

EL ARBITRAJE CON EL ESTADO

Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal

Mario Castillo Freyre^{1 2}

El 7 de febrero de 2022 se conoció un Anteproyecto de Ley que, entiendo, ha sido elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros, destinado a modificar una serie de normas relativas a la contratación estatal (en adelante denominado el anteproyecto).

Constituye objeto de estas páginas analizarlo en detalle.

En primer término, debo señalar que se aprecia que quienes han redactado el documento son personas que conocen la materia y los problemas que, sin duda, existen en el arbitraje; pero también debo decir que en lugar de solucionar tales problemas como, con acierto, se propone en algunos temas, dan el salto con garrocha y proponen su eliminación en la práctica, tal como demostraré seguidamente, siguiendo cada uno de los ítems desarrollados en el anteproyecto.

1. Acreditación de los centros de arbitraje

El primero de los temas que aborda el anteproyecto es el relativo a la acreditación de los centros de arbitraje.

Debo decir que coincido plenamente con la propuesta, en la medida de que se plantea (modificación al artículo 7 del Texto vigente del Decreto Legislativo n.º 1071), que «En los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, el Ministerio

¹ 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); 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

² Agradezco los valiosos consejos de Verónica Rosas Berastain, Massiel Silva Santisteban Amésquita y Gisselle Moreno Cavallini.

de Justicia y Derechos Humanos se encarga de su acreditación, registro, renovación y supervisión.»

Siempre hemos sostenido que si para constituir un banco la ley impone severos requisitos porque va a manejar fondos del público, con igual razón, un centro de arbitraje debería tener alguna supervisión estatal. La normativa legal ya lo establecía pero nunca se llegó a aplicar. Por lo demás, el anteproyecto restringe esa supervisión a los centros de arbitraje que manejen casos de contratación estatal, que en realidad son todos; y, debería darse por sentado que la supervisión se refiere exclusivamente a estas materias. Entendemos también que la supervisión debería ser de orden administrativo, es decir, relativa al cumplimiento de requisitos formales y no extenderse a otros rubros.

No obstante, comprendemos la preocupación del medio arbitral sobre la intervención del Estado en los centros de arbitraje, sobre todo por la voracidad demostrada en los últimos años, encaminada a controlar los procesos arbitrales.

Por lo demás, siempre estuvimos en contra de que en los contratos estatales no se establezca un centro de arbitraje determinado y que cumpliera con determinados requisitos y, más aún, con lo dispuesto por el artículo 226 del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que habilita que en determinados supuestos el arbitraje pueda iniciarse «ante cualquier institución arbitral».

La exposición de motivos del anteproyecto recopila muy buenos ejemplos al respecto.

Esto se tiene que corregir sí o sí. Aquí le doy la razón al Poder Ejecutivo.

2. Competencia territorial para solicitar el otorgamiento de las medidas cautelares en sede judicial

No cabe duda de que la normativa en actual vigencia relativa a las medidas cautelares presenta defectos, en torno a que permite que, antes de la constitución del tribunal arbitral, ellas se puedan solicitar y otorgar ante jueces de cualquier jurisdicción. Guardaría plena lógica que solamente haya un juez competente para ello. En ese sentido, el anteproyecto propone en su artículo 8, que «Los afectados con la medida acudirán al juez competente quien será el especializado en lo comercial, o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo.»

La exposición de motivos del anteproyecto reseña cinco casos muy ilustrativos, todos ellos ajustados al ordenamiento legal vigente, pero que, sin duda, desnudan las deficiencias de la normativa. En ese sentido, nos parece correcto que exista sólo un juez competente para conocer las medidas cautelares. Las cosas claras y el chocolate espeso.

En el anteproyecto se recuerda que el artículo 17 del Código Procesal Civil faculta para demandar a una persona jurídica en el domicilio donde tenga sus oficinas principales o en otras donde posea un anexo, siendo ésta a elección del demandante, pero indica que en varios de los casos denunciados por el Poder Ejecutivo, este artículo ha sido interpretado indebidamente como aplicable al domicilio del demandante.

De ahí la propuesta modificatoria, con la que también estamos de acuerdo.

3. Formas de la fianza bancaria y/o patrimonial

La objeción por parte del Poder Ejecutivo consiste en que diversos tribunales arbitrales, efectuando control difuso (interpretación a la que están facultados en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los casos María Julia³ y Constructora Arco S.A.⁴) conceden medidas cautelares desconociendo que la contracautela debe ser una fianza bancaria y/o patrimonial

³ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de septiembre de 2011, expediente n.º 0142-2011-PA/TC.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 6197-2013-PA/TC.

cuyo monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, materia de controversia.

En ese sentido, el anteproyecto propone agregar en el inciso 2 del artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 1071, que «si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar.»

En realidad, esta interpretación que hace el Poder Ejecutivo, basándose en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, se ajusta al texto actual de la ley, pero persiste en el error conceptual; básicamente, persiste en una injusticia.

El Poder Ejecutivo cita (páginas 10 y 11 del anteproyecto) diez ejemplos en los que, a su juicio, los tribunales arbitrales han perjudicado los intereses del Estado al conceder medidas cautelares estableciendo contracautela menor a la fijada por el referido Decreto de Urgencia n.º 020-2020, o exigiendo caución juratoria, o estableciendo algún otro tipo de contracautela que no garantiza los intereses del Estado.

No obstante, esto es absolutamente arbitrario, en la medida de que, en primer lugar establece una diferencia en el tratamiento que reciben los particulares y el Estado con respecto a las contracautelas; ya que el particular siempre tendrá que garantizar el otorgamiento de una medida cautelar con fianza bancaria, solidaria y de ejecución inmediata, por el monto de la contracautela fijada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, en tanto que si la medida cautelar fuese solicitada y otorgada en favor del Estado, la medida cautelar no tendrá necesariamente los mismos estándares. En otras palabras, en estos casos, podría ocurrir perfectamente que el tribunal arbitral establezca como contracautela una simple caución juratoria por parte del Estado.

En síntesis, el problema de este punto del anteproyecto no radica en el propio anteproyecto, sino en que el mismo persiste en la injusticia consagrada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, antes citado.

Por otra parte, para evitar una degradación de la medida cautelar en favor del Estado, se modifica el artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 1071, señalando que «los afectados con la medida acudirán al juez competente quien será especializado en lo comercial, o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la Entidad. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo.»

En el propio inciso 2, y tal como hacíamos referencia hace un momento, se señala que «En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la Entidad Pública afectada, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una Entidad que cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores (*sic*) Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos.»

Decimos que el tratamiento hacia los particulares es injusto, en la medida de que, tal como se refleja en alguno de los ejemplos consignados por el Poder Ejecutivo en el anteproyecto bajo comentario, existen muchos casos en los cuales los montos reclamados son notablemente inferiores al monto de la garantía (fianza) constituida en favor de la Entidad.

En ese sentido, resulta absurdo que la garantía que se exija a los particulares sea de monto no inferior a la fianza, pues el monto discutido es menor.

No cabe duda, entonces, de que esta norma, introducida (reiterada, en realidad) por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, es altamente injusta.

Para concluir con nuestros comentarios sobre este aspecto de las garantías, debemos decir que el anteproyecto propone modificar el inciso 2, agregando un párrafo que indica que «la autoridad judicial o el órgano arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida.»

Estamos de acuerdo con esta propuesta.

4. Otorgamiento de medidas cautelares en sede judicial bajo la figura *inaudita altera pars*

A estos efectos, el anteproyecto recuerda que el inciso 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje establece como regla que, ante la presentación de una medida cautelar, antes de ser resuelta por el tribunal arbitral, ésta es trasladada para el conocimiento del demandado; pudiéndose, excepcionalmente, dictar la medida cautelar sin necesidad de ponerla en conocimiento a la contraparte, en la medida de que así se justifique.

Esto, en contraposición al artículo 637 del Código Procesal Civil, que establece que la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, es decir que la regla es no correr traslado (*inaudita altera pars*).

Lo que considera el Poder Ejecutivo es que, en la práctica, los tribunales arbitrales han venido empleando la excepción del artículo 47 inciso 3, como regla; de ahí que estime tal proceder como indebido.

Eso en realidad no es cierto, ya que en infinidad de casos los tribunales arbitrales corren traslado a la parte contraria para que exprese lo conveniente a su derecho. No me cabe duda de que, como en todo proceso judicial o arbitral, podremos tener casos de excepción en el correcto proceder de los tribunales, pero esa no es la regla.

El Poder Ejecutivo, en el anteproyecto bajo comentario, plantea modificar el artículo 46 inciso 4 de la Ley de Arbitraje, estableciendo que «cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el órgano arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días para que manifieste lo conveniente a su derecho. Con o sin absolució, la autoridad judicial o el órgano arbitral emitirá una decisió sobre el pedido. Es nula la medida cautelar otorgada sin traslado previo al procurador público de la Entidad.— En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisió, la autoridad judicial o el órgano arbitral deberá evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público. Para llegar a esta propuesta de formula legislativa, el Poder Ejecutivo recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 00023-2005-PI/TC, que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1 del ahora derogado Código Procesal Constitucional del año 2004, citando el análisis del referido tribunal con respecto a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En lo referente a este aspecto, el anteproyecto cita a Omar Rojas Silva cuando señala que «de este modo, queda claro que resulta constitucional incorporar a nivel legislativo disposiciones que limiten la *inaudita altera pars*, para aquellas solicitudes cautelares que puedan incidir directamente en obras públicas de trascendencia nacional, y por ende en el interés público, tales como las que se otorgan en los arbitrajes contra el Estado, pues conforme lo explica ampliamente el TC en su sentencia, este responde a un fin constitucional legítimo (interés público), pues si bien, la carta magna protege el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, ello no es óbice para desconocer la importancia de otros bienes de relevancia constitucional.»

De otro lado, el anteproyecto indica (página 17) que «es importante anotar que el traslado previo de una solicitud cautelar para situaciones especiales, no constituye un (*sic*) restricció arbitraria (discriminadora) del derecho a la tutela judicial de las personas, sino más bien, estamos frente a una restricció leve del derecho en busca de tutelar un fin constitucional legítimo, sin que ello implique

vaciar el contenido al derecho, pues no se está prohibiendo el derecho que tiene toda persona a pedir tutela cautelar en un proceso constitucional, sino que únicamente se propone un traslado previo a la entidad en aras de evitar posibles afectaciones irreversibles, que impacten en el interés de la sociedad en su conjunto.»

El anteproyecto cita, además, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 3461-2010-TC, cuando señala que «En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables.»

El Poder Ejecutivo considera que «En tal sentido, la presente propuesta normativa, en el extremo que establece un traslado obligatorio a la entidad de toda solicitud cautelar dictada dentro o fuera del arbitraje en contra del Estado peruano, supera un análisis de constitucionalidad, pues esta busca resguardar el interés público, debido a la íntima relación que tienen los arbitrajes en los que el Estado es parte, pues la gran mayoría de ellos, se encuentran vinculados a grandes y trascendentes obras públicas que impactan directamente a servicios públicos esenciales de la población, tales como educación, salud, medio ambiente, entre otros, de ahí de la necesidad de establecer mecanismos que eviten su afectación, sin que ello suponga una violación al derecho a la tutela judicial efectiva.»

Luego de conocer los argumentos esgrimidos en el anteproyecto, debemos señalar que ellos se basan en varios errores.

El primero consiste en desconocer que en Derecho Procesal las partes deben tener igualdad de trato; e igualdad de trato significa igualdad de armas. No se concibe en el Derecho Procesal moderno, que una parte sea tratada por la ley o por los jueces o árbitros con determinados privilegios sobre la otra. Este es un tema que no se analiza en el anteproyecto. No

debemos olvidar que estamos en presencia de litigios derivados de contratos celebrados entre dos partes.

El proyecto de reforma determinaría que al Estado siempre se le correría traslado del pedido cautelar, pero ello no ocurrirá necesariamente con el particular si es que el Estado solicita una cautelar contra él, en la medida de que podría pedir que sea *inaudita altera pars* y el juez o tribunal arbitral, según el caso, acceda a concederla sin correr traslado a la parte contraria.

El otro gran problema que no ingresa a analizar el anteproyecto radica en que la experiencia vivida enseña que en muchos casos sí resulta conveniente para el litigante el recurrir a solicitar una medida cautelar con el carácter de *inaudita altera pars*, pues el conocimiento de la misma podría determinar que su contraparte realice actos que lo perjudiquen irremediabilmente, como es el caso de la eventual ejecución de las cartas fianza. Con la normativa propuesta, no cabe duda alguna de que todas las entidades, tengan o no la razón, una vez que se les corra traslado de la solicitud cautelar, procederán a ejecutar de inmediato las cartas fianzas del particular que contrató con él.

El Estado debería entender que los procesos de justicia no deben estar diseñados para aquello que le convenga, sino para aquello que sea justo.

Y el tercer problema estriba en el hecho de que no es verdad lo que se señala en el anteproyecto (página 17, *in fine* y principio de la página 18), en el sentido de que estos temas tienen que ver únicamente con obras de gran envergadura. El problema es común a la contratación estatal en su conjunto, materia que, a todas luces no admite mayor debate.

5. Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar

Sobre este punto ya nos hemos pronunciado, de manera tal que sólo vamos a ingresar a analizar las inconsistencias del anteproyecto.

Se señala (página 19) que «...se requieren (*sic*) adoptar medidas para evitar mayores perjuicios al Estado, de ahí que se advierte la importancia de complementar lo ya regulado en el Decreto de Urgencia N° 020-2020, con el objeto de ampliar los supuestos no previstos, atendiendo a la casuística.»

Se agrega que «Ello en atención, a que, por un lado, se viene desconociendo por diversos árbitros lo regulado en el numeral 2 del artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, por medio de la aplicación del control difuso regulado en el artículo 138° de la Constitución Política del Perú, y por el otro, simplemente se inaplica sin ninguna base constitucional o legal en que se ampare.»

Como vemos, este es otro problema, pues al reiterar la obligatoriedad en lo que respecta al monto mínimo de las cartas fianza a otorgar como contracautela por quienes litiguen con el Estado y quieran obtener una medida cautelar, el anteproyecto ignora lo dispuesto por las dos Sentencias del Tribunal Constitucional a que hicimos referencia en su momento, en las cuales señaló de manera expresa que el control difuso se extiende a los tribunales arbitrales, no circunscribiéndose a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Entonces, por más que se aprobara la proyectada norma, los tribunales arbitrales podrían no aplicarla por ser contraria a la Constitución.

No nos cabe duda de que dicha inaplicación siempre deberá ser hecha con el debido fundamento. El Poder Ejecutivo no puede evitar que los tribunales arbitrales sigan la interpretación establecida al respecto y de manera reiterada por el Tribunal Constitucional, pues la ley no tiene mayor jerarquía que la propia carta política en sí y la interpretación que de ella hace el Tribunal Constitucional. De modo que si se aprobara esta norma, ella sería letra muerta, en tanto y en cuanto se requeriría de una interpretación contraria del propio Tribunal Constitucional, a efectos de retirar la facultad de efectuar control difuso, de la que hoy gozan los tribunales arbitrales.

6. Abandono del proceso arbitral ad hoc, sin constitución del tribunal arbitral

El Poder Ejecutivo recuerda que la incorporación del abandono en el arbitraje fue realizada por «el Decreto de Urgencia N° 020-2020, (el mismo que) desarrollo *(sic)* el escenario de la declaración de abandono en los procesos arbitrales institucionales (declarado por la secretaría general) y el arbitraje ad hoc (declarado por el árbitro); no obstante, no desarrolló el escenario relativo al arbitraje ad hoc en el cual aún no se tiene designado/nombrado el árbitro único o tribunal arbitral.» (el subrayado agregado entre paréntesis, es nuestro).

Por nuestra parte, debemos agregar que estas consideraciones son sólo aplicables al arbitraje con el Estado, pues el arbitraje comercial nada tiene que ver con tales materias. En él, simplemente, no se aplica la figura del abandono.

Para estos efectos el Poder Ejecutivo cita diversos informes técnicos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en los cuales se trata el tema del abandono con relación a procesos donde ni siquiera se instaló el tribunal arbitral; señalando que la propuesta normativa del OSCE busca cerrar estos escenarios en los cuales hoy no es posible declarar el abandono de un proceso arbitral por parte de órgano administrativo o jurisdiccional alguno.

Ya hemos emitido opinión en torno al abandono en el arbitraje, en el sentido de que el mismo favorece a la parte demandada (quien por lo general no tiene pretensiones procesales); y en materia de contratación estatal, el demandado en la inmensa mayoría de casos es el Estado. El anteproyecto únicamente busca establecer un supuesto más, el contenido en la propuesta de adición al artículo 50-A de la Ley de Arbitraje, a saber: «Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje ah *(sic)* doc *(sic)* y no se constituye el órgano arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral.»

No obstante, omite contemplar el mismo supuesto para el arbitraje institucional.

7. Obligatoriedad de pronunciamiento sobre la cláusula anticorrupción en los contratos públicos

Al respecto, el anteproyecto señala (página 24, y comienzo de la página 25) que las cláusulas anticorrupción «habrían demostrado la creación de incentivos en el sentido de evitar prácticas corruptas que determinen la extinción del vínculo contractual por este concepto.»

Así, señala que «En ese orden de ideas, vemos que en el marco normativo nacional no existe una norma de contratación que abarque todos los tipos de contrataciones en las que el Estado participa, lo que obliga a la búsqueda de una norma de alcance general para todas las contrataciones con el Estado; cuya incidencia además, comprenda la habilitación de aspectos que no sólo son sustantivos sino también, podrían comprender aspectos procesales frente al eventual cuestionamiento de la resolución por haber operado la cláusula anticorrupción.»

Y finaliza el Poder Ejecutivo señalando que «En ese sentido, considerando los casos observados por la Procuraduría General del Estado, en virtud de la propuesta de modificación normativa y frente a un eventual arbitraje en el que se discuta la resolución del contrato producto de la cláusula anticorrupción; resulta necesario que, el órgano arbitral esté habilitado para resolver sobre el particular sin necesidad de esperar el resultado de la determinación de responsabilidad penal o administrativa a la que haya lugar, en tanto según nuestra normativa nacional e internacional, una acción trae como consecuencia distintas vías procedimentales que se pueden activar, tales como la civil, administrativa y penal, pudiendo ser su lectura y resultado no necesariamente idéntico en cuanto a su análisis y oportunidad de la decisión definitiva.»

Estas consideraciones llevan al Poder Ejecutivo a proponer la adición de los literales u), v) y w) al artículo 11.2 del Texto vigente de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

«u) Las personas naturales o jurídicas que suscribieron un contrato resuelto por causal imputable al contratista o un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44. El impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad con las que suscribieron el contrato hasta 12 meses después de la emisión del acto resolutorio correspondiente.»

«v) Las personas naturales o jurídicas que de manera maliciosa hayan presentado recursos en instancias administrativas, arbitrales y/o judiciales de manera reiterada o sobre el mismo o similar petitorio con la finalidad de evitar que el Estado ejerza sus potestades.»

«w) Las personas naturales o jurídicas con uno o varios contratos suscritos con una o diversas instituciones, que incurran en penalidades de manera sistemática o maliciosamente, generando demoras o no pudiéndose ejecutar la finalidad de la contratación.»

Al respecto, debemos señalar que actualmente en los arbitrajes de inversión es aceptada la posición según la cual un tribunal arbitral se encuentra facultado para valorar si en un caso que ha sido sometido a su competencia, han ocurrido actos de corrupción que hayan afectado la validez del contrato en mérito del cual se ha iniciado el proceso. Ello es así porque se reconoce que los actos de corrupción son actos que atentan contra el orden público, tanto nacional como internacional.

Sin perjuicio de esto, lo cierto es que el tribunal arbitral no cumple la función de juez penal. Su labor se limita a resolver la controversia contractual objeto de arbitraje, valorando aquello que las partes presentan como medios probatorios. En esa línea, su capacidad para declarar la nulidad de un contrato por actos de corrupción se encontrará siempre limitada por los elementos de juicio que las partes produzcan.

Dentro de tal orden de ideas, cuando los actos de corrupción que se alega ya cuentan con una sentencia en sede judicial, la carga probatoria de quien formula

la pretensión de nulidad se habría cumplido, razón por la cual lo lógico y previsible será que el tribunal arbitral declare la invalidez del contrato.

El gran problema es que ese escenario ideal no se suele configurar. Lo común, dado el momento en que por lo general se inicia la investigación correspondiente⁵ es que quien demande la nulidad lo haga sin contar con una sentencia. Si, por ejemplo, lo único que se presenta como evidencia es la tesis del procurador e indicios, los árbitros podrán rechazar la pretensión por considerar que no se ha aportado como criterio el de una evidencia clara y convincente.

No debe perderse de vista que si bien en los arbitrajes de inversión no se exige una prueba directa de los actos de corrupción que se alega, sí es necesario que aquellos medios probatorios que se aporta puedan calificarse como indicios graves, precisos y coherentes. No siempre esa prueba circunstancial e indirecta que se aporte podrá lograr el propósito de convencer al tribunal arbitral de que corresponde declarar la invalidez de un contrato, máxime cuando el mismo se ha estado ejecutando y ha supuesto una inversión importante para el contratista.

A lo anterior se suma una dificultad adicional, a saber, que quien solicita la nulidad resulta ser la misma entidad que suscribió y ejecutó el contrato. Es así que lo habitual es que quien cuestione la validez de la relación contractual invocando actos de corrupción sea una nueva gestión, por el actuar doloso de algún o algunos funcionarios de la gestión previa que hayan podido coludirse con el contratista.

Esa realidad determina que se deba convencer al tribunal arbitral de que su conducta no es contradictoria y que no se trata de un simple cambio de posición en perjuicio del inversionista, lo que no es fácil cuando los actos de corrupción han sido determinantes para establecer los términos

⁵ Al respecto, debe tenerse en cuenta que la investigación penal no suele iniciarse inmediatamente después de celebrado el contrato, sino cuando el mismo ya se encuentra en ejecución o la misma ha terminado.

contractuales y la manera en que ellos se han ejecutado antes del cambio de gestión.

Es innegable, entonces, que aunque el arbitraje de inversión constituye un fuero adecuado para obtener la declaración de nulidad de un contrato cuya negociación, celebración o ejecución se ha visto afectada por actos de corrupción, no califica como una solución a los problemas. Esto, dado que su utilidad se encuentra necesariamente limitada por los medios probatorios que pueda presentar la entidad, lo que a su vez se encuentra restringido por el estado de cosas en que se encuentre la problemática en el ámbito penal. Lo propio ocurriría, sin duda, en los arbitrajes o procesos judiciales relativos a contratación estatal.

Pero el problema se vería agravado porque, conociendo como son las cosas en nuestro país, la justicia penal podría tomar como camino espejo lo que resuelvan los tribunales judiciales o arbitrales a este respecto (los mismos que, por lo demás, no están integrados por expertos en materia penal, pudiendo ser árbitros, incluso, ingenieros o personas de otras especialidades). Muy peligroso, sin duda.

8. Necesidad de incluir en todos los contratos con el Estado una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad

Como todos sabemos, en el Derecho Civil peruano, los contratos pueden, más allá de otras situaciones particulares, resolverse de acuerdo a tres vías predeterminadas por la ley.

La primera es la resolución judicial o arbitral, en virtud de la cual la parte afectada por el incumplimiento de la contraria decide acudir a los tribunales de justicia y pedirles (como pretensión procesal específica) que declaren resuelto el contrato. Esta figura se halla regulada en el artículo 1428 del Código Civil, cuando indica que «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.—A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.»

En segundo lugar, tenemos a la resolución por autoridad del acreedor o resolución extrajudicial, regulada por el artículo 1429 del Código Civil, en los siguientes términos: «En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.— Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.»

Ambos mecanismos resolutorios hallan correspondencia en el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado y en los artículos 164, 165 y 166 del Reglamento de la citada Ley.

En la práctica, tanto en materia civil como en materia de contratación estatal, resulta ser el mecanismo empleado con mayor frecuencia, dado que su empleo no implica pasar por los tribunales de justicia, ya que se ejerce de manera directa. Eso sí, resulta necesario otorgar a la parte infiel el plazo mínimo establecido por la ley, a efectos de que cumpla con la prestación debida. Aquí se ve reflejado el principio de conservación del contrato que se acoge usualmente en la legislación peruana.

No obstante, lo que ocurre también es que luego de que una de las partes resuelve el contrato de manera extrajudicial, la otra recurre al Poder Judicial o al arbitraje, según corresponda, a efectos de solicitar a los tribunales de justicia que dejen sin efecto tal resolución por considerarla no ajustada a Derecho. En otras palabras, en la práctica, el tema de la resolución extrajudicial casi siempre es negado y contestado por la parte contraria, quien lo canaliza en la vía resolutoria de controversias que corresponda, a efectos de que un tribunal de justicia señale si la resolución extrajudicial debe o no quedar sin efecto.

Como se puede apreciar, estos son los dos mecanismos de resolución que en la actualidad se aplican en la contratación estatal.

Pero en la contratación civil existe un tercer mecanismo, denominado como «cláusula resolutoria expresa», el mismo que se halla regulado en el artículo 1430 del Código sustantivo, norma que establece lo siguiente: «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.— La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.»

Este mecanismo resolutorio pasa por el necesario requisito de que se establezca en el contrato, de manera clara y específica, cuáles serán las obligaciones cuyo incumplimiento podrá habilitar a la parte fiel de la relación contractual, a resolver el contrato de manera directa, lo que se hace, generalmente a través de una carta notarial.

La doctrina coincide en que para habilitar este mecanismo resolutorio no cabe pactar cláusulas que generalicen el incumplimiento de todas o parte de las obligaciones de uno de los contratantes. Aquí será necesaria la precisión absoluta de las mismas.

Ello se explica por el rigor del propio mecanismo, el cual ni siquiera da lugar a que cumpla la supuesta parte infiel, dado que el supuesto contratante fiel podrá recurrir a ella de manera inmediata cuando se produzca el incumplimiento de la obligación de la que se trate.

Entendemos que es por este rigor que el mecanismo del artículo 1430 no forma parte hasta ahora de las normas de contratación estatal, dado que lo que debe buscar el Estado es que los contratos que celebra se cumplan y que se satisfaga las necesidades de la población en materia de la provisión de bienes, servicios y obras.

El Estado nada ganaría resolviendo un contrato a través de este mecanismo, sin siquiera dar la oportunidad para que el contratista ejecute la obligación supuestamente incumplida.

El anteproyecto bajo comentario señala (página 26) que «Así por ejemplo, en un contrato celebrado con el Estado podrían dar lugar a este tipo de resolución los siguientes supuestos: i) la no entrega del bien mueble o inmueble materia de una compraventa en determinado plazo; ii) la ejecución manifiestamente negligente de una obra pública (sea respecto a las características de la obra, el plazo, etc.; iii) el no pago del precio pactado; entre otros. Frente a estos escenarios, tanto el Estado como el contratista, se encuentran legalmente habilitados para invocar la resolución inmediata del contrato. En el caso específico del Estado, la propuesta normativa está dirigida a que éste pueda proceder a la liquidación de la obra, y en ese sentido inicie las acciones pertinentes para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público.»

De ahí que el anteproyecto propone realizar unos agregados en el artículo 36 del Texto vigente de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con los textos siguientes:

«36.2 Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe convenir expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, se realiza la liquidación de la obra, procediendo que la entidad pública afectada inicie acciones para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público.»

A entender nuestro, el proyectado numeral 36.2 en verdad no aporta algo bueno a la contratación con el Estado. Decimos esto por varias razones.

En primer lugar, porque la existencia de la norma no impedirá que el contratista afectado recurra al tribunal de justicia que corresponda para solicitar una medida cautelar, con el propósito de detener los efectos de una resolución que estima contraviene la ley y el Derecho, con lo cual la entidad pública no podría liquidar la obra y contratar su continuación.

En segundo lugar, y como ya lo adelantamos, la propuesta no soluciona nada, en la medida de que la resolución por cláusula resolutoria expresa no permite dar oportunidad a la contraparte para dar cumplimiento a la obligación de que se trate.

En tercer lugar, porque, más allá de poderse recurrir a otorgar un plazo a la parte que viene incumpliendo la obligación, de acuerdo a la normativa civil y de contratación estatal en actual vigencia, la existencia de una cláusula resolutoria expresa será una tentación muy grande para deshacerse del otro contratante, por las razones que fuere, dentro de las cuales no podemos dejar de mencionar a aquellas de orden político, muy comunes en nuestro país cuando cambian las autoridades de la entidad.

Y en cuarto lugar, porque, de seguro, estas cláusulas contemplarán mayoritariamente supuestos de incumplimiento de los contratistas y no del Estado, que es, precisamente, quien redacta el contrato.

9. La obligatoriedad de la cláusula arbitral en la contratación con el Estado y la vía judicial como alternativa

En realidad, éste es el punto central del anteproyecto, en la medida de que a través del mismo no sólo se retira el carácter obligatorio al arbitraje en la contratación estatal, sino que además, como veremos a continuación, el arbitraje terminaría siendo no sólo residual, sino una absoluta excepción.

En el anteproyecto se señala que «Otra situación que se ha evidenciado en años recientes es el uso del arbitraje como un mecanismo para eludir la correcta aplicación del Derecho, a través de redes de corrupción que involucra a contratistas, árbitros y centros de arbitraje, con la finalidad de perjudicar al Estado. En ese sentido, la propuesta busca atender esta situación, también desde la revisión de la normativa vigente que establece la obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones públicas, proponiendo la modificación de diversas disposiciones de la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado y de la ley (*sic*) N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.»

El análisis del Poder Ejecutivo pasa por cuestionar la obligatoriedad del arbitraje con el Estado, sacando de contexto unas expresiones del profesor Baca Oneto, cuando sostiene que «el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.»

Decimos que se saca de contexto, pues las expresiones del citado profesor a lo que hacen referencia es a la imposibilidad de excluir el control judicial en el arbitraje. Y está claro que ello no puede hacerse ni en el Perú ni en cualquier otra parte del mundo. Así, como todos sabemos, existe el recurso de anulación del laudo arbitral, y el eventual control constitucional contra las resoluciones judiciales que anulen o no anulen los laudos arbitrales.

Por otra parte, en el anteproyecto se cita a Baca Oneto cuando indica que «tal desapoderamiento (...) del ejercicio de un derecho fundamental sólo es admisible en cuanto se basa en el consentimiento explícito de su titular.»

Y, precisamente, lo que ocurre en materia de arbitraje en contratación estatal es que el Estado da su consentimiento para la existencia de tales arbitrajes, a través de la normativa legal que regula la materia. No podría decirse, a riesgo de incurrir en un grueso error, que hoy «el Estado es obligado a ir a arbitraje», cuando es el propio Estado peruano quien ha decidido que desde 1998 prácticamente todas sus controversias se resuelvan por esta vía.

Lo que se desliza en el anteproyecto es que el Estado no debe estar obligado (nadie lo ha hecho, por cierto), sino que debe ser voluntario para él recurrir o no a arbitraje.

Una tesis muy pobre, por cierto, en la medida de que ya hemos visto que es el Estado el que decide ir o no a arbitraje a través de su propia normativa legal.

Dentro de esta tesis equivocada, se sostiene (página 28) que «Este problema que incide en la naturaleza misma del arbitraje con el Estado, se podría superar si se permite que la administración, en atención a las consideraciones de cada caso particular y en aras de salvaguardar el interés público, pueda determinar «caso a caso» si resultará más conveniente establecer un convenio arbitral, al cual se adherirá el contratista en virtud de su voluntad de participar como postor con conocimiento de las bases del concurso o licitación. Con ello, el arbitraje, incluso en las contrataciones con el Estado, se encontrarían (*sic*) acorde con su naturaleza voluntaria.»

El anteproyecto olvida que el arbitraje estatal siempre ha sido y es voluntario, pues sin la voluntad del Estado expresada en las diversas leyes que lo han regulado y regulan, simplemente no hubiera existido. No se puede decir, pues, que el Estado que ha dado esas normas, es llevado a la fuerza a arbitraje, sin su consentimiento.

Por eso, el razonamiento del anteproyecto no resulta consistente.

En segundo lugar, tampoco lo es el citar dos casos como ejemplos de corrupción en el arbitraje. Seguramente se podría citar otros más, como también

se podría citar infinidad de casos de corrupción en el Poder Judicial. Los malos ejemplos no pueden ser tomados como regla de conducta de todas las personas. Sólo deben ser tomados como ejemplos y ellos no son razón suficiente para eliminar, como se pretende hacer, el arbitraje en contratación estatal.

En lógica jurídica, los argumentos del anteproyecto sobre este particular no resistirían el análisis de una tabla de verdad.

Por otra parte, no entendemos qué es lo que quiere decir el anteproyecto cuando señala (página 29) que estos hechos han «evidenciado que la imparcialidad no es una ventaja intrínseca del arbitraje, pues la realidad demuestra importantes casos en los cuales estos habrían estado coludidos para defraudar el interés público.» Es claro que se sigue armando una tesis través de ejemplos.

Luego el Poder Ejecutivo continúa indicando (página 29) que «Asimismo, la actual regulación contempla dos situaciones que deben atenderse. En primer lugar, una disposición de carácter obligatoria (*sic*), que no permite un margen de apreciación por parte de la entidad acerca de la conveniencia o no de incluir un convenio arbitral en los contratos que esta celebre, niega la naturaleza voluntaria consustancial al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, que, además, desconoce la autonomía que algunas entidades tienen para la gestión de sus bienes y recursos, lo que incluye el ámbito de la contratación pública y la determinación de los mecanismos que consideren más oportunos o eficientes para resolver las disputas en las que formen parte.»

Esto significa, que se propone que, en la práctica, antes de establecer las cláusulas de cada contrato, la entidad decida si las eventuales controversias que se susciten en el futuro serán resueltas en la jurisdicción ordinaria o en arbitraje, pero, como veremos más adelante, la opción arbitral termina siendo meramente facultativa y residual.

Ello queda muy claro de lo expresado en el anteproyecto cuando se señala que «Por dichas razones es que se propone eliminar la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública, con la finalidad de que su empleo se encuentre fundamentado en una evaluación por parte de la entidad que la lleve a determinar, en cada caso concreto, si resulta conveniente introducir en el contrato un convenio arbitral o, de ser el caso, optar por llevar una eventual controversia ante el Poder Judicial.»

Y agrega que «Con ello, no se elimina la posibilidad de acudir a arbitraje, sino que, al habilitar la posibilidad del Estado de acudir a otros mecanismos de solución de controversias como son los procesos judiciales, la opción por la vía del arbitraje requerirá de un análisis pormenorizado por parte de la entidad para determinar la conveniencia o no de establecer una cláusula arbitral en las bases de la contratación o dejar a salvo su derecho para acudir al Poder Judicial, en aras a (sic) salvaguardar el interés público que subyace a la mejor defensa de los intereses de la administración pública.»

En realidad, no se entiende en qué deberá consistir ese análisis previo de la entidad pública, en razón de que: 1) aún no existe controversia; 2) los dos medios de solución de controversias son equivalentes y contemplados por nuestra Constitución política; 3) no se puede juzgar *a priori* si uno es mejor que otro; ni siquiera el anteproyecto lo hace o podría hacer. Ello, naturalmente, a menos que se tenga prejuicios en contra o a favor de alguno de ellos.

Entonces, nos seguimos preguntando en qué debería fundamentarse ese análisis previo de la entidad. Creemos que sólo podría basarse en prejuicios o especulaciones. Nada más. El único caso en que objetivamente una entidad podría optar por el arbitraje sería si el mismo consistiese en cuestiones de orden técnico. Lo que también podría resultar equivocado, pues siempre las controversias sobre cuestiones técnicas van acompañadas de componentes jurídicos.

En segundo lugar, esta «decisión» de la entidad se presta a corrupción de sus funcionarios con quienes sean postores o contratantes con ella, para que la cláusula

de solución de controversias se ajuste a la medida de las necesidades del contratista y no del Estado.

Y, finalmente, dado que la decisión de la entidad estatal deberá fundamentarse debidamente, en caso se haya preferido incluir un convenio arbitral, muchos funcionarios públicos honestos, por temor a acciones de control evitarán optar por el arbitraje, a efectos de no tener nada que explicar ulteriormente a la Contraloría General de la República.

En ese sentido, queda claro que lo que se está haciendo no es establecer una alternativa, sino un eufemismo por el cual prácticamente se elimina el arbitraje en materia de contratación estatal. Creo que las autoridades deberían ser más claras y decirlo con todas sus letras. El Perú siempre será el país de las medias tintas. «Ni chicha, ni limonada».

Para llevar adelante esta mal llamada «opción» (página 30) «(...) se crea la vía del proceso abreviado, encargado exclusivamente de tramitar este tipo de procesos. Asimismo, se establece una regulación especial para el trámite de las medidas cautelares en el marco de dichos procesos, con la finalidad de que estos mecanismos respondan a su naturaleza intrínsecamente variable o provisional, evitando situaciones perjudiciales al interés público a partir de su uso irregular.»

Se indica también (página 30) que «En esa misma línea, se contempla que estas controversias serán resueltas por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, a través de su Presidente y la apelación, lo será por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.»

Esto se ve reflejado en la propuesta de modificación que se hace al artículo 9 de las Disposiciones Complementarias Modificadorias de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo: «Cuando el objeto de la demanda versa sobre las pretensiones que se tramitan en el proceso abreviado, es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia del

domicilio principal de la entidad. En estos casos, solamente el Presidente de la Sala se avoca al conocimiento de la causa.— La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema resuelve en apelación. En este caso, se avocan al conocimiento de la causa, el Presidente y los dos jueces más antiguos. No procede recurso de casación.»

Esta propuesta de modificación de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se deriva, obviamente, de la propuesta que comentamos, en el sentido de habilitar «la competencia del Poder Judicial para resolver controversias derivadas de procedimientos de selección o ejecución de obras públicas» (página 32).

10. Análisis costo beneficio del anteproyecto

En la página 33 del anteproyecto, el Poder Ejecutivo efectúa lo que denomina como un «análisis costo beneficio» del mismo, el que, realmente, no aporta nada nuevo de aquello que se dice en el propio documento ya abordado.

Veamos.

En primer término se señala que «La aprobación de la norma propuesta no generará gastos al erario nacional, por el contrario, permitirá mejorar la justicia actual en el Perú, permitiendo a los órganos judiciales conocer lo pertinente a la controversia por la contraparte, y evitando así la emisión de cautelares en perjuicio del fondo público, creando así mayor predictibilidad y seguridad jurídica en todos los peruanos.»

Sobre la primera afirmación, ella es sólo un decir, en la medida de que la misma no se basa en análisis económico alguno. Al menos, no se consigna algo en el propio anteproyecto. O sea, en otras palabras, no sabemos si la norma legal generaría mayores o menores gastos al erario nacional. Decimos esto, pues el anteproyecto trata acerca de la contratación estatal y no olvidemos que de su adecuada ejecución depende el ahorro de recursos por parte del erario público. No sabemos, pues, si con todas las normas que se propone la situación mejoraría o no.

Hay algunas positivas, pero otras que están en las antípodas. De modo que el impacto económico de la Ley sería, al menos, incierto.

En lo que respecta al tema de las medidas cautelares, ya hemos emitido opinión.

El tratamiento que se propone beneficia, sin duda, al Estado, no a la justicia.

En segundo lugar, el anteproyecto señala, en su análisis costo beneficio, que «Por otro lado, se abre también la posibilidad de que las controversias derivadas de la contratación pública puedan ser canalizadas a través de procesos judiciales especialmente diseñados para atender dichas controversias sin generar dilaciones indebidas y a través de un diseño que evita que se generen perjuicios al interés público, mediante el abuso de los medios procesales, tales como las medidas cautelares.»

Si con la primera parte de este párrafo, el Poder Ejecutivo se refiere al arbitraje, no dudo de que se equivoca, en la medida de que la ausencia del arbitraje, a entender nuestro, retraerá la contratación con el Estado y la inversión privada. Este es nuestro parecer, sin números, obviamente, pero esta opinión resulta menos peligrosa que una que, también sin números de respaldo, se halle contenida en un anteproyecto de Ley.

En lo que atañe a la segunda afirmación, no nos cabe duda de que si lo que busca el Estado es que no existan cautelares en su contra, lo lograría, pero ello no equivale a decir que se trate de una situación justa. Y, nunca lo olvidemos, los procesos, sea de la naturaleza que fueren, buscan que se haga justicia y no el favorecer o perjudicar *a priori* a una de las partes en litigio.

En tercer lugar, el Poder Ejecutivo señala dentro del análisis costo beneficio, que «También se establecen restricciones y sanciones para los contratistas, las cuales se encuentran amparadas en la práctica contractual y en la necesidad de establecer mecanismos que aseguren una conducta ética

de parte de estos, con la finalidad de evitar circunstancias que puedan poner en riesgo o que directamente perjudiquen la ejecución de importantes obras públicas, en beneficio de toda la ciudadanía.»

Entendemos que a lo que se refiere este extremo del brevísimo análisis costo beneficio, es a que se podrá, entre otras cosas, resolver los contratos a través del mecanismo de la «cláusula resolutoria expresa», el mismo que resulta peligroso, tal como hemos expresado en su oportunidad.

Y, finalmente, y en cuarto lugar, la exposición de motivos del anteproyecto señala que «En esa línea, la presente propuesta, a través de las modificaciones propuestas (*sic*), busca dotar de un marco normativo que garantice el adecuado desarrollo de las controversias suscitadas a propósito de las obras públicas, garantizando los derechos de las partes pero, a la vez, estableciendo medidas que, atendiendo al interés público y a los recursos públicos que se pueden ver afectados con dichas controversias, impidan diversas situaciones que puedan poner en riesgo la consecución de importantes finalidades constitucionalmente previstas, las cuales se busca atender, a través de la ejecución de las obras públicas.»

Este último extremo del análisis costo beneficio, dista mucho de ser uno de esta naturaleza. Se trata solamente de una expresión de buena voluntad.

Lima, marzo de 2022