





**ACTAS DEL VIII SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN  
CONTRATACIONES CON EL ESTADO  
GICE - 2021**



*Volumen 105 Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Actas del VIII Seminario de  
actualización en Contrataciones  
con el Estado GICE - 2021**



**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

**ACTAS DEL VIII SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN  
CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE - 2021**

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

© GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO-GICE  
gice.eventos@gmail.com

Primera edición, septiembre 2022  
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-09883

ISBN: 978-612-4400-51-3  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Inauguración <i>Mary Carmen Estela</i> (presentadora) <i>Lesly Shica Seguil</i>	11
27 marzo 2021	
Panel n.º 1: «Actos preparatorios en las contrataciones directas y procesos de selección en emergencia sanitaria» <i>Juan Carlos González Salinas</i> (moderador) <i>Susana Guerrero López</i> <i>José Zegarra Pinto</i> <i>María Hilda Becerra Farfán</i>	15
Panel n.º 2: «Arbitraje e incumplimiento contractual en un contexto de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio en los contratos del Estado» <i>Alfredo Soria Aguilar</i> (moderador) <i>Silvia Rodríguez Vásquez</i> <i>Mario Castillo Freyre</i> <i>Sergio Tafur Sánchez</i>	65



## NOTA DEL EDITOR

Un nuevo libro del Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado (GICE), que publicamos dentro de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Siempre es para nosotros muy grato el acoger publicaciones de tan querida institución, a la que felicitamos por la constancia en realizar eventos en pro de la difusión del conocimiento en la contratación con el Estado, materia tan importante, tratándose del principal contratante del Perú.

Asimismo, quiero agradecer la permanente deferencia de Lesly Shica Seguil, fundadora e incansable promotora del GICE, al confiar en nuestra colección.

Estamos seguros de que esta obra será de interés para nuestros cada vez más numerosos lectores.

Lima, septiembre del 2022

Mario Castillo Freyre\*

---

\* Mario Castillo Freyre es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Miembro del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho. Presidente electo para el período 2022-2023 de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. 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](http://www.castillofreyre.com).



## ACTAS DEL VIII SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE - 2021

### INAUGURACIÓN

**Mary Carmen Estela:** Bienvenidos todos. Soy Mary Carmen Estela, directora de eventos del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE), y hoy 27 de marzo tengo el agrado de presentar el VIII Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado, donde estaremos compartiendo dos mesas con especialistas en la materia. La primera mesa es titulada «*Retos en la adquisición de bienes, servicios y obras en el marco del covid-19*» y la segunda es titulada «Arbitraje e incumplimiento contractual en un contexto de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio en los contratos del Estado».

Para dar inicio al programa de hoy, vamos a escuchar las palabras introductorias de la doctora Lesly Shica Seguil. Ella es abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, asesora en gestión pública de alta dirección en EsSalud y actualmente también es subgerente de atención al asegurado del Seguro Social de Salud. Cuenta con una maestría en Inteligencia Estratégica, ha sido asesora en la gestión del gabinete de asesores del Midis. Asimismo, ha sido docente en el Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico y es autora del libro *El rostro detrás de los conflictos mineros*.

Le doy el pase a la doctora Lesly para que pueda iniciar este programa.

**Lesly Shica Seguil:** Muchas gracias, Mary Carmen.

En primer lugar, quiero dar las buenas tardes a todos los que hoy están compartiendo con nosotros y agradecer a los profesionales, a los docentes expertos en la materia de contratación pública y de arbitraje que nos acom-

pañan hoy, en esta tarde, para poder compartir tanto los conocimientos como la experiencia en la materia.

El GICE es el Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado que ya tiene, en su historia de vida como asociación civil, seis años dedicados exclusivamente a contribuir con la sociedad a través de la consolidación y formación de profesionales en el derecho; específicamente, en materia de contratación pública, de arbitraje y, en estos últimos dos años, en administración pública y su gestión.

En ese sentido, en el contexto de esta pandemia de covid-19 que afecta a nivel mundial a todas las administraciones públicas y gubernamentales, hemos decidido dedicar un buen número de conversatorios a los cambios que se vienen dando en materia de contratación pública y, como consecuencia, a los arbitrajes que surgen en razón de las controversias en la contratación con el Estado. Por lo tanto, la primera mesa que vamos a presentar la hemos titulado como «Retos»: los retos en la materia de contratación de bienes, servicios y obras en el marco de esta pandemia.

Conversábamos al inicio con la doctora Susana Guerrero, con quien compartimos labor en la institución de EsSalud, respecto del tema del oxígeno, cómo se han venido resolviendo o ejecutando los contratos de suministro de oxígeno en las diferentes estructuras en las que se presentan. Un bien escaso y, en estos momentos, muy requerido por todos; entre otros bienes sobre los que ahora vamos a poder discutir con los panelistas de la primera mesa. Y, en una segunda mesa, con los expertos en arbitraje, para poder conocer, a través de la experiencia, cómo se han venido desarrollando o resolviendo las controversias, o quizás llegando a acuerdos sostenibles con las instituciones y las empresas privadas respecto de las controversias que surgen en esta contratación con el Estado.

Los dejo para poder comenzar a departir con nuestros ponentes y para que podamos disfrutar estas horas siguientes que los miembros del GICE han preparado con bastante ahínco a pesar de las distintas labores que realizan todos ellos. Y, como ustedes saben también, durante todos estos

seis años lo han hecho de manera voluntaria y sin ningún costo para poder inscribirnos y conocer lo mejor de los mejores ponentes en el Perú.

Muchas gracias.

**Mary Carmen Estela:** Gracias, Lesly, por tus palabras.

Continuando con el programa, damos paso a la primera mesa, titulada «Retos en la adquisición de bienes, servicios y obras en el marco del covid-19». Para ello, vamos a pedirles a los doctores que conforman esta mesa que prendan sus cámaras para su presentación.

Iniciamos con la presentación de la doctora Susana Guerrero López, que es abogada magíster en Derecho de la Empresa, máster en Gestión Pública; cuenta con especialización en Contrataciones con el Estado; asimismo, tiene experiencia en administración pública como especialista en contrataciones, asesora de la alta dirección y jefa del área de asesoría jurídica.

Continuamos con el doctor José Zegarra Pinto, que es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con más de veinte años de experiencia profesional en instituciones públicas y privadas, con sólidos conocimientos en arbitraje, contrataciones del Estado y resolución de conflictos. Asimismo, es profesor en la maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP, profesor también en la Universidad ESAN y actualmente es árbitro del OSCE, de la PUCP, entre otras instituciones.

Finalmente, tenemos a la doctora María Hilda Becerra Farfán, que es magíster en Derecho con más de diez años de experiencia profesional en materia arbitral, con experiencia y formación académica en Regulación de Servicios Públicos, Energía, Hidrocarburos y Telecomunicaciones, y asesora y consultora en derecho administrativo de entidades públicas y empresas privadas, contratación administrativa y procedimientos administrativos.

Quiero pedirles por favor a los doctores que enciendan sus cámaras para poder iniciar con esta mesa y también darle el paso al doctor Juan

Carlos González Salinas, quien será el moderador y dará una introducción a esta mesa.

El doctor Juan Carlos González Salinas es abogado por la UPC, con máster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, de España; con estudios de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, especialización en Contratación del Estado por la Universidad ESAN, especialización en Gestión Pública y Gestión por Resultados por la Universidad Nacional del Callao, y actualmente es socio director del Estudio González Salinas.

Le doy el pase, doctor Juan Carlos.

## **PANEL N.º 1: «ACTOS PREPARATORIOS EN LAS CONTRATACIONES DIRECTAS Y PROCESOS DE SELECCIÓN EN EMERGENCIA SANITARIA»**

*Juan Carlos González Salinas (moderador)*

*Susana Guerrero López*

*José Zegarra Pinto*

*María Hilda Becerra Farfán*

**Juan Carlos González Salinas:** Muchas gracias. Ante todo, muy buenas tardes. Quiero iniciar siempre con el agradecimiento del caso al GICE. Como siempre, es un placer ser parte de estos eventos que difunden conocimiento y que actualizan a todos, porque nos llevan nuevamente a revisar y a estar siempre enterados de cómo se va desarrollando la jurisprudencia, de cómo se va desarrollando toda la coyuntura social durante esta pandemia de la covid-19.

Esta mesa me parece muy interesante. Me han pedido que haga una breve introducción. Yo entiendo que los ponentes van a desarrollar, de una forma mucho más amplia, cada aspecto de esta mesa. Sin embargo, para poder entender un poco de qué se trata, voy a mencionar el título del tema que se desarrollará en esta oportunidad: «Actos preparatorios en las contrataciones directas y procesos de selección durante la pandemia del covid-19». Un tema muy interesante. ¿Por qué? Porque estamos viviendo una situación sui generis a nivel nacional e internacional, que ha conllevado a que a nivel normativo nos hayamos tenido que adaptar a las circunstancias que nos ha tocado vivir. ¿Para qué? Para que se pueda desarrollar de forma correcta el abastecimiento y la cadena de pagos a nivel nacional.

Recordemos que toda esta gama de normas que han amparado los procesos de contratación por emergencia, a causa de la covid-19, nacen a raíz del Decreto Supremo n.º 008-2020, que declara en emergencia sani-

taria a todo el Perú. Esto se da durante noventa días al inicio de esta pandemia. Sin embargo, ya con el Decreto Supremo n.º 044-2020 también se autoriza que durante esta situación de emergencia y también durante el estado de emergencia —porque son dos figuras totalmente diferentes— se puedan realizar aquellas compras que coadyuven a combatir la pandemia de la covid-19. Es ahí donde nace el famoso Decreto de Urgencia n.º 025, del sector salud, que faculta para que se realicen las contrataciones directas y así evitar burocratizar este procedimiento de contratación que, si bien es cierto que es engorroso, es necesario para poder satisfacer las necesidades de las entidades públicas. Nace una figura particular en este caso (que seguramente los doctores la van a desarrollar), que es la famosa regularización de las contrataciones directas. Y, claro, el desarrollo de las actuaciones preparatorias en estas contrataciones directas que han sido vitales, que han sido también materia de discusión durante todo el año por diferentes actos de corrupción que se han visto durante el procedimiento de contratación de diversos proveedores que se convirtieron en contratistas.

Uno de los temas también muy importantes en esta breve introducción es el crecimiento de las denuncias formuladas que se están amparando en el artículo 384 del Código Penal, «Colusión simple y agravada», que justamente nacen a raíz de estas contrataciones directas y que, en realidad, han sido materia de rechazo de toda la población a nivel nacional. Recordemos que las contrataciones directas, que están tipificadas en el artículo 27 de la Ley n.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1444, son excepcionales. Hemos estado en una situación de emergencia nacional; entonces, se han ido desarrollando conforme el Ejecutivo dispuso a través de estos decretos. Sin embargo, hoy en día ya se están volviendo a retomar las contrataciones ordinarias; pero se tienen todavía algunas excepciones en el sector salud, y se han desarrollado a lo largo de toda la época fuerte de pandemia estas contrataciones directas otorgadas o aprobadas por el Poder Ejecutivo en el sector salud. Por consiguiente, la idea de esta mesa es entender un poco cómo se han ido desarrollando esas actuaciones preparatorias en las contrataciones directas y cómo se están desarrollando los procedimientos de selección durante la emergencia sanitaria. Un tema muy importante. Seguimos aún en esta pandemia, pero lo importante es conocer

la opinión de los especialistas, ya que con eso se puede coadyuvar a tener un panorama mucho más amplio de cómo entender este tipo de compras.

En ese sentido, voy a dar primero el agradecimiento a la doctora Susana Guerrero López, que va a iniciar con su ponencia en esta mesa. Como ya sabemos, tenemos un tiempo de más o menos veinticinco minutos para explicar y exponer las ideas que tengamos por convenientes.

Doy pase a la doctora Susana Guerrero López.

**Susana Guerrero López:** Gracias. Buenas tardes con todos los presentes. En primer lugar, estoy agradecida con el Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE) por una vez más promover de manera gratuita este evento que enriquece a todos y comparte los conocimientos y experiencias que a su vez suman a cada una de nuestras labores y también a los estudiantes que se están forjando para mañana más tarde asumir estos puestos dentro de las entidades públicas, que netamente son de servicio público. Y hay que subrayar *servicio público* en este contexto de emergencia que demanda, sobre todo, la integridad y responsabilidad en los requerimientos, que es de donde surgen todas las contrataciones, para poder abordar esta pandemia que nos está afectando a nivel mundial y de manera especial al Perú con todos los problemas sociales que subyacen a ella.

Entonces, sin más preámbulo, voy a abordar el tema de los actos preparatorios en las contrataciones directas por emergencia. Pero, para poder contextualizar y que podamos ubicarnos mejor y entender mejor el desarrollo específico de esta figura jurídica, considero necesario previamente hacer un ligero repaso de qué es la contratación pública. Sabemos que el Estado puede contratar a través de diversos mecanismos con los particulares. Tenemos distintos regímenes. Justamente el artículo 76 de la Constitución Política establece que la contratación de suministros, bienes y obras se hace a través de contrato y licitación pública, y este mandato constitucional tiene su desarrollo, a su vez, en la Ley de Contrataciones, la 30225, el texto único ordenado —que actualmente está vigente— y su reglamento. Entonces, la Ley de Contrataciones del Estado es la que regula todos los

procedimientos y normativas a seguir por las entidades para poder contratar bienes, servicios y obras.

Como podemos ver, las fases de la contratación pública son tres fases totalmente específicas, marcadas. En las fases de contratación pública, obviamente partimos de los distintos mecanismos de selección que establece la normativa de contrataciones. Y como mecanismos de selección tenemos, por ejemplo, la licitación pública, el concurso público y también tenemos, entre otros, la contratación directa. Subrayo que la contratación directa es un procedimiento de selección, y resalto también que es un procedimiento de selección excepcional. Así que todos los procedimientos de selección necesariamente deben ceñirse a estas fases de la contratación pública, que están totalmente delimitadas y son preclusivas: la fase de actos preparatorios, la fase de selección y la fase de ejecución contractual. Esa es la regla general.

Vemos que, dentro de la fase de actos preparatorios, todo se inicia con el requerimiento, con la indagación de mercado (que vamos a desarrollar más adelante de manera más detallada). En la fase de selección lo que se hace es procurar la participación del mayor número de proveedores para que la entidad pueda satisfacer, con las mejores condiciones de calidad y precio, aquellos bienes, servicios u obras que a su vez satisfagan sus necesidades. Y la fase de ejecución contractual es la fase final, en la cual ya se entregan los bienes o se ejecutan los servicios o las obras, de ser el caso.

Entonces, ¿por qué es importante que nos ubiquemos en este contexto? Porque normalmente la fase de actos preparatorios, dentro de los mecanismos de selección que hemos citado previamente —como son el concurso público, la licitación pública, la adjudicación simplificada, entre otros—, tiene toda una serie de procedimientos estancos totalmente definidos que toman cierto periodo de tiempo y nacen con el requerimiento. El requerimiento es la partida de nacimiento, por así decirlo, de todo el procedimiento, que culmina con la contratación. Y el requerimiento obviamente tiene que estar sustentado, justificado en una finalidad pública. Luego viene la indagación de mercado, que

es la que determina, entre otros aspectos, el precio y el mecanismo de contratación que se debe seguir. Luego la certificación presupuestal, el

resumen ejecutivo, la aprobación del expediente de contratación y la aprobación de bases. Destaco que toda esta serie de actos se da en una etapa regular donde hay tiempo para que la entidad, a partir de la ejecución de su plan anual de contrataciones, pueda seguir todos estos actos y pueda, a su vez, posteriormente llevar a cabo un procedimiento de selección que también tiene un cronograma, el cual se inicia con la convocatoria, las consultas, absoluciones de consultas... Esto es dentro de un procedimiento regular.

Vamos a aterrizar ya de manera específica en la contratación directa. ¿Qué es la contratación directa? Como anunciábamos previamente, se trata de un procedimiento de selección excepcional. Resaltamos que es excepcional porque no es la regla general. Normalmente se entiende que todas las entidades, a partir de una adecuada planificación, elaboran un plan anual de contrataciones y todo su procedimiento de contratación se va a regir por la ejecución de ese plan. Sin embargo, la contratación directa establece supuestos excepcionales. Uno de aquellos supuestos que establece nuestra normativa de contrataciones en el artículo 100 del Reglamento es la contratación directa por situación de emergencia. Partimos, entonces, de que la contratación directa por situación de emergencia está contemplada en el artículo 100 del Reglamento y tiene cuatro supuestos. En esta exposición vamos a ocuparnos de los supuestos establecidos en el literal b.1) y en el literal b.4).

La situación de emergencia en este contexto de la pandemia de covid-19 hay que entenderla de manera clara porque es distinta al estado de emergencia nacional y al estado de emergencia sanitaria. El hecho de que el gobierno haya declarado un estado de emergencia nacional a partir del Decreto Supremo n.º 044-2020 y toda la normativa que prorrogó este estado de emergencia nacional hasta la fecha, y el estado de emergencia sanitaria declarado con el Decreto Supremo n.º 008-2020 y sus prórrogas sucesivas también hasta la fecha, *per se* no autorizan a contratar de manera directa a las entidades; es decir, a obviar todos los pasos establecidos previamente y contratar directamente a algún proveedor. Por favor, que quede claro que el estado de emergencia nacional y el estado de emergencia sanitaria presente no autorizan a las entidades públicas a ejecutar contrataciones directas. ¿Qué es lo que habilita a una entidad a efectuar una contratación

directa por situación de emergencia? Pues dependerá de si esta entidad se encuentra habilitada por una normativa específica, como el Decreto Supremo n.º 008-2020, o en su defecto esta entidad pueda sustentar el supuesto de catástrofe que está contenido en el supuesto b.1). Lo vamos a ver más adelante.

Por tanto, para hacer una contratación directa por situación de emergencia en el contexto actual de la pandemia de covid-19, la normativa de la materia nos exige, en primer lugar, tres requisitos esenciales, que los vamos a desarrollar a lo largo de esta pequeña exposición. ¿Cuáles son? Primero, la inmediatez de la necesidad; es decir, que la situación que genera la contratación requiera ser satisfecha de manera inmediata, que la contratación directa que se suscribe con un determinado proveedor se dé solamente en mérito a lo estrictamente necesario. Y adicionalmente entra a tallar otro factor muy importante, que es la regularización. Decíamos que la regla general era que todas las entidades tenían que seguir estas tres fases, pero la contratación directa por emergencia habilita a las entidades, permite que estas puedan regularizar con posterioridad; no exime de la obligación de efectuar las actuaciones preparatorias, pero sí permite que estas se puedan regularizar. ¿Por qué? Porque hay una situación de emergencia que demanda la inmediatez de la satisfacción de determinada necesidad.

Pregunta: y en esta etapa, entonces, ¿cómo se elige a un proveedor? ¿Significa que tengo que prescindir de hacer una indagación de mercado? No. La regularización, repito, no significa prescindir de los pasos que establece la norma, sino de regularizarlos. Y en el caso de la fase de selección no significa que la entidad va a contratar directamente con cualquier proveedor; esta necesidad de inmediatez y de contratar lo estrictamente necesario obliga a la entidad a justificar por qué está contratando con un proveedor determinado. Más adelante veremos que en la indagación de mercado tendrá que justificarse, por ejemplo, que el órgano encargado de las contrataciones verificó que en el mercado determinados proveedores no cuentan con el *stock* necesario, no puedan entregar el producto en un determinado plazo y que por ello se eligió a un proveedor determinado. Por consiguiente, sí hay una especie de selección rápida o inmediata y no necesariamente, repito, implica contratar de una manera injustificada con cualquier persona.

Abordando en específico la contratación directa por situación de emergencia, recordemos que está regulada en el artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y establece dos supuestos: el acontecimiento catastrófico o la emergencia sanitaria, que está regulada en el Decreto Supremo n.º 008-2020 solamente para aquellas entidades autorizadas por el ente rector. Por ejemplo, en el caso del sector salud, el Minsa ha establecido la normativa a seguir: hay un Decreto n.º 008-2020 y hay un listado de bienes; hay todo un desarrollo de la emergencia sanitaria. Para que la entidad pueda adquirir determinados bienes o servicios bajo este supuesto, tiene que necesariamente justificar que se encuentra autorizada y que los bienes y servicios se encuentran dentro del listado contenido en la normativa aplicable a esta materia. En ese sentido, enfatizamos lo siguiente: que la contratación directa por emergencia sanitaria necesita de un requerimiento surgido del área usuaria que sea justificado, que justifique la adquisición de un bien, de un servicio o de una obra. A su vez, también exige que se justifique por qué se está seleccionando a un determinado proveedor, y adicionalmente resulta necesario que se asegure contar con la certificación presupuestal, porque sabemos que de acuerdo a la Ley de Presupuesto uno de los requisitos para que las entidades contraten con los privados es que se asegure el posterior pago por una determinada obligación adquirida por las entidades. En consecuencia, es necesario que la entidad, si bien no va a hacer todo el trámite de gestión de la certificación, que es regularizable, sí va a verificar *ex ante* que la entidad cuente con el dinero, con el presupuesto para poder afrontar la obligación que va a asumir.

Acá me quiero detener unos minutos porque considero que el requerimiento, necesariamente, es el punto medular de una buena contratación, cualquiera que sea esta; pero, si es una contratación directa por emergencia, el requerimiento va a tomar mayor protagonismo. ¿Por qué? Porque en el requerimiento tiene que estar plenamente justificado por qué la entidad va a adquirir determinado bien o servicio o va a ejecutar una determinada obra bajo estos supuestos, y esa justificación tiene que corresponderse con una finalidad pública. La finalidad pública, a su vez, tiene que traducirse en un beneficio inmediato y evidente (lo que se llama gestión por resultados) a favor de un determinado público objetivo, de una determinada población, de un determinado interés público; debe tener un contenido

y un alcance. Las entidades no pueden contratar por contratar; tiene que haber un estudio que inclusive cuente con una proyección en este caso de emergencia. Por ejemplo, en el caso de un vacunatorio, ¿por qué estás contratando tres o cuatro ambientes?; ¿ya agotaste otras opciones, hiciste una evaluación previa de que tu infraestructura no tiene la capacidad de afrontar esta necesidad? Muy bien, pero a su vez tienes que hacer una proyección: cómo así esta nueva adquisición, este nuevo gasto en el que va a incurrir la entidad va a ser útil y va a llegar a la población que debe ver satisfecha su necesidad. En el requerimiento también vemos que es necesario consignar las características técnicas o requisitos funcionales relevantes del bien o servicio u obra a adquirir. En el caso de las contrataciones directas por emergencia de bienes y servicios, es importante resaltar que no puedo hacer alusión a marcas. ¿Es una contratación directa? Sí. ¿Existe la necesidad inmediata de satisfacer la necesidad? Claro que sí, pero ello no me faculta a contratar directamente con una marca determinada; eso está proscrito por la normativa y también aplica a las contrataciones directas. Entonces, yo puedo preguntar «pero ¿qué pasa con un bien que es un requisito que tengo que estandarizar y la estandarización me va a tomar tiempo? ¿Puedo yo regularizar la estandarización *a posteriori*?» (porque ojo que acá hablamos de que todos estos pasos son regularizables). La respuesta es «sí, claro que puedo contratar y posteriormente puedo estandarizar; puedo hacer alusión a un determinado producto similar, como lo establece la norma, y posteriormente puedo hacer el proceso de estandarización». También en el requerimiento debo consignar las condiciones como el plazo, la supervisión, las penalidades, las garantías, la forma de pago, el lugar de entrega y otros factores que sean implícitos a una adecuada ejecución del contrato; porque, como van a ver en el segundo panel, muchos de los problemas que se suscitan con las entidades y que luego desencadenan un procedimiento de arbitraje se generan justamente en una mala determinación de la necesidad, en una mala elaboración de los términos de referencia o de las especificaciones técnicas. De modo que necesitamos ser meticulosos, bastante cuidadosos con la elaboración de estas características técnicas, de todos estos aspectos que van a redundar en el éxito de la contratación y a su vez van a incidir en que este proceso no tenga mayores complicaciones y no resulte oneroso a la entidad, y así posteriormente no tenga que pagar

un arbitraje o una indemnización al privado. Repito, es importante en el requerimiento consignar todos estos aspectos.

En cuanto a las garantías, aprovecho para hacer una precisión: existen, como ustedes saben, distintos tipos de ejecución de contratos. Los contratos de ejecución inmediata en una contratación directa por emergencia que ya fueron dados, en los que ya se otorgó la conformidad, ¿será necesario regularizarlos durante el proceso de regularización? Pues la respuesta sería «no», en principio, porque se entiende un principio de ejecución inmediata y que ya se dio la conformidad; ya no ameritaría una regularización posterior.

Adicionalmente, en el requerimiento es importante destacar que resulta necesario consignar la normatividad especial. Por ejemplo, en el caso de los vacunatorios tendré que consignar toda la normativa que se ha establecido en nuestro ordenamiento jurídico, que determina cuáles son las fases de vacunación, los procedimientos, las cadenas de frío. Así pues, se tiene que establecer toda la normatividad especial que regule la contratación: las leyes, reglamentos técnicos, normas sanitarias o metrológicas, porque todos estos aspectos van a incidir en una óptima ejecución del contrato.

Hablábamos de que las contrataciones directas por emergencia sanitaria facultan a la entidad, dependiendo del caso, a contratar por un supuesto de catástrofe o en su defecto por un supuesto de emergencia sanitaria, y obviamente se regulariza toda la fase de actos preparatorios y también se regulariza la fase de la indagación de mercado. En la indagación de mercado (o estudio de mercado, como también se denomina), ¿qué es lo que se persigue?, ¿qué es lo que se procura? Lo que se procura es seleccionar al proveedor que va a satisfacer el bien o servicio que necesita la entidad en este contexto de emergencia, de inmediatez. Acá van a interactuar la oferta del proveedor y la demanda de la entidad, y eso a su vez va a converger en un resultado final, que es el precio que se obtendrá. Este precio, por más que se trate de una contratación, de una emergencia, de una situación de catástrofe, de una situación de emergencia sanitaria, necesariamente tiene que condecirse con el precio de mercado. Se tiene que evitar —por todos los medios, obviamente— que existan sobrevaloraciones. Es responsabili-

dad de la entidad, a través de su órgano encargado de las contrataciones, justificar que el precio que se esté pagando sea un precio real, un precio que corresponda al mercado. ¿Qué nos va a permitir adicionalmente la indagación del mercado? La justificación del proveedor, como ya mencioné. Adicionalmente, nos va a permitir determinar qué proveedor podrá contratar con el Estado, con la entidad, y la pregunta es «tratándose de una contratación de emergencia, ¿es requisito indispensable el registro, el RNP para los proveedores?». La respuesta, como regla general, es «sí», pero ¿qué pasa si la empresa que, por ejemplo, me va a proveer de mascarillas o tiene en este momento el bien que yo necesito, que es vital para satisfacer esa necesidad de emergencia, no tiene el RNP, pero es el único en el mercado que en este momento puede satisfacer la necesidad? ¿Puedo exigirle? Según el Comunicado n.º 11 que emitió el OSCE dentro de este contexto de emergencia, no es un requisito en este contexto, para una contratación de emergencia, exigirle el RNP. Por lo tanto, si yo contrato bajo ese supuesto y bajo esa facultad que me otorga justamente el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado para no exigirle el RNP, una vez que ha concluido la contratación tampoco puedo exigirle a este proveedor que se inscriba en el Registro Nacional de Proveedores.

El siguiente aspecto que me permite la indagación del mercado es determinar las condiciones de precios, *stock*, plazo de entrega, forma de pago; obtener una cotización, porque, repito, se trata de una contratación por emergencia en la cual voy a seleccionar a un proveedor y tengo que justificar que este proveedor sea el idóneo para que satisfaga la necesidad de la entidad. También va a permitir determinar si la contratación se dará por ítem o por paquete y, a su vez, esta indagación del mercado va a determinar si la entidad contratará bajo el supuesto de evento catastrófico o, en su defecto, de emergencia sanitaria. ¿Y qué pasa si el monto es menor a 8 UIT? En el supuesto de que la necesidad a afrontar de manera inmediata por emergencia sea menor a 8 UIT, se tratará de un supuesto excluido por la normativa de contrataciones y se podrá hacer una compra sin procedimiento de selección. En muchas entidades se confunde, ya que a las compras menores a 8 UIT las denominan contrataciones directas y están empleando mal la figura jurídica de la contratación directa, pues ya hemos visto que este tipo de contratación tiene su propio contenido y alcance

jurídico, y abarca aquellas contrataciones que son mayores a 8 UIT. Entonces, ¿cómo podré denominar aquellas compras que son menores a 8 UIT? Aquellas son compras sin procedimiento, para evitar confusiones.

Bien, hablábamos de que los actos preparatorios son materia de regularización dentro del marco de una contratación directa por emergencia. ¿Y cuáles son aquellos actos preparatorios que se regularizan? En primer lugar, voy a regularizar la inclusión en el plan anual de contrataciones, porque recordemos que una contratación por emergencia es una contratación excepcional; se entiende que se da de una manera intempestiva, que no me dio lugar a incluir este requerimiento dentro de mi plan anual de contrataciones; por lo tanto, tengo que proceder a regularizar la inclusión a través del documento que la entidad emita. Puede ser, por ejemplo, la resolución de inclusión del procedimiento en el plan anual de contrataciones. Esta resolución, a su vez, también será publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), y posteriormente también regularizaré mi indagación de mercado. Resalto que en esta indagación de mercado tiene que estar justificado por qué se seleccionó a un determinado proveedor, que el precio tiene que corresponder al del mercado, que el bien sea aquel que vaya a satisfacer una determinada necesidad o un servicio que vaya a traducirse en un resultado tangible a favor de la población. Tengo que cuidar mucho eso para evitar que posteriormente sea observado este procedimiento por la Contraloría, por la propia población, y sea materia de cuestionamientos. ¿Qué más regularizo? La certificación presupuestal. Como dijimos, *ex ante*; es decir, para contratar de manera inmediata a través de una contratación directa, me aseguro de que existe el presupuesto, y en la regularización sigo todo el trámite. Toma tiempo, obviamente, en la tramitación de una determinada entidad, seguir determinados pasos hasta obtener su aprobación; pero ello no significa o no es óbice para que yo tenga que contratar sin previamente verificar si la entidad cuenta con un presupuesto para asumir la obligación. Eso es muy importante. Es regularizable, sí, pero previamente a hacer la contratación directa yo tengo que verificar que la entidad va a contar con el dinero necesario para asumir esta obligación.

¿Cuál es el otro acto que es materia de regularización? El resumen ejecutivo. Asimismo, se regulariza la aprobación del expediente de contratación. Esta es distinta a la aprobación de la contratación directa. La aprobación del expediente de contratación es un acto preparatorio que se da previamente a la elaboración y aprobación de las bases. ¿Existe algún modelo estandarizado de bases para las contrataciones directas por emergencia? La respuesta es «no». Hasta el momento no se ha emitido ningún lineamiento que lo establezca de manera general para todas las contrataciones directas, pero las normas establecen los requisitos básicos que deben tener las bases, como la determinación de la finalidad pública, la justificación de los objetivos, las especificaciones técnicas y todo aquello que establece la norma. Y la aprobación de la contratación directa se da por el titular de la entidad. Aquí cabe enfatizar que la aprobación de la contratación directa por situación de emergencia es indelegable; la tiene que aprobar el titular de la entidad.

Siguiente pregunta: ¿cuál es el plazo que tiene una entidad para regularizar todos aquellos actos preparatorios en el contexto o en el marco de una contratación directa por emergencia? La regla general, según la normativa de contrataciones, indica que para la contratación por emergencia el plazo es de diez días; pero aquí cabe subrayar que hay una norma especial (la citó el doctor al iniciar la presentación): la norma previa era el Decreto de Urgencia n.º 025 del 2020, que habilitaba un plazo especial para aquellas entidades del sector salud que necesitaban efectuar contrataciones por emergencia. Este decreto supremo estuvo vigente hasta diciembre y a partir de enero está vigente el Decreto de Urgencia n.º 009 del 2021, el cual establece un plazo de cuarenta y cinco días. El Decreto de Urgencia n.º 025 estableció un plazo para la regularización de treinta días; este decreto de urgencia actual, el 009-2021, establece un plazo mayor, que es de cuarenta y cinco días. También cabe preguntarnos desde cuándo se computa este plazo de regularización. El Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, a través de reiterados pronunciamientos, ha dejado establecido que este plazo se debe computar desde cuando se inicia la ejecución del servicio o se efectúa la entrega de bienes a la entidad. Entonces, a partir de este hito se inicia el cómputo de los cuarenta y cinco días.

Recapitulando, tenemos que la contratación directa por emergencia está establecida en la normativa de contrataciones y tiene cuatro supuestos que están establecidos en el artículo 100, pero de ellos hay dos que resultan aplicables en este contexto de la pandemia de covid, que son los supuestos contenidos en el literal b.1): el evento catastrófico, que fue establecido por el OSCE a raíz de la normativa técnica especial que establece el Decreto Legislativo n.º 1156, respecto del cual Indeci ha pronunciado que aquellos efectos que se produzcan a raíz de las pandemias también tienen el carácter de catastrófico. Tenemos también el b.4), que es la emergencia sanitaria, y asimismo requiere de una norma especial para que pueda habilitar a determinadas entidades, como las de salud, a contratar por este supuesto de emergencia. En este caso, el Decreto Supremo n.º 008-2020 y las sucesivas normas de prórroga que ha tenido este decreto de emergencia sanitaria habilitan a las entidades a poder contratar sobre un listado de bienes y servicios establecido en la norma que acabo de mencionar. Por tanto, la contratación directa por emergencia se da solamente en aquellos supuestos en los cuales la entidad pueda justificar la existencia de la inmediatez, que se contratará lo estrictamente necesario y que se están cumpliendo los supuestos exigidos por la normativa. Para ello es necesario que la entidad elabore un informe técnico, que debe ser emitido por el órgano encargado de las contrataciones, en el cual se adjunte la indagación de mercado y el expediente de la contratación aprobada. Y en ese informe técnico se debe justificar técnicamente la elección del proveedor a través del cual se están adquiriendo determinados bienes, servicios u obras.

Una vez que se cuenta con este informe técnico, es necesario también un informe legal que justifique legalmente la configuración del supuesto dentro del marco normativo. Este informe técnico-legal, a su vez, va a sustentar la emisión de la resolución que apruebe el acto de contratación directa para una determinada entidad. No olvidemos que el estado de emergencia o la emergencia sanitaria *per se* no resultan habilitantes para que una entidad pueda indiscriminadamente efectuar contrataciones directas por la emergencia; tienen que cumplirse todos los supuestos establecidos por la norma y además regularizarse aquellos actos preparatorios que en un primer momento se pasan por alto por determinado periodo de tiempo

para dar paso a una contratación inmediata. Pero no significa prescindir de ellos; hay que enfatizar que la regularización es necesaria.

Y finalizo esta pequeña ponencia, pero significativa también para mí, mencionando que realmente creo que siempre es momento de recordar e invocar a todos los que participamos dentro de un procedimiento de contratación que todos los requerimientos sean hechos de manera totalmente consciente y que reflejen esa vocación de servicio público de todos los que laboramos en las entidades, para que lo que va a contratar el Estado, esos recursos que ahora son tan escasos, sea justamente empleado y dirigido a satisfacer una necesidad existente de la manera más eficiente, diligente y que a su vez se traduzca en el bienestar de todos los peruanos que en este momento lo necesitamos más que nunca.

Muchas gracias por su atención.

**Juan Carlos González Salinas:** Muchas gracias, doctora Susana. En realidad, muy interesante la explicación; más aún la aclaración de la modificación del proceso para la regularización. Seguramente, dentro de la gestión pública han podido percibir que no bastaba con treinta días, sino que era necesario hacer un aumento, un adicional de días para poder cumplir con las expectativas y poder, en ese sentido, cumplir con sus obligaciones como funcionarios públicos. Asimismo, es interesante el tema respecto a la obligatoriedad de contar con RNP. Es cierto que hay muchas provincias, muchas localidades alejadas donde tenemos carencia de proveedores, y lo que esta pandemia ha podido evidenciar es esa carencia. Aparentemente, antes pensábamos que había por todos lados proveedores, pero nos hemos dado cuenta de que no es así y que en casos muy excepcionales se debe evitar solicitar el RNP. Pero son casos muy especiales, cuando quizá no se encuentra la disponibilidad.

Agradecemos mucho su participación. Vamos a pasar en este momento con el doctor José Zegarra Pinto para continuar con esta mesa. Doctor, quedamos atentos a su exposición.

**José Zegarra Pinto:** Muy buenas tardes. Muchas gracias, doctor González. Muchas gracias al GICE por la invitación a esta mesa de trabajo tan interesante, sobre todo por este tema tan importante y delicado, como bien lo ha desarrollado la doctora Guerrero, de la contratación directa. Lo que vamos a hacer nosotros, a manera de complementar lo antes señalado, será una muy breve explicación de la parte general, que muy bien ha explicado la doctora hace un momento. Después lo que vamos a hacer es presentar normas específicas con respecto al tema de contratación directa y lo que haremos finalmente es presentar un estudio que realizamos y presentamos hace como un mes: un estudio cuantitativo con respecto a lo que fue la contratación directa y su aplicación en el año 2020; cómo se utilizó este dinero, en qué cantidades, quiénes más participaron, en calidad de qué, etcétera. Lo que estamos haciendo básicamente es completar lo que se ha desarrollado hasta el momento. Este tema de contratación directa es sumamente importante, sobre todo en esta etapa tan delicada de la pandemia.

Bien, estamos en esta mesa, que es sobre actos preparatorios de las contrataciones directas y procesos de selección en emergencia sanitaria. Como bien lo ha señalado ya la doctora, lo que tenemos en contratación directa es que hablamos de algo de carácter excepcional; se realiza con un solo proveedor; los supuestos están determinados claramente en la Ley de Contrataciones; tiene que haber un sustento legal, una decisión técnica clara y específica del porqué. Esos son los supuestos que tenemos en la ley, aplicables a cualquier situación. Hablamos de trece supuestos; son toda una gama de supuestos. Lo que vamos a trabajar nosotros es solamente el literal b) del artículo 100 del Reglamento, el cual ya también ha sido convenientemente presentado por la expositora anterior.

Haciendo un paréntesis, a veces escribimos un artículo sobre contratación directa y le decimos «tú eres el elegido» ¿Por qué? Porque, como bien se ha señalado, lo que estamos haciendo de alguna manera es tomar la parte de selección de postores e inmediatamente ubicarla en una sola persona, dadas las particularidades. Contratación directa es sinónimo de excepcionalidad, de necesidad y urgencia. Dentro de la ley, como hemos dicho, tenemos trece supuestos. Lo que vamos a trabajar en estos minutos va a ser el número dos, situación de emergencia; pero también vamos a

encontrar supuestos como contratación entre entidades, los casos de situación de desabastecimiento, contrataciones con carácter secreto militar, orden interno, proveedor único, servicios personalísimos. Si se dan cuenta, cosas que revisten especiales características.

¿Qué más hay en contratación directa? Servicio de publicidad, servicios de consultoría, contratación de bienes y servicios con fines de investigación; también adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles. Es toda una serie de temas. Y al final vamos a hablar de trece supuestos. Pero vamos de frente al tema que nos convoca; si bien hay otros trece, vamos a ver el tema que nos convoca. Como bien ha señalado ya la doctora, aquí lo que tenemos es una situación muy particular en época de pandemia, y en resumidas cuentas hemos tenido que tomar el artículo 100 del Reglamento, el literal b), y a partir de ahí ubicar el supuesto por el cual las entidades han podido realizar esas actividades de contratación directa. A partir de esa situación se posibilita toda esta cadena de hechos que se tienen que realizar, como por ejemplo el procedimiento de aprobación de las contrataciones, que ya también ha explicado la doctora hace un momento, por eso lo vamos a pasar rápidamente para centrarnos en la parte que queremos exponer.

Hay particularidades. La potestad de aprobar contrataciones directas es indelegable; el titular de la entidad no puede delegar; esto en virtud de que se trata de algo importante, excepcional. Como bien ya se señaló, necesita un sustento técnico-legal. ¿Qué es lo que pasa en la práctica y uno lo ve también? A veces estos sustentos técnico-legales, para ser franco, cuando uno los revisa, realmente no son sustentos. Muchas veces, y como bien se ha señalado y también lo explicó el doctor González en su momento, esto da pie a mucha comisión de delitos, entre los cuales la principal particularidad es esta falta de sustento técnico-legal; se sustenta cualquier cosa y a partir de eso se genera una contratación directa. ¡Oh, coincidencia!, muchos de los problemas y denuncias penales que se han generado últimamente han tenido que ver con el tema de contratación directa, y específicamente con esta falta de sustento técnico. Compras a veces innecesarias, a pesar de lo importante que era realizar compras de la manera más eficaz y eficiente posible en esos tiempos; sin embargo, muchas entidades del estado lo han

hecho de manera indebida. Y lo que va a traer consigo, o ha traído consigo, es responsabilidades de distinta índole; sobre todo, la que más destaca y la que va a ocasionar más perjuicio a ellos es la responsabilidad de tipo penal. Entonces, ¿qué es lo que tiene esta particularidad? Como también ya se ha mencionado, se encuentra prohibida la regularización, salvo el supuesto en el cual nos encontramos y que ya se ha discutido. Se tenía normalmente la regla de diez días para regularizar en este caso en específico. La normativa después, durante la época de pandemia, ha permitido treinta días. Como bien se señala, también existen cuarenta y cinco días, pero en ese caso la aplicación es para el Minsa en el tema de contratación directa.

Muy bien. Una vez aprobada la contratación directa, se invita a un solo proveedor; la oferta debe ser obtenida por cualquier medio de comunicación. Existe toda una serie de etapas, pero tampoco quiero redundar mucho porque ya muy bien lo ha explicado la doctora Guerrero. Existe, pues, todo un proceso; y, si bien es más expeditivo, dadas las particularidades, la idea siempre va a ser la misma; es decir, cumplir con todo; finalmente hay que regularizarlo todo. La única excepción es que no se convoca a una colectividad, a un grupo, sino que se da a un solo postor. Pero el resto, hablando muy coloquialmente, muy sencillamente, es lo mismo, es igual. Sin embargo, se permite mucha flexibilidad, sobre todo en esta época de pandemia. Ya vamos a ver las particularidades. Y, como bien se ha señalado también, efectivamente se les daba a las entidades la facilidad para hacer eso.

Normativa que establece disposiciones especiales para contrataciones directas por situación de emergencia. ¿Qué es lo que ha pasado? Iniciada esta etapa, esta triste etapa de la pandemia, como es lógico, inmediatamente se activaron los distintos sistemas, entre los cuales está el sistema de contratación estatal. Muchas entidades no sabían a veces qué criterio aplicar: una situación de emergencia, un evento catastrófico... Y es ahí donde también aparece el OSCE dando disposiciones con respecto a cómo se tendría que tratar esto.

Es en esta situación que se emite el «Comunicado n.º 011-2020: Orientaciones de la dirección técnico-normativa respecto del alcance de la

normativa de contrataciones en el marco del estado de emergencia nacional». Estamos hablando de una norma del 26 de abril del 2020; es decir, aproximadamente un mes y un poco más de lo suscitado, de los hechos, cuando empezó la etapa de pandemia. Esta norma trae consigo y de alguna manera ayuda a situar a las entidades: qué es lo que tenemos que hacer, cuál es la vía que tenemos que utilizar para poder contratar rápidamente. Lo primero habla, como es lógico, de utilizar lo establecido en el literal b) del artículo 100 del Reglamento y, sobre todo, de calificarlo como acontecimiento catastrófico. ¿Esto por qué? Lo vamos a ver un poco más adelante, porque este es un concepto mucho más amplio que el tema de una crisis o un problema de naturaleza sanitaria. Entonces, en atención a esta situación, el tema de evento catastrófico tenía una cobertura mayor y posibilitaba que las entidades contrataran sin ningún tipo de inconveniente. El otro era aplicable, efectivamente, pero el supuesto de acontecimiento catastrófico le permitía un mayor margen de acción. De modo que, en atención a esas particularidades, el OSCE transmite esta información, que a nosotros nos parece sumamente adecuada porque ayudó a guiar mucho en esa etapa.

Como bien se indicó también hace un momento, estas particularidades que se suscitaban eran tan importantes; era tan importante, mejor dicho, la necesidad de contratar. Por ejemplo, con respecto al RNP, podía incluso darse el caso de que el proveedor no lo tuviera y se permitía ese tipo de situación dada la necesidad, dada la emergencia que se estaba viviendo. Si bien es un requisito que normalmente se exige durante una época normal, la idea aquí era darle flexibilidad a la contratación, y eso también nos pareció sumamente adecuado.

Otro elemento que se expone en este Comunicado n.º 011-2020 es el que se refiere al pago. Siempre la premisa es que el pago se efectúa después de realizadas las actividades, cumplidas las obligaciones, y excepcionalmente el pago se podía hacer por adelantado, dependiendo de cómo eran las características del mercado. Sin embargo, aquí de alguna manera se aclara y se dice que se puede realizar el pago en su integridad por adelantado; inclusive debe entenderse que basta que parte del mercado exija ese pago por adelantado para que opere un pago de ese tipo. Nuevamente,

otro criterio, otra flexibilidad que se brindaba a las entidades para poder realizar sus actividades. El tema de las garantías, como es lógico, se mantiene, porque, efectivamente, independientemente de que se realice esto de una manera más rápida, más flexible, de una manera acorde a las necesidades que se presentaban, el tema de las garantías como tal debía mantenerse, debía subsistir.

Cuando uno revisa las normas que han sido emitidas con respecto al tema específico de contratación directa en estas situaciones de emergencia, encuentra siempre la misma fórmula: «Se dispone...». Ya sea el Reniec, ya sea el Ministerio de Relaciones Exteriores, se señalaba siempre la misma fórmula: «Se dispone que las contrataciones a las que hace referencia el número precedente se realicen en el marco del literal b) del artículo 27 del TUO de la Ley de Contrataciones...». ¿Qué parte es esa? Precisamente la de contrataciones directas. Seguimos: «... aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019 y el artículo 100 del Reglamento». Nuevamente hace referencia a contrataciones directas. A partir de esta fórmula expuesta se generan múltiples normas durante esta época. También se señala, como ustedes lo pueden ver, el tema de la regularización y los famosos treinta días para hacerlo.

Vamos a ver unos ejemplos de estas normas. Por ejemplo, normativa emitida en el marco de emergencia por el covid-19 en el caso de bienes y servicios. Decreto de Urgencia n.º 028: «Autorízase a Perú Compras [...] contrataciones de bienes y servicios para la obtención, transporte y procesamiento de muestras para el diagnóstico de covid». En esas normas van a encontrar la fórmula de la que hemos conversado hace un momento. ¿Y a qué hace referencia? En resumidas cuentas, una norma que te habilita, por contratación directa, a tratar este tipo de bienes. Por llamarlo así, una norma con nombre propio para Perú Compras.

Decreto de Urgencia 031: «Se autoriza a Reniec a efectuar contrataciones de bienes y servicios para ampliar la capacidad de la línea. Autorízase a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios [...] contratación de bienes y servicios para atender las emergencias del covid-19», etcétera.

Ejemplos, como estamos viendo, en los que se utiliza esa fórmula que hace referencia, a su vez, a las contrataciones directas.

Vamos a ver los últimos ejemplos. Decreto de Urgencia n.º 033-2020, del 27 de marzo (a unos diez días de iniciada esta etapa): «Se dispone que la contratación de bienes y servicios necesarios para el transporte e instalación de módulos temporales de vivienda...», etcétera. Y el otro: «Las contrataciones que se requieran para la provisión de servicios educativos no presenciales o remotos [...] en el marco [...] se regularizan en un plazo máximo de treinta días». ¿Cuál era el objetivo de presentarles estas dos últimas diapositivas sobre todo? Ver ejemplos de cómo la contratación directa se ha estado aplicando y ya se había venido normando, inclusive de manera específica, hacia las actividades de distintos tipos de entidades del Gobierno nacional. Específicamente, dadas las particularidades, la contratación directa era la norma clara; por hablar muy sencillamente, el vestido, la ropa, el terno adecuado para esta situación. Y es por eso que se buscaba que eso se flexibilice, que sea rápido. El objetivo era ser eficaz y eficiente en las distintas actividades.

Este es otro ejemplo. Nuevamente, lo que tenemos aquí también es que en estos tiempos lo que ha hecho el OSCE a través de sus distintos tipos de actividades —llámense comunicados, directivas, etcétera— es buscar flexibilizar o facilitar información con respecto al uso de la contratación directa. Emitió el OSCE una guía de orientación de contratación directa bajo situación de emergencia. Ustedes la pueden descargar —está en Google—; es un documento que de alguna manera ayuda a cualquier funcionario de una entidad a responder las principales dudas que se puedan generar con respecto al tema de la aplicación misma de la contratación directa. Lo que vamos a hacer a continuación es presentar las principales ideas de esta guía:

- El supuesto de acontecimiento catastrófico es más amplio y general que el de emergencia sanitaria: lo que hemos conversado hace un momento. Si bien ambos supuestos servían y eran aplicables a esta situación, el de acontecimiento catastrófico tenía un mayor campo de acción y es por eso que se recomendaba invocarlo.

- Frente a una situación de emergencia la entidad está habilitada para contratar directamente, por lo que no está obligada a realizar la subasta inversa. La idea, en resumidas cuentas, es buscar rapidez; y eso es lo que se necesitaba.
- De requerirse la adquisición de un mismo objeto para atender la emergencia sin precedentes, no resulta obligatorio que se realice a través de una única contratación por la necesidad total. De manera inversa, por llamarlo así, lo que nos está diciendo es que no se va a interpretar como fraccionamiento indebido si tú compras un bien A en contratación directa y después vuelves a comprar A. ¿Por qué? Porque esta situación era tan particular que no podías tú planificar un volumen exacto de bienes o servicios que se podrían utilizar.

Entonces, lo que te está diciendo esta guía, en resumidas cuentas, es «mientras sea razonable lo que estás haciendo y evidentemente no se pueda tener información y data exacta con respecto a lo que es objeto de la contratación o, mejor dicho, al volumen o cantidad de lo que es materia de contratación, contrata con tranquilidad porque no se va a interpretar como fraccionamiento indebido», como es lógico. Si es que existían elementos que evidentemente iban a probar fraccionamiento, eso iba a tener sus consecuencias respectivas, pero aquí de alguna manera te está dando pautas de cómo poder trabajarlo.

Veamos otros criterios:

- La contratación por paquete siempre es una prerrogativa de la entidad. Sí, siempre lo que se va a buscar es agrupar; es un principio, una tendencia, pero, dada la necesidad y lo que se busca —inmediatez, una respuesta rápida y efectiva, entre comillas—, por el momento uno tiene que abstenerse de ese tipo de aplicación y buscar la contratación más rápida que resulte aplicable en ese caso.
- El supuesto de acontecimiento catastrófico es más amplio y general que la emergencia. Lo que hemos conversado. La idea, como ustedes pueden ver, es buscar que no exista una duda con respecto

a la aplicación, que esto se realice de una manera rápida, que no exista ningún inconveniente, que no exista el miedo de cometer una infracción y eso limite la contratación.

- La normativa de contratación pública no ha previsto un procedimiento específico para realizar la indagación de mercado (cosa que ha explicado muy bien la doctora Guerrero hace un momento), siendo responsabilidad de la entidad ser diligente en sus actuaciones. Efectivamente, tampoco es un pandemio; no es que cualquiera hace lo que quiera y se escuda en el tema de la contratación directa.

Haciendo un paréntesis con respecto a este tema, a principios de este año sucedió que me vinieron a buscar unas personas de un gobierno regional para que las patrocine en una defensa. ¿Qué había pasado? Denuncias penales precisamente por el tema de uso indebido de la contratación directa. Cuando reviso sus antecedentes antes de dar mi opinión con respecto a ese tema, me encuentro con lo siguiente: funcionarios que, si bien tenían esta normativa, no habían regularizado; funcionarios que pagaron por adelantado y, sin embargo, el producto nunca llegó o llegó en una situación defectuosa, incompleta, no acorde a lo que se necesitaba. Entonces, ¿dónde quedaba el tema de la diligencia? Por ningún lado. Eran evidentes, pues, los actos de corrupción. Porque hay que ser bien franco: aquí tenemos una buena legislación, pero lo que se está viendo en la práctica —y eso no es ninguna mentira; lo podemos ver en los medios de prensa— es que han ocurrido muchos actos de corrupción por malos usos, precisamente, de la contratación directa. A mí me ha sucedido que vienen estos señores, me explican el caso, lo reviso y lo que veo es corrupción por todos lados. Como es lógico, les digo «hasta aquí nomás». ¿Por qué? Porque no concibo, ni siquiera en una situación de normalidad, que una persona pueda aprovecharse de esto y quiera obtener beneficios indebidos.

- Las entidades deben prever que el proveedor no se encuentre impedido, suspendido ni inhabilitado para contratar con el Estado. Lógicamente, hay una diligencia mínima que se debe respetar.

- No resulta necesario regularizar la inscripción del proveedor en el RNP. Como bien lo ha señalado la doctora hace un momento, y quien les habla, tenemos el tema de la regularización con un máximo de treinta días hábiles, con las particularidades señaladas para el caso del Minsa (el Decreto de Urgencia n.º 009-2021, de cuarenta y cinco días). Yo veo en estricto que ha habido siempre la voluntad de facilitar las cosas, y eso es claro.
- La entidad debe regularizar las actuaciones preparatorias y de ejecución contractual. Lo que ya muy bien ha sido expuesto. La idea siempre va a ser que la contratación directa en el fondo es exactamente lo mismo; simple y llanamente se prescinde de la etapa de selección.
- Las bases no deben contemplar factores de evaluación, toda vez que ese aspecto es propio de un procedimiento de selección competitivo. En este caso, como estamos hablando de contratación directa, se prescinde de eso; sin embargo, siempre con el criterio de diligencia. Tampoco es que yo contrato a quien yo quiero sin ninguna razón justificativa, sin un justificativo técnico-legal suficiente que me permita tomar una decisión adecuada. La diligencia no tiene que ser tomada como algo a la ligera; es algo que implica que se toma una decisión con base en criterios objetivos; nada de subjetividades ni favoritismo. Eso es evidente, pues de lo contrario sería un acto de corrupción.

Lo que hemos hecho hasta hace un momento es presentar de una manera muy sucinta lo que implica la contratación directa y cómo se ha manifestado; ya sea por los comunicados, ya sea por las guías, lo que implica, en resumidas cuentas, la contratación directa. A finales de año nosotros nos hicimos una consulta: ¿y qué ha pasado?, ¿cuánta plata se ha utilizado aquí?, ¿quiénes han estado utilizando este dinero y en qué cantidades?, ¿cuáles son los criterios o rubros en los cuales se ha trabajado, sobre todo con la contratación directa? A partir de eso nosotros pudimos desarrollar una muy sucinta investigación y la denominamos «Contratación directa en el Perú: algunas cifras sobre su uso en época de pandemia». Lo que hici-

mos fue tomar data, referida a las contrataciones directas, de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos, que es una data de acceso público y libre. Hablando muy sencillamente, es un Excel detallado de todas las contrataciones directas. Es evidente que esto es un desagregado del Seace y que presenta toda una serie de información. Hay que trabajar mucho con tablas, cruzar datos; hay que trabajar bastante. Nosotros solamente nos hemos dedicado a una actividad de análisis parcial de naturaleza cuantitativa; el tema cualitativo implicaba una mayor población, un poco más de tiempo, cosa que vamos a hacer en su momento. Pero lo que haremos a continuación es presentarles algunos números con respecto a la contratación directa en época de pandemia.

Esta es la ficha técnica que hemos elaborado para el tratamiento de la información de la que estamos hablando. Un universo de estudio de 11 270 contrataciones directas, un periodo de estudio del 16 de marzo del 2020 hasta el 31 de diciembre del 2020. Inicialmente habíamos empezado el 15 de diciembre, pero después dijimos «no, mejor lo cerramos el 31 y esperamos los primeros días de enero para bajar la data». Todas las cantidades que van a ver están en soles; la fecha de extracción de esta información finalmente fue el 3 de enero del 2021, y el monto adjudicado total en soles, conforme ustedes lo van a ver, es de 5 282 536 721 soles: todo con lo que se trabajó en estos meses. En resumidas cuentas, estamos hablando de nueve meses de trabajo.

Aquí lo que presentamos es qué ha sido lo más frecuente o lo más usado, y estamos hablando de objeto contractual. Estamos hablando de que se han adquirido bienes con un volumen o una cantidad que representaba el 75.31 % del universo, seguido de servicios, con un 22.9 %, y en mucho menor frecuencia, por llamarlo de alguna manera, obras con un 1.33 % y consultorías de obras con 0.46 %. No es ninguna novedad decir que en esta situación lo que se ha salido a comprar son mascarillas, equipos; está, pues, reflejado en el rubro de bienes. Esta es la data a nivel nacional; bienes y servicios es lo que ha capitalizado prácticamente un 96 % a 97 %; casi todo se lo ha llevado.

Ahora, en dinero, ¿de cuánto estamos hablando? En el caso de bienes, el porcentaje de lo invertido es un 73.09 %, seguido por servicios con 23.25 %. En dinero, ¿de cuánto estamos hablando? De unos 3860 millones. Significativo. Y esto es data abierta, está ahí; se hacen las sumatorias y obtenemos este resultado. Seguido, como es lógico, de servicios, con 1227 millones. Considerable. Pero es lo que se ha utilizado. No estamos viendo qué calidad, finalmente, han tenido estos productos y servicios; aquí lo que estamos presentando es el número físico, el número duro, por llamarlo de alguna manera.

En el caso de entidades, el Gobierno nacional es el que más ha salido a comprar, como es lógico; lo hemos visto. Aquí están reflejados los ministerios, etcétera, con un 38 %, una cantidad específica de 4326 contrataciones; seguidos por los gobiernos regionales, que también salieron a comprar, como era evidente, una cantidad equivalente al 28 % de este universo; en tercer lugar están los gobiernos locales, con 23 %; luego el Fonafe con un 9 %, y otro tipo de entidades con un 2 %, que equivale a unas 204 contrataciones. Siempre, como es evidente, el Gobierno nacional es el fuerte en esta cifra que se está presentando.

Y ahora, ¿esto cómo se traduce en dinero? En dinero, el Gobierno nacional ha gastado prácticamente el 60 % de todo lo que estamos hablando: de estos 5282 millones, casi el 60 % ha sido gastado por el Gobierno nacional, seguido por los gobiernos regionales con casi 17 %, los gobiernos locales, el Fonafe y otros. Entonces, es evidente lo que se presenta: casi 3137 millones. Considerable, fuerte, pero necesario.

Veamos los tipos de proveedores. Prácticamente el 85 % u 86 % de proveedores con los que se ha contratado han sido personas jurídicas; hablamos de 9619 proveedores. En cuanto a personas naturales, casi un 12 %; estamos hablando de un 11.8 %. Consorcios, casi un 3 %: 2.81 %. E inclusive se destaca en esta data que se ha contratado con personas no domiciliadas, pero con una representación muy baja, del 0.04 %; hablamos de cuatro contrataciones: una es una empresa de Reino Unido y la otra fue contratada por el Gobierno regional de Junín, pero también con una

empresa del extranjero. Pero, estadísticamente hablando, es no relevante, muy poco significativo.

Ahora, ¿esto cómo se traduce en dinero? Con estas personas jurídicas se ha contratado en un porcentaje equivalente al 88 %, lo cual en dinero representa como 4648 millones en monto gastado; seguido por personas naturales con dos mil y pico, consorcios y personas no domiciliadas. Si se dan cuenta, son considerables los volúmenes. Y lo de las personas jurídicas tampoco nos extraña; son básicamente empresas con las cuales se ha podido contratar vía contratación directa en esta época, con mayor frecuencia.

Ahora, los principales rubros, los más representativos. Vean en la línea número 5, material y equipo médico, con 35.19 %, seguido por alimentos con 21.34 %. Y ahí vamos a ver toda una variedad de rubros en los cuales se ha contratado; pero no es de extrañar, como bien lo hemos vivido, que el tema médico haya ido por delante; son significativas las cantidades que ahí se han gastado y lo vemos en los porcentajes de los números de contrataciones: en material médico casi 4000 contrataciones, y es por eso que hablamos de casi 36 %. Medicamentos, alimentos, etcétera. Ha sido sumamente significativo en cuanto a esta proyección. Nosotros, según la data que hemos encontrado, hablamos de un total, de un universo de 11 270 contrataciones directas. Allí están metidas todas las entidades que han contratado, y ese es el número al cual hemos accedido a través de la ficha que levantamos el 3 de enero de este año.

Nuevamente, ¿esto qué ha representado en dinero? Económicamente hablando, el rubro de material y equipo médico ha sido 1880 millones, con una equivalencia de 35.61 %. Significativo, ¿no? Lo que hemos conversado. Otros bienes en un porcentaje de 17 %; otros servicios, casi 12 %. Sumando siempre esta cantidad fuerte, que han sido los 5282 millones; es decir, ha habido dinero para hacerlo; se ha gastado en todos estos rubros, efectivamente. Ya otra cosa es la calidad en el gasto, como es lógico; eso ya lo veremos, ojalá, en otro tipo de investigación que podamos hacer más adelante.

Veamos la información por departamentos. Ustedes pueden ver la línea número 15: estamos en el caso de Lima, con 40.71 %; es decir, casi la mitad ha salido aquí. Es lógico, porque aquí están las contrataciones que han salido de los ministerios, de las principales entidades, etcétera. Ahí se ve reflejado. Luego tenemos a San Martín, con 4.2 %; tenemos a Ancash, con 4.04 %. Estamos hablando de número de contrataciones directas realizadas. Si se dan cuenta, el volumen en el caso de Ancash ha sido de 455 contrataciones y en el caso de San Martín fueron 473. Tampoco debemos extrañarnos: en el caso de Ancash hemos visto por los medios de prensa que ha habido un mal uso de muchas de estas contrataciones; entonces, nuevamente digo que acá está la cantidad fija en cuanto al uso, no a la calidad.

Veamos el monto adjudicado. Nuevamente vamos a la línea 15, que es Lima: tenemos alrededor de 3371 millones: 63.83 %. Si bien en la anterior diapositiva hablamos de cantidad, aquí básicamente es lo del dinero; aquí estamos hablando de que casi el 64 % de lo invertido en contratación directa ha sido gastado por Lima. Tenemos también un rubro muy pequeño que nos llamó la atención cuando estuvimos realizando el trabajo, que es lo que está en el ítem 19, «Multidepartamental», con 0.85 %. ¿Qué es lo que ha pasado? Estamos hablando de entidades; en específico, de dos departamentos que se pusieron de acuerdo para contratar. Una buena forma de contratar, pero dense cuenta de que la frecuencia en su uso no ha sido muy considerable. Hay otros rubros a los que les hemos puesto, como se ve en la fila 27, «Vacíos». ¿Qué es lo que pasó ahí? Cuando hemos analizado la data, no estaba lleno el ítem de departamento; entonces, era bien complicado identificar a qué departamento se tenía que atribuir este gasto que, si se dan cuenta, es considerable. Lo que nos daba pena, por decirlo así, era identificar que, independientemente de que había que ser rápidos, el llenado a veces era sumamente deficiente.

Principales conclusiones de este breve estudio cuantitativo con respecto al tema de la contratación directa en época de pandemia (estamos hablando de marzo a diciembre del año 2020):

- Un poco más del 73 % de las contrataciones directas que se realizaron durante este periodo tienen como objeto contractual la adquisición de bienes. Ustedes lo han podido ver en las cifras que hemos presentado.
- El departamento de Lima destaca evidentemente por ser el que más utilizó y gastó a través de la contratación directa, con 40.71 %, seguido de San Martín y Ancash, con 4.2 % y 4.04 %, respectivamente.
- El Gobierno nacional adjudicó casi el 60 % de todo lo contratado por la vía de la contratación directa. Ustedes lo han visto. Y era evidente, pues, por el tema de ministerios, entidades, etcétera.
- El 85.35 % de las contrataciones directas se realizaron con personas jurídicas. Ya hemos presentado las cifras respectivas.
- El mayor número de contrataciones directas tuvieron como principal rubro la adquisición de material y equipo médico, en un 35.19 %, y su gasto representó el 35.61 % del total general.

¿Qué es lo que hemos querido hacer con esta breve exposición? De alguna manera, complementar la muy buena presentación que ha dado la doctora Guerrero con respecto al tema de contratación directa y argumentar estas cifras que se han desarrollado en los últimos nueve meses del año pasado. ¿Estamos viendo que era un método cuya frecuencia se buscaba? Sí. ¿Que fuera inmediato, que fuera rápido, que respondiera a una necesidad? También.

Hemos visto también que se ha utilizado una cantidad considerable; estamos hablando de cinco mil doscientos y tantos millones de soles. Efectivamente. La realidad también nos muestra que, si bien en muchas entidades se ha utilizado con mucha responsabilidad, en otras no. Ya queda en el criterio de nuestras autoridades juzgar y perseguir el mal uso de estos fondos. Finalmente, este tema de contratación directa siempre va a ser algo muy interesante; a mí siempre me gusta investigar sobre contratación directa porque

tiene esa doble connotación; es decir, es una muy buena herramienta, pero vemos que en la práctica ha sido durante muchos años muy mal utilizada por mucha gente corrupta. La idea es conocer bien cuál es este mecanismo para aplicarlo bien y detectar a estos malos elementos. Parte, creo yo, de lo positivo de realizar actividades como la que bien está realizando el GICE es precisamente transmitir este poco conocimiento que uno puede tener al respecto y aprender a identificar todos estos tipos de comportamientos indebidos, sobre todo para mejorar nuestro país. En estas épocas tan complicadas y difíciles, que un poco de conocimiento que nosotros tengamos podamos transmitirlo a través de vías como las que tenemos en este momento resulta adecuado. Por mi parte, para mí, José Zegarra, es un gusto haber tenido la oportunidad de participar brevemente en este panel con tan distinguidos profesionales y estaré muy gustoso de servirlos en otra oportunidad.

Muchas gracias.

**Juan Carlos González Salinas:** Doctor, muchas gracias por su participación. Definitivamente ambas diapositivas tienen que quedar para poder compartirlas. Ha sido un tema bastante interesante.

Vamos a hacer un breve análisis de su ponencia; me ha parecido interesante en muchos aspectos. También el análisis respecto a la estadística que usted ha evaluado. Definitivamente ha habido un aumento de proveedores de bienes a nivel nacional y, más que nada, de droguerías. Las droguerías han aumentado a nivel nacional de forma increíble por la pandemia; sin embargo, hay un gran detalle: gran parte de estos nuevos proveedores que entraron a estas contrataciones directas (valga la redundancia, se inscribieron como proveedores, construyeron su droguería) han tenido dentro de la situación contractual una figura bastante interesante, que es la ampliación de plazo. ¿Por qué? Porque el Perú no es un país productor, sino que nosotros lo que hacemos es comprar el producto en el extranjero (mascarillas, por ejemplo) y traerlo al Perú; y en ese ínterin se han generado diversas ampliaciones de plazo. No ha llegado el material o ha llegado en malas condiciones. Entonces, es un punto del cual, como parte de las preguntas, me gustaría saber su opinión.

Y también un tema interesante para ambos ponentes es algo quizás novedoso en estas contrataciones, en estos tiempos, que es la implementación del plan covid en la gran mayoría de compras públicas. Porque recordemos que dentro del año 2020 para poder convocar la compra se tenía como requisito que los términos de referencia contaran con un plan de covid. Asimismo, muchos proveedores (llámense ya contratistas) han debido implementar su plan covid, lo cual también ha incrementado los costos en diversas obras a nivel nacional.

También quería agradecerle, doctor, el tema de la estadística: muy importante. Por mi parte, quiero hacer llegar al público que el portal Conoce, del OSCE, ha implementado también una plataforma de estadística de las contrataciones directas a nivel nacional.

Sin embargo, hemos llegado ya a la etapa de las preguntas. Entonces, me gustaría más o menos conocer la opinión que tiene usted respecto a las ampliaciones de plazo que se han dado en las contrataciones directas, básicamente en el tema de bienes. Supongamos que yo soy un proveedor de mascarillas, mando a pedir las mascarillas al extranjero (soy un nuevo proveedor; nunca he contratado con el Estado) y no llegan las mascarillas. ¿Entonces qué está pasando? ¿Qué está ocurriendo? No llega el oxígeno. ¿Qué está ocurriendo?

**José Zegarra Pinto:** Muy bien, es interesante este tema de ampliaciones de plazo. Yo te lo cuento y lo miro desde la perspectiva de árbitro. Cuando empezó la pandemia, estaba en un arbitraje, una audiencia; ¿y cuál era la particularidad?, ¿cuál era el sustento? No estaba llegando la mercadería (que eran computadoras) desde la China porque el barco no podía salir del puerto debido a la famosa pandemia. Así que lo que sustentaban era lo siguiente: «¿Esta es una situación que debe ser trabajada como ampliación de plazo? Sí, y hay justificativo». Ahora, regresando a la pregunta en específico, yo también me he dado cuenta, efectivamente, de que en esta época (y lo veo en la práctica; te hablo ahora como abogado litigante también) hay muchos nuevos proveedores. El otro día encontré a unos proveedores de medicamentos; ¿y cuál era su experiencia? Su experiencia era en organización de eventos, fiestas, etcétera. ¿Qué te quiero decir con

esto? Que ha habido mucha gente que se ha estado aprovechando, y han estado aprobándose contrataciones directas con gente que no tenía ningún tipo de experiencia.

Me trajeron un caso en el cual se había aprobado una contratación directa para la implementación de un módulo de salud en una municipalidad al interior del país. Cuando voy a ver los documentos, descubro que la persona jurídica a la cual se le había otorgado esto era una empresa que se dedicaba a la organización de fiestas infantiles. Los montos entregados eran de un millón y medio y había tres ítems; es decir, hablamos de cuatro millones y medio. No hay que ser ningún tonto para darse cuenta de que, efectivamente, ahí hay corrupción. Estos nuevos proveedores, como usted muy bien lo ha señalado, doctor González, han aparecido en esta época, y de alguna manera otorgar ampliación de plazo en esas circunstancias... Una cosa es que sea un laboratorio que me diga que ha tenido un problema con experiencia en el mercado y otra cosa es que Juancito Pérez, que se ha dedicado a fiestas infantiles, me diga que no debe tener ningún inconveniente. De modo que la corrupción, como es lógico, también ha ocasionado una mella importante en las contrataciones. Si es que como árbitro me llega un caso de esa naturaleza, voy a tener en consideración todos estos criterios, que no son sencillos, porque me van a invocar precisamente el covid; sin embargo, también hay que mirar todo el universo y todo el espectro. No es muy sencillo arribar a la respuesta, pero creo yo que hay que tener en consideración, sobre todo con estos nuevos proveedores, el daño que nos están haciendo. Ya depende de nosotros los árbitros, los abogados, en estos paneles académicos tan interesantes, aprender a sacar a la luz qué es efectivamente lo que está sucediendo.

A grandes rasgos, esa sería mi opinión con respecto al tema de cómo tratar una ampliación de plazo.

**Juan Carlos González Salinas:** Gracias, doctor. Con eso hemos concluido su participación en esta mesa.

Voy a proceder a culminar con la pregunta para la doctora Susana Guerrero. No sé si la doctora Susana se encuentra en este momento. ¿Me escucha, doctora?

**Susana Guerrero López:** Doctor, estoy acá, sí, buenas tardes.

**Juan Carlos González Salinas:** Doctora, en primer lugar, quiero agradecerle nuevamente. Definitivamente, vamos a necesitar urgentemente sus diapositivas; han sido muy didácticas. Pero, a propósito de su desarrollo normativo, la pregunta que le quiero formular es esta: ¿usted percibe que como país estamos preparados normativamente para una nueva pandemia? ¿Nos hemos comportado bien, normativamente, en esta pandemia? ¿O cree que ha sido deficiente la normativa implementada en materia de compras públicas?

**Susana Guerrero López:** Mire, yo creo que este contexto de emergencia realmente ha demandado una respuesta no planificada, una respuesta de alguna manera improvisada por parte de nuestros legisladores, y todo eso se ha traducido en la existencia de una profusa legislación que muchas veces no está compilada, está desordenada. Y, obviamente, todo es perfectible. Yo pienso que la intención es buena: regularizar, darles un matiz distinto a estas contrataciones de emergencia y tratar de que realmente se evite lo que abordamos de manera conjunta con el doctor y con usted, que es evitar el mal uso de este tipo de figura jurídica.

La contratación directa ya la tenemos desarrollada en nuestra normativa y, como sabemos, la nueva Dirección General de Abastecimiento, que ya tiene preparada la nueva normativa de cadena de abastecimiento que va a suplir a la norma de contrataciones, debería perfeccionar, con base en este ensayo y error, toda esta prueba que se ha dado en la práctica; pulir y tratar de mejorar, recoger las mejores opiniones de todos los que trabajan en el ámbito académico y tratar de consolidarlas para que esta norma, a la vez que sea expeditiva, tenga una labor concurrente de control. Yo creo que la labor concurrente de control va a ayudar a hacer los filtros de aquellos proveedores improvisados que súbitamente cambian de rubro y, obviamente, no tienen la mejor opción para poder brindar al Estado, sino

que ellos lo ven como una opción de ganancia, de un margen de ganancia desde el privado, que no necesariamente se condice con el interés público que subyace a la contratación de la entidad.

Pienso que hay que tratar de pulir, de considerar el control concurrente, y el control ciudadano también, que vuelva mucho más amigable el control de las compras públicas y que haya un cambio de chip. Yo siempre sostengo que las instituciones públicas son entidades que existen y que cobran vida por las personas que realmente ejercen las funciones dentro de tales entidades, y creo que aquellos países que tienen más sólidas sus instituciones justamente desarrollan esa parte de valores; lo cual no quiere decir que los peruanos no la tengamos, pero quizás tenemos que trabajarla un poco más y concientizar. Quizás tenemos un código de ética, pero tenemos que concientizarlo en la parte de compras públicas para ver el costo-beneficio de una eficiente labor, que va a redundar en favor de la ciudadanía. Y esta pandemia realmente ha representado ese reto. Pienso que esta nueva norma de contrataciones, que se está preparando en la Dirección General de Abastecimiento, es una gran oportunidad para perfeccionar lo que se está trabajando ahora.

**Juan Carlos González Salinas:** Muchas gracias, doctora.

Vamos a culminar esta mesa con la participación de la doctora María Hilda Becerra. Doctora, ¿se encuentra? Buenas tardes.

**María Hilda Becerra Farfán:** Buenas tardes. ¿Cómo están? Gracias por la invitación.

**Juan Carlos González Salinas:** Bueno, doctora, estamos en la mesa respecto a actos preparatorios en las contrataciones directas y procesos de selección en situación de emergencia. La dejamos en atención a esta introducción. Gracias.

**María Hilda Becerra Farfán:** En primer lugar, muchas gracias al Grupo de Investigación por invitar a cada uno de los que hemos sido convocados para esta tarde, y quiero agradecer también a quienes me han precedido en

la exposición porque han adelantado varios conceptos que son básicos para el tema del que quiero conversar.

Lo que quiero analizar o compartir con ustedes es una inquietud que es más bien teórica. ¿Por qué? Porque desde que se inició el contexto de covid (y es cierto que estamos prácticamente a un año de haber iniciado esta pandemia, y creo que ya hay un año de aprendizaje) lo cierto es que estamos en una situación bastante particular; yo diría que es una situación completamente excepcional. Y, si revisamos un poco la doctrina de lo que ha ido ocurriendo en estos últimos meses, desde que hemos tenido las restricciones, vamos a ver que este impacto de la pandemia ha generado, como es natural, muchísimas reacciones en todos los ámbitos del derecho: en el derecho contractual, en los derechos humanos... Revisando un poco de bibliografía para compartir con ustedes hoy día, me encontraba con que muchas aristas del análisis que tiene el derecho han sido cambiadas y han tenido un enfoque distinto como consecuencia, justamente, de la pandemia.

Esto, obviamente, no es lejano al tema de las contrataciones públicas, porque es evidente que la contratación pública tiene un reto particularmente urgente en un contexto como el que estamos viviendo; y es que es neurálgica para que el Estado atienda las necesidades. Si hay alguien que ha tenido que adaptarse muy rápidamente, un sector que ha tenido que adaptarse muy rápidamente a este nuevo contexto es justamente el de la contratación pública.

Cuando hablamos de contratación, vemos que una cuestión elemental es que la contratación ocurre en el mercado, y yo creo que sí es importante situar este concepto en la realidad social, porque cuando hablamos de Ley de Contrataciones no estamos hablando de una norma etérea; estamos hablando de una norma que regula en concreto situaciones muy puntuales referidas a la compra en determinado contexto, en determinado mercado. Como todos sabemos, la contratación ocurre en el mercado y el mercado es precisamente la unión de oferta y demanda. En este particular contexto vemos que tanto la oferta como la demanda nos presentan un escenario completamente diferente. Por un lado, cuando hablamos de oferta habla-

mos de escasez, vemos que hay muy pocos ofertantes, vemos que hay mercados con patentes, vemos que hay investigaciones pendientes; y en el lado de la oferta en particular creo que, un poco a raíz de lo que comentaban en las exposiciones anteriores, también vemos que es posible encontrar personas absolutamente inexpertas que simplemente están tratando de tomar la ola de este contexto tan distinto que nos plantea la pandemia. Por el lado de la demanda encontramos que hay una urgente necesidad de satisfacer necesidades, encontramos miles de compradores compitiendo por los mismos recursos, encontramos incertidumbre sobre ciertos productos, sobre la calidad de los productos, sobre qué cosas debíamos exigir. No sé si ustedes recuerdan, pero al comienzo de la pandemia había incluso una discusión de si usar mascarillas o no y cuáles tendríamos que comprar. Entonces, este tipo de problemas que nos han generado una situación completamente distinta tiene además un ingrediente bien particular en el caso de la contratación pública.

Y es que el Estado es el comprador. Este Estado, primero, está sujeto a múltiples regulaciones, y la razón es muy sencilla: usa recursos colectivos. Y el contexto actual en el que nos encontramos (y creo que sí es importante tener en cuenta esto) es un contexto de crisis mundial. Este no es un problema particular de Perú, este no es un problema aislado; estamos viviendo un problema mundial en el que las cifras que se han señalado sobre la posibilidad de crisis mundial, recesión y todos los efectos colaterales económicos de esta situación son realmente importantes e incluso, en algunos casos, superiores a lo que ha ocurrido en las crisis económicas anteriores, e incluso superiores a lo que hemos vivido con las guerras mundiales previas. De modo que estamos hablando de compras realizadas por Estados que están en crisis y que, por tanto, están recurriendo no solo a recursos escasos, que siempre son limitados, sino a endeudamiento, a operaciones financieras complejas para solucionar este asunto. Y tenemos un factor que también es muy importante: funcionarios que están sujetos al principio de legalidad.

La pregunta creo que cae de madura: ¿cómo hacemos, entonces, para comprar? Yo diría «para comprar bien y rápido», que son los dos objetivos que deberíamos lograr en este momento. Y entendiendo por *comprar bien*,

simplemente utilizando el sentido común, a comprar productos de calidad, a precios competitivos; es decir, que respondan al precio del mercado; no al precio especulativo de alguien, sino realmente al precio del mercado. Y, obviamente, con integridad. Yo creo que este es el reto que tenemos en este momento: comprar, pero comprar bien y rápido.

Y entonces la pregunta es esta: ¿cómo lo hacemos?, ¿cómo logramos comprar bien y rápido? Teniendo en cuenta que, como bien decían en las preguntas previas, la Ley de Contrataciones (eso creo que sí lo tenemos que tener todos absolutamente claro) y todas las normas que tenemos están pensadas para situaciones de normalidad, están pensadas para aquellos supuestos en los que todo está funcionando como usualmente hemos conocido. La Ley de Contrataciones no está pensada para una situación de emergencia, no está pensada para una situación de urgencia. Sí, contempla la contratación directa como un mecanismo de contratación, de acuerdo; pero la lógica de la norma de contrataciones no está pensada para eso. De hecho, ninguna norma ha estado pensada para una situación tan álgida y crítica como una pandemia. En consecuencia, la pregunta es cómo hacemos si tenemos esta norma de contrataciones que ha sido pensada para una situación ideal, pero tenemos esta realidad tan urgente, tan crítica, tan distinta y tenemos además el reto de hacerlo bien.

La primera cuestión es que no es posible evadirlo; no es posible decir «bueno, esto no está regulado y por tanto no hacemos nada». La razón es muy sencilla: el artículo 8 del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que las autoridades administrativas no pueden dejar de resolver cuestiones por deficiencia de sus fuentes. Eso quiere decir que, si en este momento la Ley de Contrataciones y el Reglamento de la Ley de Contrataciones no me resultan suficientes para el contexto que estamos viviendo, igual tengo que resolver como funcionario público. Así que allí la pregunta es cómo hacemos, qué se hace, cuál es la respuesta. Y el derecho nos da dos herramientas que son fundamentales y que creo que sí es importante tener en cuenta en este momento en particular, y que además dan sentido a toda la normativa que tan bien han expuesto la doctora Guerrero y el doctor Zegarra en las presentaciones previas. Porque pareciera que enviamos un sinfín de excepciones y uno se

pregunta «¿y estas excepciones por qué?». La razón es muy sencilla: el derecho se interpreta y se integra, y las respuestas que nos han dado desde el OSCE a través de los comunicados y las respuestas que se han ido dando a través de todas las normas que se han citado responden a esta situación tan compleja; pero en muchos casos también han acudido a estos criterios de interpretación e integración.

Siguiendo a Marcial Rubio, la interpretación, como todos sabemos, ocurre cuando existe una norma jurídica aplicable; pero hay dos supuestos para interpretar: que esa norma jurídica existente, primero, sea no clara o el texto necesite cierto análisis para ser aplicado en el caso concreto; y el segundo caso de interpretación, que es el que nos interesa en este contexto, es porque existe dificultad para aplicar el supuesto previsto en la norma al hecho que ocurre en la realidad, que el hecho que está pasando en la realidad no calce exactamente. La interpretación se produce o es un recurso al que debemos acudir constantemente porque las normas están pensadas para cierto momento y una vez que la norma se promulga y se publica comienza a desenvolverse en una realidad que no necesariamente ha sido contemplada en el momento en que la norma se elaboró, y entonces allí van a surgir una serie de retos para interpretar estas normas.

En el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, creo que es muy importante recordar sus dos primeros artículos, porque el primero dice que la finalidad de esta norma es maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y promover la actuación bajo el enfoque de resultados, pero además dice «para lograr las contrataciones en forma oportuna bajo las mejores condiciones de precio y calidad que además permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos». Entonces, cuando estamos hablando de la Ley de Contrataciones, estamos hablando de que la propia ley —y creo que esto es una gran virtud que deberíamos comenzar a mirar con más frecuencia en este contexto— ha establecido cuál es la finalidad de la norma.

El hecho de que la norma nos establezca una finalidad nos genera el primer reto de todos, que es trascender la literalidad de la norma, porque

creo que sí es importante reconocer que por lo menos en contratación pública, invocando el principio de seguridad jurídica, normalmente la interpretación es bastante literal. Claro, se entiende que es para generar previsibilidad y seguridad jurídica, pero la verdad es que, en este contexto tan especial y tan particular que nos propone la pandemia, obviamente esa literalidad ya no es suficiente. Por consiguiente, tenemos que trascender un poco el texto de la norma, salir de la literalidad, pero además encontrar y utilizar métodos de interpretación y recurrir a ellos para solucionar los múltiples problemas que se presentan en este contexto tan especial y distinto. Creo que es fundamental tener en cuenta que el principio de legalidad al que está sujeta la administración pública no es equivalente a la literalidad, y creo que este concepto es bien importante tenerlo en cuenta porque, si no, vamos a encontrarnos en una serie de casillas que no nos van a dejar avanzar y probablemente no nos ayudarán a ser eficientes.

Siguiendo a Susana Sussmann en un libro que es muy importante para todos, creo yo, y lo recomiendo mucho, que es *Interpretación de la ley*, ella genera o invita a hacer un protocolo cuando se trata de interpretar las normas y señala que hay por lo menos tres pasos muy importantes cuando estamos hablando de una labor de interpretación. El primero es identificar el propio rol. ¿A título de qué estoy interpretando? Los funcionarios públicos que están en esta etapa de contratación lo hacen como funcionarios que deben vigilar el orden público; ese es su rol. A diferencia de un abogado litigante, de un juez o de un árbitro, el funcionario público tiene la finalidad, el rol, la misión de lograr el interés público, de modo que tiene que aspirar a ser neutral, a ser justo, a ser equitativo, a ser correcto, y en particular, cuando hablamos de contrataciones, a alcanzar esa finalidad de la ley que es lograr condiciones adecuadas de costo, precio, oportunidad y satisfacción de necesidades.

Lo siguiente que se debe hacer es utilizar los métodos de interpretación y, como todos los abogados sabemos, estos son una serie de métodos reconocidos, aceptados y desarrollados por la doctrina que nos van a permitir entender el contexto y el significado de la ley y cómo se aplica esa ley al caso concreto. Así obtenemos un criterio general, no necesariamente literal, y hacemos un análisis, pasando por todos los métodos de interpre-

tación, de manera que llegamos a una conclusión. ¿Qué es lo fundamental cuando estamos utilizando métodos de interpretación? Invocar algún principio que dé hilo al razonamiento; eso es lo que se busca cuando se interpreta y se utilizan varios métodos de interpretación. Por ejemplo, imaginemos que, en cualquier caso, yo voy a preferir la seguridad jurídica y la voy a utilizar como mi principio rector. En este caso particular, en mi opinión, tendríamos que utilizar el principio de eficiencia y eficacia como criterio rector para toda la interpretación que se realice, utilizando, obviamente, los métodos de interpretación. También es posible utilizar los cánones de interpretación, que, como sabemos, lo que hacen es situar el contexto lógico de lo que se está haciendo, de manera que la interpretación que se logre sea una interpretación acorde a la norma, sea una interpretación razonable, sea una interpretación que encaje con la finalidad de la norma.

Y finalmente encontramos, en este protocolo, la acción de distinguir entre el significado legal y el significado literal. Es importante hacer la diferencia, y creo que es fundamental hacerlo en este contexto, porque el significado literal es el significado gramatical. También allí vemos que hay un ejercicio de interpretación, porque entre las muchas alternativas posibles que me da el diccionario yo elijo una; allí hay un ejercicio de interpretación literal. Pero, sumado a este, yo debo ver el significado legal: qué cosa se quiso decir con esta norma, qué quiso el legislador cuando hizo esta norma; pero no lo que quiso en el sentido volitivo o qué cosa pensaba en su ámbito subjetivo. No, sino qué cosa quería el legislador desde el punto de vista objetivo; además, cómo se debe entender esa intención objetiva del legislador, que puede estar en los antecedentes de la norma, en el contexto, etcétera; cómo se puede además invocar este sentido ubicándolo en el contexto actual y el momento en el que se está viviendo para lograr esta finalidad de la norma. Así, vamos a ver que la interpretación jurídica es una herramienta que deberíamos comenzar a mirarla los abogados de manera un poco más intensiva para ver cómo solucionamos, damos contexto y entendemos todas estas normas que se han ido promulgando para atender la emergencia sanitaria, y atender los miles de necesidades que se han generado como consecuencia de la situación que estamos viviendo.

Vamos entonces a notar que, cuando estamos interpretando, encontramos métodos de interpretación, y los métodos de interpretación son fundamentales porque nos van a ayudar a entender el sentido de la norma. En primer lugar, encontramos la interpretación literal o gramatical, que, como he señalado, es uno de los métodos de interpretación que se utiliza con muchísima frecuencia en contratación pública; pero también encontramos otros métodos de interpretación, como la intención del legislador, y allí debemos tener en cuenta ciertos criterios. Por ejemplo, en la interpretación de intención del legislador, se nos dice que la interpretación nunca puede llevar al absurdo. ¿Cuándo estamos ante una situación de interpretación que nos lleva al absurdo? Cuando una norma se contradice con otra, o cuando se advierte que las consecuencias de la interpretación literal son indeseables dado el contexto que se analiza, o cuando no queda otro remedio que trascender de la norma porque esta otra vez resulta insuficiente, o cuando las circunstancias respecto de las que se está analizando la norma y el momento en el que se dio han cambiado. Y en mi opinión todos estos elementos se producen cuando estamos hablando de la Ley de Contrataciones y la situación actual de pandemia que vamos viviendo. Es evidente que la norma de contrataciones no estuvo pensada para esta situación de pandemia y evidentemente vamos a encontrar muchísimas normas que podrían ser absurdas. Un ejemplo típico es exigir RNP (Registro Nacional de Proveedores) a un proveedor chino que es el único que tiene disponibles mascarillas, protectores o equipos de protección personal (EPP). Entonces, ese tipo de cosas no podemos utilizarlas de manera literal; no vamos a utilizar el concepto de la norma de manera rígida, sino que más bien vamos a encontrar la forma en la que hagamos que estas normas resulten racionales. Creo que si entendemos estos métodos de interpretación podemos encontrar más lógicas las directivas que se han ido publicando desde el OSCE para esta etapa de pandemia, y creo que sí es importante entender cuál es la sustancia teórica para no solo aplicar las normas, sino también entender un poquito el contexto e ir solucionando los problemas del día a día. Siempre se nos van a presentar problemas que no están necesariamente previstos en el comunicado o en el reglamento o en la ley, así que la pregunta es cómo los vamos solucionando, y otra vez la interpretación es una herramienta importante.

Otro método de interpretación que es fundamental es el método de interpretación sistemática. ¿Qué cosa quiere decir esto? Quiere decir que necesitamos entender la norma en determinado contexto y debemos favorecer que la interpretación realizada esté en armonía con todo el sistema jurídico. Para que el sistema funcione es necesario que todas las normas conversen entre ellas, y aquí los principios o los métodos de interpretar nos dan algunas ayudas que son, desde mi punto de vista, muy útiles. La primera es que la norma especial es preferida a la norma general; esta creo que es fácil y la manejamos todos. La segunda es que una norma especial anterior se prefiere a la norma general posterior. ¿Por qué? Porque vale como excepción. La tercera es que la norma especial posterior no deroga la norma general anterior, sino que establece una excepción. Entonces, estos criterios, que parten del sistema de interpretación sistemática, son fundamentales para ir aplicando y para ir limpiando la serie de normas que nos vamos a encontrar, que, como nos han indicado los panelistas anteriores, han sido muchísimas en el camino.

Diremos también que la interpretación sistemática se complementa con la doctrina, con la jurisprudencia, con la analogía, con los principios generales del derecho, y es fundamental, en el caso de contratación pública, que cuando se interpreten normas de contratación pública se entienda que estamos ante un sistema jurídico distinto, perteneciente al derecho público, y que tenemos otras normas importantes de derecho público que son aplicables. Esto nos lleva a entender que necesitamos armonizar, sea lo que sea en lo que estemos trabajando, con todas las normas de los sistemas administrativos. Eso va a generar que nuestra interpretación o nuestra actuación no solamente tenga que enfocarse cerradamente en una norma de contrataciones y buscar la interpretación literal, sino también entender cuál es el contexto de esa norma, y todos sabemos que, por ejemplo, todas las normas de tesorería, todas las normas de los sistemas administrativos tienen algo que decirnos para interpretar cualquier norma en este contexto tan especial.

Un principio que es fundamental es el principio de no contradicción. El método sistemático de interpretación parte del supuesto de que el derecho es armonioso, que no puedo utilizar una norma en contraposición con

otra. Si hay dos normas que conversan distinto, tienen que querer decir algo; no puedo anular una en detrimento de la otra. Yo puedo preferir una, pero siempre tengo que hacer que las normas conversen, coordinen, entendiendo que hay sistemas de coordinación y de jerarquía entre las normas. Ese es un criterio también importante a la hora de interpretar.

Una cuestión que también es importante es la interpretación histórica de la norma. Cuando hablamos de interpretación histórica es cierto que podemos recurrir a los documentos de elaboración de la norma, la racionalidad de la norma, etcétera, pero creo que también es importante acudir a instituciones jurídicas que probablemente están perdidas entre las diferentes normas que tenemos y que se han dado en contextos particularmente difíciles. En la interpretación histórica puede aplicarse y puede ser especialmente útil ver normas de situaciones de emergencia, ver normas de situaciones extraordinarias, como la guerra. Otra vez, todas las cifras y toda la información que recibimos del mercado, de la pandemia, de cómo está funcionando la situación en este momento son como las de una guerra. O sea, es una guerra no convencional, no es una guerra ordinaria. La pregunta es qué instituciones jurídicas se pueden utilizar y cómo es posible organizar esto para que resulte racional y coherente. Y, como les decía, cuando hablamos de interpretación, además de los métodos también vamos a utilizar los cánones de interpretación; es decir, aquellos instrumentos que dan cobertura lógica al resultado de la interpretación. Por ejemplo, quien puede lo más puede lo menos, lo que no está incluido está excluido, a igual razón igual derecho, etcétera. Hay cánones de interpretación que nos pueden ayudar con herramientas de lógica para encuadrar lo que estamos haciendo de manera que, efectivamente, nuestra actuación sea coherente con el sistema jurídico.

Junto a la herramienta de la interpretación hay otra que es particularmente importante (y es excepcional, pero creo que sí es importante tenerla en cuenta en este momento tan particular): la integración jurídica. Esta es un ejercicio en el que se producen normas jurídicas porque estamos ante una laguna o vacío del derecho; es una situación normalmente excepcional en la que la circunstancia en la que nos encontramos no está prevista expresamente en la norma jurídica, no está prevista en los supuestos existentes, e igual necesita una respuesta, porque, otra vez, la Constitución, el

Código Civil y, en particular, el artículo VIII de la Ley del Procedimiento Administrativo General nos obligan a resolver las circunstancias y las situaciones, dar respuesta y solucionar los problemas, aun cuando la norma no nos baste, no sea suficiente o existan vacíos en ella. En consecuencia, la integración jurídica es un ejercicio o una herramienta que el derecho nos da para llenar aquellos aspectos en los que no es posible encontrar una norma jurídica que calce con el supuesto jurídico que estamos trabajando en este caso concreto.

Para la integración jurídica existen dos métodos. El primero es la analogía. ¿Qué cosa quiere decir la analogía? Se produce en todos aquellos casos en los que tengo una norma jurídica que establece una consecuencia jurídica y tengo una situación de hecho que no necesariamente calza con exactitud con esa norma, pero haciendo un análisis puedo encontrar elementos comunes que me permitan aplicar esa norma por analogía. Según señala Marcial Rubio, ocurre cuando la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que se considera el supuesto de la norma. Por ejemplo, yo tengo una norma que me dice que los requisitos son A, B, C, D para aplicar la consecuencia X; pero, para utilizar analogía, supongamos que yo estoy en una situación que tiene solo los tres primeros elementos (A, B, C; no tiene D). ¿Puedo o no puedo? Voy a utilizar la misma consecuencia jurídica en la medida en que yo analice que este último elemento no necesariamente es sustancial, no necesariamente determina el sentido de la norma; por lo tanto, luego de este análisis, puedo decir «ah, entonces puedo aplicar igualmente esta norma». ¿Es posible? Sí, es posible.

El segundo método de integración es la aplicación de los principios generales del derecho. Y este método de integración es fundamental porque, en primer lugar, tiene un reconocimiento expreso legal: el artículo 139, inciso 8, de la Constitución señala que es necesario recurrir a principios cuando la norma no nos da una respuesta exacta o expresa a lo que estamos señalando. En el mismo sentido, el artículo VIII del Código Civil dice que no es posible dejar de resolver por vacío o deficiencia de la ley, y hay una norma exactamente equivalente en el artículo VIII de la LPAG: necesitamos resolver la situación pese a que no tengamos una norma específica.

Cuando estamos hablando de principios del derecho, si bien vamos a entender que esta es una definición del Tribunal Constitucional sobre principios del derecho, y el Tribunal Constitucional dice que estos principios también pueden ser considerados como normas y por tanto pueden ser igualmente exigibles, en la Ley de Contrataciones tenemos una particularidad que a mí me gustaría resaltar: el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado tiene una virtud que es muy importante, porque expresamente señala que existen ciertos principios que son aplicables para la contratación pública. Es más, miren lo rico de esta norma que yo creo que no la usamos lo suficiente (o, si la usamos, no la usamos en su real dimensión); el artículo 2 dice: «Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros». Ojo, eso es bien importante también, porque nos está diciendo «estos son los principios aplicables para la contratación pública en general, pero también admito otros que no necesariamente estén recogidos en este catálogo, pero que sean igualmente normas reconocidas en el sistema jurídico y, como dice el Tribunal Constitucional, no necesito que esté literalmente puesto; necesito que sea un valor jurídico considerado y que, por tanto, pueda yo incorporarlo como criterio normativo». Entonces, el primer párrafo del artículo 2 de la Ley nos dice esto: «Yo reconozco este catálogo de principios, pero, además, todos los que puedan ser aplicables a esta situación jurídica».

Y la segunda cosa que dice la Ley de Contrataciones, que también es muy importante, es «los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente ley y de integración para solucionar sus vacíos». Pero además dice una cosa que para mí es fundamental y que es una protección para los funcionarios: «sirve de parámetro de actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones». Así pues, la Ley de Contrataciones tiene la virtud, por un lado, de mostrarnos la finalidad de la ley, diciéndonos qué cosa es lo que debemos interpretar o de dónde tendríamos que guiarnos como objetivo de la ley, para qué toda esta norma y cuál debería ser nuestro derrotero cuando aplicamos la ley; y, en segundo lugar, nos da el catálogo de principios que deben ser aplicados tanto para la interpretación (ya habíamos dicho cuáles son los métodos de interpretación) como

para la integración, que son todos estos vacíos que sin duda nos vamos a encontrar en el día a día en este contexto tan importante.

En el catálogo de principios que nos da la Ley de Contrataciones vamos a encontrar principios tan importantes como el de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficiencia y eficacia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, integridad, etcétera. La pregunta, entonces, es «bueno, ¿y todos estos principios yo los voy a aplicar exactamente igual y todos tienen que estar y concurrir necesariamente?». La respuesta es «no». Como decíamos hace un momento, cuando se hace un ejercicio de interpretación de la norma, es posible e incluso deseable, y es parte de la metodología, identificar algún principio rector que sustente el razonamiento de lo que se está invocando. ¿Por qué estoy haciendo todo esto? Porque estoy invocando determinado principio subyacente.

Creo que hay un principio al que deberíamos favorecer y ponerle toda la importancia del caso: el principio de eficacia y eficiencia. Miren lo que dice este principio en la Ley de Contrataciones: «El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos». Yo creo que este debería ser el principio rector en esta época de pandemia, pero también creo que este principio de eficacia y eficiencia debe estar unido, sin duda alguna, al principio de integridad, que también está recogido expresamente en la Ley de Contrataciones. Pienso que en este contexto de pandemia son estos dos los principios que deberían tener la mayor luz, la mayor utilización, el uso más intensivo. ¿Por qué? Porque el principio de integridad nos habla justamente de la honestidad y veracidad en todo el proceso de contratación; además, nos habla de evitar prácticas indebidas. En mi opinión, estos dos principios deben estar conversando para poder lograr la finalidad de la compra pública y la finalidad de la Ley de Contrataciones.

Dicho esto, me gustaría también señalar que existen, sin duda, muchísimos retos para utilizar las normas adecuadamente e invocar estas dos herramientas el día de hoy, por una razón muy sencilla: primero, como he dicho, estamos muy acostumbrados a la literalidad; en segundo lugar, tenemos un sistema de control muy pegado a lo literal, y tenemos además un deficiente entendimiento del principio de legalidad, que se confunde muchas veces con literalidad. Pienso que la pandemia ha generado muchos retos en el ámbito de la contratación pública y este es más o menos el panorama de herramientas que nos podría permitir el derecho y la misma Ley de Contrataciones para solucionar los múltiples problemas que seguramente están presentándose en todas las entidades.

Muchas gracias.

**Juan Carlos González Salinas:** Doctora María Hilda Becerra, muchas gracias.

Lamentablemente, el día de hoy nos ha ganado el tiempo. Nuevamente, agradecemos a toda la mesa, agradecemos a todos los ponentes. Han sido brillantes en sus participaciones. Vamos a continuar ahora con la segunda mesa.

Muchas gracias a todos.

**Mary Carmen Estela:** Bien, para continuar con el programa, agradecemos a todos los ponentes y al moderador de la primera mesa. Ha sido una mesa muy interesante.

Continuando con el programa, vamos a presentar brevemente un resumen del artículo escrito por miembros del Grupo de Investigación de Contrataciones con el Estado (GICE), de la Dirección de Investigación. Para ello, le doy pase a la directora de investigación, Ana Cristina Rivera Alarcón.

**Ana Cristina Rivera Alarcón:** Gracias, Mary Carmen, por la presentación. Dame un segundo.

**Mary Carmen Estela:** Sí. Recordemos que este seminario, nuestro VIII Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado, está siendo auspiciado por el Estudio Mario Castillo Freyre; Alfredo Soria Aguilar, Arbitraje y Contratación; Zegarra Pinto, Abogados y Consultores, Arbitraje y Contratación Estatal; María Hilda Becerra, Arbitraje y Consultoría; Tafur, Asesores y Consultores, y Daniel Triveño, abogado.

Continúa, Ana Cristina.

**Ana Cristina Rivera Alarcón:** Gracias, Mary Carmen. Como bien lo mencionaste, una de las metas que tenía la Dirección de Investigación era publicar un artículo que fuera relevante y que estuviera relacionado con una problemática de la contratación pública. Para ello, nos reunimos un grupo de miembros de la Dirección de Investigación a fin de presentarles o de discutir también aquellas debilidades plasmadas en la normativa vigente. Considero que la redacción del artículo ha sido una gran oportunidad para nosotros, y los invitamos a leerlo y agradecemos al GICE por la oportunidad.

Doy pase a Mijail Capuñay, quien nos va a explicar el tema abordado.

**Mijail Capuñay:** Hola, buenas noches a los participantes del VIII Seminario en Contrataciones con el Estado y a los ponentes. Muchas gracias, Ana Cristina.

Efectivamente, como ella lo ha señalado, nuestra función fue identificar una de las debilidades o controversias de la normativa de contrataciones del Estado. Justamente se encuentra en el artículo 45, numeral 4, de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o enriquecimiento indebido no pueden ser llevadas a arbitraje, sino a un proceso judicial. Y ahí es donde nosotros preguntamos «¿acaso este supuesto, esta prohibición de llevar a arbitraje se extiende a los demás supuestos donde se puede generar un enriquecimiento sin causa?». Como sabemos, el enriquecimiento sin causa regulado en nuestro Código Civil es aquella figura que supone que una parte se ha enriquecido a expensas de otra sin ninguna causa legítima. En

las contrataciones del Estado se puede desarrollar en diversas situaciones; en este caso, nosotros analizamos que el enriquecimiento sin causa derivado de la nulidad de un contrato podría ser llevado a un arbitraje. Para empezar, la Ley de Arbitraje señala un criterio muy importante para llevar a arbitraje las materias: el criterio de libre disposición, que se fundamenta en la patrimonialidad. El enriquecimiento sin causa lo que busca es restituir el patrimonio con el cual no está justificado que se enriquezca una parte. En ese sentido, podría ser arbitrable; sin embargo, hay otras posturas, las cuales exponemos en este artículo para que ustedes analicen. En realidad, sí podría ser arbitrable y también podría no serlo, porque, si se desarrolla, por ejemplo, una causal de nulidad del contrato, donde la entidad se ha enriquecido y los contratistas han empobrecido porque han anulado el contrato y ya no hay forma de restituirlo, entonces ya no tendría sentido, pues ya no existe un contrato, ya no emite efectos jurídicos. Sin embargo, lo que nosotros proponemos es que esta discusión sea llevada a arbitraje. Invito a todos a que puedan analizar el artículo, a que lo pueden juzgar, no para detener ahí la discusión, sino para seguir auscultando más opiniones, más juicios sobre esta controversia. Eso es todo.

**Mary Carmen Estela:** Muchas gracias, Mijail. Cabe mencionar que el artículo fue trabajado por miembros de la Dirección de Investigación del GICE, integrada por Ana Cristina Rivera Alarcón, que es nuestra directora de investigación; Renzo Herrera Benedetti; Alejandra Labella Zamora, que también está acá presente; Mijail Capuñay, que es quien ha expuesto este pequeño resumen del artículo, y Carla Clavijo Cedillo. Ellos cinco han elaborado con mucho ánimo y mucho esfuerzo el artículo, que lo pueden conseguir y leer; está publicado en nuestras redes sociales. Gracias.

Para continuar, la segunda mesa es titulada «Arbitraje e incumplimiento contractual en un contexto de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio en los contratos con el Estado». En esta mesa tenemos como ponentes al doctor Mario Castillo Freyre, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster y doctor en Derecho por la misma universidad, docente en diferentes universidades prestigiosas, con amplia experiencia oficiando de árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el OSCE, entre otros, así como una gran

presencia dentro de la producción jurídica peruana, ya que cuenta con más de cincuenta obras y más de ciento cincuenta artículos.

Asimismo, esta mesa será compartida con la doctora Silvia Rodríguez Vázquez, quien es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de magíster en Derecho Civil por la PUCP; también es secretaria general del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el año 2002; ha liderado más de cuatrocientos cincuenta procesos de arbitraje y es especialista en arbitrajes derivados de contratos con el Estado.

Asimismo, en esta mesa va a estar compartiendo con nosotros el doctor Sergio Tafur Sánchez, quien es abogado por la Universidad de Lima, magíster en Derecho de Empresa; se ha desempeñado como presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad; es docente de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad San Martín de Porres y Universidad Nacional Mayor de San Marcos; actualmente es el gerente general del Estudio Tafur, Asesores y Abogados.

Y finalmente quiero mencionar que esta mesa será moderada por el doctor Alfredo Soria Aguilar, quien es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, adscrito al Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado y adscrito al Registro de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP y AmCham; profesor de Contratación Pública y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la UPC y profesor de Contratos de la Facultad de Derecho de la PUCP, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la UPC y de la Universidad del Pacífico.

Le doy el pase al doctor Alfredo Soria para poder iniciar con la segunda mesa.



**PANEL N.º 2: «ARBITRAJE E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL  
EN UN CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA Y AISLAMIENTO SOCIAL OBLIGATORIO EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO»**

*Alfredo Soria Aguilar* (moderador)

*Silvia Rodríguez Vásquez*

*Mario Castillo Freyre*

*Sergio Tafur Sánchez*

**Alfredo Soria Aguilar:** Primero, muchísimas gracias por la invitación, por darme este encargo de ser moderador. Muy interesante el primer panel acerca de contratación directa. Fíjense en cuántos detalles hay, cuánta regulación especial y siempre la necesidad de contratar mejor. A veces la norma no basta, sino que hay que recurrir a principios, como bien dijo la doctora María Hilda Becerra. Y mucho de eso no se aplica; se aplica estrictamente la norma. Hay que buscar un punto que nos permita contratar mejor, no pensar en la literalidad de la norma, que mucho daño le está haciendo a la contratación pública. Fijémonos en los principios y eventualmente veamos la mejor forma de contratar. Pero no solamente basta la norma; eso es lo que nos ha quedado como conclusión de lo que nos han comentado los ponentes. Existía la necesidad de contratar directamente, pero tenemos que ver cómo contratamos mejor aún; está pendiente todavía ese tema.

Y quiero felicitar a los chicos del GICE, a todo el equipo por su trabajo de investigación. Los animo a que sigan escribiendo sobre otros temas; hay muchísimos temas en contratación con el Estado, y estoy seguro de que esa dirección va a seguir produciendo muchas cosas buenas para la comunidad.

Bueno, es un lujo contar en este panel con la doctora Silvia Rodríguez, con el doctor Mario Castillo y el doctor Sergio Tafur. Tenemos un

encargo que debemos desarrollarlo como máximo hasta las ocho, pues es día sábado y supongo que ustedes también tienen cosas que hacer, así que vamos a reducir los tiempos. Yo sé que estoy con profesionales que van a poder manejar muy bien el tiempo y vamos a tener unas ponencias de entre quince y veinte minutos sobre el tema que nos toca desarrollar en esta mesa, que es el arbitraje y el incumplimiento contractual en este contexto de emergencia sanitaria y aislamiento social obligatorio en el marco de la contratación pública, el marco de la contratación con el Estado.

Por una cuestión de orden, vamos a empezar por cómo ha impactado esta situación de procesos arbitrales, y vamos a darle el pase a la doctora Silvia Rodríguez, para después hablar de los temas de arbitraje y lo que ha pasado con los contratos, con el doctor Castillo, en segundo lugar, y en tercer lugar con el doctor Tafur.

Le damos el uso de la palabra a la doctora Silvia Rodríguez. Bienvenida. Tiene un máximo de veinte minutos, y si son quince minutos la aplaudimos de pie, e igual a los otros ponentes. Adelante.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Gracias, Alfredo. Espero que me escuchen bien. Creo que tengo problemas con la conexión.

**Alfredo Soria Aguilar:** Sí se escucha bien, doctora.

**Silvia Rodríguez Vásquez:** Muchas gracias, Alfredo. Bueno, un gusto ver a Mario, un gusto ver a Sergio y a los demás expositores que he tenido la suerte de escuchar en estos tiempos. También hoy es el día de la hora del planeta, de modo que antes de las ocho y media tenemos que desconectarnos para apagar las luces. Así que está bien, no te preocupes, voy a hacerlo corto.

La exposición que he preparado hoy en realidad tiene que ver con este impacto de la pandemia, de la emergencia del covid en los centros de arbitraje, en los arbitrajes institucionales y obviamente desde la experiencia del Centro, de lo que se esperaba. Retrocediendo un año, el inicio de la pandemia nos tomó no de sorpresa por no saber que se venía, sino de sor-

presa en el sentido de que nunca había pasado esta situación absolutamente extraordinaria y que definitivamente impactaba a todos: impactaba a las partes, impactaba a los árbitros y al propio Centro, porque, por ejemplo, al día siguiente, el 16 de marzo del 2020, teníamos una serie de plazos que avanzaban, una serie de audiencias que realizar, laudos que se tenían que notificar, etcétera. Y todo eso quedó paralizado con el *snap* que, podríamos decir, hizo Martín Vizcarra, que dijo «todo está paralizado». Entonces, todo ese tiempo, que fue de incertidumbre para el Centro, nosotros seguíamos trabajando a distancia e íbamos reformando nuestras normas internas, nuestros procedimientos internos para lo que sabíamos que se venía, que era el levantamiento en algún momento de los plazos procesales. Porque nosotros lo que hicimos fue suspender, por una regla que teníamos, todos los plazos para evitar que cualquiera se pudiera sentir vulnerado en el derecho de defensa. Las partes o los árbitros que de repente no podían haberse acercado a sus oficinas, como muchos nos mencionaban, no tenían las actuaciones o el expediente físico. También nosotros teníamos que prepararnos con el escaneo de los expedientes que todavía quedaban de manera física, y todo esto con la incertidumbre de qué iba a pasar después. Porque nadie sabía; eran quince días y luego otros quince días más y otros quince días más.

Bueno, lo que nos pasó en esos tres meses —que fueron prácticamente marzo, abril, mayo, junio: cuatro meses, en realidad— fue que en todo ese tiempo nosotros recibimos setenta arbitrajes, lo cual era extraño para nosotros porque usualmente recibíamos un promedio de entre cincuenta y sesenta al mes. Lo que sucedió fue entonces que esos tres meses se redujeron prácticamente a uno. Nosotros decíamos «¿qué va a pasar?, ¿cuál va a ser el impacto en el Centro de Arbitraje?». Escuchaba voces que decían «lo que se viene es un sinfín de arbitrajes, lo que se viene es que los arbitrajes van a ser más numerosos por todos los problemas que va a significar esta situación extraordinaria y lamentable» (muy lamentable por todo lo que estaba pasando). Y, bueno, el tiempo les dio la razón a esas voces que decían ello.

Nosotros tenemos en este momento aproximadamente 1046 casos en trámite. Eso quiere decir que dijimos «bueno, vamos a ver más o menos cuántos arbitrajes hemos tenido hasta el 15 de marzo». Estuvimos sacando

la cuenta de esto y dijimos «desde nuestro inicio hasta el 15 de marzo del 2020 tuvimos 2762 arbitrajes que se presentaron, y entre el 16 de marzo del 2020 y el 26 de marzo del 2021 (ayer), 544». Prácticamente la quinta parte ha entrado en esta situación extraña de pandemia en que todo ahora es virtual. Y, cuando hemos sacado la cuenta de cuántos arbitrajes que han ingresado son de contratación pública, nos sale la cantidad de 432. De hecho, existe un ingreso mayor, como les mencionaba: entre marzo y julio solo entraron 70; eso quiere decir que de los 432 hay que restar 70. Han entrado más de 300 arbitrajes entre julio y marzo. Nos dimos cuenta de ello; en un momento han ingresado algo de 90 arbitrajes en un mes. Incluso en diciembre, donde usualmente había una carga baja de arbitrajes, empezaron a ingresar muchísimos.

Obviamente, nosotros ya nos habíamos preparado. Los usuarios que utilizan el servicio de arbitraje de la Católica ya saben que hay un protocolo, ya saben que los arbitrajes son de manera virtual; incluso hace poco hemos inaugurado la plataforma para presentar solicitudes de manera directa allí y contestar también de manera directa en la plataforma estas solicitudes, con lo cual vamos avanzando para mejorar el servicio y asegurar que los usuarios se sientan cómodos con el trabajo. ¿Y de qué nos hemos dado cuenta en este tiempo? De los tipos de arbitraje que han llegado. Obviamente, los expertos son Mario y Sergio, que me imagino que lo van a hablar. Nosotros nos hemos dado cuenta de que han llegado dos tipos de arbitraje: un buen número de estos son derivados de contratos que se han celebrado producto de la pandemia, y era más o menos lo que decía José, a quien hace un momento estaba escuchando. ¿De qué estamos hablando? De utensilios médicos, de uniformes desechables, de guantes, de productos de protección contra el virus, de camas uci, de tomógrafos, de pruebas para detección de la covid. Esos contratos que se celebraron para eso ya tienen arbitrajes, ya han llegado al Centro en todo este tiempo. Me imagino que van a seguir llegando.

Lo que decía José en la estadística que presentó sobre quiénes eran los proveedores también es cierto. Hay muchos proveedores que son de bienes muy vinculados con el sector de salud. Nosotros hemos tomado en cuenta que estos nuevos arbitrajes aproximadamente son el 20% y están relacio-

nados con las áreas de salud de los diferentes sectores, porque no solamente es el Ministerio de Salud, sino también EsSalud, que no pertenece a ese ministerio. Y también hay otros sectores que son de salud, pero que no pertenecen ni al Ministerio de Salud ni tampoco al Ministerio de Trabajo, de donde es EsSalud. Así pues, hay una serie de problemas que se están viendo reflejados en arbitrajes y hay diferentes árbitros que tendrán que revisarlos con esta nueva normativa existente, con todas estas excepciones y obviamente con el régimen general, que me imagino que tanto Mario como Sergio lo van a explicar. Yo solamente estoy poniendo los temas que estamos viendo nosotros como centro que administra estos arbitrajes. Así que es interesante porque ya están llegando estas controversias, estas disputas, y de hecho van a seguir llegando; seguro que habrá más contratos y definitivamente llegarán más problemas por cada contrato que se celebre. Esto es inusual para nosotros, porque era un porcentaje mínimo el que existía en temas de adquisición de bienes; y menos en temas médicos. Porque aquí básicamente son problemas médicos, temas de medicina. Esto es interesante porque esta pandemia nos ha traído una nueva «especialización» que tendrán que analizar los árbitros que serán convocados para revisar estos casos.

El otro tipo de arbitraje que hemos revisado es aquel arbitraje derivado de inconvenientes en la ejecución del contrato. Es decir, se había celebrado el contrato, vino la pandemia y se presentaron estos inconvenientes. Eso es lo que me imagino que todos pueden saber, que son las ampliaciones de plazo para la ejecución de la obra, que se declara de repente nula, que se pide que se declare nula una resolución de contrato por la imposibilidad de seguir brindando el servicio, por ejemplo. Y esto también es interesante, hablando ya de obras, porque muchos arbitrajes que hemos tenido —aproximadamente el 30 %— se amparan en el Decreto Legislativo n.º 1486, que es el que emitió el año pasado el Gobierno para lo relacionado a las obras. Entonces, muchos de los arbitrajes que tenemos amparan la ampliación excepcional que se tiene que dar, de manera que nos damos cuenta de que a algunos no les otorgan tal ampliación; a otros sí se la conceden, pero no del todo. Me estoy refiriendo a las entidades. No se la conceden del todo; por tanto, obviamente los contratistas reclaman y dicen «me tienes que dar todo lo que te he pedido», hacen todo su fundamento y eso lo ten-

drán que decidir los árbitros. Ese es también un tipo de arbitraje que está llegando. Yo digo que, por lo general, son contratos que han sido suscritos antes, pero lamentablemente vienen siendo afectados por la pandemia. Sin embargo, también nos hemos dado cuenta de que algunos de esos contratos ya tenían problemas, ya venían con inconvenientes y, lamentablemente, la pandemia vino a llevar al hoyo la ejecución del contrato y lo terminó empeorando. La situación ya venía mal y de repente la entidad le estaba diciendo «oye, tú ya estás teniendo problemas»; ya venía la controversia, pero al final la pandemia y esta suspensión que se dio terminaron afectando este contrato, a este contratista y la ejecución del contrato, así que se terminó de resolver y el caso se llevó a arbitraje.

Yo quiero llamar la atención hacia un caso en particular que, cuando lo he leído, me ha puesto a pensar en que hay situaciones, por ejemplo, de contratos de obra que uno las puede tomar y decir «bueno, sí, claro, hay problemas con la ejecución del contrato de obra, ha habido esa paralización»; pero pongámonos a pensar. En un caso que hemos recibido hay un problema del servicio de diálisis que se ha venido dando a lo largo de todos estos años y producto de la pandemia se tuvo que suspender; y de repente el proveedor del servicio siguió ofreciéndolo, porque estamos hablando de un servicio indispensable para la vida humana: el servicio de hemodiálisis. Después, de pronto, recibe la noticia de que le han resuelto el contrato por determinadas circunstancias que las verán los árbitros.

Se presentan casos bastante singulares. Estamos hablando, por ejemplo, de lo que les mencioné al inicio: ejecución de una obra. Les estoy hablando ahora de temas de salud, que no tienen que ver tal vez con que debido a la pandemia haya habido un contrato, sino que se venía dando el servicio de hemodiálisis y que, lamentablemente, se resolvió el contrato por un problema que ocurrió después de la pandemia.

Otro problema que también he visto, y me parece que también lo conversó José, es el desabastecimiento de un principio activo para elaborar un medicamento. Se contrató antes, se contrató en diciembre, se contrató en enero y ahora se ha venido todo el problema porque no pudieron atender eso; ya venían las cartas diciendo «hay un desabastecimiento; no podemos

atenderlo» y producto de ello se genera esta resolución del contrato, por no atender. Es complicado. Vemos que hay muchas cosas, muchos problemas que ya se están presentando a raíz de esta pandemia y me imagino que se van a seguir presentando a lo largo de los meses. Recién estamos en el mes doce, o trece ya, de esta emergencia sanitaria. Me imagino que los contratos siguen, la vida humana sigue y, en consecuencia, siguen también las relaciones jurídicas que tenemos que dar. Supongo que eso, lamentablemente, traerá diversos inconvenientes de acuerdo a como se continúe desarrollando esta pandemia.

Hay dos temas adicionales que quisiera conversar o dos reflexiones que quiero dar. A pesar de que ya tenemos la pandemia, ahorita ya no es una situación extraordinaria, ya la tenemos. Y yo me pongo a pensar por qué seguimos recibiendo contratos con cláusulas estándares exactamente iguales que antes de la pandemia. Me refiero a cláusulas de solución de controversias. Ya pasó un año; por lo tanto, ya todos deberíamos habernos adecuado al arbitraje, porque, de hecho, en contratación pública se tiene que resolver por arbitraje. Ya deberían haber cambiado su cláusula; sin embargo, seguimos viendo que muchas entidades ponen las mismas cláusulas. ¿Y por qué lo menciono? Porque, por ejemplo, nosotros como centro de arbitraje tenemos un problema para notificar la solicitud de arbitraje. ¿Cómo la hacemos llegar si es que en la cláusula de solución de controversias no dice «y notificarás por correo electrónico a estos correos»? No hay. De hecho, nuestro protocolo piensa eso, así que ya lo hemos solucionado a través de protocolo, pero no es la idea; nos genera más trabajo para la solución de la controversia y para avanzar. Ya pasó un año; entonces, yo creo que las entidades lo primero que tienen que hacer es pensar que esta situación, esta solución de las controversias, esta cláusula ya tiene que cambiar; tienen que pensar en un arbitraje a distancia. Ya todos nos hemos adecuado. Si estuviéramos en marzo, en abril o en mayo, lo podría entender; era normal, recién estábamos conociendo la plataforma, recién estábamos conociendo el uso constante del correo, de las diversas redes sociales, etcétera. Pero ya después de un año deberíamos habernos adecuado a que esta manera de resolver las controversias se va a dar por mucho tiempo. Esta es una reflexión que hago para que estas entidades puedan solucionar sus controversias de la mejor manera, y la manera más segura, para evitar, por

ejemplo, tener que estar enviando a una persona hasta la entidad. Incluso a veces no dicen nada y luego nos dicen «ah, no, es que teníamos un correo y recién ahora te lo doy», después que hemos pasado varios días tratando de comunicarnos. Por tanto, sí creo que las entidades, los contratistas y los proveedores del Estado deben cambiar ese chip para que la cláusula de solución de controversias ahora sea distinta y ya no sea solamente la cláusula de medianoche, sino que se adecúe correctamente a esta nueva realidad.

Una última reflexión que quiero hacer (y es lamentable lo que ha ocurrido) es que tenemos en este momento un problema con los árbitros que no están adscritos al RNA-OSCE. Cada día este RNA-OSCE va bajando en número porque la normativa no permite que se inscriban aquellos cuyo certificado, cuya vigencia ya va finalizando, sino que, cuando ya finaliza, cuando ya pierde vigencia, recién pueden postular, con lo cual todo esto se demora. Si bien considero que si la norma está hay que cumplirla, en este momento está generando un grave perjuicio a todos; no solamente a los árbitros, a los centros; yo creo que principalmente a las entidades y a los proveedores, porque hay un número muy reducido. Si ustedes entran hoy día al RNA-OSCE, van a encontrar un número, y de repente en dos o tres días van a encontrar un número menor, porque cada día va bajando. Y para poder postular e inscribirse hay que seguir una serie de trámites bastante burocráticos; y no solamente burocráticos, sino que tienen mucho inconveniente de cumplirse en este tiempo de pandemia. Es algo que nosotros ya hemos conversado con personal del OSCE y hemos dicho que haberlo vuelto obligatorio precisamente en el momento de la pandemia fue el peor error que se le pudo ocurrir a la entidad. No sé si no midieron los tiempos, no se dieron cuenta, pensaron tal vez que la pandemia iba a pasar muy rápido. Ha habido momentos en que las personas ni siquiera han podido presentar sus documentos; no han podido dar examen; ha habido mucha gente a la que se le ha ido el registro sin saberlo. Y lamentablemente cada día tenemos menos árbitros. Los perjudicados al final, más que los árbitros, más que los centros, son las propias entidades y los propios proveedores del Estado, que al final ven reducida la capacidad de personas que van a poder resolver sus controversias. Más allá de si alguien está interesado en postular o no al RNA-OSCE (eso es una decisión personal), lo que digo es que en este momento es un gran cuello de botella que está afectando el resolver las

controversias en esta situación que les menciono (que hay más arbitrajes). Entonces, el concepto es que, a más arbitrajes, más árbitros; pero en este momento está ocurriendo lo contrario: hay más arbitrajes y menos árbitros disponibles para que los centros y las propias entidades puedan designar a sus árbitros.

Ese es el panorama que quería mencionarles y compartir. Yo creo que más adelante, en los meses que pasen, veremos las nuevas cosas que están ocurriendo; de repente se presentarán nuevos problemas. Eso es todo lo que quería decirles.

Muchas gracias.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctora. Comparto su preocupación: el número de árbitros que tiene el RNA-OSCE cada vez es menor y no se condice con la gran cantidad de casos que existen; debería haber más. Claro, se debe ver la forma en la cual ese procedimiento se agilice, con los requerimientos que diga la autoridad competente, y actualizar ese registro, porque el número de árbitros que existen ahí no son los que deberían estar; deberían ser muchísimo más para la cantidad de arbitrajes que existen. Obviamente, cuidando la calidad de los árbitros, porque aquellos que están en ese registro serán designados por la entidad o residualmente por las instituciones arbitrales, como bien dijo la doctora Rodríguez.

Muy bien, cumplió exactamente veinte minutos, doctora. Muchísimas gracias.

Vamos a darle el pase al doctor Mario Castillo. Esperamos poder cumplir con la meta de terminar a las ocho y no más allá. Adelante, doctor Castillo. Es un lujo tenerlo en este panel.

**Mario Castillo Freyre:** Muchísimas gracias, Alfredo. Un gusto de compartir este panel contigo, con Silvia y con Sergio.

En primer lugar, tengo que agradecer al GICE por la generosa invitación. Creo que no me he perdido ninguno de sus seminarios, así que

estoy muy contento por ello. Este es el VIII Seminario en Contrataciones del Estado y es una constante que se ve en pocos grupos, así que mis felicitaciones al GICE por esta constancia y el empeño de difundir los temas de contratación estatal, que le son tan caros al Grupo, pero que son tan importantes para el país.

En segundo lugar, quiero decir que me ha interesado muchísimo tu exposición, Silvia. Muy buena exposición. Generalmente, en cuanto a las exposiciones estadísticas, hay personas que simplemente leen esas estadísticas y se acabó. Pero esta fue una exposición muy analítica; yo la he escuchado con mucha atención y se ha dicho mucho. Quinientos arbitrajes en un año en un centro de arbitraje —uno de los dos centros de arbitraje más importantes, sin duda— dice mucho. Y, además, fíjense ustedes, contratos que recién se han celebrado para la provisión de bienes, servicios u obras en materia de la emergencia ya están en arbitraje. Un tío mío, que ya falleció hace algunos años (vivió muchos), era un ingeniero muy ilustre que tuvo su empresa constructora con un solo socio durante cuarenta años. Se llamaba Félix Juliá Freyre, con quien yo conversaba mucho sobre estos temas. Me decía que él, a lo largo de cuarenta años, nunca había tenido ni un juicio ni un arbitraje con el Estado, y que tanto para su socio, el ingeniero Villavicencio, como para él representaba pavor la idea de tener que litigar contra el Estado, porque ellos lo consideraban un desprestigio para sí mismos. Él me decía: «Aunque sea el último día, a la última hora, yo cumplía con entregar la carretera». Se dedicaban a hacer carreteras, puentes; una empresa de esa naturaleza. Bueno, realmente yo siempre lo cito como ejemplo (o como contraejemplo, muchas veces, porque es una cosa exótica), porque en realidad en el Perú, si bien hay casos, y muchos, en los cuales los contratistas son personas muy serias que tratan de cumplir y no se puede, hay otros en los que no lo son. Hay muchos casos en los cuales el Estado maneja un contrato de obra o de lo que sea de una manera muy eficiente, y hay otros casos en los que no lo maneja de manera eficiente. Eso tiene que ver mucho con la cada vez mayor improvisación. Este es un tema de fondo que yo planteo no para ser discutido en este evento, porque no da el tiempo, sino que lo dejo planteado como tal. Creo que un tema importante es la improvisación en las autoridades peruanas. Por ejemplo, cualquiera de nosotros podría

en algún momento ser presidente de la república; bastaría ser congresista y que en algún momento se peleen y digan: «Bueno, ¿quién? Oye, ¿y ese que está al fondo y nunca habla? Sí, nos cae bien, ¿no? Bueno, ¿y por qué ese no? Hay que designar a alguien». Y así terminamos como presidente de la república. No es culpa de la persona que estaba ahí; lo que pasa es que no hay de dónde escoger. ¿Y por qué no hay de dónde escoger? Esos son temas de fondo. No hay de dónde escoger porque en el Perú se ha satanizado lo que significa la actividad política. En el Perú, desde el primer gobierno de Fujimori, se satanizó los partidos políticos, lo que terminó de ocurrir en el gobierno de Vizcarra. Y los partidos políticos deben ser fuente de técnicos. Alguna vez yo escuchaba hace muchos años que, para manejar el Perú, un partido político necesitaba cinco mil personas por lo menos. ¿Existen partidos políticos, existe la posibilidad de que una organización maneje seriamente, con gente propia y no improvisada, el Perú? Me refiero al Gobierno central. Eso no existe. Entonces, muchas veces vemos los problemas que se presentan en el día a día, pero ¿cuál es el fondo de esto? Una desorganización sistémica muy grave como país, a portas —exactamente, a cuatro meses y horas— de cumplir doscientos años de vida independiente. Eso es una vergüenza, eso es una vergüenza.

Ahora, la pandemia (y he revisado mucho lo que dije el año pasado en septiembre cuando me referí a este tema, para no repetir conceptos) sin duda debe haber agudizado esta situación, y los números que nos trae Silvia creo que son una prueba por lo menos preliminar de eso. Quinientos arbitrajes en un año como este (no digo en un año normal, sino en un año como este) son representativos de que algo funciona mal en la contratación. El problema es que esto comenzó como una cuestión súbita, comenzó como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor: el evento extraordinario, irresistible, imprevisible; el caso fortuito, más conocido como los hechos de Dios, porque se debe a la naturaleza. Me refiero a la pandemia. Una cosa que se podía prever: ocurrió en China, semanas después ocurrió en Europa y semanas después ocurrió en América Latina. Entonces, el tema era prácticamente imprevisible. ¿Por qué digo *prácticamente imprevisible*? Porque en derecho, a diferencia de las matemáticas, casi nada es nada. ¿Correcto? O sea, si pasan unos días para que ocurra una cosa tan grave, no me digan «lo pudiste prever porque en Europa ocurrió tres semanas antes».

No; casi nada, para estos efectos, es nada. Un ingeniero me colgaría por lo que estoy diciendo, pero en derecho es así; eso viene desde Roma.

Entonces, eso empezó así. Y, naturalmente, es entendible (en parte de lo último que decía Silvia de los convenios arbitrales y de su redacción) que toda la situación que se produjera a partir de la pandemia en el Perú fuera una situación imprevista; pero lo que uno se tendría que preguntar en primer lugar es qué fueron la pandemia y todas estas situaciones, ¿un caso fortuito o de fuerza mayor? Para efectos de legislación son lo mismo; el Código Civil otorga la misma regulación. Es más: todas las veces que el Código Civil habla de caso fortuito dice «caso fortuito o de fuerza mayor»; la misma expresión. Pero la fuerza mayor es distinta, conceptualmente hablando, en nuestro país. La fuerza mayor viene a ser los hechos del príncipe, de la autoridad o hechos de terceros; por consiguiente, la pregunta es qué es lo que me impide cumplir a mí, porque vamos a partir de un hecho. Si hay un evento que merezca este análisis es que en realidad de lo que estamos hablando es de un evento que me impida cumplir mis obligaciones. Yo no puedo decir: «Mire, no, ¿sabe qué?, como hay pandemia, yo no voy a dictar mi clase por Internet». «¿Pero por qué?». «No, porque hay pandemia, pues». O porque hay cuarentena el día que me toca dar clase no la puedo dictar. ¿Por qué? Porque hay cuarentena. No tiene nada que ver; la puedes dictar por Internet. ¿Me explico? O sea, el evento tiene que evitar que dictes la clase, el evento tiene que evitar que construyas la carretera, el evento tiene que evitar que entregues las mascarillas. Eso tiene que haber ocurrido; porque, si no, no estamos hablando de una causal que determine el incumplimiento de una obligación, sino de un pretexto empleado para no cumplir, que es una cosa diferente.

Hay un evento adicional que es muy importante, y es el siguiente: ¿lo que determina no cumplir es la pandemia o lo que determina no cumplir son las normas legales que se producen a raíz de la pandemia? Y en verdad es lo segundo. Bueno, una mezcla de los dos, porque no habría lo segundo sin lo primero. Pero, teóricamente, en pandemia, y sin norma legal, yo podría salir a la calle y entregarte las mascarillas, podría seguir construyendo la obra, si la norma legal no me lo hubiera prohibido. Sin embargo, las normas legales son precisamente las que han establecido y establecen estas

restricciones, empezando por la cuarentena. (Yo la llamo cuarentena porque el séptimo significado de *cuarentena* en el diccionario de la Real Academia, que siempre es bueno utilizar, dice «aislamiento preventivo a que se somete durante un periodo de tiempo, por razones sanitarias, a personas, animales o cosas». De manera que usar el término *cuarentena* es más propio que utilizar la expresión *aislamiento social obligatorio*, no sé qué tontería. Bueno, hay un término, y si hay un término hay que usarlo). Entonces, eso es lo que hay que determinar.

Además, fíjense ustedes, cuando uno habla del incumplimiento y de los motivos que pueden conducir a él, en realidad de lo que se está hablando no es solamente de la posibilidad de un incumplimiento total o absoluto de la obligación, que podría ocurrir y naturalmente estaríamos hablando del incumplimiento a secas, del incumplimiento total de la obligación: «Señor, no he podido hacer nada de lo que tenía que hacer; no he podido avanzar nada, ni siquiera un metro cuadrado, un metro lineal de la carretera; no he podido entregar ni una mascarilla porque no se pudo por esta norma legal que me lo impidió». Pero también, naturalmente, podríamos hablar de otras facetas del incumplimiento, que nos llevan al cumplimiento —o incumplimiento, como lo quieran ver— parcial, tardío o defectuoso; porque no necesariamente la existencia de una norma legal va a impedir que el deudor incumpla todo, o en toda la magnitud, o en la medida en que tiene que cumplir, o con la calidad o condiciones que tiene que cumplir. Porque a lo mejor las normas legales solo impiden una parte, o le impiden cumplir oportunamente, o lo llevan a cumplir de manera defectuosa, pero al fin y al cabo a cumplir. Entonces, todos estos factores también se tienen que analizar, sobre todo si es que la invocación es una invocación de la causa del incumplimiento, es una invocación del caso fortuito o de la fuerza mayor. O sea, tiene que haber una relación de causa-efecto entre el caso fortuito y la fuerza mayor y el incumplimiento de la obligación.

Ahora, es verdad que cuando empezó la cuarentena no solo se habló de estos aspectos, que son los aspectos tradicionales en derecho, sino que también se habló de otros aspectos que finalmente no han prosperado en el derecho, y yo creo que no han prosperado por el peso de los cientos o

miles de años de los conceptos, lo cual no ha permitido que otros conceptos prosperen. Por ejemplo, se extiende el caso fortuito o la fuerza mayor a la ausencia de liquidez para cumplir con una obligación; es decir, no, estrictamente no, no lo dice la ley. Y, en general, no estamos hablando de una causa-efecto en relación a la imposibilidad estricta del cumplimiento objetivo de la prestación debida; eso ya es otra cosa, y materia de otra discusión, que no corresponde al presente evento.

Ahora, es importante también subrayar que, en general, en el Perú existen, en materia de inejecución de obligaciones (que es esta zona oscura, este campo patológico, si se quiere, del derecho contractual), las causas imputables al deudor, que son (no voy a entrar en ese tema) dolo, causa inexcusable...; pero en materia de causas no imputables al deudor tenemos el caso fortuito y la fuerza mayor. Sin embargo, también hay otra que es muy importante, y es incumplir a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias; es decir, podría no calificar el evento que estoy invocando como un caso fortuito o de fuerza mayor, pero ese evento, que no logró tener las tres características —extraordinario, irresistible e imprevisible—, a pesar de que le faltó una de las tres, no me permitió cumplir con la obligación. En ese caso el deudor también estaría exonerado de tener que indemnizar, dentro de la normativa general. Este es un tema importante, porque a veces solamente hablamos de caso fortuito o fuerza mayor, cuando hay una posibilidad adicional, que es haber incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

El tema, en realidad, da para mucho más. Ya voy dieciséis minutos y no quisiera yo prolongar más mi exposición en razón de que falta todavía la exposición de Sergio, la clausura del evento y todo lo demás. Así que hasta aquí no más. Son algunas pinceladas sobre el tema; he soltado lo que se me ha venido a la mente esta tarde y las ideas que he preparado para conversarlas, y además me ha servido muchísimo la estadística y el razonamiento expuesto por nuestra querida Silvita.

Muchas gracias, amigos. Gracias, Alfredo.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctor Castillo. Sí, hay que distinguir; una cosa es el evento de la naturaleza (en todo caso, el virus, la pandemia) y otro tema son las disposiciones legales que restringen la movilidad dentro del país y que nos evita o nos impide cumplir la prestación; y a veces eso no se traduce en el momento en que se reclaman los derechos o se invoca la inviabilidad de poder cumplir la prestación. Además, hay que mencionar el otro tema: la responsabilidad, tanto en el marco de la contratación civil y comercial como en la contratación con el Estado, tiene una visión de tipo subjetivo; no basta simplemente el incumplimiento o la inejecución, sino que es necesario analizar también el elemento subjetivo, que es la existencia de dolo, culpa o eventos como este, de caso fortuito o fuerza mayor, que tienen una calificación especial. Pero también, como dijo el doctor Mario Castillo, la diligencia en nuestro país sirve como un justificante valedero en caso de incumplimiento; la diligencia ordinaria requerida señalada en el artículo 1314 del Código Civil también tiene que evaluarse en algunos casos. No hay una receta única; depende del caso concreto lo que corresponda aplicar.

Ahora vamos a hablar con el doctor Sergio Tafur. También es un honor tenerlo aquí. Profesor hace más de veinte años en la UPC. Un lujo tenerlo aquí. Así que le damos el uso de la palabra al doctor Tafur. Tiene un máximo de veinte minutos para cumplir con la meta que nos han dado.

Muchas gracias.

**Sergio Tafur Sánchez:** Quiero agradecer al Grupo de Investigación por la gentil invitación; quiero agradecerles a mis colegas, a todos ellos: Mario, Silvia, Alfredo, María Hilda; también a José Zegarra y a la doctora que participó en la primera mesa. Tuve la oportunidad de escucharlos casi a todos. Uno en estos eventos también aprende mucho de la visión de otras personas.

Rescato, de lo que han conversado y comentado, la expresión de María Hilda, que es algo que comparto plenamente y que quisiera que todos lo entiendan así (a veces no es posible que ello suceda): que legalidad no es literalidad. A veces nuestros funcionarios se quedan en eso; y no solamente

funcionarios, sino también colegas nuestros en diversos espacios académicos o espacios donde arbitramos. Confunden legalidad con literalidad. Y ella acuñó muy bien que el derecho es un sistema y que tiene principios; eso es algo que no debemos olvidar y es lo primero que estudiamos.

En segundo lugar, Silvia nos ha hecho un mapeo bastante significativo y ejemplificador de lo que está pasando, y en eso me voy a detener en un ratito a brindar algunas pinceladas.

Por último, te felicito, Mario, porque un espacio como el que nos convoca el día de hoy nos debe también servir para reflexionar sobre temas que son más trascendentes que un tema meramente operativo. Gracias por la reflexión.

Bien, entrando ya directamente al tema, cuando me comentaron al respecto, me decían «doctor, hable un ratito sobre arbitraje e incumplimiento contractual en contextos de emergencia sanitaria e inmovilización social», y yo me preguntaba cómo vincular todos esos temas, porque hay varias cosas de las que hablar ahí. Yo básicamente identificaba tres grandes temas: uno era el de los efectos que tenía esta emergencia sanitaria (la cuarentena, como dice Mario) respecto al cumplimiento de los contratos; el otro era qué había pasado con las controversias que se habían suscitado ahí, y el otro era qué había pasado en los arbitrajes; no solamente los arbitrajes que se iban a iniciar, sino los arbitrajes ya iniciados cuando se presentó toda esta situación.

Silvia nos ha hecho una reflexión bastante clara de los dos últimos puntos; es decir, cómo se están dando las controversias que se han venido incrementando en cuanto al arbitraje y qué ha pasado con los centros de arbitraje y los procedimientos arbitrales que se han tenido que adecuar a la situación que estamos viviendo el día de hoy al tener que acostumbrarnos a la virtualización. Y pienso que nos ha hecho reflexionar también que ya pasó un año y que esta situación no va a pasar tan pronto todavía (eso creo que ya todos lo tenemos claro), así que se deben adecuar algunas cosas a esta nueva normalidad de la que hablamos desde el año pasado. Es importante no olvidar que algo tenemos que hacer sobre eso.

Yo quisiera detenerme un momento en el primer punto, sobre cuáles son los efectos que se han producido respecto a los contratos que se habían celebrado. Ya Mario nos dijo, y creo que muy claramente, que diferenciamos la situación creada por el covid de la situación generada por las disposiciones legales que se han emitido como consecuencia de esto, lo cual es lo que finalmente ha afectado el cumplimiento total o ha generado incumplimientos parciales, tardíos o defectuosos, o retraso en el cumplimiento, o aplazamiento de los cumplimientos de los contratos. En efecto, esta situación presentada a lo que ha conllevado es fundamentalmente a ese tipo de cosas. Yo diría que básicamente tres cosas: ha conllevado, en muchos casos, a imposibilidad de cumplimiento; en otros casos, a retrasos en el cumplimiento o a postergaciones en la posibilidad de cumplir con los contratos; pero también ha generado desequilibrios contractuales en muchos otros casos. Desequilibrios contractuales no solamente generados como consecuencia de la necesidad de tener que cumplir con una serie de medidas de carácter sanitario que antes no se habían previsto, sino también desequilibrios contractuales que pueden haberse generado (y lo he advertido muchas veces, fundamentalmente en el caso de determinado tipo de bienes) por el mayor valor que tienen los bienes al momento de tener que cumplir con los suministros comprometidos. Es decir, una situación en la cual, en un escenario normal, una serie de bienes que se habían comprometido a entregar costaban equis y, como consecuencia de la inmovilización social, de la cuarentena y del mercado internacional, terminaron costando muchísimo más. Ahí, eventualmente, hay, por lo menos, vicios de desequilibrio contractual en cuanto al encarecimiento del cumplimiento de una prestación que se podría estar produciendo o que se habría producido.

Cuando, en escenarios no de caso fortuito o fuerza mayor, no en ese tipo de escenarios, se producen incumplimientos por parte de los contratistas, en esencia las entidades públicas recurren eventualmente a la aplicación de penalidades y recurren, también eventualmente, a las resoluciones contractuales; son los remedios que tienen ante este tipo de situaciones, y eso es lo que prevé la normativa general de contratación pública. Como bien lo han dicho ustedes, la aplicación de ambos supuestos, sean penalidades o sean resoluciones por incumplimientos, parte de una premisa básica que va más allá del caso fortuito o fuerza mayor, y creo que eso lo han clarificado muy

bien: se requiere incumplimiento injustificado, que no se limita a advertir caso fortuito o fuerza mayor.

¿Cuál ha sido la respuesta del Estado peruano en el marco general? Y digo *marco general* porque el Estado peruano no contrata solamente en el marco de la Ley de Contratación con el Estado; eso no debemos olvidarlo. El Estado peruano cada vez más hace uso de sistemas de contratación alternativos o paralelos. Y la solución que ha dado ya después de un año de pandemia ha sido una solución por lo menos normativa; casuística puede ser caso por caso en otros escenarios, pero normativamente ha pretendido darle solución a la situación del marco general de los contratos de obra, que lo hizo a través del Decreto Legislativo n.º 1486, que mencionó Silvia, y la Directiva n.º 05 del OSCE del 2020, y a través del Decreto Supremo n.º 168-2020-EF para el caso de bienes y servicios. ¿Hacia dónde se enfocaban esas soluciones a la situación que se presentó? Básicamente, en el Decreto Legislativo n.º 1486 y la Directiva n.º 05, que es como el hijo de ese decreto, la solución se enfocaba fundamentalmente en reconocerle al contratista el derecho de poder solicitar ampliaciones de plazo por las afectaciones producidas en la prestación de servicios como consecuencia de la cuarentena; en reconocerle también el derecho económico que podría derivarse de esas ampliaciones de plazo; en reconocerle también la posibilidad de tener que implementar algunas medidas preventivas para evitar situaciones de propagación del covid; y posteriormente, a esa ampliación de plazo que alguien podía solicitar la habilitaban, a efectos de poder también sustentar ante la entidad cuáles serían esos otros nuevos costos en los que tendría que incurrir como consecuencia de la implementación del plan de trabajo o del plan de actividad (estoy hablando de obras de nuevo) y la ejecución de los trabajos que tenía que realizar. Pero, básicamente, bajo el parámetro de reconocerle esos costos o gastos generales por el nuevo plazo de ejecución y por la implementación de las medidas covid. Hacia eso se enfocó ese marco, fundamentalmente. ¿Cuál es el tema allí? (Y eso va de la mano con lo que Silvia nos acaba de decir). El tema allí es que, finalmente, si es que las partes no llegaban a un acuerdo, bien fuese sobre el plazo o bien fuese sobre los montos que se tenían que reconocer al contratista y que él estaba solicitando que se le reconocan, se daba por aprobado o se tenía como válido, transitoriamente hablando, lo que la entidad decidía. Y,

evidentemente, si es que había una controversia, el contratista tenía derecho a habilitar el mecanismo de solución de controversias; en este caso, el arbitraje. Eso es sobre lo que Silvia nos dice: «He comenzado a recibir un montón de casos que se derivan de ahí».

El símil del Decreto Legislativo n.º 1486 respecto a los servicios es el Decreto Supremo n.º 168-2020-EF, que, con palabras no exactamente idénticas ni exactamente con los mismos alcances, pretendió dar una solución similar; es decir, permitir que el contratista tenga también derecho a solicitar ampliación de plazo. No habló de los costos de la ampliación de plazo, pero se sobreentiende que, si es que tenía derecho de solicitar ampliación de plazo, lo que derivaba de ahí, en cuanto a efecto económico, era lo que venía de la norma general; es decir, lo que dice la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento: cuando un contratista de servicios y de bienes presenta una ampliación de plazo, se la conceden y tiene derecho a los gastos generales variables y costos directos debidamente acreditados. Tendría que entrarse a esa acreditación también. Finalmente, sobre eso también hay controversia.

Eventualmente, esta norma también permitió, de manera un poco restrictiva en mi opinión, que, independientemente de la ampliación de plazo, si había algún costo que impactase en la continuación de la ejecución de la producción de los servicios o de los bienes, esto a su vez también pudiera ser redituado por las entidades. Y ahí se presenta también un inconveniente; se han comenzado a presentar problemas que están terminando en arbitraje. Lamentablemente, esta norma, más la de bienes y servicios, no tocó el tema de la afectación de los precios que podrían haberse producido; no lo trató muy claramente. Yo he advertido y he sido testigo de varios contratos (fundamentalmente contratos vinculados a medicamentos, pero que ya venían de antes; no son contratos de la pandemia o de la cuarentena o de la emergencia sanitaria, sino contratos de medicamentos anteriores) en donde los costos de los medicamentos se han visto afectados porque muchos laboratorios tuvieron que emigrar, atender otro tipo de cosas; tuvieron que cambiar de proveedores y evidentemente se han visto afectados a nivel internacional. Ahí se ha generado un espacio de discusión con las entidades de salud.

Eso es algo que creo que, en principio, las partes podrían haberlo solucionado y haberse sentado a conversar al amparo de la normativa general, porque el artículo 34.10 de la Ley de Contrataciones con el Estado prevé la posibilidad de que las partes renegocien incluso el precio por situaciones producidas con posterioridad a la presentación de las propuestas; y ese es un caso típico, siempre y cuando se hubiesen presentado situaciones producidas con posterioridad en las que se pueda demostrar —esto es importante: que se pueda demostrar— que se habían afectado o alterado las condiciones, entre las cuales podría estar el precio. Pero todo esto que estamos hablando, como ustedes perfectamente conocen ya por los años que tenemos en el ejercicio de la carrera, presupone que ambas partes, cuando se sienten a renegociar, renegocien de buena fe, se sienten con seriedad; porque, si no, vamos a terminar en arbitrajes. Y más allá de que el arbitraje sea interesante para aquellos que nos dedicamos a ese ámbito —sean los centros de arbitraje, que viven de los arbitrajes, o sean los árbitros, que eventualmente vivimos de los arbitrajes—, la idea es que no haya, la idea es que la gente solucione sus problemas conversando, negociando y arreglando las cosas de manera adecuada. Me causa mucha pena el dato que nos da Silvia, que dice: «Un buen número de arbitrajes que he recibido son los arbitrajes que se han producido en contratos vinculados a medicamentos, equipamiento médico, etcétera, durante el tiempo de pandemia». A ver, estamos en una emergencia sanitaria, con contratos que han debido ser cumplidos escrupulosamente por las dos partes porque hay una situación de emergencia, situación que sigue hasta el día de hoy, y nos estamos llenando de controversias y arbitrajes en una circunstancia que no debería presentar mayoritariamente ese tipo de problemas. Eso es penoso, más allá de saber que la contratación pública de por sí presenta muchos espacios de controversia en general.

Ahora bien, lo otro (con eso ya voy a cerrar), y que me llama a mí a la reflexión, es que se negocie de buena fe, se negocie de manera ordenada; se renegocie, en todo caso, si se sientan las partes a renegociar. Como bien ha dicho Mario, no solamente la entidad pública es complicada; también son complicados muchas veces los contratistas. Un contratista que pretende presentar una serie de gastos que no tiene cómo acreditar porque no guardan relación con el contrato, y que buscando todo tipo de mecanismos

pretende que se los aprueben, es un poco extraño, por no decir absolutamente inconsecuente. Y una entidad que se desdice de las cosas que ha dicho previamente también es absolutamente inconsecuente.

Solamente para ejemplificar lo que les acabo de decir y ustedes se formen su propia opinión, estaba buscando y me encontré con unas resoluciones, con unos oficios, unas comunicaciones que las quiero compartir para que ustedes se formen su propia opinión de por qué se generan muchas veces ese tipo de controversias. Voy a tratar de compartir una pantalla en los últimos cuatro o cinco minutos que me quedan. Y disculpen que los haga leer, que a lo mejor es lo que menos quieren, pero aquí hay un oficio de una entidad pública. Para hacérselo simple: contrato de aprovisionamiento de alimentación para los colegios de alto rendimiento, celebrado en 2019, antes de la pandemia. Como comprenderán, estos son contratos que están en función de que los chicos coman; si los chicos no concurren al colegio, no hay cómo darles de comer.

Cuando se produce la inmovilización social, en el año 2020, el contratista pregunta y dice: «Oiga, señor, ¿y qué hago?, ¿qué hacemos? ¿Continúo o no continúo?». La entidad le dice: «Espérate un ratito; todavía me interesa que cumplas el contrato, pero no sé cuándo». Sale el Decreto Supremo n.º 168-2020-EF, el contratista le dice «OK, entonces, solicito mi ampliación de plazo» y la entidad le aprueba la ampliación de plazo excepcional conforme a ese decreto. Perfecto. Pero los chicos no han regresado al colegio hasta el día de hoy, ¿correcto? Entonces, este año la entidad le dice: «Mira, ya no hay más ampliación de plazo; más bien, te cambio la figura: en lugar de ampliación, acordemos una suspensión contractual». La consecuencia económica es diferente, porque la ampliación de plazo tiene unas consecuencias económicas que no son las mismas que se generan por la suspensión de contrato. Pero se lo dicen hoy día; y no solamente se lo dicen hoy día, sino que además le dicen: «¿Y sabes qué? En realidad, el año pasado, que te aprobé, con dos oficios diferentes, dos ampliaciones de plazo, en realidad no te las debí aprobar, al amparo del Decreto n.º 168. Así que lo que tú me estás reclamando, como el costo directo, el gasto general, etcétera, no corresponde; así que firmame más bien el acta de suspensión».

Situaciones como esta, evidentemente, son situaciones que van a crear conflictos. Por eso es que yo nuevamente digo que acá lo que se requiere es gente que negocie o renegocie con criterio, siguiendo principios, siguiendo lógica, y lo haga de buena fe, siendo consecuente con los actos que desarrolla, que es un tema elemental de la teoría legal o de la teoría jurídica.

Tendremos, amigos míos, todavía una situación como la que estamos viviendo para rato. Ya nos hemos tenido que ir acostumbrando a vivir en esta situación, que no va a pasar todavía, y ojalá —esa es mi invocación y mi reflexión final— este incremento de controversias y de causas arbitrales, por lo menos las derivadas de aquellos contratos que son esenciales y que deben cumplirse con prioridad, no se mantenga, sino que baje. Con la pena de los centros de arbitraje y con la pena de los árbitros que necesitamos el arbitraje, pero ojalá que sea así, aunque sinceramente lo dudo, amigos míos. Dependerá de nosotros que eso cambie.

Muchas gracias por su tiempo. Gracias, Alfredo.

**Alfredo Soria Aguilar:** Muchas gracias, doctor Tafur. Tiene razón, porque, si bajan los arbitrajes, quiere decir que hay menos conflicto y el Estado cumplió con sus metas, como debe ser, lo cual nos beneficia a todos. Creo que deberían ir a arbitraje solamente los temas en los cuales efectivamente hay una controversia, no donde alguien trata de aprovecharse del otro, sea la parte que sea, porque de las dos partes ocurre a veces eso. No de las defensas legales de las partes, sino de repente de un funcionario o alguien que está tratando de pasarse de listo, que a veces ocurre. Entonces, que lleguen al arbitraje aquellos temas que deberían arbitrarse y nada más. Creo que eso nos va a beneficiar a todos.

Bien, hemos llegado a la meta, hemos desarrollado cada uno de nuestros temas. Les agradezco por haber adecuado sus exposiciones al tiempo que teníamos. Son las ocho. Tenemos algunas preguntas, pero, como he dicho, vamos a respetar el cierre que estaba programado para esta hora. Ustedes también tienen otras actividades que hacer y el público asistente también, así que damos por concluida la participación de este segundo panel y le doy el uso de la palabra a los integrantes del GICE, no sin antes

agradecer al doctor Mario Castillo Freyre, a la doctora Rodríguez, al doctor Tafur por su presencia y por sus tan excelentes ponencias.

Muchísimas gracias a todos por su participación. Adelante.

**Mario Castillo Freyre:** Gracias, Alfredo.

**Mary Carmen Estela:** Gracias, doctor Soria. Bueno, reiteramos el agradecimiento a los miembros de la segunda mesa: al doctor Mario Castillo Freyre, Silvia Rodríguez Vázquez, Sergio Tafur y al doctor Alfredo Soria Aguilar.

Quiero agradecer su participación y también la asistencia de todos los espectadores presentes. Para concluir, agradecemos nuevamente a nuestros auspiciadores: al Estudio Mario Castillo Freyre, Abogados; a María Hilda Becerra, Arbitraje y Consultoría; a Zegarra Pinto, Abogados y Consultores, Arbitraje y Contratación Estatal; Alfredo Soria Aguilar, Arbitraje en Contratación; Tafur, Asesores y Consultores, y Daniel Triveño, abogado.

También deseo invitar a todos a que nos sigan en nuestras redes sociales. En YouTube estamos como «GICE UPC», donde estamos subiendo videos continuamente también de las opiniones que da el OSCE; son videos elaborados por nuestra Dirección de Investigación. También estamos en Instagram como «gice\_upc» y en Facebook nos pueden encontrar como «Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado - GICE».

Finalmente, quiero agregar que este octavo seminario va a ser subido en cualquiera de nuestras redes sociales, así que estemos atentos todos.

Muchas gracias.

ACTAS DEL VIII SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN  
CONTRATACIONES CON EL ESTADO GICE - 2021  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
SEPTIEMBRE DEL 2022, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ