

ÍNDICE

Nota del editor	9
Inauguración y palabras de bienvenida <i>Jorge Abel Ruiz Bautista</i>	11
DÍA 1	
MESA 1	
MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	13
<i>Sharon Grados</i> <i>Alfredo Soria</i> <i>Daniel Triveño Daza</i> <i>Enzo Zárate</i>	
MESA 2	
ACTOS PREPARATORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	21
<i>Sergio Tafur</i> <i>Roy Álvarez</i> <i>Susana Guerrero López</i> <i>Carlos Torres Zavala</i>	
MESA 3	
SISTEMA DE ABASTECIMIENTO PÚBLICO	31
<i>Luis Fernando Villavicencio Benítez</i> <i>Sandro Hernández</i> <i>Carlos Luis Ireijo Mitsuta</i>	
DÍA 2	
MESA 1	
PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	39
<i>Giuseppe Vera</i> <i>Ricardo Salazar Chávez</i> <i>Carlos Álvarez Solis</i> <i>Fabiola Panlet Monteagudo</i> <i>Sheilah Vargas Soto</i> <i>Christian Guzmán Napuri</i>	

*Jorge Abel Ruiz Bautista**Mario Castillo Freyre**Laura Castro**Gonzalo García Calderón**Manuel Diego Aramburú*

DÍA 3

MESA 1

EL PROCESO DE SELECCIÓN Y EL RECURSO DE APELACIÓN
EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

67

*Juan Carlos Gonzales Salinas**María Hilda Becerra**Sergio Tafur**Victoria Pérez Aguilar*

MESA 2

EJECUCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

81

*Oriáliz Espinoza**José Zegarra Pinto**Roger Vidal**Jairo Cieza*

MESA 3

ARBITRAJE VIRTUAL Y TÉCNICAS DE LITIGIO EN AUDIENCIAS

91

*Carolina Cabrera**Mario Reggiardo**Oscar Ponce de León**Ehvira Martínez Coco**Carlos Ruska Maguiña*

NOTA DEL EDITOR

Es muy grato para la *Biblioteca de Arbitraje*, el incorporar a sus filas el volumen 104, *Primera Parte del Cuarto Congreso de Contratación Pública y Arbitraje. Homenaje al doctor Hugo Sologuren*, organizado por el Círculo de Arbitraje con el Estado - CAE.

Como se recuerda, el CAE organiza todos los años una serie de eventos relacionados con la materia, pero el más importante de todos es su congreso anual. Estamos hablando, en esta ocasión, del congreso que tuvo lugar el año 2021, y que reunió un número muy importante, en cantidad y calidad, de juristas especializados en contratación pública y arbitraje.

Además, este congreso estuvo organizado en homenaje a un muy respetado árbitro de antigua trayectoria, el doctor Hugo Sologuren Calmet Ponte, con quien he compartido numerosos tribunales arbitrales en las últimas dos décadas y de quien tengo el más alto concepto personal y profesional.

El congreso fue todo un éxito y estuvo marcado por la, ya casi eterna, preocupación que implicaba en el Perú el cambio de Gobierno y las incertidumbres que la nueva Administración traería sobre el arbitraje.

Felicitó a Abel Ruiz Bautista, director del CAE, por la organización del evento y por haberlo hecho en homenaje a tan distinguido jurista.

Debo terminar agradeciendo al Círculo de Arbitraje con el Estado por confiarnos, una vez más, la publicación de las actas del referido evento. El presente volumen 104, reúne la mitad de dichas ponencias. El volumen 105, de próxima aparición, contendrá las restantes.

Lima, julio de 2022

Mario Castillo Freyre*

Director

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

CUARTO CONGRESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE HOMENAJE AL DOCTOR HUGO SOLOGUREN

INAUGURACIÓN Y PALABRAS DE BIENVENIDA

Jorge Abel Ruiz Bautista¹

Tengan ustedes muy buenas tardes. Mis palabras de bienvenida en el marco del Cuarto Congreso de Contratación Pública y Arbitraje, en este homenaje en vida que le rendimos al doctor Hugo Sologuren, quien es para muchos de nosotros una influencia, un maestro y, sobre todo, alguien que ha dedicado la vida a mejorar las buenas prácticas en el mundo del arbitraje.

Me complace dar inicio el evento, a este congreso donde el CAE ha reunido más de setenta especialistas nacionales e internacionales. Creemos, y estamos convencidos, que la educación gratuita y de calidad es el camino de cambio que necesita y exige nuestro país. Es importante conocer la contratación pública de cerca, sobre todo los funcionarios públicos, los servidores públicos y los ciudadanos, quienes hoy más que nunca exigen que se atienda necesidades públicas, hospitales, camas UCI, oxígeno, vacunas, etc., y para ello los Gobiernos y el Gobierno entrante tienen que emplear herramientas como la Ley de Contratación del Estado; pero no solamente es la Ley de Contrataciones del Estado, hablamos de diferentes herramientas legales que el Estado tiene para lograr este objetivo de interés general.

Les agradezco a los más de setenta especialistas que nos van a acompañar por la vocación de docencia que han tenido y como CAE tenemos una filosofía, que la mantendremos siempre: vivimos para aprender, aprendemos para enseñar y enseñamos para trascender. Celebramos nuestro cuarto aniversario y para todos nosotros y el equipo que está detrás solamente hay palabras de gratitud y de compromiso con nuestro país.

A los funcionarios públicos, les deseamos y queremos que se sigan especializando en temas de contratación pública, arbitraje y derecho administrativo. A los contratistas también, que hoy son partícipes importantes para reactivar la economía, que sigan adelante, que se puede realizar contrataciones con el Estado sin tener hechos de corrupción. Creo que la transparencia es el camino y, sobre todo, a lo largo de estas jornadas académicas vamos a comentar las nuevas disposiciones de la ley de contrataciones, las modificaciones y temas importantes en el mundo del arbitraje, la junta de resolución de disputas y también la conciliación.

Sin más preámbulos, declaro por inaugurado el Cuarto Congreso de Contratación Pública y Arbitraje. Bienvenidos. Muchas Gracias.

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en contrataciones públicas, concesiones y servicios públicos por la Universidad Castilla-La Mancha, España, posgrado en la Universidad ESAN Graduate School Business, con especialidad en Derecho Administrativo, Contrataciones del Estado y Arbitraje; especialidad en Arbitraje Internacional por la Universidad de Alcalá - España y en Arbitraje de Inversión por la Universidad del Pacífico. Actualmente, se desempeña como director general del Círculo de Arbitraje con el Estado y es docente en la Universidad Continental, Facultad de Derecho en el curso de Arbitraje, Contrataciones del Estado. Es árbitro adscrito al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; árbitro de Perú en la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Ayacucho y en la Cámara de Comercio de Cusco.

DÍA 1

MESA 1

MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Sharon Grados*¹

*Alfredo Soria*²

*Daniel Triveño Daza*³

*Enzo Zárate*⁴

¹ Abogada de contratos, reclamos y controversias en el Megaproyecto de la Modernización de la Refinería de Talara. Titulada por la Universidad Nacional Federico Villarreal y con estudios de maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con especialización en Concesiones y Contratación del Estado en la Universidad ESAN, en Gerencia de Proyectos en la Universidad de Piura, en gestión de contratos y con experiencia en asesoría de empresas concesionarias, constructoras, supervisoras y entidades públicas en la ejecución de contratos y resolución de disputas. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

² Integrante de la nómina de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, del CARC PUCP, entre otras instituciones arbitrales a nivel nacional. Inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico.

³ Abogado con más de diez años de experiencia profesional en materia de contrataciones públicas. Ha brindado asesoría a entidades públicas y empresas del Estado peruano en la adquisición de bienes, servicios, consultoría de obra y ejecución de obras públicas.

⁴ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, egresado de la Maestría de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Árbitro de derecho especialista en contratación pública. Ha ejercido la cátedra universitaria. Actualmente, se desempeña como gerente central de seguridad jurídica en el Seguro Social de Salud ESSALUD.

Sharon Grados: Buenas noches con todos.

En la presente mesa se desarrollará el tema de modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Decreto Supremo n.^º 162-2021. Como recordaremos, a finales de 2020 se publicó el proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento, y en el mes de abril del 2021 se publicó un proyecto para la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Si bien entre un documento y otro se pueden apreciar significativas diferencias, lo cierto es que se evidencia la intención de modificar la manera como contratar. En esta línea de ideas, el 26 de junio del 2021 se publicó el Decreto Supremo n.^º 162-2021, el cual entró en vigencia el 12 de julio, el cual plantea ciertas modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente que es el Decreto Supremo n.^º 344-2018, y además incorpora ciertos artículos.

Así, las modificaciones al Reglamento buscan introducir mejoras al régimen de contratación estatal, incidiendo principalmente en cuatro ejes temáticos: el primero es la simplificación de la toma de decisiones de los operadores respecto a la aplicación normativa; en segundo, medidas que facilitan la gestión contractual; el tercero, mejora de los procesos para la solución de controversias; y, finalmente, la dinamización y reactivación económica del país, fomentando la participación de la micro y pequeñas empresas.

En este contexto, y con relación al eje temático de medidas que facilitan la gestión contractual, me gustaría hacer la siguiente interrogante al doctor Alfredo Soria: ¿qué novedades nos trae la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado respecto a la ejecución y modificación del contrato?

Alfredo Soria: Muchísimas gracias.

Las normas están buscando un equilibrio en la relación que tienen las entidades del Estado con los particulares y eso queda claro en muchos de los artículos que vamos a comentar. En algunos casos era algo evidente, sin embargo, se generaban controversias porque la norma no decía expresamente algunas cosas. Las normas están tratando de aliviar estos problemas y evitar problemas que no deberían darse.

El tema es el siguiente: si ustedes son contratistas, ejecutan su contrato, si no les dan la conformidad y no les pagan, y si tienen que ir a un arbitraje, ¿cómo queda esa relación que tienen con la entidad? Está sucediendo que cada vez nos quedamos con menos proveedores, con menos contratistas, menos gente que quiere contratar con el Estado y eso no es gratuito, eso es porque al proveedor no se le paga cuando debería pagarse. Hay algunos casos en los que el entidad la razón, pero hay otros casos en los cuales porque no lo dice expresamente la norma no se le da la conformidad.

Me parece que ese uno de los objetivos que está detrás, reconocer que la compra pública ya no es la estrella, sino que hay que ver esto como un sistema abastecimiento, no solamente es comprar el bien, sino que llegue el producto al usuario final. Además, está viéndose el tema de la relación con el privado, hay aspectos que tienen que mejorar y aclararse, porque nos estamos quedando sin proveedores —así como nos estábamos quedando sin árbitros, ya habían menos de 40 árbitros en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE y ahora se ha tenido que hacer una medida temporal—.

El artículo 178.7 es uno de los cambios que trae esta norma y nos dice que si bien es cierto puede estar un contrato suspendido en su ejecución, eso no impide que se pueda realizar trámites propios de la gestión de contrato en la medida que sea viable eso. Que el contrato esté suspendido significa no se puede ejecutar las prestaciones, pero eso no significa que no vayamos avanzando en aquellos aspectos que se puedan gestionar y que sean trámites como, por ejemplo, una aprobación de adicionales o una modificación contractual. Esto es evidente, pero no se hacía. Eso ya está.

Otro tema muy importante es respecto de la conformidad. La primera parte del artículo 168.3 señalaba que la conformidad se emite en un plazo máximo de siete días de producida la recepción, es decir, se ha ejecutado la prestación, se ha recibido esa prestación y la entidad tiene un plazo para otorgar la conformidad. La regla general era siete días y, excepcionalmente, quince días para aquellos casos en los cuales era necesario verificar el cumplimiento de otras obligaciones. No existía un plazo regulado para pronunciarse respecto del levantamiento de las observaciones, lo que sucedía, en muchos casos, era que se ejecutaba la prestación y no había una conformidad, había observaciones y se subsanaban. La pregunta que surgía era ¿qué plazo tiene la entidad para pronunciarse respecto de esa subsanación? Como no había plazo, demoraba lo que la entidad quería demorar, y eso traía una serie consecuencias. Ahora la norma por lo menos deja claramente establecido que el mismo plazo de la conformidad va a ser aplicable para que la entidad se pronuncie sobre el levantamiento de observaciones.

Sobre este aspecto de la conformidad, nos dice que cuando la entidad excede el plazo legal previsto para emitir su conformidad, los días de retraso —que sean imputables a la entidad, se entiende— no pueden ser imputados al contratista a efectos de que se apliquen penalidades, porque las penalidades —de acuerdo a lo que dicen nuestras disposiciones de contratación pública— solamente resultan aplicables en caso exista un incumplimiento imputable al contratista o proveedor. Entonces, si no es imputable al contratista o proveedor, sino que es porque la entidad se demoró, entonces no debería aplicar penalidad es lo que ahora dice la norma expresamente. Es evidente, sí, pero por estos casos hay muchos arbitrajes. Ahora la norma lo está aclarando y me parece bien.

Otro aspecto de la conformidad, en el artículo 168.6, dice: si pese al plazo otorgado el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación —le dieron un plazo para que subsane y no subsanó, o subsanó una parte y otra no— la entidad puede otorgar al contratista períodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar, pero —y esta es la precisión— sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la entidad. La norma está dejando claro este tema que desde el punto de vista jurídico, para los árbitros, seguramente era evidente, pero es necesario que esté expresamente para que mañana no se discuta. Me parece que está dando un paso positivo. Pero ya deberíamos parar con los cambios porque los operadores jurídicos se van a complicar.

No voy a abusar de su paciencia, muchísimas gracias por la invitación.

Sharon Grados: Pasamos al eje temático de mejoras en el proceso de solución de controversias. Para ello me gustaría hacer la siguiente interrogante al doctor Daniel Triveño Daza: ¿son suficientes las medidas que se adoptaron en el Registro Nacional de Árbitros?

Daniel Triveño Daza: Gracias por la pregunta, doctora Grados.

La norma, el Decreto Supremo n.º 162-2021-EF, es una norma muy importante respecto al Registro Nacional de Árbitros que tiene un efecto cuantitativo y cualitativo importantísimo.

En términos cuantitativos, esa sola norma lo que ha hecho es cuadruplicar el número de árbitros en el medio y ha dado validez a los registros de aquellos árbitros que en su momento pasaron por un proceso de evaluación implementado, como el del año pasado. Me explico. Los 140 árbitros que ahora están en el Registro por influjo o vigencia de ese este Decreto Supremo n.º 162-2021-EF han pasado toda la etapa de evaluación en su momento —hace siete, diez años—, lo que ocurre es que con ocasión de la nueva versión del Registro Nacional de Árbitros se estableció que tengan que pasar de nuevo por un proceso de evaluación.

Un efecto cualitativo importante es que brinda más opciones al propio sector público para designar árbitros. Si antes había uno, ahora hay poco más de tres, en términos de probabilidades. Y también ha tenido un resultado cualitativo para los árbitros, porque ese listado con el tiempo se ha

ido reduciendo sensiblemente y esto generaba algún inconveniente porque les incrementaba el riesgo de recusación.

Entonces, ha habido un efecto cuantitativo/cualitativo muy positivo por parte del Decreto Supremo n.^o 162-2021-EF que es importante reconocer. ¿Es suficiente eso? Desde mi modesto punto de vista, creo que se puede hacer siempre más.

Voy a comentar tres cositas, no que no necesariamente implican, como comentaba Alfredo, modificar normas, porque muchas de las cosas que se pueden hacer en el Estado pasan por decisiones gerenciales, por la toma de decisiones, y la toma de decisiones en un sector tan importante como el sector público implica: i) el marco de legalidad existente; ii) el margen de discrecionalidad; y, iii) los fines públicos para los cuales las entidades han sido creadas. No es solamente el marco normativo, es aquel ámbito dentro del cual se toma la decisión dentro del margen de discrecionalidad y dentro del ámbito de los fines públicos.

La primera medida gerencial sin cambiar ninguna norma es que durante este año de vigencia que van a tener de manera excepcional aquellos que han reingresado al Registro Nacional de Árbitros hasta junio del 2022, por ejemplo, se permita las postulaciones y las evaluaciones de aquellos quienes quieran integrar el Registro de manera permanente. Esto por un tema muy sencillo: si no permitimos eso, en un año vamos a tener de nuevo cuatro veces menos árbitros.

Una segunda medida gerencial, que no implica cambiar ninguna norma, está en razón a un dispositivo que está vigente desde la publicación del Decreto Supremo n.^o 344-2018-EF en el artículo 240 habla de la información que se registra en el Seace. ¿Qué información tienen que cumplir los centros arbitrales?: las resoluciones referidas a las recusaciones —ustedes saben que al día de hoy algunos centros arbitrales publican sus resoluciones de recusación otros no, pero normativamente tienen que publicarse en el Seace—, los laudos, las decisiones de junta de resolución de disputas —recordemos que la junta es obligatoria desde el 2020—, los informes trimestrales sobre los procesos que inician o terminan, la nómina de árbitros y la información de cada uno de ellos y las actas de instalación y documentos que sean claves. En esencia, cumplir con lo que la propia norma dice. La importancia de eso por algo muy sencillo, los 104 o 105 centros arbitrales que existen inscritos en el Renace deben cumplir con remitir esa información, obviamente también tomando en consideración aquellos centros que no están dentro del radar del OSCE, porque el Renace es un registro del Ministerio de Justicia.

Por último, otra cosa importante que implicaría un poquito más de adecuación es ampliar los ámbitos de transparencia del medio arbitral. Por ejemplo, los árbitros, sin ser funcionarios públicos, ya estamos cumpliendo con parámetros de transparencia de funcionario público: tenemos la obligación de presentar la declaración jurada de intereses que es acceso público, por ejemplo. Pero en el tiempo, como ustedes sabrán, existen actores arbitrales que no necesariamente son los árbitros, pero que inciden en aspectos importantes del proceso arbitral. Por ejemplo, hay recusaciones y honorarios. Los árbitros muchas veces no decidimos sobre ambas cosas, pero hay ciertos órganos que sí lo hacen, entonces es importante que esos agentes tengan parámetros de transparencia —opinión personal— porque puede ocurrir que existan personas que integren algunos órganos colegiados que decidan estas materias que no estén dentro del radar de los agentes registrados dentro del ámbito de contratación pública. Poniendo en perspectiva, estamos hablando de 104 centro registrados de manera informativa en el Renace, pero de los que no sabemos cuáles son sus parámetros de actuación actuales.

Recordemos que la administración de justicia arbitral —porque el arbitraje es una forma de administración de justicia— no deja de tener matices de función pública y como parte de la función pública, sin que eso signifique que los agentes sean funcionarios públicos, sobre todo en un país como el Perú donde se arbitra bastante, siempre es importante cumplir y tener consideración que esos ámbitos de función pública, administración de justicia, son de mucho interés para la sociedad y es importante que en esa sociedad civil esté al tanto del particular.

Sharon Grados: Muchas gracias, doctor Triveño.

Para el siguiente eje temático, acerca de las disposiciones que inciden favorablemente en la dinamización y reactivación económica del país, me gustaría hacer la consulta al doctor Renzo Zárate acerca de las contrataciones directas por emergencias y sus modificatorias.

Renzo Zárate: Buenas noches con todos.

Las contrataciones directas ahora están en pleno apogeo en las instituciones públicas toda vez que la emergencia por la pandemia ha generado que las mismas entidades del Estado tengan que contratar a través de esta figura de la contratación directa.

El artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que se puede llevar a cabo contratar a un proveedor de manera directa ante supuestos establecidos en el artículo 27 de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Esta contratación directa se lleva a cabo frente a situaciones extremas, que es lo que está ocurriendo actualmente.

Tenemos dos supuestos que establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones: el acontecimiento catastrófico y la emergencia sanitaria. Sin embargo, la norma no era muy clara respecto del acontecimiento catastrófico, porque en un primer momento —marzo del 2020, cuando comienza la pandemia— se obligaba, o al menos nos estaban señalando a las entidades públicas que debíamos contratar por emergencia sanitaria, es decir que la contratación directa tenía que pasar por una emergencia sanitaria, y esto conllevaba tener, como establece la norma, un decreto supremo que establezca por el Ministerio de Salud dicha emergencia sanitaria y un anexo con todos los bienes para adquirir para la pandemia. Las entidades públicas, en ese momento, queríamos aplicar este supuesto de acontecimiento catastrófico, teníamos que adquirir tanto bienes y servicios, pero la norma aún no se emitía, no teníamos un decreto supremo que nos señalara cuáles eran los bienes que teníamos que adquirir por emergencia.

Sin embargo, después de algunas consultas al OSCE, este acertadamente emite el Comunicado n.º 011-2020-DTN donde señala expresamente que debe entenderse que la pandemia generada por la COVID-19 también constituye un acontecimiento catastrófico. Con eso cerramos este círculo en el cual las contrataciones directas por emergencia podían por acontecimiento catastrófico o por emergencia sanitaria.

En ese marco, es importante conocer cuáles son los requisitos para la configuración de una contratación directa por situación de emergencia. Básicamente son tres: i) que el uso del bien o servicio esté vinculado a la situación de emergencia, ya sea catastrófica o de emergencia sanitaria, en este caso, por ejemplo, la pandemia; ii) tiene que haber un requisito adicional importantísimo que es la inmediatez en la atención de los requerimientos; iii) que la contratación corresponda a lo estrictamente necesario. Sin embargo, debe tenerse presente que estos conceptos inmediatez y lo estrictamente necesario no tienen un parámetro determinado porque la Ley ni el Reglamento han hecho una explicación.

No obstante ello, ESSALUD presentó una consulta al OSCE este 2021 preguntándole qué significaba la inmediatez, porque teníamos muchas situaciones en las cuales la entidad necesitaba adquirir bienes, pero no los daban inmediatamente porque para traerlos había muchas situaciones difíciles de transporte o de logística y tenían que entender cómo aplicar este requisito de la inmediatez. El OSCE, con el Oficio n.º 0028-2021-DTN, señaló que la solución para que se opte este requisito debe reflejar con claridad la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, no pudiendo desnaturalizarse con requerimientos que no atiendan lo estrictamente necesario. Además, ha señalado que tiene que tomarse en cuenta varios conceptos: la evaluación de orden técnico, la decisión de cómo vamos a comprar y cuál va a ser el tiempo que nos podría demorar una contratación en términos normales, si una contratación va a tomar un tiempo prolongado, como es un proceso clásico, y estando en pandemia, se podría configurar el requisito inmediatez.

Para la contratación directa, se toma la necesidad del requerimiento y de manera directa compra o adquiere el bien de un determinado proveedor en ese momento sin sujetarse a los requisitos formales comprendidos en la normativa de contratación. La norma dice que posteriormente, en un plazo determinado, se tiene que llevar a cabo la regularización de la contratación directa, es decir, la entidad regulariza la documentación de la fecha de la contratación, que haya sido elaborada, aprobada o suscrita según corresponda.

En esta regularización de la contratación hay algunos pasos: hay que determinar qué documentos voy a presentar; tengo que advertir que existan en esta regularización actuaciones preparatorias como el requerimiento del área usuaria y que el órgano encargado de las contrataciones haya elaborado los informes técnicos que recojan la necesidad; y, con posterioridad a todo ello y los informes legales, el titular de la entidad emite la resolución o acuerdo que aprueba esta regularización o esta contratación directa, ya sea por supuesto catastrófico o por emergencia sanitaria. Luego se suscribe el contrato y se cumple con los requisitos que se le ha solicitado en los términos de referencia y el registro en el Seace. Esto es con posterioridad a la adquisición del bien, es decir, primero adquiero y luego regularizo todos los actos que debía hacer previamente.

Sobre la regularización hay que tomar en cuenta el plazo que ha establecido la norma. Si ustedes advierten, la Ley de Contrataciones del Estado establecía un plazo de 10 días para regularizar, ahora Decreto Supremo n.º 162-2021-EF ha modificado a 20 días. Sin embargo, debe tenerse presente que desde marzo del 2020, a través del Decreto de Urgencia n.º 025-2020, las contrataciones directas podían ser regularizadas con 30 días de posterioridad, es decir, modificaron la Ley de Contrataciones en ese momento. Posteriormente, tenemos el Decreto de Urgencia n.º 04-2021 que entidades como ESSALUD solicitaron para regularizar algunos bienes o servicios en 45 días hábiles. Y también un decreto de urgencia anexo como el Decreto de Urgencia n.º 16-2021. En este plazo de pandemia se han ido modificando las normas de 30 días a 45 días para regularizar, pero no obstante ello el Reglamento de Contrataciones ha sido modificado y ya no son 10 días, sino 20 días. Nosotros como entidad aplicamos la que se dio por temas específicos de 45 días, porque son para bienes y servicios determinados en las normas de decretos de urgencia.

Los cómputos de plazos, como hemos señalado, se establecen en esta en esta normativa con esta modificación, pero también este Decreto Supremo n.º 162-2021-EF ha traído una modificación que me parece importante destacar. En el tema de bienes, la norma anterior señalaba que se regularizaba con posterioridad a la entrega del bien o a la primera entrega del suministro. Sin embargo, ahora ha incluido algo adicional a esto: desde su instalación y puesta en funcionamiento o llave en mano. Esto ha traído modificación. Esta situación trae consigo que cuando yo tenga que instalar —y lo pongo en la mesa para discusión— deberíamos tener la conformidad del área usuaria para iniciar el cómputo del plazo, porque la propia norma señala «desde su instalación y puesta en funcionamiento». Para que yo genere puesta en funcionamiento tendría que exigirle al área usuaria que dé la conformidad del bien para computar el plazo de regularización, ya sea de 20 o 45 días.

En los otros aspectos como servicios y obras, la norma no ha hecho modificaciones. En el caso de servicios, el cómputo se inicia con la prestación propiamente del servicio y en la obra, con la ejecución de la obra.

En la realización de la contratación directa puedo ir con un proveedor determinado, ingresa el bien o servicio y tengo los 20 días o los 45 días. Voy a pedirles las actuaciones preparatorias, la certificación presupuestal, los informes técnicos legales y la resolución de aprobación del contrato y el registro en el Seace.

La guía de orientación del OSCE es clara cuando señala cuáles son los requisitos alternos para una contratación directa: que no se encuentre impedido para contratar con el Estado, que no esté inhabilitado, preferentemente que el proveedor cuente con una inscripción vigente en el RNP y la normativa no ha previsto que el giro del proveedor deba coincidir con la información declarada en la Sunat, situación que el OSCE a veces está requiriendo, pero incluso se señala que en la indagación de

mercados, si existiera un solo proveedor, se puede escoger a ese proveedor porque la teoría es que estamos en emergencia y esta emergencia nos habilita para contratar de manera directa.

Muchas gracias.

Sharon Grados: Muchas gracias. Pasamos a la etapa de conclusiones. Empezamos con el doctor Soria.

Alfredo Soria: Es necesario llegar a un punto medio. Las reglas no pueden favorecer al contratista ni a la entidad, creo que ese es el mensaje que ahora nos están dando estas precisiones, este cambio de criterios, en este decreto supremo. En la medida en que encontramos un punto medio en la regulación creo que vamos a fomentar que puedan existir más proveedores, sin descuidar, obviamente, los intereses del Estado para hacer más eficiente estos mecanismos de contrataciones.

Renzo Zárate: Algunas reflexiones. Creo que esta situación en el caso de contrataciones directas ha sido una experiencia importante en esta etapa de pandemia. Conversaba con operadores del Ministerio de Economía, del propio OSCE y hay toda una tendencia a asumir algunas experiencias para la modificación de contrataciones directas por emergencia de manera inmediata. Tenemos que ponernos de acuerdo en algunos conceptos y ello no solamente para consolidarlos, sino también para evitar situaciones contrarias para la entidad y no dejar de ser eficientes. Esto es importante a los efectos de la entidad, para los órganos de control y demás operadores administrativos que van a aplicar esta normativa de contratación pública con relación a la contratación directa por emergencia.

Sharon Grados: Muchas gracias.

Como hemos podido apreciar de los temas desarrollados en esta mesa, las modificaciones que se han realizado mediante el Decreto Supremo n.º 162-2021-EF están orientadas, en gran parte, a la activación económica. Podemos apreciar de estas modificaciones —que no son pocas, aproximadamente 33 modificaciones— que es un proyecto que recogen muchas aclaraciones, ajustes, inquietudes, sugerencias de los operadores del sistema y trae aspectos positivos buscando un equilibrio entre los contratistas, el Estado, los proveedores. Sin embargo, el límite es regular lo necesario, evitar la sobre-regulación, que como hemos visto no es una buena práctica.

Gracias a los ponentes y los que nos acompañaron.

MESA 2

ACTOS PREPARATORIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Sergio Tafur*¹

*Roy Álvarez*²

*Susana Guerrero López*³

*Carlos Torres Zavala*⁴

-
- ¹ Abogado por la Universidad de Lima. Actualmente se desempeña en las áreas de Contratación Pública, Arbitraje y Litigios Judiciales de la firma Tafur Asesores & Consultores. Con estudios de Ciencias Políticas en la Universidad de Salamanca, así como con especializaciones en Arbitraje en Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro asociado de la Asociación Civil ADV Editores y cofundador del Círculo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima.
- ² Ha laborado por más de ocho años en el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado como especialista de la Dirección Técnico Normativa y supervisor en la Dirección de Gestión de Riesgos. Cuenta con más de 17 años de experiencia en compras públicas y actualmente se desempeña como especialista corporativo de contrataciones en la corporación Fonafe. Es egresado de la maestría en Gerencia Pública de la Universidad Continental. Es docente en el OSCE, en la Escuela Nacional de Control, en la Universidad Continental y en diversas instituciones educativas nacionales e internacionales.
- ³ Abogada. Candidata a doctora. Magíster en Derecho de la Empresa, con máster en Gestión Pública. Cuenta con especialización en contrataciones del Estado. Tiene experiencia en Administración Pública como especialista en contrataciones.
- ⁴ Abogado, árbitro y secretario arbitral. Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Maestroando en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especialista en junta de resolución de disputas en el sector construcción por la PUCP y coautor del libro *Ley de Contrataciones del Estado comentada (concordada con su Reglamento)*.

Sergio Tafur: La presente mesa tiene como finalidad abarcar uno de los momentos más importantes del proceso de contratación, a mi parecer, los actos preparatorios en la contratación pública, y de hecho este es el inicio de todo el proceso de contratación pública. Estamos hablando acá del nacimiento de la contratación, desde la formulación del requerimiento y la etapa de planificación. En las presentes ponencias vamos a abordar cada una de las etapas y momentos de los actos preparatorios.

Vamos a comenzar con la ponencia del doctor Roy Álvarez referida a los supuestos que se encuentran excluidos del marco de la ley de contrataciones con el Estado y respecto a cómo se supervisan las compras menores de 8 UIT para evitar el fraccionamiento, el mismo que se encuentra prohibido por artículo 20 de la ley de contrataciones con el Estado.

Roy Álvarez: Muchas gracias.

Las compras menores, estas contrataciones por montos menores o iguales a 8 UIT, son muy comunes. A diario en las entidades desarrollamos este tipo de contrataciones. El Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) se enfoca, entre otras funciones, también en el desarrollo de este tipo de compras. Es bueno saber que estas contrataciones tienen un procedimiento, existen algunas regulaciones que debemos cumplir a efectos de evitar incurrir en alguna responsabilidad, más aún que este tipo de contrataciones se encuentran dentro del ámbito de la supervisión del OSCE. Vamos a conocer las condiciones especiales para el desarrollo de este tipo de contrataciones.

La contratación pública permite a la entidad abastecerse de los bienes, servicios y obras que necesita para el desarrollo de sus funciones a través de un proceso de contratación que abarca tres grandes momentos: el primero, cuando se identifica la necesidad; el segundo, cuando a través de alguno de los métodos de contratación se elige y contrata al proveedor; y el tercero, cuando ya se ejecutan las prestaciones. Pero para desarrollar este proceso existe una normativa que regula las disposiciones que deben regir. El artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece que a través de una ley se van a dictar los procedimientos y excepciones de esta normativa, y esta no es otra que la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley n.º 30225 en la actualidad. Adicionalmente a la Ley, tenemos su Reglamento que ha sido modificado hace poco; y el tercer elemento de esta normativa de contrataciones del Estado vienen a ser las directivas emitidas por el OSCE.

Cuando hablamos sobre el ámbito de aplicación de esta normativa vamos a ver que tenemos dos supuestos: un ámbito subjetivo, referido a quién debe aplicar esta normativa —y para ello vamos a referirnos a las entidades, y la ley establece una lista de las que se consideran entidades—; y un ámbito objetivo, referido a para qué —abastecerse de bienes servicios y obras— y con qué —con cargo a fondos públicos—. Cuando se cumplan estos elementos esa contratación se ciñe a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, es decir, Ley, Reglamento y directivas.

No obstante, la propia normativa establece excepciones, situaciones en donde estamos frente al ámbito subjetivo, al ámbito objetivo, es decir, se trata de una entidad que va a hacerse de bienes servicios u obras con cargo fondos públicos, pero por disposición expresa de una ley están excluidas. Estos supuestos de exclusión los encontramos en los artículos 4 y 5 de la Ley y podemos dividirlos en dos grandes grupos: supuestos excluidos sujetos a supervisión del OSCE y supuestos incluidos no sujetos a supervisión del OSCE. Esta lista de supuestos veremos que abarca diversas materias, algunas por la especialidad, otras por la cuantía.

La norma ha indicado que se van a apartar de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero parte de estos supuestos se encuentran bajo la supervisión del OSCE y esa supervisión abarca que se haya configurado el supuesto excluido. Dentro de esos supuestos encontramos las contrataciones por montos menores o iguales a 8 UIT. Si podemos dividir la contratación pública respecto de su monto, podríamos decir que tenemos contrataciones que se dan por montos mayores

a 8 UIT que deben de ceñirse a un procedimiento, a una forma que el Estado ha optado. En este caso, dado el año en que nos encontramos, 8 UIT constituyen 35 200 soles. Las compras que realice una entidad que se encuentra dentro del ámbito y que constituyan montos mayores a esta cifra deben seguir un procedimiento de selección, que podría ser un procedimiento competitivo. La mayoría de procedimientos son competitivos, es decir, permiten la mayor participación de proveedores, y digo la mayoría porque hay algunos procedimientos, como la contratación directa, que tienen determinados supuestos que implica un procedimiento de selección, pero que no es competitivo.

Si hablamos de las compras por el monto, ¿qué pasa con esas compras que son por montos menores o iguales a 8 UIT? Estas compras no están dentro del ámbito de la normativa de contrataciones, a pesar de que es una compra de una entidad para hacerse de bienes, servicios u obras con cargo fondos públicos, pero dada la cuantía de estas contrataciones, y las contrataciones que venimos desarrollando con el día a día, para agilizar este tipo de compras, para coadyuvar a esta función de abastecimiento que tiene el OEC dentro de la entidad, se han previsto contrataciones que a pesar de que deberían cumplir el supuesto de aplicación han sido excluidas, y esto ha ido variando a lo largo de los años, hemos pasado de una, de tres, ahora a ocho UIT.

¿Qué normativa aplica a estas contrataciones? En principio, están excluidas de la normativa general, las opiniones del OSCE han previsto que la entidad deberá establecer su propia normativa que regule este tipo de contrataciones —que particularmente me gusta denominarlas «compras menores», para diferenciarlas de lo que ahora se conoce como contratación directa, porque una contratación directa en la actualidad es un procedimiento de selección, solamente que con determinadas características—. No se trata que sea un cheque en blanco, si bien la entidad tiene la potestad de establecer sus procedimientos, vamos a ver que este tipo de contrataciones son de montos pequeños, pero en mucha cantidad. Si pudiéramos revisar cada una de las entidades y a cuánto asciende ese tipo de contrataciones, sentiríamos que es una compra importante al interior de la entidad.

Para desarrollar este tipo de contrataciones, la entidad debería ceñirse a los principios que establece la Ley de Contrataciones del Estado para las compras menores, hay una serie de consideraciones que debe tener represente la entidad cuando desarrolla este tipo de compras: en primer lugar, el proveedor no puede encontrarse impedido para contratar, no puede estar sancionado u otro; también que este proveedor cuente con RNP en el objeto del que se va a efectuar la contratación, salvo que se trate de una compra menor a 1 UIT.

¿Cómo podemos determinar si el proveedor está o no impedido? Les comento que ya hace unos meses se ha implementado una gran la herramienta en el OSCE que es la Ficha Única del Proveedor. Uno ingresa a la ficha, consigna el RUC o el nombre del proveedor y aparece toda esta información, si tiene RNP, si está vigente, en qué registros, si tiene alguna causal de impedimento. Es importante antes de perfeccionar una contratación verificar que el proveedor cumpla con estas condiciones.

Otra condición que se debe mantener en este tipo de compras es que se desarrollan bajo la normativa que la propia entidad haya establecido, si fuera el caso, pero siempre respetando los principios de la contratación pública. No se trata de que a través de este tipo de compras yo voy a elegir a quien quiera, hay respetar los principios de libertad, que me genere una contratación eficiente, al mejor proveedor, al que pueda brindar las condiciones más ventajosas para la entidad.

Un elemento muy importante es tener en cuenta la planificación. No podría desarrollar contrataciones menores o dividir la contratación unitaria porque estaría incurriendo en una causal de fraccionamiento. Vamos a ver que el fraccionamiento indebido es ir en contra de la unidad que debe tener una contratación, saber que yo tengo una necesidad quizás recurrente y divido la contratación para, por ejemplo, aplicar contrataciones por montos menores o iguales a 8 UIT, que es un supuesto excluido. Debemos tener en cuenta esto, porque el fraccionamiento genera responsabilidades tanto en los integrantes de la OEC, del área usuaria o del área que tiene la función de planificación.

Hay que evitar incurrir en fraccionamiento, debo tener una buena planificación que permita conocer cuándo corresponde mi prestación y optar por la forma establecida y no evadir el procedimiento que correspondería aplicando contrataciones menores. Este tipo de contrataciones se encuentran bajo la supervisión del OSCE. Estas contrataciones que generan una orden de compra de servicio tienen que ser registradas en el Seace, todos podemos revisarlas. El OSCE, a través de su función de supervisión, verifica que las entidades realmente estén registrado estos documentos. Hace poco publicó una lista de entidades que han incumplido con su obligación de registrar esta información, lo que, obviamente, va a generar responsabilidades serias a los funcionarios que hayan omitido este registro.

Finalmente, para referirme a ese tipo de compras, considero que es una oportunidad importante para darle agilidad a las compras que desarrolla la entidad. Hace poco, con el proyecto de modificación de la ley, se pretendía ampliar este margen. Creo que la idea no es ampliar, la idea es darle un enfoque dirigido quizás a un sector, podríamos, en algunos casos, entidades de provincias quizás, emplear este tipo de compras enfocadas al sector mype, que actualmente representa el 99 % de la economía nacional, creo que es un tipo de compra muy interesante que no debería dejarse de lado, no por el hecho de ser una compra menor no es significativa en cuanto a presupuesto, en cuanto a recursos que invierte la entidad. Y debería siempre respetarse en ese tipo de compras y en el resto que se cumplan los principios establecidos en la normativa.

Les doy gracias por la presentación.

Sergio Tafur: Muchas gracias, doctor.

Hablaremos ahora de la importancia de la etapa de planificación. Recordemos que la planificación es el momento crucial para los diversos actores de la contratación pública, ya sea para que la entidad tenga delimitado el presupuesto anual, para que el contratista tenga conocimiento de los requerimientos que pueden tener sus potenciales clientes y para que la sociedad en general pueda tener un control de hacia dónde se destinan los recursos que tiene.

En esa línea, en la presente ponencia, la doctora Susana Guerrero López nos hablará de cómo podemos planificar mejor y cuáles son los aspectos relevantes que se deben considerar en el Plan Anual de Contrataciones.

Susana Guerrero López: Muchas gracias, buenas noches con todos.

Como parte previa me gustaría incidir en lo importante que es la planificación dentro de las contrataciones con el Estado. Hay que hacer énfasis en que la planificación muchas veces es relegada sin darnos cuenta de que ello va a repercutir negativamente a través de todo el proceso de contratación y, lastimosamente, representa muchas veces pérdidas en lo que concierne a ejecución del presupuesto o compras mal hechas.

La planificación como tal parte desde una perspectiva macro, porque si bien en la Constitución de 1993 no tenemos implementado un sistema de planificación propiamente como lo teníamos en la constitución de 1979, sí tenemos actualmente un sistema de planificación que a su vez desarrolla unos objetivos macro, que a su vez, en un efecto cascada, son aterrizados en distintas entidades para lograr objetivos de políticas públicas a nivel nacional. La planificación va a cumplir una labor de brújula, por así decirlo, para ver hacia dónde está orientada la ejecución del presupuesto de una determinada entidad.

Específicamente, la planificación es importante en la contratación del Estado. Es necesario tener en cuenta que el Plan Estratégico Institucional - PEI es una de las herramientas con la que cuentan todas las entidades para satisfacer la función pública que tienen a cargo y ello pueda concretarse en la atención a los ciudadanos de acuerdo a las funciones que estas cumplen en el ámbito de salud, de infraestructura, etc., asigna distintas funciones a distintas entidades. A su vez, el PEI debe ser reflejado

en el Plan Operativo Institucional - POI que recoge los objetivos a corto y mediano plazo, en este caso a corto plazo, para que la entidad pueda ejecutar determinadas actividades o funciones que le son encomendadas. Ese POI debe estar alineado a lo que es el sistema de presupuesto que anualmente todas las entidades concretan a través del Presupuesto Institucional de Apertura - PIA. Este PIA es importante para concretar el Plan Anual de Contrataciones.

El Plan Anual de Contrataciones consolida todas las necesidades que son reportadas por las áreas usuarias en los cuadros de necesidades que para este efecto se elaboran. Viene a ser un triángulo que está intrínsecamente relacionado e importante para tener compras eficientes y que a futuro reflejen la verdadera satisfacción de la necesidad pública que es a lo que apunta todo este tipo de compras.

El Plan Anual de Contrataciones es un documento de gestión pública que nos va a permitir ejecutar y evaluar las contrataciones de bienes, servicios y obras que serán convocadas por una entidad durante el año fiscal y se va a articular con su presupuesto institucional. Este Plan como meta debe contener la inclusión de todas las contrataciones que obedecen en forma estricta a la satisfacción de las necesidades de la entidad.

El Plan Anual de Contrataciones debe contener, entre otros relevantes, todos los procedimientos de selección a convocarse durante el año fiscal, es decir, la entidad debe haber previsto desde el año anterior, cuando se elaboran los cuadros de necesidades y se reportan, qué procedimientos van a llevarse a cabo. Este mecanismo de reporte de manera anual y de ejecución anual de muchos procedimientos de selección, que a su vez se traducen en contratos a futuro, resultan inefficientes, pues hacer un procedimiento de selección en el año muchas veces, en el caso de concursos públicos, por ejemplo, implica un calendario amplio que incluye, entre otros, la formulación de consultas, la solución de consultas, lo que toma a veces la mitad de un año cuando el procedimiento de selección es observado o impugnado. Estos casos nos obligan a replantear algunos mecanismos de trabajo que no han sido tan eficientes, desde mi experiencia en contrataciones, porque nos tomamos mucho tiempo en hacer el procedimiento de selección y esto lleva a que durante el año tengamos poco tiempo para que el año siguiente otra vez activemos todo ese aparato de manera innecesaria. Estoy totalmente de acuerdo con las compras multianuales del nuevo proyecto para la ley de compras públicas, que van más allá de un año y que implicarán un ahorro en recursos humanos y en tiempo.

Este Plan Anual de Contrataciones también debe contener los procedimientos de selección que no fueron convocados durante el año fiscal anterior. Asimismo, se incluye aquellos procesos que fueron declarados desiertos y aquellos que fueron declarados nulos de oficio en el año fiscal anterior. El común denominador de la inclusión de estos tipos de procedimientos, tanto los que no fueron convocados como los desiertos y los declarados nulos de oficio, es que el área usuaria tiene que expresar que persiste su necesidad y que cuenta con el debido presupuesto, lo que es muy importante.

La problemática que podemos advertir en los planes anuales de contrataciones, por una parte, se centra en que el sistema de contrataciones no ha demostrado su eficiencia a la hora de concretar los presupuestos asignados en el inicio de año a las entidades en servicios, bienes u obras que puedan materializarse en beneficio de la comunidad o puedan hacerse tangibles, lo que se denomina la finalidad pública. Pasa que la ejecución es mínima al comienzo del ciclo fiscal y al final del año todos están tratando de cerrar el año convocando a última hora todos sus procesos. Esto definitivamente debe cambiar porque trae una serie desventajas para el Estado, porque se pierde el presupuesto, muchas veces se hacen compras apresuradas que no son las más eficaces y que no repercuten ni satisfacen ninguna necesidad pública.

Otra parte de la problemática está en los presupuestos que se quedan sin ejecutar debido a que los procedimientos de selección no se llegaron a concretar en el año fiscal como estaban previstos y no siempre se obtiene esa fórmula de relación precio-calidad.

Ante esta problemática, la planificación es esencial a todo nivel y con mucha mayor razón cuando lo que se pretende es mejorar la calidad del servicio hacia la comunidad, lo cual está dirigido

por una entidad determinada a través de la concreción de una función pública determinada. Los planes y políticas del Gobierno nacional y de los organismos deben ser más rigurosos y revelar las necesidades a satisfacer de la entidad, porque muchas veces lo que se hace en las entidades es, simplemente, cambiar el número del año en el cuadro de necesidades y no son nada rigurosos en verificar cuánto de la compra del año pasado se tiene en almacén. Desafortunadamente, no hemos hecho énfasis en la capacitación que realmente necesitan las áreas usuarias, en mi opinión, las áreas donde justamente se da la génesis de todo este procedimiento que muchas veces termina en arbitrajes en los cuales el Estado sale perdiendo en la mayoría de las veces porque se ha hecho una mala determinación, porque se han hecho compras que no están justificadas, que no satisficieron una necesidad pública. Tenemos la tarea de ser más rigurosos al elaborar los cuadros de necesidades, con personas que tengan esa capacitación, al menos básica, y que sepan cómo reflejar las necesidades de su área.

Voy a hacer énfasis en esta formación y calificación de los profesionales que intervienen en la fase de los actos preparatorios, porque si bien ahora el OSCE ha puesto filtros para capacitar, aún nos queda mucho camino por andar, no solamente es el OEC, debemos enfocar todas las áreas para que estas tengan los conocimientos básicos mínimos sobre cómo efectuar de manera funcional y eficaz sus cuadros de necesidades.

Adicionalmente, es necesario contar con sistemas informáticos amigables que estén interconectados con los programas y proyectos que todas las entidades publicuen de manera anual, muchas veces entrar a la página de una entidad y ubicar Plan Anual de Contrataciones es una tarea escabrosa para el ciudadano. Destaco este aspecto porque una planificación adecuada, adicionalmente al rol de eficacia de aquellos funcionarios operadores dentro de una entidad y el consecuente beneficio, satisfacción de la comunidad o de la finalidad pública que pueda ser materializada de manera eficiente y eficaz, también va a cumplir un rol con el monitoreo y vigilancia que puede hacer la ciudadanía sobre lo que se está haciendo con el dinero del Estado. Es indignante, aún más con la pandemia, ver cómo muchas veces los presupuestos son dilapidados o robados por funcionarios que no tienen esa consecuencia o esa ética para ejecutar de una manera eficiente el presupuesto público. No digo que sean todos, pero lastimosamente se ha visto en gobiernos regionales y locales. ¿Cómo vamos a lograr hacer un monitoreo o vigilancia ciudadana si ni siquiera podemos partir de qué es lo que esa entidad previó comprar en un determinado año o a qué compras estuvo orientado sobre su presupuesto?

Una planificación adecuada va a redundar positivamente, siempre y cuando tengamos estos mecanismos para que la sociedad pueda participar. Y traigo a colación esto porque hace poco se acaba de publicar la Directiva n.º 001-2021-OSCE/CD que regula el programa de vigilancia ciudadana en las contrataciones públicas. Entonces, toda esta buena intención de hacer estos programas de vigilancia ciudadana también va a verse nutrido con un adecuado sistema informático amigable en el que se publique lo que la entidad estableció en su Plan Operativo Institucional, lo que se propuso hacer en el año, lo que estableció en su cuadro de necesidades como actividades o como procesos de selección inmediatos a comprar en el año.

Para finalizar, hago alusión al proyecto de la ley general de la cadena de abastecimiento público. Este proyecto me parece un cambio de paradigma porque tiene una visión holística e integral, y justamente recoge ese aspecto transversal de retroalimentación entre las unidades orgánicas que participan desde la planificación hasta la ejecución y almacenamiento de las compras públicas en el caso de bienes y obras, y el seguimiento de los servicios que adquiere una entidad. En este caso, esta cadena de abastecimiento parte de una gestión de la programación multianual de abastecimiento, una gestión de adquisiciones y una gestión de la administración de los bienes públicos, componentes que están interconectados

Quiero terminar esta pequeña disertación con una invitación a todos para que no dejemos de lado y podamos hacer énfasis desde donde nos encontramos para lograr esta transversalidad entre todas las unidades orgánicas de una entidad, porque las compras públicas no son un mundo aislado solamente de logística ni de la ejecución contractual, parte de un buen diseño y planificación que definitivamente va a incidir en todos las demás fases de un proceso de compras públicas.

Sergio Tafur: Muchas gracias, doctora.

El último tema de la mesa trata respecto a uno de los errores más recurrentes de las entidades, y que a mi parecer llega a tener las consecuencias más fatales en el proceso de contratación: la elaboración del expediente técnico, específicamente vamos a hablar el tema del requerimiento, de cómo armar un expediente de contratación. Para ello contamos con la presencia del doctor Carlos Torres Zavala, quien nos explicará cuáles son las consideraciones esenciales para elaborar un expediente de contratación y cómo mejoramos los requerimientos en el contexto actual de estado de emergencia.

Carlos Torres Zavala: Muchas gracias.

Respecto a cómo hacer mejor un expediente de contratación dentro del estado de emergencia sanitaria en que nos encontramos, creo que lo esencial es la planificación, la programación, todos los actos preparatorios, porque debemos tener en cuenta que cuando llega el requerimiento, que es la necesidad del área usuaria de alguna entidad en el Perú, lo que hay que ver es, con miras a futuro, qué va a conllevar ese requerimiento: a una contratación directa por emergencia, a una contratación por acuerdo marco, a una contratación por subasta inversa o tal vez existe una ficha homologada.

Estos últimos elementos que he mencionado están dispersos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, cuando le llega el requerimiento al especialista en contrataciones del Estado —el Órgano Encargado la Contratación que tiene diversos nombres en nuestro país: puede ser unidad de abastecimiento, unidad de logística, unidad de adquisiciones— lo importante es que este órgano interno de la entidad que va a verificar el requerimiento, antes de iniciar cualquier tipo de acción, tiene que ver si existe una ficha homologada, si existe una ficha de subasta inversa o tal vez está en un acuerdo a marco o tal vez no está en ninguno de ellos y se va a hacer una contratación ordinaria —dependiendo, si es menor a 8 UIT hay un procedimiento y si es mayor a 8 UIT es un procedimiento de selección *per se*. Este tipo de detalles es importante saber desde un comienzo, y no me refiero a este año fiscal, porque hoy estamos ejecutando lo que un año antes —incluso años anteriores— ha venido gestionándose.

Entonces, para ser eficientes en armar un buen expediente de contratación con miras al siguiente año lo que se tiene que hacer desde ya, no solo bajo el sistema de abastecimiento del que estamos hablando, es concatenarlo con los demás sistemas: presupuesto, inversiones, planeamiento estratégico. La ejecución de ese presupuesto tiene una idea tiene un plan, sea regional o local, y, a la vez, tiene una idea nacional —hasta ahora estamos con el Plan Bicentenario, sin embargo, ahora nos vamos con el Plan Perú al 2030—. Lo que tenemos que ver es cada requerimiento, desde un sol a un millón de soles, todo tiene una mira programática, funcional porque el planeamiento estratégico lo establece de esa forma, el planeamiento estratégico va de la mano con el abastecimiento, no se puede realizar un requerimiento si no está enlazado con un plan. Ese plan local, a la vez, va a estar enlazado con un plan multisectorial; ese plan multisectorial, a la vez, va a estar enlazado con el Plan Bicentenario y sus diversas políticas del Perú; esas políticas se van a actualizar con miras al 2030.

Quisiera dejar sentado que la idea del requerimiento la idea de una compra exitosa es pensar a futuro, no pensar en lo que ya estamos haciendo porque tenemos un Plan Anual de Contrataciones que lo estamos ejecutando, pero lo que tenemos que hacer ahora es con miras al siguiente año o a los próximos años —depende del PI, del POI, de qué entidad se trate y en qué sector labore—, pero la idea es definir cuáles son los diversos tipos que se van a dar dependiendo del requerimiento, porque si es subasta inversa sí o sí es a través de una ficha de bienes o servicios comunes que Perú Compras aprueba y está debidamente publicada. Entonces, si tenemos una necesidad, podemos saber si es que se va a solucionar con subasta inversa o no, porque al tener esa idea clara nos vamos a enfocar a que la indagación de mercado, la aprobación de expediente, la designación de comité y todos los diversos actos que continúan van a estar enfocados a subasta inversa; porque a la vez voy a priorizar otros requerimientos como tal vez una licitación pública o un acuerdo a marco.

Sobre el tema del acuerdo a marco, según la normativa de contrataciones del Estado, las compras por acuerdo a marco, salvo que Perú Compras disponga un punto en contrario, no son fraccionamiento. Podemos hacer diversas compras por acuerdo marco porque ya hay unas fichas y unos proveedores preseleccionados para comprar. No es que vamos a hacer un procedimiento de selección habitual —entíéndase licitación o concurso público— para adquirir esos bienes que están en el acuerdo a marco, lo sé porque está publicado en Perú Compras y para eso debe tener en cuenta el momento de tener el requerimiento, porque si no puede pasar, por ejemplo, que tenemos un requerimiento que está en el acuerdo marco, su procedimiento es más célebre, y lo estamos haciendo enfocados como si fuera una adjudicación simplificada o un concurso público, lo que genera demora en tiempo y horas hombres que podrían emplearse para realizar mejores gestiones sobre otro tipo de contrataciones, pero solo por no haber revisado desde un comienzo al tener el requerimiento.

Otro punto que se debe tener en cuenta es la emergencia sanitaria, expresamente, es una causal para una contratación directa. Con esta modificación del Reglamento no se ha precisado muy bien el tema de lo inmediato. Sin embargo, hay que tener en cuenta que han salido diversas guías —a raíz de un decreto de urgencia que menciona que de manera progresiva las instituciones educativas van a ingresar a las clases de manera presencial—, el OSCE emitió una guía donde da diversas pautas sobre cómo hacer una contratación directa. Lo que debe tener la contratación directa es que se haga habiéndose realizado una interacción con el mercado a fin de que se tenga de manera previa una indagación para determinar el mejor precio que de una manera inmediata se puede tener. Lo mencionó porque todavía nos encontramos en emergencia sanitaria y hay que tener en cuenta ese punto al momento de realizar una contratación directa por emergencia, que hubiera sido ideal que a raíz de esta modificatoria de Reglamento se hubiera detallado mucho mejor los pasos para que por principio de legalidad todos los funcionarios y servidores públicos puedan tener un margen legal para actuar y no tanta discrecionalidad.

Finalmente, un punto que también se debe tener en cuenta para tener una compra exitosa, un expediente de contratación pulcro, es el fraccionamiento indebido. Aparte de la excepción que mencioné del acuerdo marco, otra excepción para que no sea fraccionamiento una compra y, por ende, sea exitosa y, por ende, no sea no se tergiverse y eso entorpezca la finalidad pública que es la idea de la contratación, es la siguiente: si se tiene un requerimiento y por temas presupuestales no se puede contratar el 100 %, tal vez se contrata el 50 %, la compra del saldo el 50 % meses después, dentro del año fiscal, no es considerado fraccionamiento y, a la vez, la norma menciona la necesidad imprevisible adicional a la programada. Esa última parte se permite en determinados casos, especialmente porque estamos en emergencia. Esta necesidad imprevisible adicional a la programada se debe sustentar, no es algo que simplemente se invoca, se dice o se omite y se hace de esa forma; tiene que estar sustentada. Si uno va a realizar un requerimiento que es adicional al programado, debe ser imprevisible y debe ser sustentado de esa forma en el expediente, pues de lo contrario uno, dos o tres años después, en una auditoría interna o externa, se va a verificar que existen diversas compras y se analiza si esas compras adicionales a las programadas pudieron ser previstas o es que se pudo programar en su momento y, lamentablemente, por una negligencia administrativa no se hizo.

Vemos que el fraccionamiento va de la mano con la programación, pues el éxito de la contratación pública es la programación. Si nosotros desde ahora, julio de 2021, podemos hacer un análisis prospectivo de la programación de un requerimiento de una necesidad, hágámoslo, de lo contrario a futuro vamos a incurrir en unos problemas y unos trastornos administrativos que aún estamos a tiempo de evitar.

Muy amable por su atención y muchas gracias.

Sergio Tafur: Muchas gracias, doctor.

Solamente quería cerrar esta última ponencia solicitándoles a la doctora Susana y a usted unas breves reflexiones respecto del tema.

Susana Guerrero López: Coincido con que una mala planificación es el origen de muchas deficiencias. Quisiera incidir en el hecho de que tenemos que reparar en lo importante que es la planificación y además la capacitación de los profesionales que intervienen como áreas usuarias para que puedan traducir esa necesidad de una manera eficiente, porque una necesidad bien descrita y recogida en un cuadro de necesidades de una manera apropiada va a redundar positivamente a favor de la comunidad, satisfaciendo la necesidad de bienes servicios obras y, por lo tanto, en el bienestar de la población.

Carlos Torres Zavala: Poco a poco, como contratación pública nos estandarizamos más, las necesidades son más comunes, más recurrentes, permanentes en diversas entidades, por eso es que les recomiendo que antes de continuar con la contratación de cualquier requerimiento se vea si está en las fichas de subasta inversa, en acuerdo marco o si está homologado, pues constantemente se modifican y eso es el tamiz y el camino por el cual se tiene que llevar a la contratación pública. Así que es cuestión de capacitarse diariamente y hacer la finalidad pública de una manera necesaria y real.

Sergio Tafur: Agradecerles a todos por estar con nosotros el día de hoy.

MESA 3
SISTEMA DE ABASTECIMIENTO PÚBLICO

*Luis Fernando Villavicencio Benítez*¹

*Sandro Hernández*²

*Carlos Luis Irejo Mitsuta*³

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha y titulado en los programas de segunda especialidad de Derecho Administrativo y Derecho Público y Buen Gobierno en la PUCP. Se ha desempeñado como profesor adjunto de los cursos Derecho Administrativo I y II en la PUCP. Abogado de la Procuraduría Pública del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y secretario arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Ponente en diversos talleres y cursos especializados, y autor de diversos artículos de investigación.

² Magíster en Ciencia Política. Especialista en Contratación Pública, docente en las principales universidades del país, consultor en gestión pública. Árbitro en materia contractual, autor de varios artículos en materia de contratación pública.

³ Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en contratación pública. Ha sido asistente de vocal en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones y abogado en la Gerencia Técnico Normativa del Consucode. Abogado de la Oficina Jurídica y jefe del área de Procesos Públicos del Ministerio de Educación.

Luis Fernando Villavicencio Benítez: Buenas noches.

Tenemos una mesa bastante interesante por el tema Sistema de Abastecimiento, con ponentes especialistas en la materia con los que he tenido la oportunidad de trabajar en el centro de arbitraje o en el dictado de algún curso sobre Derecho Administrativo o contratación pública.

Respecto a este tema, hay que tener previamente en cuenta que mediante Decreto Legislativo n.º 1439, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento, que fue publicado el 16 de septiembre de 2018, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 217-2019, se establecen los principios, definiciones, composición, normas y procedimientos del Sistema Nacional de Abastecimiento con la finalidad de asegurar que las actividades de la cadena de abastecimiento público se ejecuten de manera eficiente y eficaz, promoviendo una gestión interoperativa, articulada e integrada bajo un enfoque que es sumamente importante para la contratación pública: la gestión por resultados.

En ese sentido, en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento, se desarrolla la cadena de abastecimiento público, entendida como el conjunto de actividades interrelacionadas que abarcan desde la programación hasta la exposición final, incluyendo las actividades involucradas en la gestión de decisiones, de administración de bienes y servicios y ejecución de obras para el cumplimiento de la provisión de servicios y el logro de resultados en todas las entidades del sector público, optimizando el uso de los recursos públicos y garantizando condiciones de necesidad, conservación oportunidad y de destino.

Bajo todo ese marco normativo, y teniendo en cuenta que las normas que regulan la programación, la gestión de adquisiciones y administración de bienes se encuentran de manera dispersa y variada, es indispensable, no es postergable, proponer un nuevo marco normativo orientado a regular la cadena abastecimiento público, considerándolo como un todo, como actividades vinculadas entre sí y con otros sistemas administrativos de la administración financiera del Estado, los cuales se rigen bajo los principios y disposiciones van a ser establecidos por el Sistema Nacional de Abastecimiento. En ese marco, y tomando en cuenta esta introducción, voy a dar pase al doctor Sandro Hernández: con la siguiente pregunta: ¿qué aspectos se deben reformar en el sistema de abastecimiento público?

Sandro Hernández: Buenas noches.

El tema del Sistema Nacional de Abastecimiento da bastante que hablar todavía, recordemos el Decreto Legislativo n.º 1439 que entró en vigencia en el año 2018, pero todavía no se ha implementado en su totalidad el Sistema Nacional de Abastecimiento y la cadena de abastecimiento público. Tenemos un proyecto de ley, de octubre del 2020, pero que dejaba muchos aspectos todavía al Reglamento, que involucraba, se entiende, la programación, la gestión de compras y la administración de bienes que son las tres etapas principales de la cadena de abastecimiento que busca que exista un flujo en la contratación pública, no solamente enfocado en el procedimiento de selección —como la Ley de Contrataciones se enfoca en los métodos, en los procedimientos, en la formulación del requerimiento a nivel institucional y algo también de la ejecución contractual, pero no articula todo aquello que viene desde la planificación, a cargo de otro sistema administrativo, además, el sistema de planificación pública—, no hace ese *match* todavía que debería existir entre la planificación y todo el proceso de contratación pública, y sobre todo hay mucha deficiencia en la administración de los bienes y en el seguimiento a la ejecución contractual.

Voy a tratar de enfocarme en dos aspectos fundamentales y que ameritan una reforma, aunque todavía no tenemos muchas luces sobre la sobre la regulación que va a haber, por ejemplo, respecto a la administración de bienes dentro de la cadena abastecimiento o algunos aspectos sustanciales que tienen que ajustarse en lo que es la ejecución contractual para hacer un adecuado seguimiento, con la

implementación además de sistemas informáticos que coadyuven y se generen las herramientas necesarias para poder hacer esto bien.

Uno de los temas es la reorganización necesaria de las instituciones, es decir, un diseño organizacional funcional general nuevo que se requiere para que este tema funcione y también la organización del marco normativo. Estos son dos aspectos que han sido constantemente señalados por la OCDE en los informes —acordémonos que hasta el año 2016 estaba en curso lo que se denominó Programa País, que buscaba la incorporación del Perú en la OCDE como miembro, junto a países como Chile, Colombia o Costa Rica— que emitió, si mal no recuerdo, alrededor de 14 *papers* en diversos aspectos de estructurales de la organización del Estado económicos, administrativos, normativos, etc., y respecto al Sistema Nacional de Abastecimiento, en lo que es la contratación pública hubo dos recomendaciones importantes que paso a referir.

i) Se requiere un diseño organizacional general a nivel institucional que sea comprensivo de todo el proceso de contratación pública y no solamente de etapas aisladas, porque lo que pasa, lamentablemente, a nivel de las instituciones públicas, es que actualmente tenemos un modelo de organización muy antiguo, muy precario que funciona a través de compartimentos estancos donde cada dirección cada gerencia general o cada oficina general, etc., en las entidades públicas son como pequeños feudos y cada director, cada gerente, es un reyezuelo que maneja a su sabio entender cómo debe funcionar su área, pero donde encontramos muchas incongruencias, incompatibilidades y, sobre todo, falta de articulación, los propios órganos que forman esta entidad no conversan entre sí y genera duplicidad, no hay una claridad en los objetivos y metas institucionales y cómo cada uno tiene que amalgamar las actividades que realiza, precisamente en búsqueda del logro esos objetivos y finalidades públicas de la institución, y eso pasa, en parte, porque no existe esa articulación con la planificación institucional que debería haber a través de los planes estratégicos.

La estructura organizativa que tienen las entidades actualmente no permite trazar esta línea concreta entre lo que debería ser desde la planificación hasta la disposición final de los bienes que comprende toda la cadena de abastecimiento. Tenemos que quienes llevan a cabo los procedimientos de selección perdieron interés en la ejecución contractual, y los que tienen a su cargo la ejecución contractual muchas veces desconocen cuáles son los procesos previos o simplemente administran los bienes, o llevan a cabo la ejecución contractual de la mejor manera posible. Administrar los bienes es otro tema, tenemos ahí una serie de deficiencias en almacenamiento, distribución, gestión de stocks que si tuviéramos un real cambio y una mejora en estos procedimientos, incluso también la parte de formulación de requerimientos, que se ha conversado en la mesa anterior, se vería nutrida de esta información que se genera con ocasión de la ejecución contractual y de la administración de los bienes para formular de mejor manera los requerimientos.

En la práctica tenemos que cada área usuaria que formula los requerimientos muchas veces todos los años piden exactamente lo mismo y nadie se toma la molestia de siquiera hacer el análisis, seguimos generando requerimientos deficientes, porque no tenemos el *feedback* de la información que se produce al final de toda la cadena, que es al final de la administración de los bienes y del seguimiento a la ejecución contractual. Por eso es importantísimo si es que se va a producir una reforma en la parte reglamentaria de la cadena abastecimiento del Sistema Nacional de Abastecimiento, se requiere necesariamente enfocarnos en el diseño organizacional de cómo se va a manejar el proceso.

ii) Lo otro es la reorganización del marco normativo. No puede ser posible —y es una recomendación que viene de años— que tengamos una serie de regímenes legales especiales en materia contratación pública. A muchos no les va a gustar, seguramente, pero no podemos tener a Petroperú con su reglamento, a las cajas municipales con su reglamento, al Osinergmin, al Ositrán, al Osiptel con sus reglamentos, programas alimenticios con sus propios reglamentos y al final si uno hace un análisis retrospectivo de qué originó ese marco normativo disperso y lo que comprenden estas disposiciones reglamentarias nos damos cuenta de que en su gran mayoría son un calco del Reglamento de la Ley de Contrataciones. ¿Para qué gestionaron e hicieron su lobby, en su momento, para supuestamente tener una norma especial si al final terminan copiando lo que dice el Reglamento de la Ley de

Contrataciones? Es absurdo. Más bien se generan normas inefficientes y eso lo podemos ver en los procedimientos que realiza el Osiptel, el Osinergmin, el Ositran, uno revisa los procesos que llevan a cabo estas instituciones reguladoras y tienen una serie de deficiencias. Tenemos que virar hacia tener una norma estándar, no estoy diciendo una norma que sea uniforme, sino con parámetros generales, con disposiciones volcadas hacia el tema electrónico, al desarrollo de fichas técnicas en la medida que sea posible, a la compra a través de acuerdos marco —un régimen sencillo, pero especializado a la vez—. Considero que tenemos un exceso de regulación extremo, y hay otras cosas sobre las que no se dice nada, es totalmente inequitativo, y en este punto, en referencia a la modificación del marco normativo no para hacer una nueva Ley de Contrataciones, sino para reordenar el sistema y hacerlo mucho más eficiente para los intereses que se buscan.

Muchas gracias.

Luis Fernando Villavicencio Benítez: Muchas gracias, doctor Hernández.

Muy interesante y de lo que ha mencionado resalto principalmente que la problemática en el Sistema Nacional de Abastecimiento es la dispersión normativa y la autorregulación, y ha mencionado un muy buen ejemplo cómo en Sudamérica Chile ya está en la OCDE, recientemente también Colombia y esto no es casualidad, al menos en materia de contratación pública Colombia tiene un régimen unitario que es la Ley 80 de 1993 que ha sufrido varios cambios, pero no deja de ser un régimen unitario que se aplica a distintas entidades del sector público y que fija criterios, recoje principios.

Otro de los problemas que se verifican en esta dispersión normativa es la falta de homogeneidad, la existencia en múltiples catálogos, tenemos la inexistencia de registros donde se pueda hacer seguimiento de la cadena de abastecimiento, también podemos decir que la programación del abastecimiento no está alineada al planeamiento nacional y problemas con mantenimiento, asesoramiento por defectos en planificación. Pero ¿cuál es el gran reto en estas circunstancias?: una gestión pública eficiente, eficaz y transparente; una visión integral de la cadena de abastecimiento; un marco normativo ágil y eficiente, en una centralización normativa y descentralización operativa, con procesos simplificados y estandarizados; una gestión estratégica del abastecimiento, lo que tiene que incluir ajustes a la regulación en compras públicas como parte de una integración al sistema y que esta resulte más eficiente para el Estado; una supervisión eficaz del abastecimiento; y, muy importante, una información sistematizada con las tecnologías de la información y comunicación, con una sola base de datos, vinculando objetivos intergubernamentales e intersectoriales, ya sea con el Gobierno nacional o los gobiernos regionales y locales.

Ahora tenemos al doctor Carlos Luis Ireijo Mitsuta, Muy buenas noches, doctor.

El tema que le plantearé es muy interesante, sobre todo cuando tomando en cuenta el contexto de pandemia en el que nos encontramos: ¿qué retos debe afrontar las compras públicas en tiempos de COVID-19?

Carlos Luis Ireijo Mitsuta: Hola, gracias.

Este tema de las contrataciones enmarcadas en el tema de la covid, de alguna u otra forma se ha tratado, al menos en la práctica, y obviamente se ha utilizado la institución que tenemos a la mano, ya sea compras de 8 UIT o algún tipo de contratación directa por emergencia. Siempre que he leído los temas, sobre todo en periódicos, se reclama con euforia que tiene que ser transparente, que tiene que respetar la integridad, y eso es evidente, yo no voy a tratar ese tema. Cuando empezó la pandemia, me acuerdo que escribí un pequeño artículo donde señalé que no me gustaría ser logístico —que lo he sido— en esta época porque, noticia tras noticia, lo que se desprendía es que cada cosa que se hacía para la pandemia estaba cuestionada. No voy a entrar a tallar en si estaban bien o mal cuestionadas, simplemente me ponía en el supuesto de tener que ser logístico en este momento y estar obligado a comprar algo, si no lo compro estoy mal, si lo compro está sobrevaluado, entonces estoy literalmente entre el espada y la pared.

Hay que ver el otro lado de la moneda, que es el operativo, o sea, cuál es la seguridad que la norma establece para un contexto como este, donde se tienen que comprar cosas de una forma más rápida de lo normal. En la mayoría de los casos que he visto se ha repetido el hecho de que está sobrevaluado y que se está lucrando con el tema de la salud y, en realidad, en el tema de las mascarillas, por ejemplo, puede haber todas las regulaciones que establezcamos, pero no pueden olvidarse que este es un tema de interacción con el mercado. Entonces, la gente se cuestiona ¿por qué una mascarilla cuesta tan caro, si normalmente costaba, no sé, diez soles? En un contexto de interacción normal de mercado esa mascarilla no valía nada, era un bien que nadie quería mas que en el ámbito médico. Una vez que se dispara la pandemia y ese bien se vuelve de primera necesidad todo el mundo quiere esa mascarilla, entonces esa mascarilla tiene que subir de precio. No se dan cuenta que la contratación pública, más que un marco normativo, lo que debe tener, ya lo explicó el doctor Hernández, es interacción con el mercado, o sea, el Estado es un agente económico que interviene en el mercado para comprar algo que necesita, es un consumidor, lo que genera demanda, entonces los bienes se trazan, oferta y demanda se juntan y se genera el precio.

En ese contexto, la valorización de los productos —que ya es un problema en el procedimiento regular— se vuelve más problemático en un esquema de emergencia, porque ahí no estás como para ser quisquilloso con el precio, porque o lo quieres o no lo quieres, y en realidad eso no es jugar la salud, es simplemente una transacción, y la gente puede no estar recuerdo con lo que digo, pero es un tema de perspectiva económica.

Hay unas cosas que tienen abundante regulación, pero cuando uno va al tema de la valorización para todos los aspectos, incluso el tema de una contratación directa por emergencia de covid, no hay criterios que establezcan a quien controla cuál es el límite del pensamiento subjetivo, o sea, yo creo que esto está muy caro, pero es tu parecer, no hay un sustento, y entramos en una vorágine porque la gente trata de comprar lo más barato, y normalmente sale algo mal. Y no tenemos esos elementos, herramientas, que permitan sustentar, porque no son jurídicos, o sea, nos movemos en un ámbito de derecho que no vemos que esos temas se sustentan fuera de la ley de contratación pública, en un libro de macroeconomía o de microeconomía en el cual establezcan cómo hacer una estructura de costos, cosa que no enseña la normativa y que no tendría por qué hacerlo tampoco. Pero el hecho de que no se haga no significa que no interactúe con el tema de la compra pública. Entonces la gente dice «Te vendo las mascarillas a tí, privado, a diez soles, entonces al Estado se la tengo que vender igualito que a tí», y eso es falso, pues el precio no va porque se trata del mismo bien, el precio va por la condición en la cual se tranza, y entonces ahí tenemos un problema porque el Estado impone unas reglas que son diferentes a las transacciones normales, es decir, entrega primero y te pago después, además dame la garantía, y además te pago Dios sabe cuándo y todos los costos de transacción y legales impuestos generan un incremento de precio, y esa mascarilla que podría costar 10 soles al Estado le va a costar más caro y la gente no lo logra entender, no sé bajo qué esquema lo están analizando.

Ese tipo de situaciones hace que el funcionario público, sobre todo en temas de contrataciones directas, que tienen que ser comunicadas a la Contraloría y al OSCE, se ponga muy reticente, primero, para sacar una contratación directa, que es lo que cabe en una situación de estas; segundo, no miren tanto la calidad, sino el precio, escógete el más baratito. Si el Estado hiciera un estudio me atrevería a pensar que en el 95 % de los casos gana el más barato y eso que querría decir que este mercado es totalmente homogéneo y ese es más falso que beso de suegra.

Ciento es que tenemos que darle algunas mecánicas para la contratación directa porque esto es lo que corresponde, en un contexto de covid nadie va a pensar hacer una licitación o un concurso público, para eso están las instituciones, por eso tampoco creo en que vamos a estar creando regulaciones paralelas, o sea, las instituciones tienen la norma que permite hacer contrataciones rápidas para este esquema. Estoy de acuerdo con que hay que hacer algunos ajustes, por ejemplo, flexibilizar criterios. Uno de los criterios que me sorprendió de sobremañera fue el Comunicado n.º 11-2020, donde se estableció que por emergencia no importaba si el proveedor no tenía RNP, eso nunca lo habíamos aceptado. Se ha flexibilizado esto porque se han dado cuenta de que la coyuntura sobrepasa cualquier tipo de supuesto eficiente, también se ha aligerado el tema de la condición de mercado para pago

adelantado, porque antes tenía que ser una condición de mercado y eso implicaba que todos los proveedores del mercado en ese ámbito te digan que tiene que ser por adelantado: quieres comprar un carro, págalo primero; quieres suscribirte a un diario, págalo primero; es una condición que circula en el mercado que no se cuestiona, no está en ninguna ley, pero así son las condiciones. Ese Comunicado n.º 11-2020 también dijo que basta que parte del mercado diga que lo quiere por adelantado para que se entienda cumplida la condición, o sea, entre líneas decía basta que el te va a vender te lo pida por adelantado, para que le pagues por adelantado.

Sí hay algunas cuestiones que se han flexibilizado y yo hasta he llegado a pensar en para qué formalizar con un contrato —estoy divagando, en este caso—, porque incluso el OSCE en la Opinión n.º 053-2021-DTN ha establecido, acertadamente creo yo, que si en el plazo para regularizar una compra ante una emergencia ya se ejecutó la prestación y esta tiene conformidad, ya no se pida la garantía, cosa que es lógica. Esta Opinión n.º 053-2021-DTN es muy buena porque evita interpretaciones pegadas a la letra de la ley. Se verifican algunas condiciones de la normativa respecto a las garantías como si te estás peleando por el saldo a favor del contratista, devuélvole su garantía. Antes, por más razonable que pareciera, no lo hacían porque la ley decía que para que devuelvas una garantía no podía haber una controversia. O la otra, si el saldo a favor de la entidad o lo que se está reclamando es menor a la garantía de fiel cumplimiento te la pueden cambiar para un poco liberar el costo financiero de mantener una fianza, y no solamente es pagar una fianza, sino limitarte en las inversiones, porque cuando ya estás endeudado —digamos, en fianzas, en bancos, es considerado una deuda— y si tienes demasiadas fianzas involucradas, hay un momento en que llegas al límite y ya ningún agente financiero te da más fianza. Son fórmulas que permiten que los agentes económicos que participan se liberen.

Ciento es que han habido algunos avances importantes en el tema de la covid, digamos flexibilización del RNP; con esta Opinión n.º 053-2021-DTN que si ya la prestación tiene conformidad y para regularizar ya no le pidas la garantía; parte del mercado te pide por adelantado, ya considera que se ha cumplido con el requisito; y me estuve dando vueltas el tema de para qué hacer un contrato cuando ya se supone que se pueden hacer informes y se podría comprometer el presupuesto solamente con un documento para no tener problemas para el devengado y el girado.

Pienso que necesitamos más seguridades para los operadores, para que se sientan seguros de establecer un precio adecuado, de sentirse que comprar determinada cosa con este procedimiento excepcional, que es una contratación directa, no le va a traer consecuencias de cuestionamientos yo creería no es que me haya puesto a leerlo los temas en algunas oportunidades o en la mayoría de los casos creería que infundado, y lo digo en condicional, «diría que infundado» porque casi todo lo que se ha comprado ha sido cuestionado, habría que ver cuál es el límite para ver esos temas.

Esos son los puntos en los cuales yo quería centrarme, además de la transparencia, la integridad, también establecer la otra cara de la moneda para que el funcionario público pueda hacer una adecuada gestión, adoptar decisiones sustentadas, por supuesto, pero con la seguridad de que el acto no va a ser evaluado bajo criterios subjetivos, hay que determinar primero cuál es el precio normal y para eso hay que determinar la coyuntura, la oferta y la demanda, que son temas que no aparecen en la normativa, por eso se vuelve más complicado, primero, sustentarlo y, luego, cuestionarlo, si quieras hacer un cuestionamiento serio, por supuesto.

Gracias estimados.

Luis Fernando Villavicencio Benítez: Muchas gracias, doctor Ireijo.

Muy pertinentes sus palabras y, en efecto, nos encontramos en una situación en la que el funcionario, el operario logístico, como dijeron, nadie quiere ser logístico en este contexto, nadie quiere asumir esa responsabilidad, justamente por los cuestionamientos constantes que se hace respecto de las compras públicas en el marco de esta emergencia sanitaria, y lo que muchas veces no entiende el ciudadano de a pie es que, en efecto, las circunstancias del mercado cambian, son volátiles y dependen

de las leyes de la oferta y la demanda. El mercado se rige, por ello, y por el hecho de que en determinadas circunstancias un bien pueda ser un poco más costoso no quiere decir que se le esté dando preferencia a determinado postor o que se estén inflando los precios para que existan una clase de prebenda a funcionario. Muchas veces, los funcionarios se sienten limitados por estos cuestionamientos que se les hacen y no solamente esto viene de la ciudadanía, sino también de los OCI, de la misma Contraloría que siempre en lugar de velar por contar con contrataciones eficientes buscan cualquier cuestionamiento a todos los procedimientos, ya sean de contrataciones directas, 8 UIT, con la finalidad quizá de amedrentar al funcionario, y le genera un miedo para no operar eficientemente, lo que repercute negativamente en el marco de acción que tienen los servidores públicos; sin embargo, hay que tener en cuenta que son ciertas las reclamaciones de más transparencia y acceso a la información respecto de estas contrataciones, y han sido numerosas.

Muchas gracias.

DÍA 2

MESA 1

PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

*Giusseppi Vera*¹

*Ricardo Salazar Chávez*²

*Carlos Álvarez Solis*³

*Fabiola Paulet Monteagudo*⁴

*Sheilah Vargas Soto*⁵

*Christian Guzmán Napurí*⁶

-
- ¹ Socio fundador de Vera, Espinoza & Prado Abogados. Árbitro especialista en derecho procesal, arbitraje, derecho civil patrimonial y contrataciones del Estado. Candidato a magíster en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Presidente del Centro de Estudios de Derecho Arbitral Peruano y especialista en arbitraje en contrataciones del Estado por la PUCP. Actualmente, es miembro del grupo de investigación Derecho & Empresa de la PUCP. Es expositor internacional y panelista en diplomados, congresos y certámenes académicos nacionales e internacionales en derecho procesal, arbitraje y derecho civil patrimonial.
- ² Ex presidente ejecutivo del OSCE. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Con estudios concluidos de maestría en Derecho Constitucional en la PUCP. Ha ejercido cargos en entidades públicas habiendo sido presidente del OSCE, antes CONSUCODE, en tres oportunidades. Actualmente, trabaja en Perú Compras. Ha sido presidente de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, que reúne a 31 países de Latinoamérica y es impulsor de la red mundial de entidades de compras públicas. Miembro del consejo superior de la Red Latinoamericana de Abastecimiento y miembro del Capítulo Peruano de la misma red. Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Ejerce la docencia y dicta conferencias sobre derecho administrativo y contratación pública en universidades y centros privados de capacitación. Ha sido miembro de comisiones de los proyectos de la Ley del Procedimiento Administrativos General, de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, así como colaborador técnico en proyectos de la Ley de Contrataciones del Estado y otras leyes.
- ³ Abogado por la Universidad Privada del Norte, con mención *summa cum laude*. MBA en dirección general por el Instituto Europeo de Posgrado. Máster en gestión empresarial por la Universidad Europea de Monterrey. Con especialización en Democracia y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Barcelona, con especialización en Arbitraje en Contrataciones del Estado y Derecho Administrativo para Árbitros por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como asesor del despacho presidencial.
- ⁴ Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Administración, con mención en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Estudios de posgrado en la Universidad del Pacífico y de Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad ESAN. Exdirectora de Arbitraje Administrativo del OSCE. Ha sido gerente de administración del Fondo Mi Vivienda, ha estado al frente del Consejo Superior de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo y ha sido condecorada con la Medalla de Árbitros de Derecho por el ilustre Colegio de Abogados de Lima.
- ⁵ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Relaciones Internacionales y Protección Internacional de Derechos Humanos por la Sociedad Italiana para la Organización Internacional (SIOI) en Roma. Cuenta con amplia experiencia en arbitrajes nacionales e internacionales, así como en procesos judiciales de anulación y ejecución de laudos arbitrales. Arbitra en los principales centros de arbitraje en el Perú. Ha ejercido la docencia en pregrado y posgrado en diferentes universidades del país. Pertenece al área de Litigios y Solución de Controversias del Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie International y es miembro de Arbitral Women en Perú, una ONG a nivel mundial que promueve la participación de la mujer en el arbitraje.
- ⁶ Abogado especializado en Derecho Público. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Con estudios concluidos de doctorado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la PUCP, en el posgrado de la Universidad de ESAN, en la Universidad del Pacífico y en la Universidad Continental. Coordinador de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Continental. Vocal del Tribunal de Susalud, conferencista y profesor de cursos y seminarios de su especialidad, autor de libros y artículos en materia administrativa. Socio de GNC Guzmán Napurí & Segura Abogados.

Giusseppi Vera: Muchas gracias.

Nuestro tema es el referido a la contratación pública, propiamente, y en particular al proyecto de reforma de la ley de contrataciones con el Estado. Es importante destacar que actualmente rige Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, pero también que los últimos Gobiernos —no me refiero al período de cinco años, sino a los dos últimos presidentes que hemos tenido—, han presentado sendos proyectos de ley para modificar la ley de contrataciones vigente, en el caso concreto del expresidente Martín Vizcarra y luego también con la presidencia del presidente Sagasti, ambos prepublicaron en el diario oficial *El Peruano*, así como también en el portal del Ministerio de Economía y Finanzas a efectos de que los especialistas en la materia y todos los involucrados en la materia de contratación pública puedan presentar sus opiniones y manifestar sus acuerdos o desacuerdos en relación con este proyecto.

No cabe la menor duda de la importancia que tiene la contratación pública para el país, sobre todo para la economía si vemos que genera de manera directa e indirecta empleo respecto de las empresas que realizan la labor de contratistas. Qué duda cabe, este es un tema de la mayor relevancia y actualmente la coyuntura que tenemos el país con esta transición de Gobierno que se avecina, donde el panorama no parece muy claro, es importante conversar con especialistas en la materia que nos darán sus puntos de vista con relación a la contratación. Lo más seguro, claro está, es que el próximo Gobierno también vaya a presentar un proyecto para modificar la vigente Ley de Contrataciones.

En primer término como expositor tenemos al doctor Ricardo Salazar Chávez. Si hablamos de contratación pública es necesario definitivamente hablar de los actores de la contratación pública y uno de ellos es la Central de Compras, Perú Compras, que es la encargada de promover y ejecutar estrategias y mecanismos que aseguren eficacia en el Sistema de Abastecimiento. La pregunta es: ¿qué retos debe asumir Perú Compras en el futuro?

Ricardo Salazar Chávez: Muy buenas tardes.

Conocer los retos que tiene Perú Compras en el ámbito de los contratos públicos, en realidad, es hablar también de los retos que tienen los diferentes actores de la contratación pública. A este efecto es conveniente señalar que el Sistema Nacional de Abastecimiento ya existió en el Perú en la década del setenta hasta el año 1995, en que fue desactivado, y es recién en el 2018 que se vuelve a retomar la formalización del Sistema Nacional de Abastecimiento a través del Decreto Legislativo n.º 1439, por lo tanto, durante todo ese lapso los eslabones de la cadena de abastecimiento no estaban articulados formalmente, no obstante que se reconocían las instituciones correspondientes como integrantes de una sola cadena de abastecimiento, y no obstante que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo crea el Sistema Nacional de Abastecimiento expresamente, esto desde el 2007 que fue creado recién se implanta con este Decreto Legislativo n.º 1439 de septiembre de 2018 y que aplica a partir de 2019.

El Sistema Nacional de Abastecimiento se fundamenta en el concepto de cadena de abastecimiento público que comprende las fases de programación de gestión de adquisiciones, dentro de lo cual está contratación pública, y de administración de bienes, servicios y obras. El reto inmediato que se plantea a partir de la aplicación de la Ley de Abastecimiento es, por un lado, la consolidación del enlazamiento que tiene que haber entre la actividad contractual pública y los otros eslabones de la cadena de abastecimiento, es decir, toda la fase de programación y de administración entran en vinculación ya formalizada con la contratación pública y, por lo tanto, se ha abierto una tarea de enlazamiento de los diferentes aspectos y procesos aquí vinculados.

Pero, por otro lado, plantea también un reto adicional y es la compatibilización de los principios y las normas del sistema de abastecimiento que se empieza a consolidar con lo que es la gestión pública y, a su vez, dentro del sistema abastecimiento, con los principios y los instrumentos de la contratación

pública. Por lo tanto, hay una tarea aquí que involucra a todos los actores que de una u otra manera participan en la contratación pública sea desde el sector privado o desde el sector público, y dentro sector público, lógicamente también, Perú Compras, por lo cual se abre un espacio de coordinación constante entre el órgano rector que, es la Dirección General de Abastecimiento, con las entidades tipo Perú Compras y el OSCE a fin de compatibilizar estos instrumentos, estas herramientas y estos principios, es una tarea que se ha iniciado y que está en proceso de diseño y consolidación de algunos tramos importantes, y ahí Perú Compras, en lo que le corresponde, va cumpliendo con lo suyo.

Por otra parte, nuestro régimen contractual público tiene en bienes, servicios y obras, la aplicación de cuatro normas en este momento: la Ley de Contrataciones, el Reglamento de la Ley, el Decreto Legislativo n.º 1018 sobre Perú Compras y la Ley del Sistema Nacional de Abastecimiento que en conjunto desarrollan cuatro bloques: i) los objetos incluidos y excluidos de esta legislación; ii) la contratación ya en acción, es decir, ya señalando los principios, los métodos, la contratación electrónica, las vías de solución de controversias; iii) el bloque de las entidades del Sistema Nacional de Abastecimiento con los respectivos roles, dentro del cual está el de Perú Compras; y, finalmente, iv) el enlazamiento de la contratación pública con los eslabones del Sistema Nacional de Abastecimiento. Todo este bloque son el de las normas básicas, pero tenemos en el Perú también un bloque de normas paralelas, que son normas provenientes de los organismos internacionales que exigen la aplicación de sus normas cuando se utilizan fondos que nos proporcionan vía cooperación o préstamos. Últimamente, las normas Gobierno a Gobierno y similares —en estas experiencias que estamos teniendo en Reconstrucción con Cambios, en Panamericanos, con la covid— y normas de emergencia que siempre hemos tenido, por ejemplo, para desastres naturales u otros eventos de esa naturaleza.

Entonces, en el Perú tenemos normas básicas y normas paralelas en dos bloques. Lo ideal es que tengamos un solo régimen normativo, para lo cual se están extrayendo las mejores experiencias de las normas paralelas e incorporándolas a un régimen general. Y el segundo propósito es tener una diversificación de herramientas y utilizarlas según sea pertinente, es decir, no negarnos tener diversidad de instrumentos, no apostar a un solo instrumento normativo o de herramientas, sino a cuantos sean necesarios y jurídicamente válidos, y utilizarlos según las circunstancias porque son también muy disímiles las situaciones en que se aplica el orden jurídico.

Sobre esta base, lo que sí se ha hecho es considerar que ya la acumulación de normas —no obstante que esto funciona y puede funcionar— es conveniente organizarla de mejor modo y atendiendo a los cambios que se producen a través de la implantación del Sistema Nacional de Abastecimiento. Es por ello que han venido ya los anuncios normativos y se han producido tres anuncios normativos, uno de los cuales se ha cristalizado, que es el último.

El primer anuncio normativo fue el Proyecto de la nueva Ley General de Cadena Abastecimiento Público que fue publicado en octubre del 2020. Este proyecto es la aspiración máxima que se pide. En todas las normas anteriormente señaladas se integran en un solo cuerpo normativo, pero no solamente considerando contratación pública, sino considerando la parte de programación y también la parte de administración de bienes, servicios y obras, de modo que toda la cadena de abastecimiento esté reflejada en la normativa única que debe tener o normativa con vocación de unidad que se debe tener. Entonces, la aspiración máxima es esta ley general de la cadena abastecimiento público y eso hay que tenerlo en cuenta porque no se presentó para su aprobación debido a la coyuntura política, pero está allí como un punto de agenda importante y es probable que eso lo que se tenga que retomar.

El segundo anuncio que se realizó fue el de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. A sabindeas de que la primera, el proyecto de ley, no podía prosperar porque cubría todas las fases de la contratación se prefirió focalizar en el tema de contratos y se elaboró un proyecto de nueva ley que fue prepublicado el 30 de abril del 2021 y que también se culminó en la parte de su elaboración, pero también por temas de coyuntura política no se presentó. Entonces se dijo focalicemos lo que es posible, y lo que era posible pero necesario era hacer algunas modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y eso es lo que se ha aprobado y publicado hace pocos días; pero como podemos ver la aspiración no es modificar el Reglamento, la aspiración no es modificar la Ley, la

aspiración es tener una ley general de la cadena de abastecimiento público, porque eso es más congruente con lo que ya se produjo en el país que es la reimplantación del Sistema Nacional de Abastecimiento.

La perspectiva de aquí en adelante para las instituciones públicas y para las personas privadas que están vinculadas, en general, al abastecimiento es considerarse parte de toda una cadena de abastecimiento y hay que prepararse en esos términos también y, consecuentemente, todo lo relacionado a contratos públicos tiene que ser visto en ese escenario.

Una idea fuerza importante es que los cambios que se han producido en los últimos veinte años en materia de contratos públicos han tenido dos objetivos muy simples: el primero, cerrar los márgenes discretionales riesgosos que pueden estar en manos de funcionarios públicos o, eventualmente, de proveedores que puedan generar distorsión en la contratación; y, lo segundo, establecer mecanismos para la mejora de la calidad de la contratación pública.

Esto se ha reflejado en un conjunto de instrumentos, de medios y de estrategias para efectos de esa mejora, tanto en las condiciones de eficiencia como en las condiciones de transparencia de la contratación pública, se ha reflejado básicamente en cada hito de la fase preparatoria, de la fase de selección o de la fase de ejecución contractual en las que únicamente la entidad pública contratante lideraba el tema y hoy algunos aspectos los lidera la entidad que va a contratar y otros aspectos los lideran entidades como el OSCE, por ejemplo, en las bases estandarizadas, o Perú Compras, por ejemplo, en los temas de subasta inversa electrónica, en catálogos electrónicos de acuerdo marco, en encargos de contratación y otros aspectos, es decir, estas entidades van ingresando con el propósito de sustituir a las entidades en algunos aspectos que es preferible que no estén en manos de ellos, sino más bien en entidades y en mecanismos informatizados que de manera objetiva e impersonal puedan dar mejores resultados en este propósito. No se cubren todavía todos los aspectos ni todas las modalidades de contratación, pero hay avances importantes en progreso a los que me referiré más adelante.

Los mecanismos de contratación que conocemos son: el método clásico, la subasta inversa electrónica y el catálogo electrónico de acuerdo marco. La mayor cantidad de procedimientos contractuales todavía se rigen por el método clásico, apropiado para cuando lo que te van a ofrecer es tan disímil que además de ver los elementos básicos cumplidos por cada propuesta, aquellos aspectos adicionales que son más de detalle pero que sí importan, deben ser comparados, o sea, es inevitable comparar para saber cuál es la mejor oferta, y esos detalles son los temas clave que ingresan en la parte de evaluación en el mecanismo clásico, y es justamente también la parte más conflictiva, porque los mecanismos de evaluación, a veces, también tienen elementos en lo que es criterio lo que se aplica y eso muchas veces es lo que genera conflicto. Por eso es que el mecanismo clásico debe ser lo más acotado posible para lo que sea indispensable, pero del 100 % de las contrataciones del Estado, si hablamos de montos, 70 % es bienes y servicios, 30 % es obras como tendencia histórica. En el caso de las obras es inevitable que todavía queden el clásico y habrán otros mecanismos para mejora en el sistema de obras; pero en lo que es bienes y servicios, el 90 % sin ningún problema puede pasar a subasta inversa, donde solamente se compite por precio, porque lo que te ofrecen es tan igual que solamente se puede competir por precio, o puede ingresar a catálogo electrónico de acuerdo marco que es para lo similar, donde hay elementos básicos que los cumplen todos, pero se diferencian en cuestiones de detalle no determinante y ahí aplica el clásico, y se compite por tema de oportunidad, de plazos u otros aspectos.

Hasta ahora subasta inversa y acuerdo marco en conjunto están cubriendo el 17 % de los bienes y servicios que contrata el Estado. La idea es avanzar hasta ese 90 % adonde se puede llegar sin ningún problema, la parte laboriosa es el ingreso de los bienes y servicios, pero cuando van ingresando el impacto es formidable. En subasta inversa electrónica se contrata en 15 días, una participación de 25 proveedores por proceso y prácticamente no hay riesgo de impugnaciones, y de acuerdo a marco es muy similar, pero en el acuerdo marco se contrata en seis días, participa un promedio de 75 proveedores por proceso y, lógicamente, hay muy bajo riesgo de conflicto.

Siendo eso así, y aplicando instrumentos como las homologaciones, las compras corporativas, los encargos de proceso en los cuales Perú Compras tiene una participación muy activa, es que se pretende mejorar el régimen contractual y hay resultados muy interesantes que se están señalando en una memoria institucional que debe estar publicando en estos días por parte de Perú Compras y a la que sugiero acceder para entender esto.

¿Cuál es la ruta a seguir? En el caso de obras, lo que queda por hacer es incorporar aquellos mecanismos tipo BIM o tipo los contratos Gobierno a Gobierno, en lo que corresponda, y avanzar en la práctica de los contratos colaborativos. Esa es la ruta esperada, para el caso de obras, que mejoraría las condiciones de contratación. Algunas obras podrían ir a acuerdo a marco, algunos tipos de asfaltado, por ejemplo, o algunos módulos, en el caso de obras, pero la tendencia es más a buscar otros mecanismos.

En el caso de bienes y servicios, la ruta que debemos seguir es ir a acuerdo marco y a subasta inversa electrónica y ahí es donde Perú Compras tiene un rol directo en la generación de estos mecanismos.

Como última idea, el tema del gobierno digital. En materia de contratación pública se está apostando estratégicamente a que en el Perú sea aprovechada lo más posible la contratación electrónica. En ese sentido, tenemos una agenda, lógicamente que tiene que ir acompañada con mecanismos como el incremento de acceso a internet, el incremento de conectividad en el país, pero hay una tarea ya asumida de hace un buen tiempo tanto por el OSCE como por Perú Compras para el desarrollo de aplicativos que faciliten la contratación pública y que están dando excelentes resultados. Perú Compras centra su atención en los temas de catálogo electrónico de acuerdo a marco, subasta inversa electrónica, compras corporativas realizadas por las entidades, encargos de contratación pública a Perú Compras y toda esta actividad se desarrolla siempre como una visión muy clara: la mejora continua de la contratación pública con aprovechamiento creciente de tecnologías de la información, generar espacios para una mayor participación de proveedores y, por supuesto, generar condiciones de eficiencias de eficacia de transparencia.

Los resultados son bastante interesantes. El Perú el año pasado ha ahorrado 500 millones de soles y se está transando de modo creciente en bienes y servicios por estos mecanismos.

Muchísimas gracias.

Giusseppi Vera: Muchísimas gracias, doctor. A continuación tenemos la participación del doctor Carlos Álvarez Solis.

Un aspecto fundamental en la contratación pública, que contempla el estudio de la forma en la que se materializa esta compra, es la adquisición de bienes, la contratación de servicios y la suscripción de contratos de obra. La nueva Ley de Contrataciones del Estado ha traído consigo algunos conceptos que seguro van a ser abordados por ti en la siguiente pregunta: ¿qué aspectos de reforma se dan en las modalidades de contratación pública?

Carlos Álvarez Solis: Muchas gracias.

Este es un tema bastante apasionante porque tiene que ver con cómo es la dinámica de la contratación pública. Evidentemente, tenemos la noción que la normatividad de contratación pública va a permitir satisfacer necesidades, cumplir fines públicos, cerrar brechas, cumplir los objetivos institucionales, pero con lo que trabajamos los logísticos o los operadores es a través de los procedimientos que se estatuyen en la propia normativa de contrataciones con el Estado y es ahí donde tenemos la idea o noción de los procedimientos de selección, esto a partir de la aplicación que se hizo de la nueva ley de contrataciones con el Estado, aún a nivel de proyecto y que está recibiendo los aportes de los especialistas o interesados sobre la materia. Tiene tres ejes o tres enfoques nuevos. El primer enfoque va a estar orientado a los métodos colaborativos, antes no estaba o por lo menos no tan explícitamente

en la normatividad del TUO de la Ley n.º 30225. El segundo enfoque trata acerca de las contrataciones estratégicas, subdivididas en cinco ápices. Finalmente, entra a la contratación a través de procedimientos y los subdivide en dos: procedimientos competitivos y procedimientos no competitivos.

Es a través del primer enfoque, de los métodos colaborativos, que vi la primera modificación en cuanto a normatividad de contrataciones con el Estado vinculada al tema de métodos de contratación, porque siempre hemos tenido la concepción del estudio de mercado que te permitía gestar el valor estimado, valor referencial y también, evidentemente, establecer el mecanismo del procedimiento de selección a llevar para satisfacer la necesidad. Esto cambió después con la indagación del mercado a través de la implementación del valor estimado o valor referencial propiamente dicho en función a la plataforma del Seace y si es que este se podía determinar como precio oculto o precio que aparecía dentro de la convocatoria del procedimiento de selección. Ahora este mecanismo o el símil del mecanismo que organizaría el operador logístico en el OEC se denominaría interacción con el mercado y la norma de contratación pública —por lo menos el texto que se ha prepublicado— menciona tres ejes temáticos que se van a desarrollar en el Reglamento, pero que por lo menos traigo a colación acá y voy a dar algunas ideas al respecto a los mismos.

Primero vamos a tener que certificar a través de la interacción del mercado con los niveles de competencia o los niveles de competitividad, lo que creo que se hace ahora en el estudio definitivo cuando se determina el tema de posibilidad de dispersión de la buena pro y la pluralidad de postores, son partes específicas que el operador logístico tiene que desarrollar en el estudio definitivo; el presupuesto que, evidentemente, va a ir arraigado con el tema de certificación o previsión presupuestal, dependiendo de la naturaleza de la contratación y el mecanismo de contratación, que es donde ya vamos a ver estas tres categorías que son los mecanismos colaborativos, las contrataciones estratégicas y los procedimientos de contratación competitivos sujetos a competencia o no sujetos a competencia.

Respecto a los métodos colaborativos, se incorporan dos y están vinculados con la ejecución de obras: el primero es el proceso del *fast track* y el segundo es el tema de los contratos estándar de ingeniería de uso internacional.

La modalidad de contratación *fast track*, en principio, no es una modalidad de ingeniería propiamente civil, sino más bien un procedimiento de ingeniería informática, ingeniería electrónica, porque se utiliza para la creación de diseños de *software* y *hardware* a través de los ensayos y errores de los procesos cíclicos que determinan avances de carácter tecnológico, de ahí nace esta metodología de hacer. Pero los conocimientos en ingeniería, y lo escuchaba ya hace algunas semana atrás, son de carácter cíclico y para ellos todo procedimiento puede ser utilizado a lo largo de la definición de sus procesos internos para cumplir sus fines. El *fast track* es construir de acuerdo a como vayas fomentando u organizando tu diseño. El pro, evidentemente, es que lo que se quiso suplir en algún momento —y ahí, cuando estábamos en la comisión con el ingeniero Carlos López Avilés hablábamos de la posibilidad de modificar de manera reiterada o necesaria el calendario de ejecución de avance valorizado de obra— lo tendríamos ahora ya con un propio mecanismo de colaboración. Esto no es nuevo, se ha venido implementando en los juegos panamericanos, en los contratos de Gobierno a Gobierno, incluso hay declaraciones del año 2018 del exministro Estremadoyro donde mencionaba que la ley de contrataciones con el Estado no podía aplicar y que era necesaria una modificación normativa. Hoy, prácticamente tres años después, se ve, por lo menos a nivel de indicio, dentro de la normatividad de contrataciones con el Estado y espero que se pueda desarrollar.

El tema de contratos estándar de ingeniería de uso internacional básicamente es incorporar las normas que ya se han venido incorporando a lo largo de esfuerzos reiterados del OSCE en concordancia con el MEF al momento de las modificaciones normativas, la incorporación, por ejemplo, de los *dispute boards* que ahora están cogiendo algún tipo de arraigo mayor con el paso del tiempo, así como lo fue en su oportunidad el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Respecto a las contrataciones estratégicas hay un tema interesante, incorporan como concepto de contratación estratégica a la subasta inversa electrónica y a las compras por acuerdo marco. Creo

que es importante entender que esto es un tipo de compra estratégica, por la aspiración y, lo mencionado por el doctor Salazar, están buscando uniformizar las necesidades del Estado para adquirir compras de gran escala y con menores rasgos de criterios de burocracia y, evidentemente, en virtud del principio de simplicidad, ahorraríamos bastante tiempo y el tema de calidad, porque solamente compites en el tema de precio y en cuestiones de tema de plazo, cuando ya, prácticamente, a nivel del sistema de Perú Compras se han estandarizado.

Salvo el tema de compras por acuerdo a marco, la subasta inversa electrónica estaba categorizada anteriormente como procedimiento de selección, entiendo que el sistema la subasta inversa electrónica se tramitaba a través del portal del Seace con este texto «se menciona que esta facultad va a ir a Perú Compras», vamos a ver cómo se desarrolla porque va derivarse de una directiva interna y además también hay que desarrollar los mecanismos a nivel funcional de soporte magnético o electrónico, porque evidentemente esta plataforma virtual es la que asumiría, según el texto que se ha publicado, los procedimientos de subasta inversa electrónica.

Los tres puntos que se adicionan como contrataciones estratégicas, y que no estaban en la Ley n.^o 30225 anterior son: las compras centralizadas, las compras corporativas y las compras públicas de innovación. Las compras centralizadas debo entender que deben de ser a nivel del sector, porque solamente hacen la distinción con compras corporativas cuando se unen las necesidades de dos entidades como mínimo, yo creo que cuando estemos hablando de compras del sector o a gran escala o se vayan a establecer quizás en el Reglamento algún tipo de topes o montos, o quizás en alguna directiva del OSCE con posterioridad podamos entender la diferenciación entre una y otra, pero por lo menos también se menciona de manera textual que tanto la compra centralizada como la corporativa se harán a través del grupo MARS.

Por eso me pareció interesante e importante la forma como se planteó este panel, y el doctor Salazar brindó una explicación bastante sesuda y holgada de cuál era la situación y a lo que aspirábamos a través del sistema de Perú Compras, y si nos damos cuenta, la visión de esta normatividad de contratación con el Estado está muy arraigada con lo que ha mencionado anteriormente el doctor Salazar que es justamente uniformizar necesidades, acortar plazos para satisfacer necesidades, que es justamente la visión moderna de la contratación estatal.

Respecto de la compra pública por innovación, se señala que está vinculada a temas de invenciones científicas y que el derecho de la titularidades sin mención científica será parte del entidad una vez completada la contratación, perfeccionada la contratación y culminado la ejecución contractual.

Vamos, entonces, a la última parte que es el tema de las contrataciones sujetas a procedimientos competitivos y no sujetas a procedimientos competitivos. Acá lo que ha hecho el legislador es dividir los supuestos excluidos de la ley de contrataciones con el Estado y los ha incorporado a las compras sujetas a procedimientos no competitivos, porque si uno lee ese listado están las compras de proveedor único, las situaciones de desabastecimiento, el tema de contrataciones de entidad a entidad, etc.

Hay un tema que cambia o que, por lo menos, no se precisa, pero sí están mucho más adelante, que es el tema de las compras sujetas a supervisión y no sujetas a supervisión, un ejemplo clarísimo son las contrataciones menores o iguales a las 8 UIT. Entiendo que con el Reglamento vamos a tener esa circunstancia mucho más clara, recordemos que además este es un proyecto inicial que va a recibir varios aportes.

Finalmente, debo entender que las compras sujetas a procedimiento vendrán a ser la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada. No las mencionan de manera textual, recordemos que la última modificación de la Ley n.^o 30225 incorpora algunos procedimientos de selección nuevos como el tema de selección de consultores individuales, el concurso de proyectos arquitectónicos, imagino que estos procedimientos no van a ser dejados de lado y que se van a incorporar como estos supuestos sujetos a competitividad, donde sí importará los requisitos de calificación, los factores de evaluación y los procedimientos que todos conocemos.

Agradezco la oportunidad de participar en este panel. Muchas gracias.

Giusseppi Vera: Muchísimas gracias.

La siguiente panelista es la doctora Fabiola Paulet Monteagudo. Si hablamos del proyecto de ley y de la Ley actual que tienen como mecanismos de solución de controversias en contratación pública la conciliación y el arbitraje, es indudable pensar inmediatamente en cláusulas escalonadas y todo lo que ello conlleva o podría conllevar en la práctica. Por ello surge esta pregunta, que te te trasladamos: ¿qué apuntes se deben considerar en una reforma de la conciliación y el arbitraje en contratación con el Estado?

Fabiola Paulet Monteagudo: Muchas gracias.

La pregunta es muy retadora y quisiera proceder de la forma más transparente, directa, reflexiva.

Me puse a revisar las estadísticas oficiales de Ministerio de Justicia con relación a las faltas de conciliación y, obviamente, en el año 2020 no eran números nada halagadores, pero cuando revisamos la data del 2019 se podría mencionar que tenemos, en el primer trimestre: dos actas de conciliación, una por indemnización y otra por obligación de suma de dinero; segundo trimestre: dos actas de conciliación; tercer trimestre: cuatro actas de conciliación; cuarto trimestre: ocho actas de conciliación, es decir, dieciséis actas de conciliación. Esto nos llama a la reflexión, en el Seace sabemos que aproximadamente hay 150 000 contratos. ¿Qué representa 16 actas de conciliación respecto a este número? Es ínfimo. También sabemos que el Seace aglomera por lo menos unas 2850 entidades y las compras públicas por lo menos deben ser un equivalente al 7 % del PBI.

¿Qué es lo pasa? ¿Por qué los funcionarios públicos no se animan? Y cada vez las redacciones de la Ley y el Reglamento son más duras y establecen condiciones bajo responsabilidad del que toma la decisión o no para aceptar o no una propuesta. Respecto a estas cláusulas escalonadas, resultan dos preguntas importantes, en los últimos diez años esta ha sido la tendencia, es decir, no ha habido mayor evolución, no hay voluntad. Pero ¿qué hay detrás? ¿Por qué no funciona? Básicamente porque es sumamente complicado para un funcionario público decir que impone una penalidad, por dar un ejemplo, y luego ese mismo funcionario público —porque es el área usuaria— tenga que entrar en una fase de conciliación que podría, directa o indirectamente, entenderse como algún grado de responsabilidad en la toma de decisión, y esto gatilla, naturalmente, para el funcionario público: i) responsabilidad administrativa; ii) de repente es un pretexto perfecto para una rotación de personal o quién sabe para una renovación de personal; y sin duda, y no menos importante, iii) estaba siempre bajo la espada de Damocles de la Contraloría General de la República.

Esto es una realidad por lo menos en los últimos diez años y no va a cambiar. Entonces cuando dices pongamos un mecanismo de cláusula escalonada, la pregunta ¿es eficiente la conciliación? ¿Suma para el propósito que todos necesitamos, una ley que sea eficaz, eficiente, simple, amigable, que de pronto en el futuro pueda contagiar de las buenas prácticas de los contratos colaborativos? Tenemos dos opciones: i) reconocer que en verdad la conciliación no es una figura perfecta para la Ley de Contrataciones —por lo menos los hechos lo demuestran así, dieciséis actas de conciliación cuando tenemos más de 150 000 contratos en el Seace realmente nos llama a la reflexión—; o, ii) la propuesta atrevida de solución es que en verdad busquemos otra fórmula.

Si realmente queremos que se solucionen los problemas y que esto ni siquiera llegue arbitraje, sino que se queden en el estadio de la conciliación, asumiendo una cláusula escalonada en ese sentido, creo que pasaría por una fórmula legislativa innovadora y atrevida. Y digo atrevida porque difícilmente creo que alguien se sume a este sueño, y es que en verdad, en el fondo, lo que necesitan todos los operadores de mercado y los ciudadanos de a pie, nosotros, son las cosas, bienes servicios y obras para ayer, tenemos una brecha enorme en muchas áreas.

¿Qué hacemos para que funcione la conciliación? En esta propuesta atrevida, quizás innovadora, quizás fuera de contexto, quisiera que estableciera la norma que cada entidad tenga un conciliador oficial, el único que esté autorizado para conciliar y que respecto a la conciliación que realice esta persona capacitada, seleccionada, calificada y seguramente de un puesto de trabajo casi inamovible, digamos así, esté exento de responsabilidad administrativa, civil y penal respecto a las decisiones que tome en medida en determinados supuestos. Quizás no todos los tipos de contratos, pero podríamos empezar por los contratos de bienes o servicios hasta determinada cuantía y así hacer este proyecto piloto experimental y ver si en esencia funciona; de lo contrario no encuentro una fórmula que pudiera ser eficiente a efectos de sumar a la Ley de Contrataciones del Estado, porque el objetivo es sumar a su eficiencia y a la resolución de conflictos.

Bajo ese escenario podría concluir dos cosas: i) si seguimos con la misma fórmula, simplemente estamos haciendo caso omiso de la realidad; ii) asumimos un reto de tener una conciliación bajo un enfoque distinto, quizás mejor al que he propuesto, a efectos de que en los hechos sí funcione, pero mientras siga la espada de Damocles sobre la cabeza del funcionario público, mientras no quede exento de responsabilidad civil y administrativo-penal respecto de determinados supuestos de conciliación, creo que esta figura de conciliación seguirá su curso sin dar mayores luces.

Muchas gracias.

Giusseppi Vera: Muchas gracias.

A continuación tenemos la intervención de la doctora Sheilah Vargas Soto, con un tema medular del que se pueden escribir libros al respecto. Después de tramitado el proceso donde se han discutido las posiciones del contratista y de la identidad, se han analizado los fundamentos de hecho y de derecho de cada una de las pretensiones que han sido presentadas después del debate probatorio arduo y de la valoración de las pruebas se llega al momento estelar del arbitraje: el tribunal arbitral emite el auto, declarando fundada o fundada en parte la demanda. El cliente, el contratista, pregunta entonces ahora qué hacer. La consulta que le formulo es sobre la ejecución del laudo en contratación pública y cuáles son los problemas que presenta.

Sheilah Vargas Soto: Gracias.

Después de haber escuchado ponencias tan alentadoras que buscan el tema de las compras eficientes y el interés público de toda la contratación de bienes, servicios y obras, creo que voy a hacer una exposición un poco pesimista, porque los problemas que se presentan en el nivel de ejecución son diversos.

Primero, voy a hacer una introducción al marco general de la ejecución, o sea, al arbitraje comercial o arbitraje con el Estado para luego referirme a lo que es la ejecución contra laudos con el Estado.

El primer tema que nosotros encontramos en la ejecución del laudo parte de cuando se presenta la demanda de ejecución con lo que son los requisitos o lo que se califica, lo que califica el juez comercial que, como ustedes saben, es el órgano competente, o de ser el caso el juez civil, para una ejecución del laudo, y entonces tiene que analizar el laudo y las resoluciones poslaudo.

En este momento ocurre que los abogados de parte se dan cuenta que tal vez ciertas cosas no estaban claras en el laudo y habiendo ejercido el derecho de pedir estos pedidos poslaudo, se les pasó algo. ¿Qué es lo que pasa? Nos encontramos con laudos que en ciertos extremos de la parte resolutoria no están determinados, se ordena el pago de intereses y no se dice cómo se calculan, cuál es la fecha de inicio y la de final. Estos temas de indeterminación acaban en que esos extremos de la demanda de ejecución terminan declarados improcedentes, porque no pueden ser ejecutados. Y no pueden ser ejecutados porque en la calificación, aparte de los documentos que se analizan, el juez tiene que analizar los requisitos de un título de ejecución —y esto está aprobado en un pleno regional comercial de

los jueces comerciales que se dio en el año 2016 que tiene criterios muy importantes a seguir en procesos de anulación y ejecución de laudos—, lo que dice que al ser un título de ejecución un laudo arbitral, tiene que ver que contenga una obligación cierta, expresa, que sea líquidable y exigible, y si es líquidable la tiene que calcular de manera aritmética.

No puedo entrar a valorar medios probatorios u otros extremos del laudo para, como juez comercial de ejecución, determinar qué es lo que se debe ejecutar. Si eso no está claro en la parte resolutiva, y la parte perdió la oportunidad en los pedidos poslaudo, esos extremos no se pueden ejecutar. Ahí a la parte demandante le queda interponer recurso de apelación, que se concederá con efectos suspensivos o sin efectos suspensivos para que el trámite siga respecto a los temas que están admitidos.

Vayamos al otro lado. Está admitida la demanda de ejecución perfecta en todos los extremos y se da la orden de mandato de ejecución donde le dicen al contratista que ganó el laudo, con una pretensión de condena se entiende, o puede ser una prestación de dar, la clásica prestación de dar sumas de dinero, de hacer o de no hacer. ¿Qué puede hacer el ejecutado? Según la Ley de Arbitraje, el ejecutado tiene dos opciones: i) demuestra que cumplió con la obligación; ii) dice, yo, entidad, he ido a un proceso de anulación del laudo y en ese proceso he logrado la suspensión de los efectos del laudo, entonces no puedes ejecutar.

Estos dos supuestos están en el artículo 68.3 de la Ley que norma el arbitraje. La pregunta que se da en la práctica es: el ejecutado, la entidad en este caso, ¿solamente puede alegar esas causales de contradicción, de oposición a la ejecución, o aplicamos las del artículo 690 del Código Procesal Civil? En la práctica, y esto no está en el pleno, se alegan las causales de contradicción que están en el Código Procesal Civil y entonces pueden decir que la obligación que está contenida en el laudo es nula es falsa, es inexigible o, de ser el caso, está extinta, con lo cual abres dos supuesto más para oponerte. Llega el momento que se resuelve la primera etapa de ejecución, aunque no crean en la práctica antes de pandemia se demoraba seis meses, ahora en pandemia con la justicia remota y con todas las complicaciones que sabemos y con el mejor esfuerzo, de verdad, que hace el Poder Judicial, está demorando un poco más. Llega el juez comercial que resuelve y dice adelante con la ejecución, páguese la suma equis y resulta que la entidad declara infundada la contradicción, se lleva adelante la ejecución y la entidad apela. Ahí se abre otra discusión, en la práctica, entre la Ley de Arbitraje y el Código Procesal Civil, porque entonces te dicen esa apelación la debes conceder, cuando tienes el artículo 68.4 de la Ley de Arbitraje que te dice que juez, bajo responsabilidad, no puede admitir recursos que entorpezcan la ejecución. Nosotros nos ponemos abogar por el contratista, claramente ya se determinó que no has acreditado ninguna de las causales que impida la ejecución entonces se las han rechazado, que siga la ejecución y, por el otro lado, tienes el tema de la pluralidad de instancia que está en la Constitución y está en el CPC, qué hace un juez comercial en ese caso. La solución que le han dado en ese caso es vamos a ponderar esos dos derechos, al final vamos a conceder, pero que no se suspenda la ejecución, vamos a darles sin efecto suspensivo. Pero resulta que en la práctica, seis meses más arriba, se va a sala comercial y dices sigo con mi ejecución, lo que dice el juzgado es no porque tengo que esperar lo que resuelva la sala, entonces mejor hubiera sido que me concedas con efecto suspensivo y todos tranquilos esperamos que se resuelva en sala y baje.

Y otra discusión que también se da con esto es: ¿realmente se debió conceder esta operación? ¿No se está entorpeciendo la ejecución? Cosa distinta ocurre si se declara fundada la contradicción, o sea, le dan la razón a la entidad, es decir, efectivamente hay un problema con la obligación que está contenida en el laudo. Ahí están perjudicando al demandante, que inició el proceso y que pretende llevar la ejecución, le están diciendo que la ejecución no va. Ahí creo que cobra mayor sentido que se conceda la apelación, pero tiene sentido concederla a favor de la entidad. En la práctica se da: sin efecto suspensivo, pero igual paraliza, o con efectos suspensivos y paraliza. Estamos hablando ya de una ejecución que va hacia el año.

Otra complicación está en el tema del Estado. Hay un procedimiento especial que está en la Ley del contencioso, hay sentencias del Tribunal Constitucional que dicen para todo tema de ejecución de

sentencias contra el Estado lo tienes que seguir, y el pleno comercial les dice lo tienes que hacer después que acabe esta primera etapa. Y este procedimiento, que en la práctica tampoco debiera demorar porque lo máximo que da la norma es un plazo de seis meses para confeccionar lo que son informes que diga cómo va a presupuestar el pago de la deuda, termina diciendo córrase traslado, póngase a conocimiento, aún no me informan, todavía no hemos visto el presupuesto. Hay dos sentencias muy importantes del Tribunal Constitucional que dicen que cuando la entidad no demuestra que existe una voluntad de pago, si el juez advierte que no hay ninguna acción concreta para el pago de la deuda, puede pasar a la ejecución forzada y esta ejecución forzada es en la que uno puede tratar embargos. En el caso del arbitraje comercial nos evitamos todo este procedimiento del artículo 46 de la Ley del contencioso, inclusive cuando es un privado se le embarga antes de iniciar la ejecución; en el caso del Estado eso lo hago al final, después de adoptar este procedimiento, entonces ya estamos en el segundo año de ejecución.

Si ustedes se dan cuenta, al final todo este tema que uno busca que el privado contrate con el Estado, que ofrezca un producto, una obra, un servicio que cumpla con las expectativas de todos, si ponemos el otro lado de la moneda, en el caso que haya en cumplimiento nos vamos a arbitraje, el mecanismo el solución de controversias, lo hemos visto que el tema la Constitución no funciona y la lógica del funcionario a veces si es que no puede llegar a un acuerdo es «que lo determine el tribunal», y van a un arbitraje. Llega el tema del arbitraje, tienes el laudo, ganas y ahí no acaba la cuestión, tienes que ir a ejecutar en un proceso que tranquilamente puede demorar tres años si no es más.

Finalmente, desde todos los principios rectores de un Estado de derecho lo que buscamos es que las sentencias y los laudos se cumplan, es una clarísima afectación a un tema de tutela jurisdiccional efectiva. Qué hago con laudos muy bonitos o con sentencias impecables que no puedo ejecutar. Tiene que haber un estudio. Personalmente, me gusta el tema y lo estoy investigando, qué hacer para que en la práctica esto funcione, porque pasan meses, años y no se acredita una voluntad de pago del Estado. Ese inversionista que gana una indemnización con un proyecto que se frustró qué incentivo puede tener con en este Estado social de derecho para luego contratar con el Estado, no lo sé.

Hay que ver el todo en su conjunto: el tema de la contratación, el mecanismo que se activa cuando lesionas un derecho, un interés, en el marco de la contratación pública y, efectivamente, si están funcionando los mecanismos para que la entidad finalmente cumpla qué medidas se deben dar a nivel administrativo, complementar en la Ley del contencioso, ver la forma que finalmente las sentencias y los laudos se cumplan.

Muchas gracias a todos por su atención.

Giusseppi Vera: Muchas gracias.

Como último expositor tenemos la participación del doctor Christian Guzmán Napurí. El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a proveedores, subcontratistas, supervisores de obra, profesionales que se desempeñan en las labores propias de la contratación con el Estado. ¿Cuáles son esas infracciones y sanciones administrativas en régimen sancionador de la contratación pública?

Christian Guzmán Napurí: Muy buenas tardes.

El tratamiento del procedimiento administrativo sancionador en la normativa en materia de contrataciones con el Estado es malísimo, pésimo, horroroso. En serio, no estoy exagerando. Es malo no solamente en la tipificación, sino también en la determinación de las sanciones aplicables y mucho peor en la regulación del procedimiento, que en parte ya está regulado en el TUO de la Ley n.º 30225 y, en mayor escala, en el Reglamento. Es el Reglamento donde vamos a encontrar la mayor cantidad de problemas en la regulación del procedimiento administrativo sancionador. Los problemas vienen de la Ley, pero continúan y se agravan en el Reglamento y es verdad que la jurisprudencia del Tribunal ha intentado, en diversas ocasiones, mejorar esta situación, pero no ha sido posible, hay criterios

jurisprudenciales del Tribunal de Contrataciones que pretenden ir contra la corriente, pero parece que los errores de la Ley y del Reglamento son mayores.

Empezamos por el solo hecho de que estamos frente a un procedimiento administrativo sancionador raro en el ordenamiento jurídico peruano definido en una sola instancia. Todos sabemos que la distancia plural no es un requisito del debido procedimiento, o si quieren verlo de otra manera, no es una garantía del debido proceso en sede administrativa, y eso lo ha dicho el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia —nota a pie de página, que lo diga el Tribunal Constitucional tampoco nos asegura que esté bien, porque el Tribunal Constitucional se equivoca seguido—, pero si uno analiza fríamente dice para qué desesperarnos por la existencia de la instancia plural si existe el contencioso-administrativo, si fuera así, no existirían tribunales administrativos —yo lo veo todos los días, soy vocal del tribunal de Susalud y me queda clarísimo que si no hubiese tribunal esto sería una locura, tendríamos miles de procesos judiciales en materia de mala práctica médica y aseguramiento, etc., en materia de salud pública en el Poder Judicial, los jueces contencioso-administrativos se estarían volviendo locos, gracias a Dios hay un tribunal que sirve como filtro para que no todo llegue al Poder Judicial, y que, sin duda, tiene un efecto positivo, es probablemente uno de los que tienen menor impugnación judicial, resolvemos dentro del plazo, nunca se ha generado derecho administrativo negativo, los tribunales administrativos son sumamente útiles, pero, insisto, si es que funcionan en una lógica de instancia plural, no solo como un mecanismo de garantía, sino además como un mecanismo de eficiente gestión y control de las decisiones que se toman en la materia—.

¿Cómo hacemos para que haya una instancia plural en el Tribunal de Contrataciones? Hay varias propuestas, nos podemos quedar toda la mañana discutiéndolas, pero es un problema que estemos frente a un procedimiento administrativo sancionador en una sola instancia que, insisto, es raro, hay cuatro o cinco casos, no más, en la Administración Pública peruana.

Acá tenemos un primer problema que no se está resolviendo en el proyecto de ley, que es bastante escueto en esta materia. Contiene la tipificación de las infracciones, lo cual está bien de entrada, o sea que no haya colaboración reglamentaria en materia de infracciones y sanciones es bueno, el problema es cómo es que las infracciones se tipifican. Este es un problema que de entrada quiero poner en claro, si está bien o mal que estemos tipificando de esta manera.

Hay otro problema que es una vieja confusión —que no debería existir hoy en cuando ya la doctrina y la jurisprudencia en materia de contrataciones con el Estado y de derecho administrativo clásico ha avanzado ostensiblemente— entre la culpabilidad y la causalidad, el mal llamado principio de culpabilidad. Acá el proyecto de ley repite un error gravísimo de la normativa actual, señalando que la responsabilidad es derivada de las infracciones objetivas, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta. No me refiero a la naturaleza objetiva de la responsabilidad, que no se me malinterprete. Creo que la responsabilidad administrativa del administrado, en general, debería ser objetiva y, evidentemente, en materia de contratación administrativa la responsabilidad administrativa debería, y es, objetiva.

Les voy a contar la historia, acá hubo toda una evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones respecto de la naturaleza de la responsabilidad administrativa. Al inicio parecía que no había discusión a nivel jurisprudencial, pero luego en el Tribunal se dieron cuenta de que era necesario establecer cuál era la naturaleza de la responsabilidad administrativa a nivel del procedimiento administrativo sancionador, porque ocurría que al momento de apelar pretendían sustentar la apelación con consideraciones objetivas, en la ausencia de dolo, en la ausencia de culpa, en el supuesto comportamiento diligente del proveedor o del contratista. En esta evolución, el Tribunal, analizando la doctrina sobre el particular y lo que decía la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre la materia, evoluciona y establece el criterio jurisprudencial que la responsabilidad administrativa en materia contractual es objetiva. En el ínterin, se promulga el Decreto Legislativo n.º 1272, el cual modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General e incorpora el principio mal llamado de culpabilidad en la Ley. Como bien sabemos, este principio viene con truco porque nos dice la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo que la ley diga que es objetiva, y nadie nos dice cuándo debemos

optar por responsabilidad subjetiva o por responsabilidad objetiva. Eso nos dejaba un poco en el aire, porque el Tribunal de Contrataciones no podía seguir empleando la responsabilidad objetiva porque la Ley n.º 27444 se lo impedía; sin embargo, prontamente, el Poder Ejecutivo, dentro de esta misma tanda de decretos legislativos, modifica la Ley n.º 30225 y establece la responsable objetiva con lo cual, por el momento, todos tranquilos y felices.

Pero la siguiente reforma a la Ley n.º 30225 mete este error, y digo que es un error porque estamos confundiendo dos principios que son diferentes: el principio de culpabilidad, por un lado, y el principio de causalidad, por el otro. El principio de causalidad nos dice algo que parece una verdad de Perogrullo, que la responsabilidad le corresponde al que comete la infracción, y uno dice «es bastante evidente». Pero en realidad lo que me está diciendo es que debe existir un nexo causal entre la acción del agente y la infracción cometida, nexo causal que se puede romper. Hay cuatro supuestos de fractura o ruptura del nexo causal: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero y hecho determinante de la propia Administración. Estos supuestos de fractura de nexo causal habían sido tratados por el Tribunal de Contrataciones antes de incorporarse como eximentes de responsabilidad en la Ley n.º 27444, el primer dato es de la realidad. Pasaba que el Tribunal de Contrataciones decía la responsabilidad objetiva, pero hay supuestos en que el nexo causal se puede romper: tenía que ir a firmar el contrato, pero me dio covid, estoy con oxígeno en mi casa, no puedo ir a firmar el contrato, no soy responsable porque estamos ante un supuesto de caso fortuito. Esto lo había tratado el Tribunal de Contrataciones, y aparece esta disposición medio extraña porque los supuestos de fractura del nexo causal son aplicables a toda infracción, en mayor o menor medida, porque no opera sobre la base la culpabilidad, opera de la base de la causalidad, son principios diferentes que operan en paralelo. Mucha gente cree en la fractura nexo causal, o sea, los eximentes de responsabilidad, operan en el ámbito de la culpabilidad; no, operan en el ámbito de la causalidad. Ahí viene el grueso error que tiene en este momento el TUO de la ley y que, lamentablemente, mantiene el proyecto de ley. Esto dentro de los problemas de la Ley.

Muy rápidamente señalo cuáles son los problemas del Reglamento. Veo tres: i) no existe referencia a la caducidad, es más no existe caducidad, referencia que sí está en el proyecto, con lo cual pareciera que ese problema está resuelto; ii) no hay referencia a la separación de autoridades, lo que me parece gravísimo. En un momento dado lo que estaba pasando es que la Secretaría Técnica operaba como autoridad instructora y la sala del Tribunal operaba como autoridad sancionadora —en algún momento—, aparte de que esa separación de autoridades es bastante artificial, ya en la actualidad no existe formalmente; iii) la inexistencia de los eximentes de responsabilidad, digo voy a utilizar los eximentes de la Ley n.º 27444, pero el Reglamento dice expresamente que no existe. Alguien dirá aplica igual la Ley n.º 27444 y acá tenemos esta piedra en el zapato que es la primera disposición complementaria del TUO de la Ley que dice que las normas contractuales tienen prevalencia sobre las demás normas de derecho público, entre las cuales está la Ley n.º 27444. Acá tenemos un par de principios que chocan: el principio de especialidad de la normativa contractual versus el principio de la Ley n.º 27444 y, en particular, de las disposiciones en materia sancionadora que nos dicen que no estamos frente a una ley de procedimiento administrativo general, estamos ante una ley de procedimiento común, lo cual significa que los principios establecidos en la Ley n.º 27444 son principios generales y mínimos, y, en consecuencia, las garantías principios establecidos en la Ley n.º 27444 no pueden ser disminuidos por las normas especiales, así sean leyes; pueden aumentar, sin duda, de hecho pasa muchas veces, pueden mejorarse, pero no pueden ser principios de menor intensidad, que es lo que estaría pasando en el caso de la normativa contractual.

Muchas gracias por la atención.

Giusseppi Vera: Para finalizar, en el mismo orden de las intervenciones, les pediría sus palabras finales y conclusiones.

Ricardo Salazar Chávez: La lección que podemos sacar es muy simple: todos los temas tienen que ser vistos a detalle y considerarlos en un sistema integrado en el que todos los actores hablemos el mismo lenguaje, es decir, los funcionarios públicos que participan en contratos, los proveedores, los

árbitros, los jueces, los fiscales, los integrantes del Sistema Nacional de Control, los políticos, especialmente los asesores de los políticos tenemos que hablar el mismo lenguaje, porque finalmente lo que está en juego aquí son acciones en favor de la comunidad, los contratos públicos, el arbitraje o los medios solución de controversias vinculados a esta materia tienen como resultante final aportar valor a la comunidad. Una contratación que no brinde servicios bienes u obras oportunos, de calidad, a la comunidad no tiene mayor sentido.

Es muy importante hacer una jornada, y sería una formidable vía, en la que estemos los diferentes actores y nos pongamos de acuerdo sobre estos temas clave. Todos han mencionado importantísimos temas: la importancia de ir a detalle en la estrategia y cómo reflejarla en operaciones concretas, organizando claramente los tipos de actividades que vamos a desarrollar; la conciliación es factible o no es factible y hay que encontrar una ruta para ello, porque es un medio, de mano de la mediación, que puede ser muy interesante para la solución de controversias; luego, todos los problemas de la parte de la relación entre todo lo que se haga en materia de contrataciones, incluida la conciliación o eventualmente la junta de solución de disputas, y lo que finalmente va a aplicarse o no; es decir, no tiene mayor sentido hacer un buen trabajo en una zona y después en la parte de judicial se nos vaya; y hay temas que están pendientes a nivel conceptual que tenemos que aclarar muy bien.

Lo otro que quisiera señalar en materia de solución de controversias, para vincular lo que hemos señalado con esto. En estos momentos lo que tenemos como foto es que el Perú tomó una decisión estratégica de ir a mecanismos alternativos de solución de controversias y eso tuvo un resultado interesante en comparación a lo que implica las dificultades que por carga de trabajo, no por especialidad, el Poder Judicial hace menos oportuno, es que la conciliación se mostró como una vía muy interesante y tuvo sus resultado. Han aparecido las juntas de resolución de disputas y tienen la ventaja que la obra se termina, por eso es que ahora se está llevando a la siguiente propuesta que ya está reflejada en el proyecto, extraer las lecciones de las juntas de resolución de disputas y aplicarlas en bienes y en servicios, de modo tal que los contratos también se ejecuten. Hoy cuando se entraña una contratación o la ejecución contractual por conflictos, la perjudicada no solamente es entidad que no cumple sus fines, no solamente es el proveedor al que de los costos se le disparan, sino que finalmente la población es la que no recibe lo que por derecho le corresponde. Esta lección que se está sacando de la junta de resolución de disputas y se pretende incorporar en lo que es la lógica de bienes y servicios es una vía interesante también a explorar. Queda como una tarea de reflexión de modo tal que se mantiene el arbitraje para la parte posterior a la ejecución, siempre tiene que estar, es importante, pero también aprovechar estos beneficios de la junta de resolución de disputas para bienes y servicios con los mecanismos que se vayan estableciendo. Gracias.

Carlos Álvarez Solis: Como ha mencionado el doctor Salazar, este panel ha dado un vistazo bastante largo de los puntos más álgidos e importantes, todo lo que es el proceso que regula la propia Ley de Contrataciones del Estado, desde el mecanismo de Perú Compras, desde los mecanismos de selección hasta los mecanismos de solución de controversias para lo que es conciliación o arbitraje, y finalmente lo que también forma parte de la normativa de contrataciones con el Estado son los procesos sancionadores.

Algunas ideas al respecto desde la perspectiva que toqué, que versa sobre los mecanismos. ¿Qué es lo que está buscando el legislador o hacia dónde nos estamos yendo como estructura jerárquica o como Estado en el campo de la contratación pública? Estamos yendo por tres caminos muy importantes: i) uniformizar la compra pública, hacerla la menos burocrática, estandarizarla y hacerla más transparente. Mecanismos que ayudan, Perú Compras, por ejemplo, atribuyéndole mayores funciones, sobre todo sobre el tema de compras estratégicas que está en este nuevo proyecto; ii) creación de publicidad dentro del campo de solución de controversias. Recuerdo el aporte que hizo la doctora Fabiola Paulet con el récord arbitral y que permitió de alguna u otra manera la transparencia en lo que es el tema de procedimiento de solución de controversias, específicamente en el arbitraje en materia contrataciones con el Estado. Y esto no solo se quedó acá, hay sistemas como CONOSCE que también son esfuerzos que buscan arribar a este primer punto.

Lo segundo es modernizar la contratación pública, no por nada se incorporó el tema de concurso de proyectos arquitectónicos en la anterior normatividad y ahora se están implementando mecanismos como los contratos estándar de ingeniería de uso internacional o como los mecanismos colaborativos. Estoy seguro de que van a ayudar bastante, así como ayudaron, fuera de la normativa de contrataciones con el Estado, a los contratos de Gobierno a Gobierno o los mecanismos especiales de contratación, incluso estaba mencionando que esto ya tiene algún tipo de experiencia en lo que es obras por impuestos.

El tercer campo es, evidentemente, tener conocimiento de todo este gran sistema que es el Sistema de Abastecimiento Público, que no solamente es lo que hemos hablado hoy —el proceso propio de contratación pública—, también involucra el sistema de control patrimonial del Estado y también involucra el sistema de almacenes del Estado que tiene una tratativa especial y particular, porque la cadena de abastecimiento público involucra a todos estos sectores.

Sheylah Vargas Soto: Me gustaría cerrar comentando lo que dijo el doctor Ricardo Salazar sobre la junta de resolución de disputas. Creo que a muchos nos ha llamado la atención porque es un mecanismo solución de controversias, pero que funciona en el ámbito de lo que sería una tutela preventiva, durante la ejecución del contrato y no esperar al momento en que comienzan los problemas luego de culminada la obra o de finalizado el servicio, porque es lo que suele ocurrir en el 90 % de los casos, una tutela más de tipo represivo, de alguna manera también una tutela resarcitoria.

En la medida en que ese se implemente y se dé la posibilidad de que existan diversos mecanismos de solución de controversias que busquen, efectivamente, como finalidad última no solo resolver las controversias que se da entre entidad y contratista, sino que se satisfaga el interés público que subyace a toda contratación estatal. En el tema de los funcionarios públicos debería haber una política debidamente sustentada y demostrar una voluntad de pago a las subvenciones, porque eso conduce finalmente a un tema de seguridad jurídica respecto al cumplimiento de lo ordenado en un laudo. Gracias a todos.

Christian Guzmán Napurí: Yo creo que la contratación pública en el Perú todavía es un madero para armar, lo cual es un problema porque ya deberíamos haberlo armado. Todavía hay mucho camino por andar para determinar cuál es el régimen apropiado que deberíamos tener, que sea moderno, adecuado y eficiente. En el tema que me tocó tratar, en particular, la necesidad de aclarar conceptos, lamentablemente siguen sin estar claros en la ley, en el Reglamento y en el proyecto, y necesitan aclararse de manera urgente porque si no la finalidad del procedimiento administrativo sancionador y, en general, de la póliza sancionadora que es desincentivar la vulneración a bienes jurídicos queda desvirtuada, y por otro lado corremos el riesgo, y efectivamente ocurre, de generar pronunciamientos arbitrarios. Muchas gracias.

Giusseppi Vera: Agradezco a mis distinguidos amigos panelistas por las extraordinarias intervenciones que han tenido el día de hoy.

HOMENAJE AL DOCTOR HUGO SOLOGUREN, VIDA Y PASIÓN POR EL ARBITRAJE

Jorge Abel Ruiz Bautista

Mario Castillo Freyre

Laura Castro

Gonzalo García Calderón

Manuel Diego Aramburú

Jorge Abel Ruiz Bautista: Muchas gracias. Bienvenidos queridos amigos al homenaje en vida del doctor y maestro Hugo Sologuren, a quien tenemos el gusto de conocer, un gran amigo y maestro.

En esta mesa vamos a rendirle un homenaje junto con los doctores Mario Castillo Freyre, Laura Castro, Gonzalo García Calderón y Manuel Diego Aramburú, a quienes damos la bienvenida. Para el homenaje hemos preparado un video con mensajes para el doctor Hugo Sologuren, y a continuación cada doctor mencionado va a brindar unas palabras al maestro y querido doctor Hugo Sologuren.

[Video]

Cedo el uso de la palabra el doctor Mario Castillo Freyre, quien es un árbitro destacado a nivel nacional internacional y, sin temor a equivocarme, es un gran referente en el mundo académico.

Mario Castillo Freyre: Muchas gracias.

Muy estimados colegas y amigos:

Cuando el doctor Abel Ruiz Bautista, director del CAE, me comentó la idea de realizar este homenaje al doctor Hugo Sologuren me pareció magnífico por múltiples razones. La primera, porque el homenaje se enmarca en el Cuarto Congreso de Contratación Pública y Arbitraje organizado por el Círculo de Arbitraje con el Estado, evento de gran notoriedad que convoca, tanto en expositores como en público, a gran parte del medio arbitral peruano. Todas las demás razones tienen que ver con la persona del homenajeado.

La importancia de la figura del doctor Sologuren es muy grande. Debo señalar que lo conocí hace ya bastantes años, precisamente cuando coincidimos en un tribunal arbitral y desde ahí hemos compartido varias decenas de tribunales, en muchos de los cuales ha sido o es presidente. Ello se explica porque el doctor Sologuren reúne todas las condiciones con las que debería contar un árbitro.

Hugo Sologuren es una persona que se dedica fundamentalmente al ejercicio de la función arbitral y lo hace muy bien. He coincidido con sus posiciones casi todas las veces en las que hemos arbitrado juntos, salvo en alguna ocasión en que discreparamos con respecto al sentido de una pretensión del demandante, hecho que recuerdo, precisamente, por ser la excepción a la regla.

Siempre he apreciado en el doctor Sologuren la manifiesta transparencia en el trato con sus compañeros de Tribunal, habida cuenta de que establece una relación horizontal con quienes comparte colegiado, por más que su experiencia y trayectoria pudieran autorizarlo para algo distinto. Además, el doctor Sologuren, de manera permanente, está al día con el desarrollo de las actuaciones arbitrales, es uno de esos árbitros que demuestra dentro y fuera de los tribunales que ha leído y procesado hasta la última línea de los escritos de las partes. Sologuren, además, tiene una excelente memoria, siempre recuerda hasta los mínimos detalles de actuaciones anteriores, no obstante integrar una buena cantidad de tribunales a la vez.

Hugo Sologuren también es muy tolerante con las opiniones ajenas y siempre dispuesto a escucharlas. Esa tolerancia permite, a quienes son sus interlocutores, expresar sus pareceres con la mayor confianza y amplitud, lo que enriquece el diálogo dentro de los arbitrajes y el entendimiento en todos los aspectos de la vida. Por lo demás, el razonamiento del doctor Sologuren es muy preciso y siempre va por el lado correcto. Su sentido común y su agudeza en materia de derecho se muestran indesligables y esa combinación hace muy difícil disentir de sus argumentos.

Hugo tiene una vastísima trayectoria profesional tanto en la asesoría de empresas como en la dirección gremial y el arbitraje, no olvidemos que es uno de los expresidentes más recordados de la

Cámara de Comercio de Lima y uno de los promotores y protagonistas del respaldo institucional y del surgimiento del arbitraje en nuestro país, además de alguien que siempre ha puesto sus mejores esfuerzos y oficios para que este medio de solución de controversias haya prosperado en el Perú.

Sologuren se merece este y todos los homenajes que en el futuro se le vaya a rendir porque es un árbitro honestísimo, un abogado sapiente y un señor a carta cabal en la vida personal, profesional y académica.

El trato que Hugo dispensa a las partes y a todos sus interlocutores siempre lo muestra como lo que es, un hombre bueno, prudente, inteligente conocedor del derecho y de su recto ejercicio, a la par que un señor de señores. Podremos coincidir o discrepar con él, pero siempre tendremos la tranquilidad de espíritu de saber que sus posiciones y convicciones son auténticas y honestas.

Concluyo transmitiendo mi saludo y permanente respeto al doctor Hugo Sologuren Calmet Ponte, y reiterando mis felicitaciones al CAE por la brillante idea de rendirle este merecidísimo homenaje.

Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Muchas gracias, doctor Mario Castillo. Continuando con el programa, tengo el honor de presentar a la doctora Laura Castro, quien es árbitra especialista en arbitraje nacional e internacional.

Laura Castro: Muchas gracias.

Más allá del agradecimiento que quiero hacer al Círculo de Arbitraje con el Estado por la invitación para participar en este evento, también quiero manifestar mi alegría de compartir esta mesa con Gonzalo García Calderón y Manuel Diego Aramburú, con quienes he tenido la suerte de compartir tribunales arbitrales, y con Mario Castillo que creo que es la primera vez que compartimos una mesa, con quien trabajé en el estudio durante diecisiete años hasta que me independicé en marzo de 2017. Y no es que me haya olvidado del el homenajeado Hugo Sologuren, por supuesto, por quien guardo un enorme cariño y un profundo respeto como persona y profesional.

Aunque, por ahí, muy contemporáneos no somos, tengo algunas cosas que decir sobre Hugo, y estoy segura de que los que comparten esta mesa van a decir cosas que van más acorde a lo que ellos han podido vivir con Hugo, de tal manera que lo que yo les voy a decir es lo que yo he podido vivir, cómo conocí a Hugo y qué es lo que rescato de esa parte vivida con Hugo.

A Hugo lo conocí de vista por ahí por los años 2000 o un poquito más, cuando él acudía al estudio de Mario para llevar a cabo las audiencias de arbitraje *ad hoc*, muy de moda en aquellas épocas, y no pasábamos de simples saludos muy cordiales, obviamente, porque él estaba llegando a su audiencia y yo estaba de pasada por el pasadizo de camino a alguna otra oficina.

Es con el tiempo, a raíz de los congresos de arbitraje que organizaba el CARC PUCP, por el 2007, que nos reencontramos en la sala de expositores y siempre Hugo muy cordial, una persona muy abierta, dispuesto a escuchar la opinión del otro, y es cuando empezamos a coincidir en los cocteles que organizaban como consecuencia de estos eventos académicos arbitrales que empezamos a tratarnos con mayor cercanía y permitió conocernos poco a poco.

Hugo destaca por ser un gran conversador y, sin duda, cuando empezamos a compartir tribunales arbitrales con Hugo nuestras conversaciones se tornaron más relajadas porque ambos acostumbrábamos a llegar temprano en las audiencias, lo que nos permitía conversar, de tal manera que si se dan cuenta el arbitraje, en buena cuenta, es lo que me permitió conocer y descubrirlo poco a poco, sea dado por las reuniones de eventos académicos relacionados al arbitraje, o sea esperando el inicio de alguna audiencia arbitral que teníamos como árbitros.

Lo cierto es que a Hugo, a diferencia de otras personas, no le molesta estar rodeado de jóvenes; por el contrario, considera que aprende mucho de ellos, la mirada de un profesional joven le resulta interesante, ese es otro aspecto que resalto de Hugo. Pero a Hugo no le basta esa persuasión del profesional joven, sino que además va más allá, siempre está a la vanguardia de la tecnología, con el último *software* para la mejor administración de su trabajo. Cuando en algún momento me comentó de su interés por la tecnología y de cómo trabajaba, la verdad me reí de lo obsoleta que me sentía al lado de él. Ese es otro aspecto que yo resalto, el Hugo tecnológico.

Recuerdo la vez que, justamente, esperando el inicio de una audiencia arbitral —siempre digo es el arbitraje es lo que me ha permitido conocerlo— le comenté que me independizaría para dedicarme exclusivamente al arbitraje, e inmediatamente, sin dudar, como siempre muy caballero, me preguntó si le permitía darme dos consejos. Obviamente, yo acepté. No les voy a decir cuáles fueron, pero puse en práctica uno de ellos y el otro está por hacerse efectivo. Ese es otro aspecto que resalto de él, su vocación de ayuda.

Querido Hugo, me permito terminar estas palabras diciendo que me siento orgullosa de concretarte, de haber compartido y compartir tribunales arbitrales, de haber aprendido mucho de ti, señor de los arbitrajes. Agradecidos estamos todos. Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Muchas gracias, doctora.

Tengo el honor de presentar al doctor Gonzalo García Calderón, quien es un destacado árbitro, docente y especialista en arbitraje.

Gonzalo García Calderón: Muchas gracias.

En primer lugar, agradecer la invitación y a Hugo un afectuoso abrazo. Efectivamente, cuando me llamaron me pareció extraordinaria la idea de homenajear a Hugo, no solo porque es un referente en el arbitraje, sino además porque se lo merece, porque él ha sido un impulsor del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que sin duda es el referente más importante hoy en el Perú, y se le debe en gran parte a Samuel Gleiser, pero también a Hugo, quien como presidente de la CCL impulsó denodadamente y fortaleció el desarrollo del arbitraje y, posteriormente, ha seguido y sigue muy vinculado al Centro de Arbitraje de la CCL, siendo parte del Consejo Superior de Arbitraje, integrando su lista y participando activamente en los congresos que se llevan a cabo, participando activamente en las decisiones que permanentemente el Centro de Arbitraje de la CCL lleva adelante para mejorar esta institución a través de sus reglamentos, a través de notas prácticas, a través de directivas.

Además de la relación que tengo con Hugo —que lo conozco hace muchos años, básicamente por la CCL, justamente por desarrollo del arbitraje, yo empezaba en ese momento a vincularme a la institución arbitral y Hugo ya era en ese si no director, presidente de la CCL—, quiero enfocar esta presentación en un tema personal, porque de alguna manera eso explica la personalidad de Hugo.

Hugo es el penúltimo de siete hermanos y eso explica mucho, porque normalmente los conchos son engreídos. Entonces Hugo fue siempre una persona engreída por sus hermanos, por sus padres y también por sus abuelos. Voy a explicar por qué. Hugo nació en Cajamarca, que ahora está tan de moda, porque su padre era militar y estaba destacado en esa región. Claro, era necesario que se desarrolle desde el punto de vista educativo y viene a Lima a la casa de sus abuelos, donde lo engríen mucho y se queda con ellos mientras su padre, por ser militar, seguía yendo a diversos lugares del Perú, y mientras sus padres estaban en Iquitos, Hugo se quedó en Lima en la casa de sus abuelos y entró a estudiar al Colegio Champagnat, Maristas, que le dio una formación que de alguna manera lo ha marcado hasta el día de hoy.

Y un enfoque poco conocido de Hugo es que además de ser un voraz lector, incluso estudió y tiene un bachillerato en Literatura por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), así que su

otra vocación, su otra pasión es la literatura, además del derecho y dentro de este, en particular, el arbitraje.

Quería comentar estos pasajes anecdóticos de sus inicios, luego ya en la vida académica terminó en la PUCP y empezó su práctica profesional con Enrique Moncloa, y luego trabajó con Fernando de Trazegnies, que también es una faceta poco conocida en los inicios de Fernando de Trazegnies, siendo asociado de él. Posteriormente, Hugo tiene una vastísima experiencia no solo como abogado, sino como empresario, como miembro asesor de diversas empresas. Fue miembro y presidente de la Comisión Alca Perú, de la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio - AICO, vicepresidente de la CCI Perú, director de la Confiep, expresidente de la CCI, exvocal del Consejo Superior de Arbitraje y, por supuesto, director de una serie de empresas, de distribuidoras, de empresas mineras, inversionistas, mandatario nacional e internacional de una serie de éstas; asimismo también ha destacado en la rama de la actividad no solo privada sino también de la actividad pública en la medida que ha sido vicepresidente de Osinergmin, ha participado también en el Indecopi.

Como ven, es una vasta experiencia que la ha volcado, finalmente, en el arbitraje, en esa experiencia de vida que en los últimos veinticinco años, en donde el arbitraje se ha desarrollado, como siempre lo señaló, básicamente a partir de la vigencia de la Ley n.º 26572, que es el origen del arbitraje moderno en el Perú, a partir del año 1996. Es en ese momento que el impulso que se da con la presidencia de la Cámara de Comercio en el mandato de Hugo, donde se traen árbitros internacionales para que colaboren con el reglamento de arbitraje de la Cámara, incluso con la Ley de Arbitraje peruana, con gran participación en ese momento de fondos privados, de personas que colaboraban para crear este mecanismo alternativo al Poder Judicial, se hablaba en ese momento de la necesidad de la modificación de la administración de justicia, se hablaba que había que modernizar y mejorar el Poder Judicial, su enésima reforma, y Hugo tuvo la visión de decir que no hay que reformar el Poder Judicial, sino crear o fomentar un mecanismo alternativo al Poder Judicial, que ya existe en el mundo.

El abuelo de Manuel Diego Aramburú fue el pionero del arbitraje comercial, esta es una historia poco conocida. El abuelo de Manuel Diego fue embajador del Perú en Londres y el arbitraje ya se utilizaba masivamente en Europa para el comercio internacional, y siendo constituyente, en el año 1979, incorpora en la Constitución peruana la necesidad que el arbitraje de forme parte de la jurisdicción, y luego esa base da pie a lo que estamos comentando de que la Cámara de Comercio toma la posta y lleva adelante la creación y la participación en la dación de la Ley n.º 26572, y luego, evidentemente, en el actual Decreto Legislativo n.º 1071.

Todos estos son motivos de orgullo, Hugo, para felicitarte por tu destacada labor en el impulso y el desarrollo no solo de tu vida personal, profesional y, por supuesto, familiar, sino también en el desarrollo del arbitraje moderno en el Perú y el impulso que le has dado, que le sigues dando y, por supuesto, que seguirás dando en los próximos años para que ojalá podamos ser un *hub* de arbitrajes internacionales en el Perú, contando evidentemente con tu apoyo, con tu denodada y desinteresada ayuda para el desarrollo de esta institución. Muchísimas gracias, Hugo.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Continuando con el programa, tengo el honor de presentar al doctor Manuel Diego Aramburú, árbitro destacado en nuestro país.

Manuel Diego Aramburú: Muchas gracias al CAE por la invitación, es un honor para mí.

Hablar de Hugo es hablar de una persona a la que he pedido consejos, y no uno, sino muchos. Hablar al final es más difícil, pero me puse a pensar que iba a decir y creo que me tocó lo más fácil, así que de lo más difícil lo cambiado lo más fácil, porque yo voy a hablar del Hugo divertido que pocos conocen, probablemente, pero yo sí tengo la suerte de conocerlo a profundidad.

La verdad es que Hugo es una persona increíble, no solo como árbitro, sino como maestro, como consejero, yo lo he llamado cuando he tenido problemas de decisiones profesionales, le he pedido un consejo y siempre me lo ha dado. Pero Hugo tiene unos dotes de gente que son increíbles,

porque a veces yo también defiendo y Hugo no me ha dado la razón en más de una oportunidad, y sigue siendo mi amigo y sigo mirándolo con los ojos arriba y sigo estando absolutamente convencido que es un trome y que probablemente el equivocado haya sido yo y no él, aunque uno a veces quiere pensar que no es así, pero definitivamente la experiencia que tiene Hugo hace que probablemente yo sea el equivocado, y está muy bien porque yo sigo aprendiendo, y es que a Hugo lo conocí bien chico porque, voy a agarrarme de lo que de dicho Gonzalo —gracias por hacer mención a mi abuelo—.

Te voy a contar algo que no sabías, uno de los primeros documentos que yo leí de arbitraje fue tu tesis, porque tu tesis estaba en la biblioteca de mi abuelo y cuando yo le pregunté de qué hago mi tesis, me dijo hazla de arbitraje, porque nadie sabe de arbitraje en el Perú, solamente una persona ha escrito de arbitraje en este momento y eras tú, y me prestó tu tesis, y tenía los cinco libros que había, porque no había más. A raíz de eso terminé haciendo arbitraje y a Hugo lo conocí por Juan Mulder, quien me llevó un día a la Cámara y me dijo estás haciendo una tesis de esto, te voy a llevar a la Cámara porque queremos empujar este tema. Él me llevó, conocí a Hugo y desde ahí nos hicimos de verdad amigos, no importa la diferencia generacional, Hugo es mi pata y falla contra mí y lo respeto más por eso, o sea, el hecho de yo sentarme en un tribunal y aprender de él o que me jale la oreja cuando no tengo la razón y seguir aprendiendo de él es alucinante.

Y eso demuestra que para ser árbitro no se requiere pasar exámenes, menos mal ya se corrigió en la Ley de Contrataciones, y fue Hugo el que lo dijo, además, en una conferencia donde estuvo gente del OSCE: yo no me voy a tomar tu examen. Un árbitro con la experiencia de Hugo cómo va a ser evaluado, quién lo va a evaluar, quién se va a atrever a evaluarlo. Creo que esa ha sido una de las razones por las que comenzaron a quedarse sin árbitros, creo que quedaron veinte en la lista desde esta modificación que, evidentemente, no era lo correcto, no era la forma un examen para marcar de evaluar con a una persona con experiencia y la trayectoria de Hugo, y menos hacerlo pasar por un examen oral con una o dos personas que no sabemos que iban a evaluar.

Pero le quiero agradecer una última cosa y es el Hugo divertido que les conté al comienzo. Lo único que me apena de esto es que no puedo ir donde Hugo a darle un abrazo e irnos a tomar unos pisquitos, porque eso sería lo más simpático del tema. Hugo es jaranista como él solo, le encanta la música, no sé si toca algún instrumento, pero le encanta que haya un grupito por ahí y cantar y divertirse la verdad con gente con la que puede tener 30 años de diferencia y lo hace como si fuera uno más, entonces Hugo es una persona espectacular, extraordinaria no solo como profesional, que la verdad es lo que lo que menos importa ahora, Hugo es un gran tipo, Hugo es un gran consejero y Hugo es un gran amigo. Muchas gracias, Hugo, por todo.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Muchas gracias.

Como lo dijo la doctora Laura Castro, la cereza del pastel, el doctor Sologuren, a quien respeto y he tenido la dicha de conocer no solamente a nivel académico, sino también como persona y la parte divertida de la que doy fe y suscribo lo mencionado por Manuel Diego. Doctor Hugo, por favor, le cedo la palabra. Bienvenido.

Hugo Sologuren: Laurita dijo que soy conversador y, efectivamente, si algo hecho y no corrojo toda mi vida es que hablo mucho, me resulta muy fácil hablar. Pero hoy día la verdad es que entre la emoción y el sentirme abrumado por tanto cariño y tanto amor de amigos, en todos los paneles no ha habido una sola persona que no haya dicho cosas lindas, muy gratas, pero bueno voy a tratar de terminar la emoción y comenzar por el principio.

En primer lugar, quiero hacer un reconocimiento especial y la felicitación al CAE, en particular a Jorge Abel Ruiz Bautista, su director general, y a todo su equipo por la extraordinaria labor que realizan, ya en su cuarto aniversario, en la difusión del arbitraje y lo que es más importante para mí es que, a diferencia de otros—no es que esté mal en los otros, sino que hacen algo más que algunos otros—, entre ustedes se han puesto mucho énfasis en el tema del Estado, de la Administración Pública y han penetrado, literalmente, diferentes capas del Estado, de las procuradurías, los jueces de las

salas comerciales, en fin, permanentemente están no solamente dando conferencias, sino catastrando los *webinars*, congresos y eventos que organizan. Así que es muy grato para mí, además nuestra cálida amistad con Abel, nuestro chifas, como nuestros piscos con Manuel Diego, son siempre muy divertidos, los disfruto mucho.

Dicho mi agradecimiento, la verdad es que cuando me llamaron para este evento tuvimos unas dos largas conversaciones porque yo me opuse rotundamente, no soy afecto a este tipo de halagos y reconocimientos, pero agradezco porque para toda persona que ha dedicado a la vida no solamente a mi familia, que es la primera prioridad y he tenido el privilegio maravilloso de tener una familia ascendente y una familia propia. Hoy día si hubiera escrito una carta al cielo, no hubiera podido ser más generoso conmigo.

También ha venido sumado a lo largo de toda mi vida, y lo estoy disfrutando y gozando ahora, eso de tener muchos amigos y desde joven tenía amigos muy viejos, naturalmente tenía amigos de mi generación, y hoy tengo muchos amigos jóvenes y me impresiona sobre todo en los jóvenes que me llamen para saludarme, bueno ahora con la pandemia me llaman a saludarme y a preguntarme cómo estoy, pero con mucha frecuencia yo salía a tomar con ellos, a almorcizar, hacíamos reuniones y siempre ha marcado mucho mi vida lo que es la relación personal, lo que es básicamente la amistad, creo que con la amistad está todo definido. Después del amor a la familia, el amor a los amigos es la satisfacción más grande que me ha dado la vida, y luego el regalo adicional un poco es tener la suerte de un momento en la vida de tomar la decisión de dejar la vida corporativa y dedicarme, como ustedes saben, exclusiva y excluyentemente al arbitraje.

El arbitraje me ha dado muchísimas satisfacciones, en primer lugar porque cuando a uno le gusta y le apasiona el derecho le gustaría poder hacer justicia, dictar el derecho, como dirían los sajones. En nuestro país es un poco difícil, reconociendo que hay gente de primera categoría en el Poder Judicial, pero todos también sabemos que tenemos muchas prevenciones a seguir en la carrera judicial, entonces cuál era la alternativa: el arbitraje.

El arbitraje lo descubrí por los congresos de cámaras internacionales, las conferencias de la OMC y todas las conferencias que por razón de los cargos tenía que ir, conocí a Fernando Matías Serrano, a Roque Caivano, en fin, podría mencionar muchos nombres, y nos hicimos amigos, hubo mucha empatía y fueron ellos los que nos impulsaron a esta guerra con el directorio de la Cámara donde, claro, todos empresarios «Estos abogados con sus ideas, qué tiene que ver la cámara con el arbitraje». Fue una lucha larga en la que el apoyo de Rafael Bernal, que hoy día integra el Consejo Superior de Arbitraje. Tengo que reconocer que a Rafael lo único que le faltaba era el pasaporte peruano, Gonzalo y Manuel Diego colaboraron mucho en este tema y les consta que Rafael vino prácticamente entre un año o dos casi todos los meses al Perú para colaborar en la redacción de los reglamentos, estatutos y además porque cuando fuimos al Congreso, Jaime Yoshiyama de presidente nos recibió, se le hizo una presentación del proyecto de ley, el primer proyecto bajo el modelo Uncitral, y Jaime, más allá de la parte política de la que no voy hablar, es un empresario brillante, muy exitoso, respetado cogió muy rápidamente el tema y nos pidió si podíamos hacer una presentación a las comisiones y a la gente del Congreso, y cada vez que había una presentación venía Rafael Bernal, yo saludaba y después él hablaba.

Fue una linda época y fue entrando en la piel y debajo de la piel el tema del arbitraje y el tema de saber que uno tiene la responsabilidad de resolver los problemas ajenos de otras personas, y eso no solamente es una gran satisfacción personal y profesional, sino que además contribuyó probablemente a hacer las mejores amistades que he tenido en mi vida, y acá están sentados algunos los mejores, no diré los mejores para que no se resientan otros, pero cada uno de ustedes sabe el cariño, el aprecio, el respeto y la admiración que les tengo, y es precisamente en ese camino del arbitraje donde siempre fue para mí un desconcierto desde que comencé, personas como Mario Castillo, como Carlos Cárdenas, en fin gente tan brillante, tan destacada, con tanta trayectoria me designaran este como árbitro, como presidente de tribunales.

Yo contaré solamente la anécdota de alguien que no está presente para que en verdad no se resienta. Una vez, años atrás, le preguntaba a Carlos Cárdenas —todos sabemos lo que significa Carlos Cárdenas en el derecho y creo que todos lamentamos, y lo digo públicamente, porque se lo dicho a él, con mucha fuerza, muchas veces, que se esté alejando tanto del derecho, una mente tan brillante que debería estar produciendo, iluminando los nuevos temas que se dan en la tecnología y la medicina, en todo—: «¿Por qué un jurista, una persona de tu nivel y tu trayectoria, me designa presidente?». Me proponía de presidente de tribunales arbitrales, para mí era realmente fascinante tener esa experiencia, pero al mismo tiempo me asombraba, y Carlos Cárdenas me quedó mirando fijamente y me dijo: «Porque tú nos aterrizas, nosotros andamos en las nubes, discutiendo que las áimas del derecho, con la doctrina italiana, la francesa, en fin, con toda la experiencia de vida que has tenido nos miras y nos dices que eso está muy lindo, pero no han pensado dos son cuatro, no son cinco», y eso para mí ha sido una experiencia maravillosa en la carrera, no solamente es lo que he aprendido, que ha sido inmenso, no he hecho realmente gran cosa, lo que he hecho es recibir mucho de la gente, he tenido el privilegio, el honor de compartir con todos ustedes tribunales.

Quiero agradecerle a cada uno de ustedes por sus maravillosas palabras, tan gratas, creo que hay mucha gente que tiene muchísimo más mérito que yo para recibir este homenaje, definitivamente hay muchísima gente, y se lo dije a Abel, te podría proponer a muchas personas que realmente se lo han ganado.

Alguna vez me dijo un importante hombre de negocios, un director de la Confiexp: «Hugo Soiloguren es una buena persona», eso fue hace veinticinco años y yo hasta el día de hoy se lo agradezco, porque es lo mejor que me han dicho en mi vida, que soy una buena persona, que los demás digan que eres una buena persona es para mí gratificante, y esto es el agradecimiento inmenso, no voy a olvidar nunca esta reunión tan grata y el tener amigos tan cercanos, tan queridos, con algunos de ellos hemos tenido, sobre todo con Manuel Diego —los otros son muy serios— hemos tenido, efectivamente, tremendas jaranas, Manuel Diego es terrorífico, sobre todo en los congresos en el Cusco, yo ya sabía en qué iba a terminar, las dos últimas veces le dije «A las tres y media de la mañana me voy», porque con él, y con otros amigos muy queridos, Kike Ferrando, eran los terribles organizadores de estas tan divertidas reuniones donde iban todas las chicas guapas, jóvenes, inteligentes y participaban, pues yo me sentía algo raro, el abuelo en medio de tanta juventud. Pero la verdad es que lo hemos pasado maravilloso, lo cuento como un ejemplo de lo que ha significado para mí el arbitraje, y por intermedio del arbitraje he conocido a todos ustedes y a tantas más personas a las que reitero respeto, quiero y admiro muchísimo.

Así que muchas gracias todo esto, no hay palabras para agradecer realmente tanto cariño, tanta emoción que me han causado, y agradecerles también a todos los que han participado en los paneles porque no ha habido una persona que no haya dicho palabras gratas, y realmente de hoy recuerdo —con esto termino, lo prometo—, yo siempre lesuento a todos ustedes porque me conocen de mucho tiempo. Mi hija menor dice que viejito y abogado, habla demasiado, pero hoy las palabras que me dedicó Christian Guzmán Napurí me hicieron mucha gracia porque, efectivamente, creo que tiene razón y eso lo deberíamos practicar siempre —Jorge Abel, tú que vas a realizar muchos congresos y tienen muchos años por delante— fue muy fino, no dijo «cuando son viejitos antes de que se mueran», dijo que lo bueno era que el homenaje fuera «cuando todavía son lozanos», y yo me agarre de la silla y dije qué maravilla, todavía soy joven.

Un millón de gracias, un abrazos inmenso, todo mi respeto, mi cariño y mi admiración por ustedes. Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Muchas gracias doctor. Me sumo a las palabras de gratitud y cariño. Coincidí en este homenaje hubiese sido de manera presencial y luego del congreso írnos a brindar, pero la coyuntura hace que nos sigamos reuniendo a través de estos foros.

Quisiera robarles un par de minutos para concluir, porque varios amigos nos están escribiendo por interno, ya que estamos reunidos con grandes maestros y referentes del arbitraje, quisiera que cada

uno de ustedes, para cerrar, brinde algún mensaje a la comunidad arbitral, que ya con un nuevo presidente, el señor Castillo, a quien le deseamos lo mejor y esperamos que cumpla lo que ha prometido y siempre estaremos atentos, deseándole lo mejor para nuestro país. Y la comunidad arbitral tal vez tiene incertidumbre, pero también estoy convencido que guarda una postura muy sólida a lo largo de más de veinte años en temas de contratación pública.

Mario Castillo Freyre: En realidad, lo último que quisiera es hablar de política y no lo voy a hacer. Así que los mejores éxitos al nuevo presidente y, naturalmente, que la labor del nuevo Gobierno sea lo mejor para nuestro país. Así que el mayor de los éxitos a quienes van a gobernar, al presidente, al Congreso de la República. No consideraría pertinente hacer ninguna especulación, porque no creo que sea el caso. Dice el dicho, yo creo mucho en él: cada día con su afán, y nuestro afán hoy es homenajear a nuestro gran amigo y gran colega Hugo Sologuren y yo me quedo con eso. Muchas gracias.

Laura Castro: Yo también pensé que mejor era cerrar este evento con este reconocimiento tan lindo que le hemos hecho a Hugo, pero si quieres un pequeño mensaje para este medio arbitral es que tratemos de conocer aquello que de repente no conocemos para aprender, para educarnos y para respetarlo, yo me quedo con esas tres ideas. Y ya que Mario está con sus refranes, hay un refrán que también mucho se dice en casa: uno es esclavo de lo que dice y dueño de lo que calla. Así que el uso de palabra para el siguiente. Gracias.

Gonzalo García Calderón: En la misma línea, pero con algo muy muy actual. Creo que así como el año pasado criticamos mucho el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 que fue, creo yo, una muy mala decisión, y a todos los académicos y a los que estamos vinculados al arbitraje no nos pareció adecuado, hay que resaltar la última frase que ha dicho Laura respecto a la posibilidad de estudiar y de mejorar, porque creo que el Decreto Supremo n.º 162-2021-EF que se acaba de dar, que permite la reincorporación en el Registro Nacional de Árbitros que establece una serie de mejoras —que evidentemente no tengo el tiempo ni es el momento para desarrollar— respecto de la designación residual, respecto de un monto máximo de recusaciones, respecto a una serie de mejoras que se han dado en el Reglamento de Contrataciones del Estado. Esa es la línea que todos —al menos yo— tenemos la esperanza que se siga por ese camino, para seguir profundizando en mejoras a la institución arbitral, como se ha venido haciendo en los últimos veinticinco años en el arbitraje, mejorando la designación de los árbitros, estableciendo el faro de transparencia, el récord arbitral, la profundización en las motivaciones de las recusaciones, en fin, que hayan mejoras en el ámbito arbitral, que se han venido dando en estos últimos años y que esperemos que continúen en los años venideros. Gracias.

Manuel Diego Aramburú: Efectivamente, el congreso es para homenajear a Hugo y lo que dijo Mario es muy cierto, debemos ir en esa línea; sin embargo, cuando hablo Laurita me gustó lo que dijo, no podemos criticar lo que no conocemos y eso ha venido pasando. Gonzalo lo cerró magistralmente porque, efectivamente, por falta de conocimiento se dictó un Decreto de Urgencia n.º 020-2020 que fue catastrófico y lo único que espero es que el arbitraje se mantenga, y se mantenga bien. Creo que nos guste o no todos debemos seguir empujando, cada uno de nuestra tribuna, y bueno ojalá que esto sea bueno para el Perú, ojalá que sigamos para adelante y no retrocedamos. Ojalá que nuestros hijos tengan un lindo futuro en nuestro país y ojalá que haya muchos más Hugos Sologuren, porque la verdad es que si tuviésemos un país con muchos Hugos Sologuren tendríamos realmente un país espectacular.

Hugo Sologuren: Dos pequeños mensajes. Yo sé que no es el motivo de esta reunión, pero el momento que vive el país creo que requiere una reflexión.

Tengo que manifestar que he visto con bastante decepción y preocupación el comportamiento de parte de la sociedad peruana en esta guerra fraterna en la que, como bien dijo Laurita, estamos atacando a lo que no conocemos. Creo que fue un error, espero que todos nosotros contribuyamos a ir por otro camino y deberíamos acercarnos a quien gobierna hoy y estando empoderados espero que

nos escuche y tratar de ayudarlo, no tratar de vituperarlo, de destrozarlo o las cosas que yo lamento mucho haber visto, los memes y los comentarios que se han hecho en las redes sociales.

El segundo mensaje es muy concreto y muy corto, lo voy a repetir siempre, es para los jóvenes: los valores, el respeto es poner la cabeza sobre la almohada y dormir tranquilo, no sentir que uno tiene una sombra atrás, es lo más valioso que hay en la vida junto con la familia, los amigos, eso es fundamental.

Solamente quiero cerrar con un hecho. Una vez le hice una pregunta a mi padre, que como buen militar era muy difícil, muy recto, le pregunté ¿qué es lo que considerarías que a mí me haría feliz, que me daría una satisfacción cuando sea mayor? Mi padre me contestó: «Cuando, vivo o muerto, a tus hijos le pregunten quién fue su padre y digan con orgullo y una sonrisa de felicidad, Fulano de Tab». Y eso es algo que solo se logra haciendo el camino con base en el respeto, la ética, la integridad, la consideración básicamente, al respecto absoluto hacia todas las personas, ponerse siempre en los zapatos de las otras personas cuando tienen una controversia, una divergencia o algo y escucharlo, no solamente pensar que conté, sino tratar de entender, y si nosotros abrimos nuestras mentes vamos a tener mucha satisfacciones de viejos. Muchas gracias.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Muchas gracias, doctor. A cada uno de ustedes, doctores, muchas gracias por su tiempo.

DÍA 3

MESA 1

EL PROCESO DE SELECCIÓN Y EL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Juan Carlos Gonzales Salinas*¹

*Maria Hilda Becerra*²

*Sergio Tafur*³

*Victoria Pérez Aguilar*⁴

-
- ¹ Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Con estudios de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios de maestría en Inteligencia en el Centro de Altos Estudios Nacionales. Máster en Contrataciones Públicas por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Especialización en Derecho Administrativo por la Universidad ESAN, especialización en Gestión Pública y Gestión por resultados por la Universidad Nacional del Callao. Acreditado internacionalmente con el ISO 37001. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado en la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Desempeña labores en Electro Perú y el Reniec. Socio director del Estudio Gonzales Salinas.
- ² Árbitra inscrita en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE, forma parte de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la PUCP y AmCham Perú. Consultora de derecho administrativo, abogada, magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, expresidenta del Tribunal de Contrataciones del Estado, con más de quince años de experiencia en materia arbitral vinculada a contratos públicos y privados. Docente en programas de posgrado en arbitraje contrataciones públicas y derecho administrativo.
- ³ Abogado por la Universidad de Lima, con maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Estudios de maestría en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires. Estudios de posgrado en Derecho Administrativo y Derecho de Daños en la Universidad de Salamanca; y Arbitraje Comercial Internacional y de las Inversiones en la American University en Washington; Negociación en la Universidad de Harvard. Docente a nivel de pre y posgrado en la UPC, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad ESAN, Universidad Nacional de Trujillo, Escuela Nacional de Control, entre otras instituciones. Es socio de Tafur, Asociados & Consultores reconocido en *Leaders League y Arbitration Intelligence* entre los principales árbitros peruanos.
- ⁴ Abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego. Magíster en Gestión Pública. Gerente general de Pérez Asesores & Consultores. Árbitra especialista en contrataciones públicas, inscrita en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE y en diferentes centros de arbitraje como la Cámara de Comercio de La Libertad, la Cámara de Comercio de Lambayeque, la Cámara de Comercio de Ayacucho, el Colegio de Ingenieros del Perú, entre otros. Ha laborado en entidades públicas como la Sunat, la Intendencia Regional de La Libertad, el OSCE como encargada de la Oficina Desconcentrada de Cajamarca, Poder Judicial, Corte Superior de Justicia de La Libertad. Es docente en materia de contratación pública en la Universidad Continental, miembro de la Comisión de Contrataciones del Estado de la Sociedad Peruana de Derecho, miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje del Colegio de Abogados de La Libertad. Socia del Club Español de Arbitraje y directora de la Dirección de Consultorios y Servicio Jurídico del Colegio de Abogados de La Libertad.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Muy buenas tardes. En primer lugar, quiero agradecer la invitación a este congreso nacional, con perspectivas también internacionales, en contrataciones con el Estado dar gracias al Círculo de Arbitraje con el Estado y a su presidente por esta invitación, por permitirnos obtener y procesar mayor cantidad de aspectos respecto a las contrataciones con el Estado conforme a los diversos profesionales de la rama.

Es interesante hablar de las contrataciones con el Estado porque, en realidad, son aquellas compras que se van a materializar —o se deberían materializar— en aspectos positivos que repercutan en la sociedad en su conjunto.

Han existido a nivel nacional diversos problemas que ameritan su reflexión, y por eso es importante hoy analizar cómo se está desempeñando y cómo se va a desempeñar, cuál será su desarrollo y algunas mejoras o algunas recomendaciones mediante reflexiones sobre cómo se puede mejorar el proceso de contratación pública.

En esta oportunidad me gustaría iniciar presentando a la primera expositora de esta mesa, la doctora María Hilda Becerra. Doctora, hoy vamos a tocar un tema muy importante respecto a cómo mejoraremos el control y la transparencia en procesos de selección. La transparencia pública es considerada un principio constitucional implícito dado que no se encuentra de forma tipificada en la Constitución; sin embargo, es importante que se encuentre presente durante las compras públicas. Por lo tanto, le consulto: ¿cómo podríamos mejorar el control y la transparencia en el proceso de selección para evitar actos de corrupción?

Maria Hilda Becerra: Muchas gracias por la invitación a participar en este congreso.

Para contestar a Juan Carlos, los invito a pensar en las escenas que hemos visto estos días por el proceso de vacunación. Todo el esfuerzo que se ha desplegado para lograr el objetivo concreto de vacunar al mayor número de peruanos en el menor tiempo posible, que creo que es genial, vemos un Estado que debe ser capaz de negociar y gestionar contratos tan sofisticados como los necesarios para la compra de vacunas que todos sabemos que son bienes escasos sujeto a patentes, con una complejidad científica específica —porque todos sabemos las complicaciones técnicas y científicas que hay detrás de las vacunas—, además, respecto de un producto nuevo y donde se hacen negociaciones internacionales, etc.

Vemos también a un Estado que está comprando y que está realizando contrataciones de, por ejemplo, payasos, que es lo que hemos visto en los centros de vacunación, estamos viendo procesos de vacunación que se dan en zonas rurales en los que las enfermeras y el personal médico está utilizando acémilas para llegar a determinadas localidades, y entonces estamos viendo, por un lado, un Estado que debe ser capaz de negociar y gestionar contratos tan importantes como los de las vacunas, pero también ese mismo Estado debe estar en capacidad de comprar y de contratar bien payasos, acémilas y todo lo necesario para lograr este gran objetivo. Además, este mismo proceso nos muestra una cosa que a veces pasamos por alto y es que detrás de este gran objetivo es necesario garantizar una serie de aspectos, por ejemplo, la cadena de frío en las vacunas; cómo contamos con el personal que realmente pueda hacerlo; qué infraestructura, mesas, sillas, carpas, carnés, publicidad, etc., necesitamos para realizar esta actividad.

Todos estos aspectos son fundamentales para lograr un objetivo, pero también nos muestra la variedad y la cantidad de cosas que debe hacer el Estado para lograrlo y esta diversidad nos muestra los retos o el por qué el proceso de compra o de contratación es complejo, ya que abarca todas estas posibilidades y además es un proceso técnico, es un proceso logístico, un proceso especializado.

Entonces, ¿cómo logramos que se combre de manera óptima?; ¿cómo logramos que el procedimiento de selección funcione? Creo que la respuesta va por tres factores que desde mi punto de vista son fundamentales: el primero, el factor humano; el segundo, el factor tecnológico; y el tercero: el sistema de control. Ninguno de ellos está necesariamente contemplado, previsto o regulado en la norma de contrataciones, y creo que esa es una cuestión que necesitamos comenzar a romper, no porque tengamos una norma específica o porque esta sea perfecta vamos a lograr un sistema de compra eficiente, lo que está detrás, finalmente, es cómo gestionamos bien.

¿Por qué dijo que el factor humano es el factor central? Porque para cumplir este proceso logístico es necesario que las áreas de abastecimiento tengan personal especializado en esta actividad técnica.

Si bien es cierto que el consejo profesional del abogado es importante, me parece que tenemos demasiados abogados en las áreas de contrataciones y no necesariamente el perfil profesional que requiere el Estado para estas actividades. Además, es fundamental entender la necesidad urgente de garantizar funcionarios que tengan una carrera en la Administración Pública, tecnócratas que estén en la carrera pública no solamente como consecuencia de sus méritos y su conocimiento, sino que tengan asegurada una línea de profesión y de ascenso meritocrático dentro del sector público, y esa es una gran falencia de nuestro Estado, porque nos exige reformar y poner el foco en el famoso sistema de gestión de personas en el Estado.

No es posible que cada vez que tengamos cambios de Gobierno en todos los niveles, el personal cambie, porque no solo se pierde conocimiento, sino se generan incentivos perversos respecto de los funcionarios que van a entrar a ocupar los cargos políticos. Entonces, el primer elemento que debemos tener en cuenta es el factor humano. Hay una teoría que explica muy bien la necesidad de funcionarios altamente capacitados y la importancia de la meritocracia en el sector público: la teoría de la agencia, que contempla que cualquier ente puede ser considerado como un conjunto de contratos entre un individuo que se considera principal que contrata a otro agente a quien le encarga determinada tarea. La particularidad de la relación de agencia es que el agente tiene cierto conocimiento que probablemente no tiene el principal y que va a determinar el éxito o fracaso del encargo.

Cuando hablamos de agente o relación de agencia en el sector público vemos que hay una serie de actores que se superponen, y entonces es complicado decir quién es agente y quién es principal en las relaciones del sector público. Vemos que, por ejemplo, encontramos tres agentes, tres partícipes o tres actores: primero, el elector, todos nosotros los ciudadanos que a través de procesos democráticos elegimos ciertas autoridades; podemos identificar también a los ciudadanos como los consumidores de servicio público; también identificamos a los políticos que ejercen el poder a través de distintos niveles de gobierno.

Cuando estamos hablando de la teoría de la agencia encontramos que existe una relación importante entre los ciudadanos, los políticos y los gestores. Los ciudadanos elegimos a los políticos, de ahí se produce una relación de agencia porque por mucho que votemos por un ideario, por una propuesta electoral, los políticos van a terminar tomando las decisiones que consideren más convenientes y no necesariamente las que se habían comprometido en el proceso electoral, eso nos pasa a todos en cada elección.

Por el otro lado, tenemos una relación entre los políticos y los gestores. Los políticos necesitan el personal técnico, gestores que, efectivamente, estén en la capacidad de implementar las políticas que ellos definen, y aquí también se produce una relación de agencia, pero en la medida en que estos gestores, estos funcionarios públicos, sean realmente funcionarios que tengan las competencias, que tengan una carrera meritocrática, que sepan que su ascenso obedece a los resultados que obtienen durante la gestión, y que además sean personas especializadas en la tarea que realizan vamos a lograr que sean capaces no solo de desarrollar bien cualquier política que sea propuesta como meta política, sino además, y eso es una cosa importante, que incluso en el caso que el liderazgo sea corrupto, por ejemplo, ellos sean capaces —precisamente porque su carrera meritocrática está en juego— de ejercer

un control interno de cómo se hacen las cosas. Tener funcionarios públicos realmente capacitados que sepan de abastecimiento, que tengan la conciencia de que su puesto de trabajo va a depender del mérito que tenga y el ascenso va a depender de sus capacidades es un asunto importante que, lamentablemente, no vemos con frecuencia. Hace unos días le preguntaban a Julio Velarde por qué el BCR es lo que es y contestó con una sola palabra que creo sintetiza muy bien esto: meritocracia. En la medida en que no pongamos énfasis en el sistema de personal que tenemos en el Estado, lamentablemente, desde mi punto de vista, no vamos a avanzar mucho.

El segundo factor es el tecnológico, porque si bien es cierto antes de la pandemia estábamos acostumbrados al papel, a la presencialidad, escuchábamos como una teoría el asunto de la cuarta revolución industrial, el día de hoy creo que la pandemia nos ha obligado y nos ha puesto en una posición completamente distinta en la que ya todos estamos en el carril y tecnológico, todos usamos virtualidad —de hecho este congreso es un ejemplo de eso—, entonces la pregunta es si vamos a mantener nuestros procedimientos de selección a la antigua, utilizando la lógica de papel, o entramos en este carril en el que además disponemos de una serie de herramientas de inteligencia artificial que nos van a permitir no solo tener procesos transparentes, sino además facilitar el proceso, porque bien visto el procedimiento de selección es una cadena de actos más o menos mecánica que puede ser sistematizada a través de mecanismos con herramientas que la tecnología fácilmente ofrece hoy. Entonces, la segunda cuestión es implementar de manera intensiva en la tecnología para los procedimientos de selección de manera que no solamente tengamos esta lógica de trasladar al papel y subirla a la red, sino que el sistema nos permita, por ejemplo, estar informados de cosas tan simples como que si estamos en proceso de vacunación y la meta era 200 mil personas vacunadas en dos días, ver si realmente esa meta se cumplió, cómo se cumplió, en cuánto tiempo, cuál es el indicador de éxito de esta actividad en concreto, cuánto costó y hasta qué punto realmente el Estado está siendo eficiente. No se trata de tener las cosas en la red y documentos en PDF que nadie puede encontrar. Se trata de generar, además, data valiosa para tomar decisiones y para que, como consecuencia de la implementación de una serie de procesos, la propia inteligencia artificial nos vaya ayudando a perfeccionar estos mecanismos.

Creo que hay un uso intensivo de tecnología y que todavía hay muchísima oportunidad de mejora allí, pero además no con la lógica de papel que tenemos el día de hoy, sino ya entrando en el tren de este siglo XXI.

Finalmente, un tercer elemento a mi parecer fundamental es que el sistema de control esté basado en el cumplimiento no de las normas legales, sino de los objetivos, porque un control basado en el cumplimiento de normas legales debilita la capacidad del funcionario de tomar decisiones y además exige que la legislación sea cada vez más abundante y permita llegar al detalle para responder a las preguntas que se van a presentar naturalmente durante todo el proceso de compra o contratación. Entonces, si la contratación es un proceso técnico en el que absolutamente todo tiene un valor económico —porque no estamos hablando de bienes como la vida o la salud, sino más bien de asuntos que ya tienen un componente económico definido—, entonces creo fundamental que el sistema de control de los procedimientos de selección y de todo el proceso de contratación esté basado en análisis costo-beneficio, cuál es el resultado concreto de la decisión, y eso implica valorar los costos incurridos en la decisión y los beneficios logrados para el Estado, de manera que luego de hacer esa suma y resta veamos si la decisión permitió o no maximizar el interés del Estado.

En ese sentido, creo fundamental desarrollar y perfeccionar herramientas de control destinadas al control de resultados y dejar de perseguir con cumplimientos completamente formales que no tienen un propósito correcto, que no solo debilitan el sistema, sino que fomentan a veces prácticas absolutamente formalistas, pero nada eficientes.

Muchas gracias.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Muchas gracias.

Continuando con esta mesa, voy a presentar al siguiente expositor, el doctor Sergio Tafur. Le doy la bienvenida a esta mesa con un tema bastante interesante respecto a la modificación de la Ley de Contrataciones del Estado. Si bien es cierto hasta hace unos meses, a través de la Resolución Ministerial n.º 141-2021, se planteó un proyecto de modificación, la pregunta que le formulo es: ¿nos encontramos en el momento de modificar la ley de contrataciones con el Estado o no es factible?

Sergio Tafur: Buenas noches con todos.

Entrando a la pregunta puntual, cuán pertinente puede ser un cambio en la ley de contratación con el Estado, el día de hoy lo que lo que me preguntaría es si vamos a seguir con la misma Constitución o no, porque eso trae un montón de cosas colaterales.

Pero asumiendo que vamos a seguir la misma Constitución, que se va a respetar el régimen económico durante algún tiempo y que el Estado va a seguir contratando en ese marco constitucional que hasta el día de hoy nos ha acompañado desde hace algunos años, no nos olvidemos que la normativa en contratación pública, en realidad, es en el fondo —y por eso está adscrita al MEF—, finalmente, ejecución presupuestal. En gran mayoría, la normativa en contratación pública es ejecución presupuestal, tanto es así que no solo está adscrita al MEF, sino que está íntimamente vinculada a la Dirección General del Abastecimiento Público, que está en el MEF, lo que refleja la importancia que tiene la contratación pública para el logro no solamente de la satisfacción de necesidades públicas, sino de manera colateral para el manejo de la economía nacional. Eso también va a estar totalmente influenciado por la visión de los señores que se van a sentar allí el 28 de julio del 2021.

¿Qué hacemos en esta materia en función al cambio que se podría haber dicho en un gobierno anterior? Veremos cuál es la visión que tienen los señores que al día de hoy tampoco me queda claro cuál es la visión que tienen, y creo que tampoco le queda claro —a nivel de detalle— la visión final que se va a tener a la mitad el país. Más allá de la orientación política que uno pueda tener, hay una realidad creo que como ciudadanos conscientes de este país nos damos perfectamente cuenta de que no hay una claridad en el discurso, y si no hay una claridad de discurso a nivel macro menos puedes tener una claridad discurso a nivel operativo. Tema 1.

Tema 2. La normativa de contratación pública es una normativa altamente cambiante. Con la misma Constitución hemos visto cómo nos ha cambiado la normativa de contratación pública prácticamente a gusto de cada gobernante, no digo de cada Gobierno, sino de cada gobernante, porque en los últimos cinco años con cada gobernante hemos tenido cambios importantes en la normativa de contratación pública: cuando se estaba yendo el señor Ollanta Humala hubo un cambio en la ley de contratación con el Estado; cuando llegó el señor Pedro Pablo Kuczynski —y con él su amigo el señor Fernando Zavala— hizo su Decreto Legislativo n.º 1341 que tuvo un montón de cambios normativos a ley de contratación con el Estado; cuando llegó el señor Vizcarra sacó su Decreto Legislativo n.º 1444 con otro montón de cambios a ley de contratación con el Estado; y el señor Sagasti, un poco para no quedarse atrás, sacó su proyecto de ley de abastecimiento público que regulaba también de otra forma la normativa en contratación pública, lo cual nos demuestra que al final, incluso con el mismo marco constitucional, nos hemos acostumbrado a que la normativa de contratación pública sea una permanentemente cambiante.

Eso obedece a varias razones. Una de ellas es que las normas de contratación pública están muy vinculadas a lo que es el interés del Estado en desarrollar tal o cual sector, tal o cual materia por la trascendencia que tendrá en la economía del país. En segundo lugar, no nos olvidemos que hay muchos intereses presentes tras lo que diga una norma de contratación pública. Claro, todos compartimos alguna lógica, las normas de contratación pública deben orientarse, en principio, a garantizar transparencia, a garantizar competencia, se hablaba de gestión por resultados en Ley n.º 30225, que era la finalidad de la norma de contratación estatal, en el proyecto de ley que plantearon en el gobierno del señor Sagasti lo que había era darle más a un tema de gestión por resultados que cambian por el concepto valor por el dinero. Pero no nos olvidemos que tras una norma de contratación pública hay una pluralidad de intereses que justifican por qué va a ir cambiando la norma de contratación pública.

Cualquiera que fuese el escenario, no lo que sí creo —lo que sería una opinión personal— es que debemos desterrar la idea que cada gobernante que llegue cambie la normativa contratación pública a su gusto, cambios trascendentales en este aspecto. Eso le hace poco favor a la predictibilidad, al entendimiento, a la operatividad que se requiere para que las compras públicas se realicen de manera adecuada y que la gente pueda tener un conocimiento correcto de cómo debe hacer para contratar con el Estado.

Si ese problema lo tienen de por sí los actores del Estado que están metidos en la compra pública —los funcionarios públicos—, mayor problema van a tener los proveedores del Estado que tienen que estudiar un curso para saber cómo venderle al Estado, y eso lo sabemos quienes enseñamos, principalmente a nivel de posgrado y a nivel de programa de especialización, cómo es que cada vez más gente del sector privado requiere estudiar para entender cómo funciona la compra pública, lo que al final solamente hace que una compra pública sea un escenario mucho más costoso de manera indirecta.

La enorme contratación pública nos ha demostrado que a lo largo de los años, a su vez, ha pretendido, cuando se dicta la ley de contratación con el Estado, regular de manera unificada los diversos espacios de contratación pública, los diversos tipos de contrato que se daban y, sobre todo, los diversos mecanismos de contratación que se usaban. A lo largo de los años hemos aprendido y hemos advertido, en realidad, que el Estado ha ido haciendo cada vez más válvulas de escape a una normativa general, ha ido creando marcos regulatorios paralelos a la ley de contratación con el Estado que han generado una serie de supuestos de exclusión total o parcial en la ley de contratación pública. Entonces, uno llega a preguntarse en un momento determinado: ¿qué cosa es lo que tengo: una ley general —que de general cada vez tiene menos, para dar pie a una serie de espacios regulatorios en contratación pública particulares y especiales— o en qué escenario voy a caminar?

En esa línea, creo que el proyecto —y también es una apreciación personal— que se trabajó ahora último apunta a tratar de regular de una mejor manera, con una visión más integral, los diversos mecanismos que debe seguir el Estado para escoger a sus contratistas. Creo que tiene una forma más armónica para trabajar ese tema.

Pero no olvidemos que una ley de contratación pública —desde mi particular punto de vista— debe tener en cuenta algunos aspectos: cómo es que se hace para contratar de manera previa, lo que llamaríamos la programación de las adquisiciones, preparación del expediente, los actos preparatorios, los mecanismos de selección —deberíamos tener una norma que contenga una serie de mecanismos de selección abiertos, de tal forma que no tengamos que estar generando a cada rato los marcos normativos especiales—.

También un tema muy importante —y ahí es finalmente donde voy a centrarme— son dos espacios más: de ejecución contractual y de solución de controversias, donde creo que hay que tener mucho tino porque se supone que una ley de contratación estatal debe orientar a que los privados tengan interés en venderle al Estado —no solamente en todo el suplicio que tienen que hacer para adjudicarse un proceso de selección que a veces es un poco más engoroso, más tecnicificado, con muchas complicaciones—. Necesitamos entrar en una relación contractual clara, transparente, con normas que garanticen un equilibrio contractual.

En ocasiones nos vamos a dar cuenta que la normativa en contratación pública, en esa parte de la ejecución contractual, si bien es cierto parte de la premisa de reconocer que el interés del Estado es un interés superior y, por ende, establece algunas características o particularidades especiales que le dan ciertas facultades, a veces puede parecer que conlleva escenarios un poco abusivos, porque la norma de contratación pública, tal como estamos acostumbrados a leerla el día de hoy, parte de la premisa que es un contrato perfecto donde las partes actúan bien, donde todo está regulado, y también que el contratista privado podría ser el incumplidor.

Pero la realidad nos demuestra que no siempre es así, a veces el principal incumplidor es el propio Estado y ahí la norma no da una solución correcta. Para darles algunos ejemplos: las conformidades. La normativa parte de la premisa que el Estado tiene un plazo para dar conformidad y si no la da porque no le da la gana, entonces, probablemente, va a ser forzado a ir a un arbitraje pidiendo que le paguen, y algunos colegas árbitros van a considerar, por ejemplo, que ellos no son competentes para dar conformidad. Entonces usted se va a tener que ir a llorar al río, porque el árbitro le va a decir «yo no soy competente, la que tiene que dar la conformidad es la entidad» —es una línea de pensamiento, no digo que todos pensemos lo mismo, pero no es una línea de pensamiento aislada y fluye un poco del entendimiento de lo que dice la ley—, y la entidad en el arbitraje no ha dicho una sola palabra de por qué no le ha dado la conformidad.

Ejemplo 2. Escenario en el cual una entidad pública trata e impone como adicional algo que en realidad es un complementario y le dice: «Para mí es adicional y si no quieras firmar tu adicional resuelvo tu contrato». Y usted quiere irse a un arbitraje y se encuentra con alguien que le dice: «Esa cuestión no se puede arbitrar porque ya dijeron que es adicional». Y si a eso le suma que, por ejemplo, en temas de adicionales, los pronunciamientos de la Corte, que son los encargados de ver los temas de regulación del laudo, entienden esta prohibición de arbitrar adicionales, enriquecimientos sin causas y otras figuras vinculadas a adicionales de una manera absolutamente extensiva, en donde confunde —en mi opinión— lo que es la decisión y la facultad que tiene la entidad pública de autorizar o no la ejecución de prestaciones adicionales, y en este extremo de la no arbitrabilidad lleva hacerlo extensivo, por ejemplo, a discusiones en donde usted pretende que le paguen aquello que ya le aprobaron en un adicional y no le pagan, la Corte dice «No, como por ahí dice adicional entonces eso no se puede arbitrar», no está en discusión aprobación del adicional, sino lo que paguen el adicional aprobado.

Escenarios como esos, en un espacio de ejecución contractual, que trastocan la figura del equilibrio que puede haber —dejando de lado el problema que hay en el tema arbitral, en donde la cancha en materia de contratación pública hace rato se desequilibró, donde el árbitro no puede dictar cauteles si no pide contracauteles con cartas fianza o con garantías reales, en donde el contratista para plantear anulación del laudo, a diferencia de la entidad pública, tiene que afianzar—, lo que van a generar es un espacio en donde en realidad si un privado preferiría venderle sus productos a una empresa privada que al Estado —otro tema es que por la situación económica no haya empresas privadas en el Perú que quieran comprar—.

Sí no entendemos esa parte, difícilmente podremos tener un sistema de contratación pública que resulte atractivo. Si siempre vamos a ir pensando en que el Estado va a ser sorprendido o abusado, vamos a estar generando y regulando un sistema que, en mi opinión, va a resultar siempre inefficiente.

Y mire, el que quiere robar, roba, con más norma o con menos norma. Así de simple es. Y hoy lo hemos visto —pero digamos que está por confirmarse—, si fuese cierto, el problema que hemos advertido en las noticias, cómo es que vendían camas UCI en plena pandemia con toda la normativa que hemos visto y con todos los operativos policiales que ha habido para controlar todos los espacios de corrupción en pandemia, pero seguían vendiendo camas UCI dicen que a 82 000 soles cada cama. ¿No hay norma que prohíba o regule eso? Claro que la hay, pero el que quiere hacerlo lo hace, el sistema lo tendrá que combatir.

El problema no es normativo solamente, hay que ampliar y hay que cambiar el chip. Por ahí es donde tenemos que apuntar y reformular un esquema de visión.

Agradezco la gentileza.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Gracias, doctor.

Continuando con la mesa, voy a presentar a la siguiente expositora, la doctora Victoria Pérez Aguilar. Nos interesaría que nos comente un poco, a propósito de lo que hemos estado conversando

sobre la ley de contrataciones con el Estado, sobre el procedimiento para interponer el recurso de apelación, el cual se encuentra tipificado en el artículo 41 de la Ley, numeral 41.1.

Victoria Pérez Aguilar: Buenas noches con todos los presentes.

Centrándome en la pregunta que me realizas respecto al recurso de apelación, el artículo 41 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y, además, si habría la posibilidad de reformas o no. Conforme hemos escuchado al doctor Tafur, la norma de contrataciones ha sido bastante cambiante, sin ir muy lejos en 2014-2015 se promulgó una serie de modificaciones al Reglamento y a la Ley de Contrataciones para cambiar situaciones de importancia y también situaciones sin mucha importancia.

Hemos encontrado modificaciones como ya no valor referencial, volvemos al valor estimado, entre otros tipos de cambios en la norma; sin embargo, en lo que respecta al recurso de apelación hemos mantenido una similitud a lo largo de las normas de contrataciones del Estado, me refiero incluso a la norma predecesora, el Decreto Legislativo n.º 1017, donde se regulaba de manera similar al recurso de apelación, tal cual como lo vemos en la norma actual y en la propuesta de la reforma de la norma de contratación.

Es así que la situaciones básicas siguen siendo iguales. Recordemos que este recurso de apelación no es otra cosa que la representación de nuestro derecho a la contradicción. De acuerdo a lo establecido en el artículo 120 de TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General —que es una norma para todo el procedimiento administrativo, como lo es la contratación pública— frente a cualquier acto que supone la violación o la afectación de algún derecho o interés de los administrados, corresponde ejercer el derecho a la contradicción. En este caso, de conformidad del artículo 41 del TUO de la Ley se puede ejercer única y exclusivamente a través del recurso de apelación.

Es importante precisar que este recurso de apelación solamente puede ser interpuesto hasta la etapa anterior a la suscripción del contrato, es decir, hasta antes del consentimiento del otorgamiento de la buena pro. Y eso muy importante aclarar, porque hay muchos proveedores, contratistas, que, por ejemplo, frente a una actuación que sucede en la fase de ejecución contractual —por ejemplo, penalidades, denegatorias de ampliaciones de plazo, adicionales, etcétera— lo que mal realiza el contratista es interponer un recurso de apelación, porque dice: «Es un pronunciamiento de la Administración y puedo apelar», lo cual ya sabemos que es un razonamiento totalmente equivocado, tenemos numerosas opiniones que se han pronunciado al respecto de que los recursos de apelación solamente proceden en la etapa del procedimiento de selección, porque la única forma que tenemos para solucionar las controversias en la ejecución contractual sabemos que son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación, el arbitraje y la junta de resolución de disputas. Entonces que quede claro que este recurso impugnatorio solo puede interponerse en la etapa del procedimiento de selección.

Vemos que de las similitudes que se recogen a lo largo de estas normas de contrataciones —del Decreto Legislativo n.º 1017, de la Ley n.º 30225, norma actual, y de la reforma propuesta también— se señala que este recurso de apelación debe tener como requisito de admisibilidad la presentación de una garantía equivalente al 3 % del valor estimado o del valor referencial de la contratación.

Esto significa que realmente para ejercer un derecho, el derecho a la contradicción —o inclusive podríamos poner un símil con el derecho de defensa ante un acto que me está afectando— debemos cancelar una garantía equivalente al monto del 3 %, garantía que, como vamos a ver en un momento, puede ser ejecutada ya sea por el Tribunal de Contrataciones o por la entidad pública, dependiendo de los resultados de nuestro recurso. Si se declara infundado o si se declara improcedente, esa garantía se va a ejecutar; por el contrario, si es que este recurso es declarado fundado, fundado en parte o si es que se declarase la nulidad del procedimiento de selección producto de este recurso de apelación, en estos casos se nos devolvería esta garantía.

Sin embargo, es importante —respondiendo a tu segunda pregunta, Juan Carlos— hacer una reflexión respecto de la presentación de esta garantía para interponer el recurso de apelación. ¿Por qué digo reflexión? Porque me ha pasado en la práctica encontrarme muchas veces con contratistas, con postores que frente a la afectación de un derecho por parte de los comités de selección en un procedimiento de selección —porque sabemos que el comité puede admitir, no admitir, descalificar o rechazar las ofertas— se han visto en la necesidad de presentar un recurso de apelación, que sin embargo, debido a la exigencia de la interposición o de la presentación de esta carta fianza, han desistido porque, evidentemente, no para todos los postores es equivalente el valor estimado. Si hablamos de procedimientos pequeños, es probable que los participantes puedan tener mucho más capacidad presentar esta garantía; sin embargo, aquí encontramos el segundo problema, porque también sabemos que los recursos de apelación se van a interponer ante el titular de la entidad o ante el Tribunal de Contrataciones, dependiendo de la cuantía. Si nos encontramos frente a un procedimiento de selección que no supere las 50 UIT —más o menos estamos hablando de 220 mil soles—, los recursos de impugnación deberán presentarse ante la misma [...] que para mí sería otra posibilidad de generarse alguna reforma, y es que el contratista también se siente afectado de tener que recurrir a la misma entidad que de cierta forma [...] protección y tener que además presentar el recurso apelación ante esta misma entidad acompañado de una garantía del 3 %. En este caso tiene para mí doble desventaja la presentación o la interpretación de un recurso apelación.

Estamos hablando de una formalidad, porque no significa que de pronto podamos, como contratistas, dar a conocer al Tribunal de Contrataciones o a la entidad alguna falencia, algún error, algún vicio en el procedimiento de selección y la entidad se pronuncie, porque simplemente si no se acompaña esa garantía de interposición del recurso, no van a entrar a analizar el fondo de lo que nosotros estamos reclamando.

Anteriormente, lo que se hacía para superar la presentación de esta carta fianza eran las famosas denuncias administrativas: «Pido la nulidad del procedimiento administrativo porque hay vicios e irregularidad», y eso es lo que a veces funcionaba, porque la entidad se veía obligada ante una denuncia administrativa a pronunciarse por una posible nulidad del procedimiento volver a revisar; sin embargo, ya hemos visto también que con opiniones la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha señalado que incluso para la presentación de estas famosas denuncias administrativas obtenidas de nulidades de oficio es necesario también la presentación de una garantía del 3 %.

Nos queda claro que si no tenemos la capacidad económica para cubrir esta garantía, tampoco tendremos la posibilidad de ejercer un derecho. Entonces, por allí empieza para mí la primera problemática.

Y esta problemática no es una reciente, no es que se me ocurrió leerla y de pronto soy la única que se da cuenta, definitivamente viene desde hace muchos años, porque, como les comentaba, las normativas siguen recogiendo la exigencia de la presentación que esta garantía del 3 % en todos los recursos de apelación.

Incluso, en el año 2007, en ese entonces el Tribunal de Contrataciones se pronunció a través de una resolución señalando que la garantía no significaba el perjuicio de la no presentación de un recurso o el perjuicio de un derecho de defensa, la garantía buscaba desincentivar que los malos proveedores o los malos participantes generen dilaciones innecesarias en los procedimientos de selección.

Creo que, por allí, sí cumple su finalidad, porque, en efecto, si yo quiero presentar un recurso de apelación y solamente lo que me interesa es dilatar y para ello tengo que presentar una garantía, simplemente no lo voy a hacer. Por este lado podríamos decir que se cumple con la finalidad; sin embargo, aquellos postores que realmente quieren interponer un recurso de apelación, que sí tienen elementos suficientes para interponerlo no lo pueden hacer porque esta misma garantía, que se supone tiene que desincentivar la presentación de recursos maliciosos, va a desincentivar también la presentación de recursos que tengan un fundamento válido.

Valdría la pena ver la posibilidad de proponer, para evitar estas presentaciones de los recursos maliciosos, de pronto establecer una especie de multa para aquellos proveedores que interpongan recursos maliciosos con la única finalidad de dilatar los procedimientos de selección, así no se estaría restringiendo la presentación de los recursos y cumpliríamos con amonestar o sancionar a aquellos proveedores que los interponen.

Traté de buscar estadística respecto de la cantidad de procesos o de recursos de impugnación presentados ante el Tribunal de Contrataciones y no fue fácil la búsqueda, el documento más actual que pude encontrar fue del 2019, donde veía que aproximadamente 1700 o 1800 recursos de apelación presentados en el año. Eso quiere decir que los recursos de apelación están disminuyendo considerablemente no porque las entidades estén haciendo bien su trabajo, no porque los comités sean totalmente capaces de hacer una adecuada evaluación de ofertas, sino porque se encuentran con estas restricciones para interponer el recurso de apelación.

Hace poco tuve una experiencia cercana donde habían descalificado la oferta de un proveedor porque según el criterio del comité el formato donde se presentaba la estructura de costos no era claro y no se podía evidenciar este presupuesto; sin embargo, era una situación totalmente falsa porque el archivo era legible, y el proveedor se vio en la necesidad de dejar de lado su recurso de apelación porque no contaba con la garantía, pues era un monto bastante considerable, y en esta coyuntura que se encuentra atravesando nuestro país, casi ningún contratista o postor va a tener la disponibilidad de sacar este 3 % para interponer el recurso de apelación.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Quiero agradecer a los tres ponentes. Vamos a pasar a la fase de conclusiones. Voy a dar pase a la doctora María Hilda Becerra.

María Hilda Becerra: Muchas gracias.

Voy a coincidir en la necesidad de dejar este pensamiento mágico —desde mi punto de vista es eso— que porque cambiamos la norma, porque rephraseamos un decreto supremo o porque rephraseamos una norma de contrataciones solucionamos algún problema, y eso creo que pasa también con la Constitución. Las normas son importantes, sin duda, pero las normas legales no son varitas mágicas y creo que eso ha sido una constante, lamentablemente, en contratación pública que ha perjudicado el sistema en lugar de fortalecerlo, no solo porque el día de hoy no podemos decir que hay especialistas en contratación pública, porque la norma es completamente dispersa y en cada caso tenemos una regla de aplicación distinta, además perdemos la oportunidad de evaluar si la implementación anterior realmente fue o no correcta, si surtió o no efecto y hacemos evaluaciones sin sustento fáctico.

Creo que a estas alturas no tomar las decisiones con base estadística, analizando efectivamente, por ejemplo, el costo-beneficio del monto de la garantía, a qué se debe si es que la carga del Tribunal cambia o no en materia de apelaciones, por ejemplo, sin mirar indicadores, es muy complicado y, lamentablemente, nuestro sistema no está alimentado de datos o de información que pueda procesarse fácilmente y que nos dé esas respuestas tan importantes.

Todos los problemas que hemos planteado tranquilamente podrían ser analizados con herramientas tecnológicas: cuánto demoran las entidades en dar conformidades, cuánto demoran en pagar las prestaciones de los contratistas, cuántas buenas pro se caen porque el plazo para presentar documentos ha sido muy estrecho, cuánto estamos respondiendo realmente en apelaciones, es razonable tener ese número de apelaciones, cuántos proveedores tenemos por procedimiento de selección.

La contratación pública tiene que ser vista con un proceso como un proceso técnico, tenemos que encontrar y hacer el esfuerzo por generar información confiable, estadística certera y objetiva que nos permita tomar decisiones y eso pasa definitivamente por cómo estamos pensando el diseño tecnológico de la norma. Basta de cambiar la norma porque nos parece. Ahí entramos a una discusión bizantina: valor referencial, valor estimado valor... la pregunta de fondo es: ¿suma?, o sea, ¿cuánto

aportó cambiar la definición? Y ese tipo de respuestas tiene que ser a partir de data objetiva, comencemos a usar estadística para tomar decisiones serias. Todo lo demás son ensayos muy bien intencionados, pero de buenas intenciones está lleno el infierno dice el refrán, es hora de sentarnos a pensar las cifras, cómo hacemos para que realmente estemos en el 2021 y no quedarnos en el año 1900 y hacer las cosas exactamente igual que las hacían nuestros abuelos, pongámonos a tono con la modernidad.

Esa sería mi reflexión y creo que sí es importante pensar en cosas más de fondo, cambiar la norma es pensamiento mágico y hay que darnos cuenta de que no vamos a solucionar nada nada cambiándola. Tenemos más de cinco años que corroboran de manera fehaciente que por mucho que hagamos una norma de contratación es perfecta si no lo implementamos bien, no se logra nada. Muchas gracias.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Muchas gracias. Vamos a pasar a las conclusiones del doctor Sergio Tafur.

Sergio Tafur: Mi reflexión va en la misma línea de María Hilda.

Recuerdo que cuando me iniciaba en la carrera de Derecho, escuchaba a mis profesores comentar de la gran reforma del sistema judicial porque la administración de justicia era poco caótica, y que a ellos, a su vez, sus profesores —mi profesor era Ulises Montoya Manfredi, que cuando me enseñó tenía cerca ochenta años, que había operado con el Código de 1911— les decían que necesitaba reforma también ahí porque la administración estaba mal y ellos se esforzaron por la reforma del sesenta y tantos. En el noventa y tantos hubo una reforma judicial con Dellepiani y todo ese grupo, y hoy también tenemos otra reforma judicial, es un problema más o menos permanente en Perú.

Cada época tiene sus propios problemas, es cierto, no todas las épocas son las mismas, pero a veces no agarramos el toro por las astas y no somos conscientes de enfrentar ese tema, entonces —como dice María Hilda— pensamos que el tema es solamente un cambio normativo y, en realidad, no solamente es un cambio normativo, es un cambio de posición, de actitud.

Me parece muy claro y fuera de discusión algunas reglas básicas en contratación pública: hay que respetar la transparencia, hay que respetar la libre competencia y de la mano de eso va el tema que las compras públicas se orienten a maximizar el beneficio a los ciudadanos, el valor por el dinero, todo eso es coherente. Y en línea con eso hay que aprovechar los diversos mecanismos que pueden hacer uso a su vez de medios tecnológicos para perfeccionar los procedimientos de selección que puede haber.

Pero la compra pública no solamente es eso. La compra pública significa sentar en la etapa que tú decías: en la etapa de celebración del contrato; en la etapa de ejecución del contrato; en la etapa posterior a la ejecución del contrato, donde te vas a un mecanismo solución de controversias que requiere que esa controversia sea solucionada algún día y que los actores de ese problema cumplan real y efectivamente en esta vida, antes que se muera alguien, con lo que resulte de ese mecanismo de solución de controversias. Eso también es compra pública y eso genera un sistema que puede permitir que la gente, los agentes privados, estén interesados en trabajar honradamente con el Estado, no el tener que buscar quién los ayude o entienda para que no los fastidien en la ejecución de su contrato, para que no le pongan penalidades que en realidad no corresponden o para que le cumplan con el laudo que después de cinco años ganó.

Un mecanismo de protección excesivo a cualquiera dos partes —pero una de esas partes es el Estado que de por sí se entiende que tiene legitimidad para exigir ciertas cosas en la contratación pública, pero parametrado a límites razonables— nos hace caminar siempre hacia lo mismo, no veo que haya una solución. Y, lamentablemente, advierto que ha sido una constante durante los últimos años, y evidentemente algunos años se ha agudizado más producto también de que ha habido escena-

rios en donde algunos y significativos agentes privados han abusado, porque han entrado en contubernio; pero eso es otra cosa. La normativa de contratación pública no puede estar pensada para ser reactiva con algunos casos particulares que se han presentado y que nos ha evidenciado que hay flaquezas y defectos, pero ese defecto se da porque los actores han actuado de manera defectuosa, no porque la norma en sí misma sea defectuosa.

Eso es lo que tendríamos que internalizar para hacer un sistema de contratación que resulte en realidad atractivo a quien quiera vender.

Y cierto con esto, para que entiendan todos de lo que estoy hablando. ¿A alguno de ustedes, en su sano juicio, se le ocurriría celebrar un contrato de suministro o un contrato de obra con un gobierno local en el último año de gestión del alcalde?

Habría que estar loco. El que viene no te va a pagar. Y no necesito que la ley lo diga, porque la realidad lo demuestra. Y tendrás que hacer un arbitraje para que te pague y algún día, ojalá que en esta vida, te paguen. Entonces si tienes un sistema que evidencia eso, hay algo que no funciona. Esa sería mi reflexión final.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Gracias, doctor.

Concordando con ambos doctores, también un tema bastante común es que la mayoría de adjudicatarios que se encuentran en la fase para presentar el contrato tienen gran dificultad para comunicarse con los funcionarios de las áreas usuarias o aquellos funcionarios para presionar el contrato, y no entiendo eso por qué se da.

Lo que debería ocurrir es que uno, como cliente del Estado, se sienta en confianza porque, entre otras cosas, me voy a convertir como contratista en tu socio estratégico para satisfacer tu necesidad. No entiendo por qué al momento de convertirme en adjudicatario y estar en la fase para firmar el contrato y tenga alguna duda que pueda suscitarse, automáticamente los funcionarios públicos cierran sus líneas de comunicación o solicitan tener alguna cita previa, es decir, burocratizan una gestión tan simple como una consulta, una duda para ejecutar un buen servicio o un buen contrato de obra, una ejecución de obra, por actitudes que más que sumar, restan.

Inclusive se estaría planteando ahora, por el tema de pandemia, ya no trabajar bajo una garantía de 10 %, que es un monto bastante alto, sino de un 7 u 8 % porque las condiciones nacionales, desde una perspectiva económica, han sido bastante perjudiciales para el sector privado, llámese proveedores, pero será materia de evaluación de alguna propuesta que se dé más adelante.

Concluimos esta mesa con la doctora Victoria Pérez Aguilar.

Victoria Pérez Aguilar: En definitiva, coincido con todo lo mencionado.

Es cierto, el cambio de una norma no necesariamente implicará la mejora en la contratación pública, como señalaba Juan Carlos en su comentario. Esas situaciones mencionadas no están reguladas en las normas, no es que el escenario fue así porque la norma que establece es porque tiene un criterio o porque tiene una posición respecto de cómo realizar la gestión de su contrato, más allá de estar obedeciendo una norma.

Aquí entraría a tallar lo que mencionaba María Hilda, que más allá de las modificaciones legislativas que pueden ser necesarias, necesitamos apuntar a una profesionalización de los funcionarios que trabajan en el Órgano Encargado de las Contrataciones, es decir, de los operadores logísticos. Es que estos operadores logísticos necesitan estar totalmente preparados y capacitados para asumir las funciones que les corresponde.

En muchas ocasiones me ha tocado toparme con funcionarios públicos que me indican «doctora necesitamos una capacitación porque la verdad que no sabemos nada de contratación pública». Yo asumo que ellos recién van a entrar a un trabajo, pero resulta que ya están en el trabajo, ya son funcionarios y están tomando decisiones, sin embargo no están capacitados realmente para trabajar y asumir la función como corresponde, y esto pasa porque no tenemos todavía totalmente aplicada la meritocracia, no hacemos una selección correcta de los profesionales que deberían ser operadores logísticos.

De otro lado, apelar a buenos funcionarios para el cumplimiento de sus funciones y para la mejora continua, porque el desconocimiento de las normas, de las situaciones que se viven todos los días en las áreas logísticas harán que los funcionarios tomen malas decisiones, más allá que la norma lo establezca o no.

Mejorar la contratación pública es la suma de muchas situaciones, por ejemplo, profesionales más capacitados, mayor conocimiento, mejorar las normas, cambiar definitivamente el chip del funcionario, porque es un servidor público no se va a servir de la Administración, si no va a servir a la Administración; y todos estos parámetros nos van a ayudar a mejorar la contratación pública. Definitivamente, hay muchas cosas por mejorar.

Sería necesario el tema de las estadísticas, lamentablemente, es una falencia que no podamos acceder de una manera libre y transparente a la información, nos hace no tener una idea clara de cómo van estos temas, por ejemplo, de los recursos que se interponen ante el Tribunal de Contrataciones, menos aún tendremos información de los recursos que se presentan ante las entidades públicas que sea accesible, que nos permita a todos llegar a conclusiones óptimas con información de primera mano. Muchas gracias.

Juan Carlos Gonzales Salinas: Muchas gracias.

MESA 2

EJECUCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

*Orializ Espinoza*¹

*José Zegarra Pinto*²

*Roger Vidal*³

*Jairo Cieza*⁴

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en arbitraje internacional comercial, de inversiones y arbitraje doméstico, incluyendo el arbitraje en materia de contratación pública. Con experiencia en firmas de abogados internacionales como Cuatrecasas. Miembro del Club Español de Arbitraje. Máster por la Universidad Complutense de Madrid y maestría en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

² Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. *Master business administration* por la USIL. Abogado graduado con mención sobresaliente por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en la maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP, profesor de la Universidad ESAN. Árbitro que pertenece a diferentes listas de instituciones arbitrales. Ha sido secretario académico de la Facultad de Derecho de la PUCP desde el 2004 al 2008, y profesor en las facultades de Derecho, y Gestión y Alta Dirección de la PUCP. Consultor en gestión pública y contrataciones del Estado.

³ Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM. Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Se desempeña como profesor en las facultades de Derecho de la UNMSM, de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad Emilio Valdizán de Huánuco. Miembro del Círculo Brasileño de Derecho Contractual, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, director del Instituto Peruano de Derecho Civil. Cuenta con amplia experiencia en el ejercicio del derecho civil corporativo, derecho administrativo, contrataciones estatales y arbitraje. Su práctica legal la ha desempeñado en la boutique Estudio Vidal Asociados desde el año 2010.

⁴ Socio de Cieza Abogados. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM. Árbitro del Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Docente de pregrado de la UNMSM, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Investigador del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

Orializ Espinoza: El tema que nos han asignado en esta tarde es la ejecución de los contratos públicos y creo que un buen punto de partida es el que vamos a abordar con el doctor Roger Vidal, quien va a ser esta diferenciación entre un contrato público y un contrato civil, lo cual no es un tema que pueda pasarse por agua tibia, finalmente muchas de las implicancias, por ejemplo, en el arbitraje van a tener que ver con cuáles serán las normas que el tribunal arbitral va a aplicar al momento de resolver. Aprovecho en preguntarle al doctor Vidal si se puede o no renegociar o modificar un contrato en el marco de la ley de contrataciones con el Estado.

Roger Vidal: Buenas noches.

Voy a hacer un breve resumen a fin de que podamos entender algunas ideas muy puntuales respecto al contrato civil y al contrato público.

La primera idea fuerza es que el contrato civil se regula por el Código Civil, destinado para las relaciones jurídicas entre personas naturales y personas jurídicas, mientras que el contrato público, y con esto me refiero a la contratación pública, se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que por temas políticos o coyunturales se vienen modificando, todos somos testigos de esta pauta que el Estado viene brindando en aras de mejorar la contratación pública.

Otro tema importante en el contrato civil es el interés privado. Obviamente, en un contrato de compraventa, de obra en el sector privado, de donación, de comodato, de locación, acreedor y deudor, comprador y vendedor tienen un interés privado de que se entregue la prestación y se pague la contraprestación que va a implicar una colaboración entre ambos, a fin de que el contrato sea perfecto, con un fin económico.

Pero si estamos frente a la contratación pública, nuestra óptica es muy distinta porque entendemos que el Estado va a buscar licitar con los privados dado que no puede, de manera directa, satisfacer necesidades, bienes o servicios. Acá estamos frente a un interés y un servicio público, es fundamental entender esto, el Estado accede a licitar dado que su función primordial es administrar, dar políticas, pero requiere de los contratistas, de los privados, a fin de que se pueda satisfacer este interés público.

Un tema en el derecho civil que todos siempre comentamos es la libertad contractual, esta libertad que concede el Estado a los privados para que de manera lícita y amplia puedan diseñar un marco contractual extenso, perfecto y limitado. Esta libertad contractual es un dogma para los civilistas que siempre tiene que ser respetado y donde el Estado se encuentra muy limitado de intervenir, que es un tema bastante discutible. Mientras que en el contrato público, el principio de legalidad como principio rector del derecho administrativo es el que va a irradiar las diversas modalidades de contratación pública, el principio de legalidad siempre está presente como un sol que ampara la ejecución contractual.

Por otro lado, en el derecho civil, en el contrato civil tenemos el principio de equilibrio contractual, que también se encuentra presente en la contratación pública, pero debemos entenderlo desde una óptica muy distinta: el equilibrio contractual implica que entre los privados existe un equilibrio jurídico y económico, y cuando surge una distorsión, un aprovechamiento económico indebido de una de las partes —y solo pongo tres ejemplos muy breves: la lesión, la excesiva onerosidad o la reducción de la cláusula penal— se le faculta al juez o al árbitro para que pueda retornar a este equilibrio perdido.

Pero en la contratación pública surge un tema interesante y es donde me quedaré, con la siguiente reflexión: si estamos en la condición de abogados y asesoramos a un contratista extranjero o peruano, lo que se le debe de indicar es que ese equilibrio contractual debe ser entendido con ciertos principios propios de la contratación pública como son estas cláusulas exorbitantes que permiten que

el Estado o el ente administrativo tenga facultades que —quizás para entendidos en la materia— hagan perder este equilibrio contractual como la potestad de la nulidad de un contrato administrativo, y el poder de policía que permite fiscalizar, verificar que las experiencias que se ha establecido en un contrato de obra pública sean las mismas que se presentaron al momento que los postores ingresaron sus ofertas.

Es importante esto —lo comentaba el profesor Manuel de la Puente y Lavalle, en muchas opiniones del OSCE se citan las doctrinas de profesor De la Puente—, cómo las cláusulas exorbitantes se encuentran dentro de los contratos administrativos o dentro del aparato estatal que le faculta cierto grado de superioridad frente a los privados. Y es cierto, porque tengamos en cuenta que al momento que uno licita con el Estado, cuando el contrato se ejecuta, el privado no va a tener el mismo rango que la entidad o el Estado. Por otro lado, tenemos este famoso principio *pacta sunt servanda*, que es la fuerza obligatoria, una vez suscrito el contrato, para que este se ejecute en la forma y en el plazo pactado, y se aplica la buena fe.

Si bien estos principios del derecho civil se trasladan a la contratación pública, recordemos que el Estado no está obligado a ejecutar un contrato. Si encuentra una causal de nulidad, una causal de resolución de contrato justa y adecuada, puede resolverlo, puede decidir no ampliar el plazo, puede decidir no otorgar el adicional o quizás puede intervenir económicamente la obra.

Entonces, por esta potestad que tiene el Estado es importante verlo con mucha reserva. En ciertos momentos, el Estado podría modificar estos puntos. En el derecho civil conversamos siempre que, fuera de las formalidades, las conductas vinculan a los privados. Aquí tenemos la teoría de los actos propios y el consentimiento, pero en la contratación pública los actos propios no existen o, por lo menos, si nos ponemos en una posición del derecho administrativo, todo tiene que ser dentro del marco de un acto administrativo. Si no existe una resolución o acto administrativo que apruebe este adicional, esta ampliación de plazo, esas conductas no me vinculan y, por lo tanto, bajo el principio de legalidad puedo contradecir todos estos puntos.

Si bien no están vinculados de manera directa con la esencia del contrato civil o el contrato público, recordemos que si estamos en una controversia dentro del marco de un contrato privado o contratos civil, el medio alternativo de solución de conflictos, que es el arbitraje, es voluntario. Si no lo establezco como o un pacto un convenio, me voy al fuero judicial; mientras que en la contratación estatal, la solución de controversia, el arbitraje, es obligatorio y se discute mucho si estamos frente a un arbitraje administrativo, si en el Perú hemos distorsionado esta práctica arbitral, porque el arbitraje es obligatorio. En la contratación civil la selección del árbitro es libre, mientras que en la contratación pública, por lo menos las entidades estatales, tienen que designar un árbitro que se encuentra en el Registro Nacional de Árbitros.

Un tema que se ha discutido mucho son las medidas cautelares. Si somos abogados y planteamos una demanda sobre una controversia entre dos empresas, o con dos personas naturales, y embargamos una cuenta bancaria o una propiedad que es inmueble, la caución juratoria no requiere otra cosa que ir al juzgado y suscribir esta firma. Pero en la contratación pública se requiere una carta fianza y he aquí uno de los temas que no permite un equilibrio, porque a las entidades estatales no se le requiere —y está en la modificación de la Ley de Arbitraje que presente una carta fianza bancaria si requiere una medida cautelar—.

En conclusión, hay diferencias antagónicas, hay ciertos puntos en común y como punto muy importante es que el Código Civil, ante un vacío de la Ley de Contrataciones del Estado, sirve de aplicación supletoria, porque Ley de Contrataciones del Estado no nos explica qué es caso fortuito o fuerza mayor, no tiene mayor incidencia en ciertos principios donde necesariamente, ante el vacío de la ley especial, nos remitimos al Código Civil.

Respecto al punto que comentaba a la doctora Espinoza, si hay la posibilidad que los contratos puedan ser renegociados o modificados. De manera breve nos vamos a remitir al artículo 34 de la Ley

de Contrataciones del Estado. Recordemos que dentro de *ius imperium* de estas facultades que tienen las entidades, está la posibilidad que los contratos puedan ser modificados a criterio personal, pero quizás de manera unilateral, porque la entidad podrá aceptar y proponer ciertos aspectos contractuales que siempre van a quedar dentro de su grado de control y aprobación como actos administrativos, por ejemplo, en el tema de las prestaciones adicionales, si es que no se superan los límites fijados por ley, si se encuentran debidamente sustentadas, serán aprobadas, finalmente es una facultad que tiene entidad. El contratista las podría requerir, pero si la entidad, mediante un acto administrativo, no las aprueba, serán denegadas.

Lo mismo pasa con el tema de reducción de las prestaciones, que es bastante discutible y me pongo en los zapatos del contratista: si ejecuto una obra por un millón de soles y es a suma alzada, y de pronto, en la valorización número 8, de las 12 que hubo, la entidad reduce la presentaciónaría implicar que me está perjudicando porque se está reduciendo un pago de la contraprestación; pero, finalmente, si la entidad tiene un sustento muy importante, esta facultad de la reducción está permitida y bajo este enfoque vuelvo a dejar esta idea: estamos frente a una potestad unilateral, porque el contratista, si no considera que esta producción es válida, tendrá la vía pertinente, la conciliación o el arbitraje para el que se oponga.

Pasa igual con las ampliaciones de plazo, sin embargo estas facultades van a tener que ser encaminadas respecto a informes técnicos, actos administrativos bastante prestos de motivación, dejando la facultad al contratista que, si se siente perjudicado o considera que la entidad está actuando mal, pueda activar el medio de solución de controversias como es la junta de resolución de disputas, la posibilidad de la conciliación extrajudicial o la vía arbitral. Muchas gracias.

Orializ Espinoza: Muchas gracias, doctor Vidal.

Me gustaría ahora darle el uso de la palabra el doctor Zegarra y preguntarle un tema que nos persigue a todos los que somos operadores en contrataciones con el Estado: las penalidades. ¿Cuál es el procedimiento para aplicar las penalidades por mora y estas otras penalidades a las que hace referencia la ley de contrataciones con el Estado? El doctor, además, nos puede ayudar a decir cuáles son estos errores frecuentes que suele advertir el tribunal arbitral en la aplicación de penalidades.

José Zegarra Pinto: Muchas gracias.

El tema que nos que nos han convocado a conversar es las penalidades. Tenemos dos preguntas que de alguna manera vamos a «mezclar» académicamente para responderlas y generar un poco más la conversación.

Si hablamos de penalidades, el primer momento en que las vamos a ver es en la etapa de las bases. Normalmente, en las bases integradas están desarrolladas las penalidades, las que tenemos en el artículo 162 del Reglamento, que son normalmente las penalidades por mora —en resumidas cuentas, retraso injustificado de mis obligaciones y aplicación diaria de las mismas—. En un momento vamos a hablar de ese concepto «retraso injustificado», es tan breve, tan pequeño, pero a su vez tiene muchas consecuencias.

Asimismo, dentro del tema de penalidades existen las famosas «otras penalidades», que también pueden estar incluidas en las bases, las cuales tienen que desarrollarse en el criterio que sea objetivo, congruente y razonable.

Vamos a otras penalidades. He tenido varios arbitrajes en los cuales se colocaba como otras penalidades para las agencias de vigilancia, por ejemplo, que el personal de seguridad no tenga la vestimenta reglamentaria, que no tuviera la licencia para portar armas o no tuviera la pistola que se le solicitaba para el tema de custodia. Si se dan cuenta, son penalidades que van con esos criterios: objetivas, razonables y congruentes. Así como estas, podemos desarrollar otras varias otras penalidades.

Tenemos también que la misma norma tiene su fórmula de cálculo, la cual la tenemos en el artículo 162 numeral 1, una norma con la cual hemos trabajado quizás muchos de nosotros, ya sea arbitrando, o viendo si se ha aplicado o no correctamente. Como señalaba la doctora Espinoza, parte de estar aquí exponiendo es ver lo vivido en la práctica. En algunas oportunidades nos hemos dado cuenta de que se han empleado indebidamente por una incorrecta aplicación de la fórmula, o a veces existiendo solamente un ítem con retraso se le ha aplicado por el monto total del contrato. Una indebida aplicación de la normativa, en este caso, de la penalidad diaria.

Van a haber muchos factores, no es tan sencillo que digamos. Acá, académicamente, en este momento se puede presentar de esta manera, pero mucho es el caso a caso, ver la naturaleza misma del contrato y si es, efectivamente, que se ha pactado por ítem o similares.

¿Una vez aplicadas las penalidades, de dónde se deducen? ¿De dónde, como entidad, puedo tomar dinero —hablando coloquialmente— para cobrarme la aplicación de estas penalidades? Puede ser de los pagos a cuenta, de valorizaciones, del pago final o en la liquidación. Hay formas por las cuales se puede cobrar.

Ahora vamos a un aspecto que parece muy breve, pero evidentemente es especial, cuando se habla de penalidades por mora se habla del retraso injustificado. ¿Qué entendemos por retraso injustificado? ¿Basta cualquier cosa que yo diga para que sea un justificativo? Hace unas semanas tuvimos un cliente en el estudio que era una entidad, nos puso a consideración un informe del OSCE, tenían la duda si se aplicaba algún tipo de sanción precisamente por el tema de inaplicar penalidades. Según los funcionarios no existían penalidades, era justificado. Explico el caso brevemente, la parte del contratista, una fábrica en España, decía en una carta lo siguiente: «Por motivos de fuerza mayor ajenos a nuestra responsabilidad, la fabricación de abrasivos solicitados mediante el pedido de compra equis ha tenido un retraso por problemas técnicos en la fábrica». ¿Los problemas técnicos de una fábrica pueden ser entendidos como evento de fuerza mayor? Ellos toman el feriado largo de Semana Santa, desde el jueves 29 de marzo hasta el 2 de abril, retrasando así la fabricación de dichos productos. Finalmente, también señala como justificativo que los ítems son industriales y llevan más tiempo producirlos.

Se pueden presentar distintos tipos de justificaciones, pero como bien señaló hace un momento el doctor Vidal, esto tiene que pasar por filtros. Si se argumenta un caso de fuerza mayor, tenemos que verificar si es un evento extraordinario, imprevisible, irresistible y a partir de eso decir que es un justificativo.

Otro caso me pasó antes de la pandemia con un cliente porque no podía cumplir con unas computadoras que llegaban de China —esto ha sido más o menos en enero del 2020, cuando todavía se tenía la idea que el virus se quedaba por esos lares— porque debido al coronavirus se estaban cerrando varias fábricas. Pedimos que nos mande toda la documentación y con eso sustentar. Bueno, ustedes ya saben qué pasó en marzo siguiente.

En otro arbitraje, se argumentaba también que no se había podido cumplir por problemas de fuerza mayor. Lo que había pasado era que venía el barco de Europa y entrando al canal de Panamá chocó con otro barco.

Si se dan cuenta, de lo que estamos viendo, se tiene que justificar en el arbitraje. Yo veo muchos casos en los cuales sobre las solicitudes de ampliación del plazo carecen de elementos probatorios adecuados. No es solamente es decir que se tiene un problema o que en atención a que el arbitraje es flexible lo admitan. La aplicación de penalidades, tanto para quien la va a aplicar como para quien quiere eximirse de la misma, tiene que basarse en criterios objetivos claros y tangibles de por qué no se puede cumplir con la prestación a la cual nos hemos comprometido en los plazos. Entonces, el término retraso injustificado, nuevamente, parece muy breve, pero a su vez, en la realidad, la casuística nos dice que puede ser muy complejo, dependiendo de la situación.

La forma idónea, de alguna manera, de pedir que estas solicitudes de penalidades no se apliquen es cuando se puede plantear una solicitud de ampliación de plazo. Si estamos, por ejemplo, en un contrato de obra, la entidad puede tener en consideración la opinión de la supervisión para aceptar una ampliación del plazo y que no se aplique una penalidad al contratista por las particularidades que estamos viendo.

Nos parece adecuado traer a colación una «reciente» opinión del OSCE, la Opinión n.º 012-2021-DTN, en la cual nos dice que no hay procedimiento específico para solicitar o justificar este pedido de no aplicación de una penalidad basado en un retraso justificado. Del mismo modo, nos dice que la normativa de contrataciones no exige que la decisión sea comunicada al contratista mediante una resolución, puede ser por cualquier documento emitido por un servidor o funcionario competente, según la organización que tenga entidad.

Esta misma opinión nos trae algo que me parece muy importante: si es que la entidad termina justificando este retraso, el costo que genere la extensión del servicio del inspector es asumido por la entidad. En resumidas cuentas, como no es imputable a la persona del contratista como tal, no le podemos achacar algún tipo de gasto que se genere adicional por esta imposibilidad de cumplimiento, pero que no sea atribuible a dicha parte.

No olvidemos que en el caso de que se produzcan las penalidades existe el tope del 10 %. Nosotros tenemos el tope del 10 % por la penalidad por mora y, por el otro lado, por las otras penalidades, que pueden ser por el monto total del contrato o en el caso del ítem que debió ejecutarse.

Finalizando, ¿qué es lo que pasa con los funcionarios cuando aplican o dejan de aplicar penalidades?

Hemos tenido un caso hace unos meses en donde se dejó de aplicar penalidades, entonces hubo un informe del OSCE que dijo que se debió aplicar y eso trajo consigo que el OSCE entre a controlar si se aplicó de manera adecuada, indebida o si se omitió. En el caso se omitió, se justificó algo que realmente era injustificable. ¿Y qué ha operado finalmente? Nuevamente: i) proceso administrativo, por el tema de funciones; ii) proceso en la vía civil por indemnización contra los funcionarios por el monto de lo que se dejó de aplicar, e inclusive podría derivar en acciones de naturaleza penal, dependiendo de las conductas y comportamientos. Acuérdense que ha salido una nueva norma por la cual nuevamente Contraloría va a entrar a aplicar sanciones.

Gracias por la oportunidad.

Orializ Espinoza: Muchas gracias a usted, doctor.

Ahora, el uso de la palabra es del doctor Jairo Cieza, que nos va a hablar de un tema que es un dolor de cabeza en la elaboración de las demandas, las contestaciones y las reconvenções, en caso se produzcan, que es el relacionado a los daños. ¿Cómo se acreditan los daños en la contratación pública? En la casuística, ¿qué errores frecuentes se cometan por las partes al momento de solicitar una indemnización?

Jairo Cieza Mora: Buenas noches.

Si tuviera que ponerle nombre a esta mesa, la llamaría Mesa de diálogo de fuentes o Mesa de interdisciplinariedad entre el derecho civil y el arbitraje con el Estado. Hay una interdisciplinariedad evidente con otras ramas ahora no solamente en el derecho civil, también en el derecho administrativo, en el derecho al arbitral o en el derecho de la contratación pública, pero el derecho civil por su rai-gambre histórica, sobre todo, tiene que dialogar con otras ramas como el derecho administrativo y en este caso con la contratación pública.

Quería comenzar leyendo algunas normas donde se pueda apreciar el tema de la responsabilidad civil que, como se sabe, es una disciplina dentro del derecho privado y ahora es un curso obligatorio en todas las universidades.

¿Cuánto deberían conocer los árbitros en materia de contratación pública, las partes, los operadores jurídicos en materia de contratación pública sobre el derecho civil y el derecho privado? Creo que es importante que se haga, por lo menos, en algunas instituciones de manera consolidada. Por ejemplo, el artículo 36.2 de la Ley establece que: «En el caso de resolución, cuando se resuelve el contrato por causas imputables alguna de las partes se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados». Me quedo con la parte «por causas imputables», es decir, la propia Ley de Contrataciones nos abre un escenario para las llamadas causas no imputables. Ya el doctor Zegarra mencionó una de ellas, el caso fortuito de la fuerza mayor; ya Roger mencionó otra, la excesiva onerosidad de la prestación o la imposibilidad sobreviviente; ya se mencionaron las penalidades y lo que esto implica. Entonces, definitivamente es un artículo que tiene que conocer responsabilidad civil, en que tiene que manejar la responsabilidad civil como una institución que corresponde al derecho privado, pero que no se enfrenta, sino que dialoga y se complementa con el derecho de la contratación pública.

El artículo 40 de la Ley, establece que «El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo de acuerdo a lo establecido en el contrato». Allí definitivamente estamos hablando de un tema que tiene que ver con la responsabilidad civil. Sigue la norma indicando que «En los contratos de ejecución de obra el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete años», y pensamos de inmediato los civilistas en los plazos de prescripción en materia de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o en materia de responsabilidad civil por el deber genérico de no dañar o llamada también responsabilidad civil extracontractual.

Pero ningún civilista u otro sujeto que se encargue de estos asuntos puede perder de vista lo señalado en el artículo 45.10 de la Ley que dice lo siguiente con respecto a la prelación —la implicancia en cuanto a quien está en primer lugar, quien en segundo lugar, en tercer lugar para aplicar las normas a una controversia jurídica en materia contratación pública—: «Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma [la Ley de Contrataciones] y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado manteniendo obligatoriamente este orden en preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición que es de orden público». Entonces, se establece cuáles son los criterios de prelación, en donde se incorpora el Código Civil y donde se encuentra regulada la responsabilidad civil y mundo del derecho de daños.

¿Cómo se acreditan los daños en un proceso de contratación pública? Hay que ir a la legislación civil, a la casuística civil, a la legislación comparada, tener una visión integral, como decía el profesor italiano Stefano Rodotà, recurrir a un análisis doctrinario, a un análisis legislativo no solamente nacional, sino comparado, y a un análisis jurisprudencial comparado.

Por daños entendemos lesión o menoscabo a un interés jurídicamente protegido, definición italiana, pero que tiene, como nos cuenta Giovanna Visintini, una raigambre francesa.

¿Cuáles son los daños que debe tomar en cuenta el operador jurídico en el caso de la contratación pública? ¿Será el daño-evento entendido como un daño coetáneo, un daño contemporáneo a la generación del menoscabo en contra del damnificado? ¿Será un daño-consecuencia que viene a ser una secuela del daño-evento y, por lo tanto, efectos que se presentan posteriormente a la generación del evento dañoso? ¿Podemos hablar del daño emergente? Y hay que estudiar lo que es el daño emergente en su desarrollo e historiografía, entendido como la pérdida o menoscabo patrimonial inmediato. Podemos hablar también de otra categoría, el lucro cesante —que se encuentran ambas, por ejemplo, en el artículo 1321 del Código Civil que es uno de los artículos centrales en materia de inejecución de obligaciones— entendido como lo que se ha dejado de percibir como consecuencia el evento dañoso o mejor entendido como la pérdida de utilidades.

Desde ese punto de vista, hay que acreditar correctamente esos daños estableciendo, cuál es el tipo de daño, estableciendo la consecuencia probatoriamente sobre por qué se está resarciendo este tipo de daño en particular.

Cuando preguntan cómo se acreditan los daños —dialogando nuevamente entre el derecho civil y el derecho a la contratación pública— la pregunta es: ¿tendré que evaluar los elementos de la responsabilidad civil para acreditar los daños? Yo creo que sí. ¿Tendré que evaluar la antijuridicidad o ilicitud de la contravención a una norma? Yo creo que sí. ¿Tendré que evaluar la causalidad, es decir, la relación o el vínculo entre un evento dañoso y el daño —en el caso concreto en ejecución de obligaciones, la causa próxima o la causa inmediata; en el otro caso, no muy aplicable al presente evento, la causalidad adecuada—? ¿Tendré que evaluar los criterios de imputación o factores de atribución —el dolo, la culpa en sus diversas modalidades, tal como las establece el artículo 1321 del Código Civil; o la presunción de la culpa libre, tal como la prevé el artículo 1329 el Código Civil—? Yo creo que sí.

Entre paréntesis, les digo algo que olvidé mencionar: el daño reputacional. ¿Hay cómo valorizalo, cómo cuantificarlo? ¿Qué cosa es el daño reputacional? El profesor Felipe Osterling Parodi fue el de la idea originaria de incorporar el artículo 1322 de nuestro Código Civil que señala el daño moral en materia de inejecución de obligaciones o de responsabilidad civil contractual, él lo incorporó de manera primigenia, incluso, de otras incorporaciones en otros códigos, sobre todo en el derecho continental europeo, que buscaban de alguna manera que en la inejecución de las obligaciones no tiene por qué ser resarcido el daño moral.

Un segundo tema es ¿cuáles son los errores frecuentes al momento de solicitar una indemnización?

Los errores más frecuentes tanto en el mundo de la contratación pública y del derecho privado, del derecho civil son muy parecidos. Por ejemplo, no clasificar adecuadamente o no disagregar los daños de una manera ordenada y pedagógica para que pueda ser comprendida de una mejor forma y generar convicción en el árbitro.

La probanza de los daños. Los no se presumen, no hay un tema de *re ipsa*, es decir que los daños por el hecho de generar o aducir que hay un perjuicio implícitamente se está diciendo que tienen que reconocerse, sea el daño más claro o aparentemente más real posible tiene que probarse. En materia de inejecución de obligaciones se encuentra, por ejemplo, en el mundo de la prueba, el artículo 1330 del Código Civil que dice que los daños los prueba el damnificado en materia de inejecución obligacional; o en materia probatoria, el artículo 196 del Código Procesal Civil establece también quién debe probar para generar convicción en el juez: el demandante.

El tema de la pericia es fundamental para la probanza de los daños, el tema de la especialización de los árbitros y de los operadores jurídicos para estar al alcance de estos tipos especializados, así sea uno civilista o administrativista.

El fortuito y la excesiva generosidad de la prestación, que ahora en época de pandemia se han puesto de moda para mantener el equilibrio económico entre las partes. Hay un equilibrio económico-financiero en materia de la ley de contratación estatal que tiene como base u origen el equilibrio contractual, que lo tenemos regulado en nuestro Código Civil en el artículo 1440 que también tiene referentes en la legislación comparada.

Finalmente, el mundo de las penalidades que también corresponden. La cláusula penal se encuentra regulada, tiene otra característica, por supuesto, pero el origen de las penalidades finalmente tienen una base y una incorporación dentro del Código Civil.

Agradezco nuevamente a todos.

Orializ Espinoza: Muchas gracias a todos.

MESA 3

ARBITRAJE VIRTUAL Y TÉCNICAS DE LITIGIO EN AUDIENCIAS

Carolina Cabrera ¹

Mario Reggiardo ²

Oscar Ponce de León ³

Elvira Martínez Coco ⁴

Carlos Ruska Maguiña ⁵

-
- ¹ Abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego. Magíster en Gestión Pública y con doctorado en Educación. Especialista en contrataciones con el Estado de gestión pública, derecho administrativo, junta de resolución de disputas, arbitraje nacional, y también internacional y de las inversiones. Asesora legal de gobiernos subnacionales. Ha sido secretaria general de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de La Libertad, del Colegio de Ingenieros del Perú Consejo Departamental La Libertad, y del Colegio Abogados de La Libertad. Docente universitaria, árbitra y adjudicadora.
- ² Socio del Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Magíster en Economía y Derecho por la Universidad de Hamburgo. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Procesal y Arbitraje en la PUCP y en la Universidad del Pacífico. Árbitro de la lista del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- ³ Egresado de la Universidad de Lima, es parte del Estudi Elvira Martínez Coco & Abogados. Secretario arbitral *ad hoc* por más de cinco años.
- ⁴ Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitra nacional e internacional. Árbitra de la Cámara de Comercio de Lima y otros centros de arbitraje en el país. Actualmente es árbitra del Ciadi, designada por el Gobierno peruano. Cuenta con más de 600 laudos emitido. Docente universitaria en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.
- ⁵ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en Derecho Civil y estudios maestría en Cooperación Internacional y Gestión de Proyectos en el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid, España y el Instituto de Cultura Política de Lima. Ha seguido estudios sobre Dirección y Administración de Centros de Conciliación y Arbitraje en la Cámara de Comercio de Bogotá y sobre Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos en el Conflict Management Group, *conflict management inc.* del Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard y la Asociación Peruana de Negociación Arbitraje y Conciliación. Árbitro conciliador extrajudicial y adjudicador.

Carolina Cabrera: Buenas noches.

La primera exposición versa sobre las consideraciones que se tienen que tomar para una estrategia probatoria en el arbitraje, a cargo del doctor Mario Reggiardo. Bienvenido.

Mario Reggiardo: Muchas gracias.

¿Qué consideraciones se pueden tomar en cuenta para elaborar una estrategia probatoria al momento de armar un arbitraje?

Lo primero es, por supuesto, armar la teoría del caso, qué vamos a decir, cuál es nuestra posición. Si bien esta responsabilidad inicial viene por el lado del demandante —porque un arbitraje no es que aparezca de improviso, sino que ya se ve que hay un conflicto material que viene y que va a terminar en un arbitraje—, el demandado también puede ir pensando su teoría del caso, sin duda.

Obviamente, hay que investigar los hechos a fondo, hay que reconstruir la historia y para esto es importante identificar cuáles son las personas clave en los hechos y entrevistarlas. Y esto tiene que ver no solo, por ejemplo, con hablar a veces con el gerente legal o, eventualmente, el gerente general, sino que cuando el caso es el complejo, y de repente la empresa es bastante grande, hay que intentar hablar con las personas que han intervenido en la operación y participado directamente de los hechos, donde muchas veces no está el equipo legal. Eso, además, va a permitir saber algo muy importante: cuáles son las debilidades del caso, porque los clientes tienden a decirnos las fortalezas del caso, nos cuentan indignados lo que ha pasado, suelen echar —desde su perspectiva, por supuesto— la responsabilidad de todo a la contraparte, pero hay algunos que se callan las debilidades, y el abogado tiene que ser lo suficientemente incisivo para sacar esas debilidades y que nos cuenten esos temas oscuros.

Hay que entrar a ver qué pruebas vamos a presentar. Lo usual en prácticamente todos lados es empezar por la prueba documentaria. Primer tip: evitemos presentar una tonelada de documentos «por si acaso». Deben evitarse aquellos documentos que no aportan a los hechos; más bien la presentación de esos documentos puede generar el problema de desviar innecesariamente la atención del tribunal de los documentos que sí son importantes.

Las pruebas documentales —hay que pensar en el sentido de la flexibilidad del arbitraje en general— incluyen también dibujos, correos electrónicos, los chats de WhatsApp, imágenes, gráficos, etc., todo eso es prueba y en distintas formas, auditivas, audiovisuales, todo eso sirve para acreditar los hechos, no veo ningún límite a considerar algún tipo de formato.

Hay que intentar poner énfasis en los documentos que sean contemporáneos al conflicto, porque esos son los más eficaces. Por supuesto que una vez que el conflicto explota, normalmente hay un intento de los abogados de armar la teoría del caso y puede haber cierto maquillaje sobre los hechos, o aparecen las interpretaciones legales o contractuales. Mucho más peso tiene cuando esa interpretación contractual de qué realmente pasó viene de documentos que fueron elaborados o generados en el momento del conflicto, eso tendrá mucho más peso frente a los árbitros que aquellos documentos que ya han generado los abogados al momento que el conflicto explotó.

Un tema importante, a veces es necesario que la contraparte exhibida documentos. Hay que intentar pedir una regla específica por el tribunal para el caso si no se fijó —eso desde los memoriales de fonde de la demanda, contestación, reconvenCIÓN, etc.—, pero cada vez es más común que se establezca en las reglas una etapa —sobre todo si el caso es complejo— en la que se va a generar esa exhibición. Algunos le llaman producción de documentos, posiblemente utilizando una traducción del término en inglés, y lo ideal es que esta etapa sea después de que se presenten los memoriales de

fondo, porque es luego que las partes han cruzado demanda, contestación, eventualmente reconvenCIÓN, contestación de reconvención que uno tiene una idea de por dónde va el caso, cuáles son los límites de este y hacia dónde debemos finalmente apuntar en la controversia.

Sobre los testimonios. Yo recuerdo cuando litigaba en el campo civil y comercial en el Poder Judicial, donde me inicié como practicante el año 1996 en el estudio de Javier de Belaunde y Juan Monroy, hasta que dejé de hacerlo prácticamente no se usaban testigos, y esto era por el modo como se suele hacer la declaración testimonial en el Poder Judicial: había que tomar nota y tipear lo que contestaba el testigo, lo cual hacía que este tuviera un tiempo enorme para pensar qué iba a responder, para organizar sus ideas, no había espontaneidad en el interrogatorio —creo que los penalistas saben interrogar mejor que los civilistas—. Pero, felizmente, la práctica arbitral ha ido incorporando técnicas de interrogatorio que ha hecho que se vuelva a utilizar testigos, y cada vez más. Eso tiene una explicación: un documento puede más peso, pero no todo está documentado y para eso, justamente, están los testigos. Si alguien ha estado presente en los hechos, por qué no escucharlo, y el tribunal ya valorará, con base además en los contrainterrogatorios que haga la contraparte, y verá qué tanto caso le hace o no.

Los tribunales sacan muchas veces información del interrogatorio de testigos, además no hay que usar pliego interrogatorio, como se hacía antes en el Poder Judicial, entonces uno llega de sorpresa va armando la testimonial conforme se van desenvolviendo las preguntas y las respuestas. No hay en la mayoría de reglamentos arbitrales, y en las mismas reglas que hacen muchas veces los árbitros, alguna prohibición, por ejemplo, para que solamente declare como testigo quien directamente estuvo en contacto con los hechos. Eso no impide que pueda venir a ofrecerse como testigo y que pueda hablar alguien que de repente tiene un conocimiento indirecto del caso, obviamente, eso va a tener menos peso. Hoy hay una gran amplitud de medios probatorios que pueden ser utilizados en el arbitraje.

Sobre pericias, sobre todo cuando se necesita algún tema técnico. Importantísimo, las pericias deben empezar a ser preparadas cuanto antes y no cuando ya se fijaron las reglas del proceso y tengo 30 días para demandar, lo más probable es que la pericia salga apurada y posiblemente no salga bien. Sobre todo si uno es el demandante, tiene todo el tiempo para ir preparando la pericia, y eso puede tener implicancias prácticas, por ejemplo, en cómo los árbitros van a recibir una demanda que llegue sin pericia cuando se necesita.

Todavía veo muchas demandas que llegan pidiendo una cantidad «lo cual se probará con una pericia», entonces ¿cómo llegaste a la cantidad? Eventualmente, uno podría pensar ese número está puesto al azar, es frívolo o no tiene mayor sustento. Ya uno puede ir sacando conclusiones de con qué ligereza han preparado su demanda. Qué distinto es si llega una demanda donde piden una indemnización y esa indemnización ya tienen en el petitorio un número que está respaldado por una pericia que explica el porqué de ese número.

Importante. Cuando se va a contratar al perito es vital que el abogado esté todo momento junto con el cliente, incluso desde la misma contratación, porque hay clientes que, eventualmente, quieren alinear o incentivar al perito a que se esfuerce para que haga algo que lo ayude a ganar y, por ejemplo, pueden terminar pactando honorarios de éxito, lo cual puede hablar muy mal del perito. Ahí es donde el abogado, desde la misma contratación, tiene que cuidar que quede claro que esta va a ser una pericia independiente y estar en permanente contacto con el cliente que conoce, por supuesto, los hechos técnicos y con el perito, porque muchas veces hay también cierta presión del cliente cuando el abogado no está muy metido en la pericia, que haga afirmaciones legales o que interprete el contrato, y eso puede debilitar la pericia.

El abogado, finalmente, debe ayudar a confirmar que la pericia esté tratando todos los temas que se necesitan o, al revés, que no se trate temas que no son materia de la pericia.

Cuando preparamos un memorial de fondo —la demanda, la contestación, la reconvención, etc.— es importante que cada vez que mencionamos un hecho pongan un llamado a pie de página con la prueba que sustenta el hecho. Eso va a ser de muchísima utilidad para los árbitros si van a darles la razón, porque si ustedes hablan de los hechos, cuentan toda la historia que puede ser cierta y, de pronto, ponen al final de la demanda la lista de medios probatorios, se imaginan que lo que le están diciendo a los árbitros es vayan y busquen en medio de toda esa cantidad de medios probatorios cuáles son los que sustentan los hechos.

Algo muy importante es que cada vez se está utilizando más en los arbitrajes locales la regla de la International Bar Association sobre práctica y la prueba en el arbitraje internacional, incluso mencionada expresamente en las reglas dadas por el tribunal arbitral. Ya es importante que los abogados que llevamos un arbitraje empiecen a dominar esa regla de *soft law*, que son además las más usadas en el mundo.

Sobre la presentación de los medios de prueba. Ya antes de la pandemia, una buena parte de los arbitrajes comerciales, sobre todo, se seguían de modo virtual. La pandemia lo que ha hecho ha sido empujar a todos a que sigamos los arbitrajes virtuales, lo cual además es mucho más práctico, más rápido y, aunque no crean, es mucho más segura la trazabilidad digital que estar imponiendo un sello en un papelito que es fácil de falsificar.

Prácticamente, yo creo que esto se va a quedarse. Posiblemente regresemos a las audiencias presenciales, pero creo que lo que se va a quedar es la tramitación virtual de los escritos desde las pruebas, etc., que normalmente cuando son muchos se suben a Google Drive, Dropbox, etc., y ahí están para que el que quiera las baje.

Recordar que la Ley Contrataciones del Estado y su Reglamento no tienen mayor desarrollo sobre la actividad probatoria en sí en lo que es el procedimiento. La misma Ley de Arbitraje tampoco tiene mayor regulación, se deja una amplia libertad a los árbitros, pero sí es importante tratar de que se fijen reglas, por ejemplo, hasta cuándo se pueden presentar los medios probatorios. Lo ideal para tener un arbitraje ordenado es que los medios probatorios no se presenten en cualquier momento, sino solo en el memorial de fondo y cuando se trata de la exhibición de documentos, que se hace después de los de la etapa postulatoria, o de hechos nuevos, por supuesto. De lo contrario, cuando tenemos estos arbitrajes donde se pueden presentar las pruebas en cualquier momento, no solo desordenan la estructura el proceso, quita muchísimo tiempo a la parte y a los árbitros, porque hay que estar viendo las pruebas y pronunciándose sobre estas de a poquitos, lo cual hace al arbitraje mucho más lento y más ineficiente. Muchas gracias por su atención.

Carolina Cabrera: Muchas gracias, doctor Reggiardo. Ahora nos toca presentar a Oscar Ponce de León, quien disertará sobre las técnicas para persuadir a un tribunal arbitral.

Oscar Ponce de León: Muchas gracias.

Ampliando en el tema oral —porque el doctor Reggiardo ya dio una magnífica explicación de que deben de tener en cuenta para la presentación de materia probatoria—, en resumidas cuentas, les puedo decir que los abogados no somos científicos, somos retóricos, armamos historias. La historia que viene de nuestro cliente y nos la cuenta, la tenemos que vender de la mejor manera. Para hacerlo, como bien mencionó el doctor Reggiardo, tenemos los hechos y esos hechos deben estar correctamente sustentados en el material probatorio; sin embargo, a esa parte de la oralidad hay que aumentarle algo más que el simple y puro relato de los hechos. El trabajo del abogado es darles vida, debe trasladarlos y transmitirlos de manera adecuada al tribunal arbitral para llegarle.

Esa historia que arma el abogado la debe saber compartir al tribunal, todos esos hechos y esas ramas que se arman con los testigos, con las partes, con los expertos, con las pruebas, con los documentos, etc., todo eso debe saber explicar el abogado, y para abordarlo esta comunicación que hace el abogado no debe ser, sencillamente, un hablar, no implica la comunicación como cuando hablas

con un amigo en tu casa; si es bueno —importantísimo— tener un cierto nivel de espontaneidad, de naturalidad, porque el tribunal va a ver que esa persona está confiada en lo que dice y transmite correctamente un mensaje. Pero toda esta comunicación no verbal es igual de importante. No es suficiente, muchas veces, decir las cosas, sino que hay que decirlas con cierta intención. De ahí esta frase de Malcom Malca: «[...] los profesionales que participamos en un litigio arbitral estamos involucrados en lo que denominaríamos un proceso comunicativo». Los abogados, por un lado, reciben esta carga de ser los que se encargan de emitir el mensaje y al final va a ser el tribunal arbitral el receptor de este mensaje.

Sin embargo, les puedo decir en resumidas cuentas, y quiero que se lleven esta idea, es un trabajo continuo, no hay ningún orador perfecto, no hay ningún abogado perfecto en materia de oralidad, es un esfuerzo continuo, creo que al abordar este tema siempre hay que verlo como una manera de mejorar.

Hemos dicho que captar la atención es clave, es lo más importante e imprescindible, entonces como se dijo en un principio, no basta solamente los argumentos legales, los árbitros no se concentran únicamente en los hechos, sino en cómo lo dicen, tienen que recordar que el tribunal que ustedes han nombrado son especialistas en derecho, conocen la norma. Muchas veces les va a importar más la historia y cómo ustedes le cuenten el hecho, porque ellos van a aplicar la norma. Entonces, si ustedes pueden vender bien esa historia y venderles bien esos hechos y hacerles de esa es la idea clave para que su cliente gane el caso, tiene que quedarles en la cabeza.

Por eso, les digo, tienen que buscar una frase o una idea que resuma su caso. Como decía el doctor Alfredo Bullard: «De qué trata este caso?». Esta idea clave que se lleve justamente el que la escucha. Se maneja esa idea central que mejor explica mi caso.

Un primer consejo, concentrarse en los hechos, tener cierto orden, tiene que ser lógico, poder persuadir al decir los hechos y al contar esa historia siempre recuerden que es bueno reflejar qué es lo que realmente pasó, porque a veces los abogados podemos pecar de querer ocultar o disimular algún hecho que sea incómodo. Como explicó el doctor Reggiardo, esas deficiencias tienen que tomarlas y a veces, inclusive, si es que se ponen de acuerdo con sus clientes y parece conveniente para la estrategia del caso, cédanlas —incluso en pleno caso— porque el tribunal lo va a ver con mejores ojos. El aspecto psicológico es importante si es que eso es credible y no destruye la posición del caso y más bien refuerza lo anterior los tribunales lo pueden ver con mejores ojos al que habla y transmite el mensaje.

Hay explicar los argumentos de la forma más cara y precisa, hay que aterrizar en esos hechos concretos y se pueden utilizar o analogías o ejemplos para ayudar a la simplificación de las ideas de un caso o para la comparación de una idea con otra.

Como se dijo también, es importante después de este proceso de escucha en el litigio hacer un recuento de las deficiencias; qué es lo que dijo la contraparte; cuáles son sus argumentos débiles y cómo los puedo responder con claridad y consistencia.

Por último, el golpe de un buen cierre, sea que lo hayan tenido preparado o lo que puedan crear en ese momento con base en lo que diga su contraparte. Y siempre prestar atención a esos argumentos débiles donde la contraparte se tambaleó o donde ataca lo más importante del caso y rebatirlos ante el tribunal.

En resumidas cuentas, todos estos ejemplos, todas estas reglas y todas estas fórmulas o ideas que se pueden ofrecer por sí mismas no son suficientes, hay que de nuevo seguir esforzándose, investigando. Ahora con la virtualidad es más fácil, pueden revisar ustedes mismos la grabación de su audiencia y ver en qué fallaron. Si ustedes mismos se escuchan y no se quieren prestar atención, significa que no están llegando en su mensaje. Escucharse a sí mismo es una buena técnica para ir mejorando poco a poco.

Por eso, solamente les dejo este mensaje: si ustedes están convencidos de su caso, ustedes van a poder convencer al tribunal. Muchas gracias.

Carolina Cabrera: Muchas gracias.

Ahora es el turno de la doctora Elvira Martínez Coco, quien hará algunas reflexiones sobre el arbitraje virtual.

Elvira Martínez Coco: Muchísimas gracias.

Voy a hacer algunas reflexiones en torno de cómo se ha venido dando la virtualidad. Hemos visto que ha obligado a los litigantes de juzgados civiles, penales o arbitrales a utilizar las herramientas virtuales como un mecanismo para continuar con las actuaciones del proceso.

Sostener que el arbitraje virtual es algo innovador —como se dice muchas veces— como producto de la pandemia no es cierto. Desde hace mucho tiempo se viene utilizando la virtualidad. La encuesta del 2018 de la Universidad Queen Mary con White & Case sobre el uso de métodos virtuales para el desarrollo de arbitrajes internacionales tuvo resultados importantes en los cuales se nos dijo, por ejemplo, que el 43 % utiliza conferencia de manera frecuente; un 17 % utiliza la videoconferencia siempre; un 30 % utilizaba la videoconferencia algunas veces; y solo el 5 % nunca utilizó videoconferencias. Ciertamente, esta proporción es mayor después de la covid y puede llegar a permanecer así y convertirse en algo realmente cotidiano.

En el 2018 fue lanzado, en la Séptima Conferencia ADR Asia-Pacífico, el Protocolo de la Junta de Arbitraje Comercial de Corea sobre videoconferencias en arbitraje internacional y, como se indica en su introducción, el protocolo «es destinado a servir como guía de mejores prácticas para la planificación, probar y realizar videoconferencias en arbitraje internacional».

Como vemos, desde antes de la pandemia teníamos todos estos antecedentes que nos daban la posibilidad de la realización de audiencias virtuales y ya se estaban dando también en el arbitraje internacional.

El impacto de la pandemia en el arbitraje llevó a los centros de arbitraje a tomar medidas para propiciar las audiencias virtuales y no suspender de manera prolongada los procesos.

En el ámbito nacional voy a referirme a lo que pasó con la Cámara de Comercio de Lima, el Consejo Superior de Arbitraje expidió la Nota Práctica n.º 1/2020, disponiendo en tanto existan restricciones a las reuniones debido a la pandemia generada por la COVID-19, y hasta el momento que Consejo lo determine, las conferencias, audiencias y reuniones entre las partes y el tribunal arbitral deben ser virtuales. Y lo están siendo con bastante éxito; Amcham, en el reglamento del 2021, en el numeral 2 del artículo 5 ha seguido esta misma línea; el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP ante la pandemia protegió el derecho de defensa de las partes del arbitraje y suspendió los plazos, elaboró después el protocolo de atención de los servicios del CARC-PUCP en el marco del estado de emergencia de la covid, reduciéndose todos los servicios presenciales solo para situaciones excepcionales y extraordinarias. Finalmente, en todos los centros de arbitrajes nacionales se regularizó el uso de audiencias virtuales y también lo hemos visto en los arbitrajes *ad hoc*.

A nivel de los centros de arbitrajes internacionales, cabe destacar lo que hizo la Cámara de Comercio Internacional a través de la Nota de orientación sobre posibles medidas destinadas a mitigar los efectos de la pandemia de la COVID-19. Nos recordó todas las herramientas procesales disponibles para los tribunales a efectos de mitigar los retrasos generados por una pandemia a través de una mayor eficiencia. También proporciona orientación sobre la organización de conferencias y audiencias virtuales.

En el Ciadi, el 23 de marzo del 2020, se publicó la *Guía breve para audiencias virtuales en el Ciadi*, y ha puesto a disposición de todos su propia plataforma de videoconferencias. Hay que tener en cuenta que esta plataforma permite la conducción de audiencias de cualquier tamaño hasta cientos de participantes; y los servicios de las audiencias virtuales del Ciadi están disponibles sin costo extra, incluso para arbitrajes conducidos bajo la reglas del CNUDMI y en otros procedimientos no CIADI.

El Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong en el artículo 13 de su reglamento faculta al tribunal arbitral a adoptar medidas adecuadas para la conducción del arbitraje y usar todas las tecnologías adecuadas. Ha publicado la *Guía para audiencias virtuales*, donde dispone sus propios servicios de audiencias virtuales.

Estos solamente son tres ejemplos de centros de arbitrajes internacionales para tener en cuenta, pero, en general, podemos decir que todos los centros de fichajes del mundo se han adecuado a la virtualidad.

¿Qué problemas presenta, desde mi punto de vista, el arbitraje virtual en el Perú?

El primero es el carecer de la tecnología. Una municipalidad distrital de una zona rural muy alejada de Lima, por ejemplo, donde la conectividad a internet es débil o poco accesible en ciertos horarios implica la presencia constante de demoras en responder los correos electrónicos o también interferencias en las audiencias virtuales. Es importante tratar de prevenir o de mitigar este problema tecnológico, es importante que el secretario arbitral previamente realice las coordinaciones necesarias para saber si existe una presencia mínima del soporte tecnológico, o coordinar el traslado del procurador público con su equipo a una localidad o distrito más cercano donde se proporcionen unas mínimas condiciones de tecnología para las audiencias. Por eso, creo yo, es sumamente recomendable que se hagan unas reuniones de prueba anteriores a la audiencia cuando de por medio hay alguien que está muy alejado, por ejemplo, a fin de saber o corregir cualquier problema que pueda existir para el día en que se produzca la audiencia, y todo secretario arbitral debe de estar atento a esto.

Hay problemas muy grandes que se presentan con relación a los correos electrónicos que no han sido confirmados o se encuentran en el buzón y esto podría generar contingencias con posterioridad con la parte perjudicada, porque dicen no haber sido notificada o porque, efectivamente, no fue notificada, a veces los correos caen en el *spam*.

A todo esto se va a enfrentar con posterioridad el juez cuando al Poder Judicial lleguen laudos en los que una de las partes diga que no fue debidamente notificada por el correo electrónico. Es importante que se comience a pensar en implementar un *software* que pueda validar la notificación y el acuse de las diferentes resoluciones u órdenes procesales, o que pueda dar fe de que efectivamente ese correo llegó donde debió llegar, porque también puede ser que nos estén ocultando su llegada.

Hay que tener en cuenta al árbitro y la tecnología, sería recomendable una declaración de los árbitros en su aceptación del conocimiento de programas o *software* que la controversia «especial, científica o técnica» requiera, e incluso esta pauta puede ser incorporada por las partes en el convenio arbitral como un estándar de selección de los árbitros cuando se trata de una materia sumamente especial científica que requiere de un conocimiento técnico no solo por parte los peritos, sino también por los árbitros. Son, obviamente, situaciones excepcionales, pero que hay que tener en consideración.

Finalmente, en la casuística también se están viendo estos problemas presentarse por el uso de la tecnología. Les traigo un caso que he denominado el caso egipcio. El 27 de octubre de 2020, el tribunal de casación de Egipto confirmó una decisión del tribunal de apelación de El Cairo que se negó a anular un laudo emitido en el Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional (CRCICA). El tribunal de casación hizo una referencia expresa al término «audiencias virtuales» en inglés y esto fue considerado como un mensaje implícito de que las audiencias virtuales son consistentes con la ley egipcia que en sí misma no incluye ninguna prohibición directa de audiencias virtuales. Este laudo se

pretendía anular porque las audiencias habían sido virtuales. De este modo quedó claro que si las partes desean juzgar y anular laudos arbitrales sobre la base de que una audiencia se lleva a cabo virtualmente, esto no puede calificar como un motivo.

¿Se podría presentar este problema en nuestro país, que alguien lleve la nulidad un laudo porque hubo audiencias virtuales? Probablemente, en el caso de que no hubiera prestado su conformidad previamente. Todos los tribunales arbitrales están cuidando pedir previamente su conformidad a las partes para proseguir con el arbitraje de manera virtual. Me preocupan ciertos casos en los que se adoptó un cambio a nivel reglamentario y si por ahí con la parte a la que no le gusta el laudo podría después ir al Poder Judicial a decir que nunca manifestó su conformidad. Si esa parte no ha dejado constancia a lo largo del proceso de que evidentemente no lo quería, creo que va a ser difícil que pueda tener un triunfo en sede judicial, más aún en un país en el que el Poder Judicial ha virtualizado también sus audiencias.

Hay que tener en cuenta que la COVID-19 ha servido de motor para cambios en la forma de conducción del arbitraje. Luego de un freno en seco, los tribunales, las partes y las instituciones arbitrales decidimos continuar con los procesos y se ha normalizado. Pero ahora, mientras el porcentaje de vacunados crece vertiginosamente, cabe preguntarse si tendrá futuro la virtualidad después de la pandemia.

La virtualidad llegó para quedarse, efectivamente, con la virtualidad sumamos y ganamos mucho, pero también perdemos, el contacto, la posibilidad de llegar en conjunto a la persona que nos está hablando, etc. Creo que en el arbitraje doméstico vamos a recuperar las audiencias presenciales sin ninguna duda, porque el contacto directo es fundamental; pero los miembros del tribunal arbitral estamos en distintos lugares y ahí, probablemente, la virtualidad va a facilitar la realización de la audiencia y va a aminorar tremadamente los costos.

En el arbitraje internacional se viene diciendo que la virtualidad también ha llegado para quedarse, pero en mi práctica de arbitrajes internacionales no lo estoy viendo de esa manera. Estoy llevando un caso donde una de las partes ya ha pedido que la semana de audiencia se lleve en Washington y la otra parte no quiere que sea presencial aún, vemos que se está solicitando la presencialidad. Ahora los tribunales arbitrales debemos decidir si este momento es ya el momento o todavía hay que esperar un poco más.

Finalmente, solamente terminar con una frase de Dyer que para mí es muy importante: «El progreso y el desarrollo son imposibles si uno sigue haciendo las cosas tal como siempre las ha hecho». Hay que aprender a adaptarnos, hay que avanzar, y no retroceder sobre lo que se ha avanzado.

Carolina Cabrera: Muchas gracias, doctora Elvira.

Ahora, con un tema complementario, el balance del arbitraje virtual y los retos que debe enfrentar el arbitraje doméstico, voy a presentar al doctor Carlos Ruska Maguiña. Bienvenido doctor.

Carlos Ruska Maguiña: Para mí es un gusto estar en este congreso de contratación pública y arbitraje.

Si bien es cierto que la virtualización del arbitraje se vino dando desde antes del 16 de marzo de 2020, lo cierto es que fue con muchas dificultades en el arbitraje derivado de la Ley Contrataciones del Estado y su Reglamento, sobre todo en los *ad hoc*, porque recordarán que las normas que regulaban el arbitraje del OSCE establecía la necesidad de esta audiencia de instalación, que no tiene parecido en otros lados, y de hecho hasta ahora en las instalaciones de arbitraje que hacen en el OSCE hay una audiencia instalación virtual, que me parece una pérdida de tiempo, pero eso legislativamente está establecido; sin embargo, más en el arbitraje en el arbitraje institucional de las principales instituciones

arbitrales del país, se empezó a virtualizar parte del arbitraje, ya no se hacían estas audiencias de instalación en la mayoría de los centros de arbitraje, sobre todo los que estaban fuera de Lima, se enviaban por correos electrónicos los proyectos de reglas del arbitraje a las partes y se discutía.

Pero a pesar de estos avances, partir del 16 de marzo del año 2020 la vida cambió radicalmente y todos esos avances que se habían presentado se paralizaron porque hubo un momento en que los centros no atendieron y poco a poco volvieron a través de toda esta normatividad de los tres principales centros de Lima que hemos visto, pero en los centros de provincias el tema demoró mucho más porque la realidad del país es una realidad distinta. Sí irnos tan lejos, en Iquitos el internet tiene muy mala calidad, he tenido en los últimos meses dos o tres audiencias que se han tenido que paralizar porque hay que preocuparse también por el adecuado derecho de defensa de las partes y si la conectividad el internet es mala, no podemos llevar adelante una audiencia. Lima tiene un mejor sistema de internet, pero aun en toda Lima no es igual.

Hay que tener bastante cuidado con el tema de la virtualización. Ha ido funcionando en cierta medida de manera adecuada, creo que sí, pero implica mucha flexibilidad de parte de los tribunales arbitrales, de los centros —dentro de lo razonable, obviamente—. Requerimos un mejor servicio de internet para que esto pueda funcionar adecuadamente y vamos a tener que combinar las cosas, hay gente a la que se tiene que notificar por la vía tradicional porque el internet se le cayó por dos o tres semanas. Entonces hay que ser flexibles en el tema dentro de lo razonable, más aún si estamos en arbitrajes de contratación con el Estado.

Sobre si nos quedaremos con el tema de la virtualidad en el arbitraje, seguramente que sí para determinados temas —coordinaciones, la discusión de las reglas, etc.—, pero creo que son importantes las audiencias de ilustración o las audiencias con los testigos, con los expertos y son importantes todos los aspectos no verbales de la comunicación que atrás de una pantalla no se ven.

Estamos aprendiendo el tema, sobre todo en el arbitraje doméstico de contratación pública y en la medida de lo posible debemos volver por lo menos a algunas audiencias físicas. Me gusta el tema virtual, nos ha costado trabajo a muchos —me incluyo— porque hemos tenido que aprender manejo de tecnologías de comunicación a las que no estábamos acostumbrados, pero todavía hay gente que se niega a conocerlas o no las conoce, lo que es un problema que puede que afectar en alguna medida los derechos de las partes involucradas en los arbitrajes.

El tema de las notificaciones me preocupa, por ejemplo, todo se maneja por correo electrónico, pero me pongo a pensar en el caso de partes no habidas, de contratos un poco antiguos en los que no se establecían los correos electrónicos sino los domicilios entre reales de las partes, en algunos casos tenemos que hacer incluso estas rectificaciones con un notario público para que le dé certeza al tema de la notificación y el laudo no vaya a caer después en una anulación o que aparezca la parte al final y diga que se acaba de enterar de ese tema.

En provincias pasa mucho que algunos gobiernos locales o gobiernos regionales no tienen la logística adecuada para llevar adelante audiencias virtuales y los centros de provincias están habilitando sus instalaciones para que las partes que no tengan las facilidades tecnológicas puedan acudir a sus locales y se comuniquen. Me parece una idea brillante la que dijo Elvira de crear este sistema para verificar las notificaciones, pero todo eso implica inversión, mayores costos y que no todas las instituciones ni todas las partes tienen la posibilidad de sufragar.

Les agradezco su presencia.

Carolina Cabrera: Muchas gracias, doctor Ruska. Ahora vamos a pasar a las conclusiones.

Elvira Martínez Coco: Para mí lo bueno de esta convocatoria es el homenaje a Hugo Sologuren, lo malo es que estemos hablando de arbitraje en contratación pública y lo feo es que estemos viendo solamente un árbol y no el bosque en este contexto político socioeconómico. Parecemos todos seres

metidos en una burbuja que no ven absolutamente nada de lo que pasa a su alrededor, y digo esto porque —como ya he dicho en otro evento—debemos firmar la partida de defunción del arbitraje, porque si se dan las cosas que han dicho que van a hacer, el arbitraje obviamente va a morir. En el ámbito internacional vamos a salir del Ciadi, como salió Venezuela en la época de Hugo Chávez, como salió Ecuador con Rafael Correa, como salió Bolivia con Evo Morales. En el arbitraje doméstico, el arbitraje en contrataciones con el Estado también debe firmar su partida de función, porque so pretexto de la corrupción lo van a botar de un plumazo. Y el arbitraje entre privados también, vayanse buscando otro oficio, porque si cambia la Constitución, todos debemos tener una justicia igual, que significa que quien tiene más no debe pagar por una justicia más pronta y rápida más eficaz y privilegiada. Seamos optimistas: puede ser que nuestro nuevo presidente siga la ruta de los presidentes que hemos tenido hasta ahora, es decir que hacen exactamente lo contrario de lo que dijeron que iban a hacer: así lo hizo Fujimori, así lo hizo Ollanta Humala así que todavía pueden guardar un resaldo de esperanza.

Mario Reggiardo: Comentando lo que dijo Elvira, yendo a ver el bosque y no el árbol. Por supuesto, corremos el riesgo de tener que recolocarnos muchos y es curioso, además, que se piense que la justicia tiene que ser igual para todos en el Poder Judicial, cuando más bien hay ideas bastante radicales, por supuesto, no de este Gobierno, ideas que tal vez vienen más de ámbitos académicos, radicales en el otro extremo de decir que para las controversias entre empresas no debería existir Poder Judicial. ¿Por qué los contribuyentes, con nuestros impuestos, tenemos que estar subvencionando lo que cuesta solucionar un problema entre empresas? Y la misma economía lo dice en la teoría de los costos y transacción (*cost and transaction*): la parte final de todo lo que cuesta una operación comercial de cualquier tipo debe incluir la solución de su conflicto. Entonces, ¿por qué los contribuyentes tenemos que estar subvencionando la pelea entre empresas? Ojalá ocurra la excepción, mejor dicho que ocurra la tradición y que los presidentes no hagan lo que prometen de candidatos, al menos en este punto.

Carlos Ruska Maguiña: Yo no creo que el arbitraje vaya a desaparecer, si eso pasa, sería un tremendo error. Coincido con lo que ha dicho Mario con relación a que los conflictos entre privados deberían tratar de manejarse fuera del Poder Judicial; sin embargo, si uno hace un análisis de qué casos son los que más llegan al Poder Judicial, en la mayoría de casos son de pagos de sumas de dinero que vienen del sistema financiero peruano, y recuerdo que cuando estuvimos viendo el tema de la Ley de Conciliación, hace años, una de las oposiciones fuertes para el tema de la conciliación vino exactamente del sistema financiero peruano. Hay que analizar el tema con cuidado. Probablemente, como señala Elvira, con el sambenito de que todo el arbitraje en contrataciones del Estado es corrupto, probablemente lo puedan retirar, pero no creo que eliminén la Ley de Arbitraje. No niego que en el arbitraje pueda haber corrupción, pero la corrupción más grande no viene de ese lado, sino del lado de cómo se gestan las grandes contrataciones en el país y eso ha sido así históricamente. Si no cambiamos eso, no vamos a cambiar nada sea verde, rojo, amarillo, quien fuere el gobernante de turno. No es un tema solo de los funcionarios del Estado, la corrupción tiene doble vía.

Oscar Ponce de León: Creo que lo único que sucedería, al fin y al cabo, si el arbitraje desapareciese sería un cambio en cuanto a que la corrupción va a pasar, según lo que ellos dicen, del arbitraje al Poder Judicial y —lo hemos visto incontables veces— lo único que va a cambiar son los actores, pero lo que hay que cambiar son los valores y las personas que están detrás. Si no formamos más abogados, más personas, funcionarios, empresarios con valores y que entiendan que el camino del amigazo y del clientelismo, todas estas cosas que nos llevan a la corrupción, no es el camino adecuado, lo único que estamos cambiando es el lugar donde se va a producir. Al fin y al cabo la corrupción va a existir, que la van a traer con intención de que desaparezca el arbitraje en contrataciones del Estado, sí, probablemente hay más indicadores nos dicen que sí a que nos dicen que no, desgraciadamente. Pero hay que defender lo que se ha logrado, demostrar que el arbitraje más bien ha sido una herramienta eficaz para resolver estas controversias, ha expedido los procesos de contrataciones del Estado que se hubieran demorado años en resolverse en el Poder Judicial, y de rescatar las bondades del sistema. Eso es todo.

Carolina Cabrera: Muchas gracias a todos.

