicios o defectos en la motivación del laudo. Sin embargo, la Sala Superior también ha señalado que, si bien no es exigible, pero basta que una de las partes active cualquiera de estos mecanismos, la Sala Comercial entiende que esta parte tiene la obligación de señalar cada uno de los vicios o defectos de notificación que considera que existen en el laudo.

Es decir, si bien no te exijo, pero si tú los presentas, tú debes señalar todos los argumentos y las causas que tú consideras que generan vicios o defectos en la motivación, por lo que la Sala Comercial ha establecido que únicamente va a ser exigible el requisito de reclamo previo por vicios o defectos de motivación cuando la parte que presenta el recurso de

anulación de laudo, haya presentado cualquier pedido de interpretación o de rectificación, exclusión o integración de laudo, vinculados a temas de motivación. Y esto sigue siendo el panorama actual y que la pandemia, en toda la coyuntura en la que estamos viviendo no ha cambiado, toda vez que siguen siendo la mayoría recursos de anulación de laudo presentados, sustentados en la causal b) por defecto o vicio de motivación de laudo y son, al menos, las sentencias que vienen estimando este tipo de reclamos sobre motivación. Son éstas las causas por las cuales también se ha determinado la nulidad y la invalidez de los laudos.

Y con esto concluiría mi exposición, quedando a las preguntas que tengan a bien realizar.

Muchas gracias a todos.

Paola Navia Miranda: Muchas gracias, Andoni. Si bien es cierto, como tú indicaste al inicio de tu ponencia, este recurso de anulación, si bien como también se tiene del análisis estadístico que se está dando, es que, al inicio, pues, este recurso no muchas veces se sometía; no muchas de las partes recurrían a este recurso, valga la redundancia, sino a lo largo de lo que se viene practicando en nuestro país, el arbitraje, pues está siendo mayormente utilizado.

Sin embargo, sí existen, y como lo has mencionado, posiciones, el mal perdedor es el que recurre como una última instancia, a este recurso, con la finalidad quizás de suspender las obligaciones que se hayan establecido en un laudo. Y es esta situación, la cual hace que muchas veces se cuestione recurrir a este recurso, cuando no hay necesidad; simplemente tienen un fin dilatorio.

Es una realidad que, actualmente, estamos viviendo y por eso es que también los índices o los porcentajes que ahora se dan en arbitrajes, es por esa razón.

Pero también no podemos negar que una razón también por la cual se están sometiendo, es porque, lamentablemente, existen laudos que sí tie-

nen que ser anulados porque muchas veces no han sido motivados porque se han vulnerado algunos derechos procedimentales, como también lo has mencionado, y esto, pues, ha generado este incremento.

Agradecerte por tu ponencia. Tenemos una pregunta justo dirigida al tema que has abordado y ésta indica que sería un contrasentido recurrir o establecer un reclamo previo, muchas veces a lo que tú has dicho, pero, sin embargo, indica que cuando no hacen esto durante el proceso, pues, les declaran improcedente el recurso de anulación. ¿Qué opinión tiene respecto a esto, Andoni?

Andoni Torres: En efecto, si uno hace un estudio y un análisis de cómo ha venido evolucionando esta exigencia del reclamo previo por vicios o defectos en la motivación del laudo, uno encuentra diversos criterios a lo largo del desarrollo jurisprudencial de las Salas Comerciales, dependiendo de quiénes son los magistrados o el colegiado que integra cada una de estas Salas.

Por ejemplo, en el año 2014 al año 2016 teníamos criterios que no eran uniformes. La Primera Sala Comercial, por ejemplo, en ese momento exigía un reclamo previo por vicios o defectos de motivación, pero en la Segunda Sala Comercial no exigía ningún tipo de reclamo, toda vez que consideraba que, al no existir ningún mecanismo para corregir este tipo de vicios, no resultaba procedente su exigencia. Ya a partir del año 2017-2018 hasta la actualidad, este criterio se ha ido unificando, toda vez que tenemos que ambas Salas consideran, de principio, que este reclamo no debería ser exigido. Sin embargo, como bien lo señalan al momento de abordar la pregunta, resulta un contrasentido que, en principio, se señale que no resultan exigibles estos reclamos; sin embargo, si tú activaste cualquiera de los mecanismos postlaudo, llámese rectificación, interpretación, exclusión e integración, la Sala sí te exige cumplir dentro de ellos con haber señalado de manera clara y precisa cada uno de los vicios que tú consideras que el laudo contiene.

Sí, en efecto, considero que es un contrasentido; sin embargo, la razón de las Salas Comerciales por las cuales exigen este requisito, según lo que

he podido ver en las sentencias que he analizado, es porque consideran que se estaría utilizando la causal de motivación, al no haber puesto en conocimiento frente al tribunal arbitral, se estaría utilizando la causal de anulación como una causal del final de la noche.

Ya no tengo por qué razón cuestionar el laudo, bueno, vamos por la motivación, vamos por la motivación, y, por eso, también es porque el número de anulaciones de laudo se sustentan en motivación. Y la Sala lo que señala es como tú me cuestionaste la motivación del laudo en su momento, lo que estaríamos haciendo indirectamente es ampliar indebidamente el plazo de anulación del laudo, porque tú para la anulación del laudo tenías que ir en recurso de anulación directo contra el laudo.

Sin embargo, al no haberlo efectuado, has dejado pasar toda una etapa hasta la solución de los recursos postlaudo, de los pedidos postlaudo, y recién a partir de ahí tú me planteas recién los defectos o vicios de motivación. Es por eso que la Sala, en estos casos, que se han activado, previamente a esta rectificación o interpretación, exige, pues, que la parte deje constancia o se reserve, al menos, el derecho de que en el futuro va a cuestionar el laudo por temas o defectos en la motivación.

Paola Navia Miranda: Bueno, también tenemos otra pregunta, pero antes nos describen el contexto y nos dicen: Si en el contrato primigenio no se consigna una cláusula arbitral, pero por el principio de separabilidad del convenio, posteriormente, las partes autorizan expresamente para que las controversias se resuelvan en vía arbitral; es decir, ambas partes dan su consentimiento para iniciar el proceso arbitral, configurándose el acuerdo arbitral.

Posteriormente, es posible que la parte perdedora argumente ante el Poder Judicial, la falta de convenio por no estar en el contrato primigenio, entonces, y logre la anulación del laudo, ¿sería posible que en estas circunstancias pueda lograr la anulación del laudo la parte que ha perdido?

Andoni Torres: Sí. A ver, si bien es cierto, las partes, primero hay que entender que el arbitraje nace de la manifestación de la voluntad de las partes

porque son ellas quienes deciden qué controversias o determinadas relaciones jurídicas, las que se presenten en determinadas relaciones jurídicas, si serán sometidas y resueltas en el arbitraje.

Sin embargo, también, puede que como la pregunta nos pone en evidencia que las partes no pacten ningún convenio arbitral para que las controversias sean revisadas o resueltas en un arbitraje.

Entonces, ¿qué pasa? Cuando una parte solicita o presenta una solicitud de arbitraje, si la otra parte responde, se tiene por convalidada esta deficiencia de la falta de inexistencia del convenio arbitral. Y, si la otra parte demanda, y la otra parte contesta, y en ninguno al momento de contestar la solicitud de arbitraje, ni al momento de contestar la demanda arbitral, deduce una, cuestiona, en principio, cuestiona el arbitraje o deduce una excepción de incompetencia del tribunal arbitral por falta del convenio arbitral, la parte está convalidando este tema; y, por lo tanto, no podría más adelante cuestionar o buscar la nulidad de un laudo por falta de convenio arbitral. ¿Por qué? Porque, simple y llanamente, el Poder Judicial, recordemos que al momento que hice mi exposición, señalé que hay determinadas causales que están condicionadas a que se cumplan determinados presupuestos, y uno de ellos es el reclamo previo. Por lo tanto, este reclamo previo se tiene que manifestar al interior del proceso arbitral, y la parte que esté en desacuerdo con que esta controversia se someta a arbitraje, tiene que haberlo advertido frente al tribunal arbitral, porque —recordemos—, en principio, es el tribunal arbitral, en base al principio de *kompetenz-kompetenz*, el único llamado y, en principio, a resolver sobre su propia competencia.

Es decir, tiene que darle oportunidad al tribunal arbitral para que se pronuncie sobre su propia competencia, y luego de ello, podría llevar este tema como causal de anulación al proceso judicial. Sin embargo, si no ejercito el reclamo previo, esta causal, evidentemente, será declarada improcedente por el Poder Judicial.

Sería todo.

Daniel Gonzales Gonzales: Francesca, si me permites agregar un tema a la consulta y a los aportes de Andoni; en una oportunidad, tuve un caso que era un proceso de mejor derecho de propiedad. Era el Estado contra unos privados respecto a un terreno para un aeropuerto, pero este proceso judicial tenía mucho tiempo en el que se estaba litigando, y las partes acordaron que los diez o doce procesos judiciales que se estaban llevando, pasen al fuero arbitral.

Entonces, a la pregunta que realizaste, luego, se suscribe un acuerdo y se sigue un proceso arbitral que, a propósito, duró, aproximadamente, tres años, como bien señaló Andoni, ya las partes consintieron el proceso arbitral, y no habría posibilidad, de acuerdo también a la teoría de los actos propios que llegaron a aceptar, nombraron a sus árbitros, estuvieron presentes en la controversia, y luego del proceso arbitral, pretenderían ya en el fuero judicial, solicitar o interponer un recurso de anulación.

Entonces, es por ello, sumado a lo que señalaba Andoni, no tendría la razón la parte que cuestiona ello.

Gracias.

Paola Navia Miranda: Muchas gracias, Daniel. Bueno, y aprovechando que el día de hoy cuento con dos panelistas que pertenecen a la defensa jurídica del Estado, quería consultarles qué opinión tienen respecto a la modificación que ha tenido la Ley de Arbitraje, que el pasado 21 de enero con este Decreto de Urgencia n.º 20-2020 que se dio, da algunas modificaciones para el arbitraje donde interviene el Estado. Qué opinión tienen ustedes, considerando que en nuestro panel anterior hemos escuchado opiniones que quizás con estas modificaciones se está perdiendo este equilibrio entre las partes para acudir a este mecanismo y no contar, quizás, con lo que denominamos igualdad de armas; y también esta pregunta merece, a razón de algunos comentarios que hemos tenido en el chat, donde han mencionado que muchas veces los contratistas, pues, estarían quedando en indefensión en algunos aspectos.

Primero, porque para someterse a un proceso de selección, ya tienen regulados ciertos requisitos, ciertos procedimientos que se van a dar para que ellos puedan obtener la buena pro y, posteriormente, suscribir un contrato y ejecutarlo, pero después de esto también se da la posibilidad de que, dentro de la ejecución del contrato, pues, surjan controversias; y, dentro de estas controversias también tienen opciones para poder ellos acudir.

Y ahí tenemos, pues, lo que es el arbitraje y la modificación a la que hice referencia. ¿Qué opinión tienen ustedes respecto de esta desigualdad que se estaría dando? Ustedes la consideran así, que hay una desigualdad o, simplemente, se está protegiendo más al Estado. Me gustaría escucharlos, por favor.

No sé si, Daniel, ¿podrías iniciar?

Daniel Gonzales Gonzales: Francesca, brevemente, sobre esta modificatoria, yo voy a hacer alusión específicamente al artículo 8 que está referido a las medidas cautelares y al otorgamiento de las cartas fianza.

Yo soy de la opinión de que, más bien, no es una situación de desprotección para el contratista, sino más bien que el piso ahora está más parejo.

¿Por qué sucede esto? Porque con anterioridad a la dación de este decreto de urgencia, como es de conocimiento, para el otorgamiento de la medida cautelar, la contracautela, que es un requisito, solamente resultaba exigible la presentación de una caución juratoria.

Entonces, en virtud de ello, porque estaba establecido así en la norma, el contratista solicitaba una medida cautelar y presentaba una caución juratoria. Podemos hablar de un contrato de doscientos millones, de doscientos cincuenta millones, y presentaba una medida cautelar, no sé, para que no se le apliquen penalidades o para mantener el *status quo* del contrato o, de repente, el contratista resolvía el contrato y presentaba una medida cautelar para que la entidad vea su derecho de poder también resolver el contrato reducido.

En tal sentido, desde mi opinión, me parece que este decreto de urgencia hace que nos encontremos en igualdad de condiciones. Antes había, más bien, todo lo contrario, una desventaja del Estado, y que la exigencia de esta carta fianza, al momento de otorgar una medida cautelar, no hace más que cuidar y proteger al Estado ante cualquier situación adversa, ya que, no olvidemos todos, en un proceso judicial y en una contratación pública se está poniendo, se está jugando recursos del Estado.

En tal sentido, desde mi opinión, este decreto de urgencia no es, más bien, una situación de indefensión para el contratista, sino se ha protegido, se busca proteger al Estado que, más bien, todo lo contrario, se encontraba indefenso ante esta situación.

Gracias.

Paola Navia Miranda: Gracias, Daniel. ¿Andoni?

Andoni Torres: Bueno, siguiendo y sosteniendo lo que Daniel ha comentado, en efecto, en el Poder Judicial, sobre todo ¿cuál era el escenario que se venía suscitando en el Poder Judicial?, que era el órgano encargado de emitir las medidas cautelares fuera del proceso arbitral. Es decir, antes que se inicie el proceso arbitral o antes de la constitución del tribunal arbitral.

Entonces, ¿cuál era el escenario que se presentaba para una entidad afrontar toda esta situación?

En principio, que te paralizaban un contrato destinado a cumplir una finalidad pública: construcción de una carretera, construcción de colegios, de hospitales; de una necesidad sumamente urgente para la población y la sociedad.

Con una medida cautelar, en principio, paralizaba la gestión contractual. La entidad no podía aplicar penalidades, no podía ejecutar algunas garantías, no podía, inclusive, hacer efectivo su derecho a resolver el contrato por incumplimiento de su contraparte, y amarraban estas cautelares a las resultas del laudo arbitral. ¿Y en base a qué?

Como todos sabemos, la caución juratoria es un requisito para la ejecución de las medidas cautelares. No es un requisito para el otorgamiento de las medidas cautelares. El otorgamiento de las medidas cautelares, únicamente, los presupuestos son apariencia de buen derecho, peligro de la demora, razonabilidad de la proporcionalidad de la medida, para su concesión; y para la ejecución, la caución juratoria.

La caución juratoria sirve como una garantía ante cualquier perjuicio que el Estado sufra debido a la ejecución de esas medidas cautelares.

Entonces, qué pasaba. Teníamos como garantía una caución juratoria. Yo, la verdad, bueno, en los pocos años que tengo de abogado, no me he permitido ver o no he podido ver nunca la ejecución de una caución juratoria. Hasta ahora no sé cómo un juzgado puede ejecutar una caución juratoria, que es una promesa de que yo voy a asumir mi responsabilidad hasta un millón de soles, hasta dos millones de soles.

Entonces, estas medidas cautelares muchas veces el resultado del proceso arbitral ha salido que la entidad es la ganadora, pero ¿y cómo la entidad hace efectivo este derecho ante cualquier perjuicio sufrido por la medida cautelar?

La entidad, únicamente, tendría que ir al juzgado a solicitar que haga efectiva la caución juratoria. Bueno, vayamos a ver cómo el contratista podría hacer efectiva esta caución juratoria, determinando al final que la entidad tendría que ir, pues, a un proceso de indemnización de daños y perjuicios porque, a través de una caución juratoria o la ejecución de ésta, no podría lograr satisfacer cualquier perjuicio que se haya suscitado.

Y, por último, este decreto de urgencia n.º 20-2020 también incorpora una consecuencia de la anulación que había tratado hace un momento.

¿Cuál es la consecuencia de la anulación? Que cualquiera de las partes, esta norma sí es equilibrada para ambas partes, no tan sólo es una norma para la entidad o a favor de la entidad. No. Cualquiera de las partes que logre la anulación de un laudo, en virtud de la causal contenida en el literal

b) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, puede solicitar, uno, el apartamiento o, mejor dicho, solicitar la sustitución de los árbitros o formular la recusación de los mismos.

Yo creo que esta causal tiene una consecuencia lógica. Si tienes un tribunal donde la Sala ha determinado, pues, que se ha vulnerado cualquiera de las garantías mínimas del debido proceso de cualquiera de las partes, evidentemente, volver o retrotraer el proceso arbitral con un mismo tribunal arbitral, pues esto sería... terminaría siendo un saludo a la bandera. Porque, evidentemente, si un tribunal no ha cumplido bien con su función de garantizar un debido proceso, con su función de expedir un laudo debidamente motivado, consideramos que razones sobran para que las partes puedan buscar o puedan requerir, pues, que el tribunal arbitral sea uno distinto.

Eso sería todo. Muchas gracias.

Paola Navia Miranda: Gracias. Conclusión: creo que ambos están de acuerdo con estas modificaciones y consideran que, de cierta manera, pues, se estaría protegiendo, bueno, se podría decir, la seguridad jurídica del laudo o de la decisión.

Pero, Andoni, acabas de decir que muchas veces las cauciones juratorias o contracautelas, pues, han sido saludos a la bandera y que muchas veces han sido difíciles de ejecutar, pero si nos ponemos en el caso de quien tenga que presentar esta medida cautelar, porque quien ha salido victorioso en el proceso arbitral ha sido contratista, pues, el Estado, pues, tiene las exoneraciones para presentar ciertos requisitos, y, en este caso, pues esta fianza que se solicita para poder interponer una medida, estarían exonerados, ¿no? Y es ahí quizás esta preocupación que se da esto de la desigualdad que se estaría dando, ¿no?, porque, si buscamos una igualdad, buscamos una seguridad que posteriormente se garantice, la idea es que ambas partes, pues, tengan que cumplir los mismos requisitos.

Agradezco el día de hoy vuestra participación. Realmente, hemos podido conocer cuál es la posición y cuál es el sentir, en este caso, entendiend-

do que ustedes están haciendo, ejerciendo defensa jurídica del Estado, y, bueno, dar por concluida esta mesa y reiterar mi agradecimiento al CAE y, bueno, aprovechar para mandarles un caluroso y enérgico saludo desde acá, desde Cusco, y agradecida por estos tres días donde hemos aprendido muchas cosas de todos los ponentes que han participado, y agradecer a CAE y seguir incentivando para que ellos puedan continuar con esta labor que hacen, que es muy valiosa para la academia.

Gracias.

Jorge Abel Ruiz: Muchas gracias, querida doctora Francesca, doctor Torres, Daniel, por las importantes conclusiones que nos llevamos. Y creo que el tema, bueno, va a dar para más. Todavía vamos a esperar a que se reglamente en este proyecto del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Y, nada, queremos ya cerrar el evento porque ya estamos en la hora, y brindar el espacio para nuevamente agradecer a todos los excelentes expositores que nos han acompañado estos tres días. Fueron tres jornadas académicas donde lo satisfactorio es haber llegado a muchas personas. Gracias por seguirnos. Y también a la doctora Paola, porque yo recuerdo que estuvimos en Cusco en un evento, ya hace un par de años o creo que fue uno de los primeros que llevamos ahí a la ciudad de Cusco, y esperemos volver pronto a los eventos, como yo señalaba, a los presenciales que nos permitan interactuar con mayor cariño en diferentes lugares de nuestro amado Perú.

Y, bueno, mis palabras de cierre son solamente para invitarlos. Va a haber un evento; el 25 y 26 de noviembre vamos a realizar ya este evento también que es muy querido y también muy pedido, y se ha vuelto parte de la actividad de CAE. Es la tercera cumbre de mujeres en el mundo del arbitraje, que va a reunir no solamente a árbitros, procuradores, sino a mujeres que se vienen desempeñando en el mundo del arbitraje y en una nueva generación de abogadas que, poco a poco, van dando a conocer sus talentos y esto va a ser en el marco del homenaje a la magistrada Ruth, quien con su trabajo ha mostrado que las mujeres, todas las personas que persigan sus sueños pueden lograrlo; no hay límite. El cielo no es el límite. Creo que siempre va a haber una estrella más alta que conquistar, así

que esta tercera cumbre va a reunir a las mujeres líderes en el mundo del arbitraje, no solamente nacional, sino internacional, llevando temas de coyuntura en el arbitraje nacional, arbitraje internacional, y también comentando, por qué no, las mujeres en el mundo de las contrataciones públicas.

Así que ahí tienen los enlaces. Estamos el día 25 y 26 de noviembre, continuando con las actividades realizadas por el Círculo de Arbitraje con el Estado.

El ingreso es gratuito. La certificación a los que nos acompañen en Zoom también va a ser gratuita porque creemos que, hoy más que nunca, y sobre todo con la coyuntura que vivimos en nuestro país, el tema de violencia contra la mujer, sin duda, merece un enfoque de trabajo en la educación.

Creemos en la equidad, creemos mucho en darle la oportunidad a nuevos valores, a nuevas mujeres que, poco a poco, con su trabajo, su esfuerzo, se van abriendo camino en el mundo del arbitraje. Y, sobre todo en una sociedad que todavía no cambia este pensamiento de una sociedad, lamentablemente, machista, pero no todo creo que es negativo en nuestro país. Hay eventos como éste y como otros que promueven y resaltan la labor de la mujer. Creo que sin las mujeres la vida no tendría sentido, no solamente por que ellas fueron las que nos dieron la vida, nuestras madres, sino también nuestras esposas, bueno, los que tenemos enamoradas, etc. Y, sobre todo el gran trabajo que hacen en el arbitraje. Éste es un reconocimiento que hemos venido trabajando durante ya tres años. Ésta sería la tercera edición de la cumbre de mujeres y creemos que estos eventos tienen que ser difundidos con mayor amplitud, no solamente a nivel nacional, sino internacional.

Y con esto ya doy por cerrado este evento. Nuestro agradecimiento a cada uno de los excelentes expositores y CAE seguirá comprometido con la difusión del arbitraje, la contratación pública y el derecho administrativo, llevando a ustedes eventos de calidad, de acceso gratuito, y sobre todo, no dejen de visitar nuestro portal institucional: www.caeperu.com, donde

están la jurisprudencia actualizada, las noticias, las modificaciones a la ley y todas las novedades en las alertas legales que tenemos.

Así que no hay excusas para no seguir aprendiendo y compartiendo estos temas de actualidad.

Muchas gracias, doctora Francesca, doctor Torres, doctor Daniel por acompañarnos un sábado, y, bueno, a seguir haciendo patria desde nuestra tribuna.

Creo que todos y la pluralidad de opiniones siempre va a ser importante.

Entonces, muchas gracias a todos los amigos que se han quedado en esta transmisión en directo, y los que se mantienen en Zoom.

Gracias a todos y damos por concluido este Tercer Congreso Regional de Contratación Pública y Arbitraje.

Nos vemos el próximo año en una cuarta edición, Dios mediante, de manera presencial, pero si no, estamos acá remota y virtualmente para hacer esta labor que la satisfacción que nos deja es que ustedes puedan aprender un poquito más de arbitraje o contratación pública, porque nuestro país necesita de nuevos gestores; necesita de nuevos árbitros; necesita de una generación que, creo yo, tiene un rol y un compromiso importante con nuestro país.

Muchas gracias a todos y que Dios me los bendiga, y buenas tardes.

Todos: Gracias. Hasta luego. Hasta pronto.

ACTAS DEL TERCER CONGRESO REGIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE DEL
CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO - 2020
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ABRIL DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

