

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

Volumen 110 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

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



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, 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, febrero 2023
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 2023-01757

ISBN: 978-612-4400-56-8
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
Inauguración <i>Yasmín Pardo García</i>	11
4 diciembre 2021	
Panel n.º 1: «Calificación, evaluación de ofertas y adjudicación de la buena pro en procedimientos de selección clásicos» <i>Rodrigo Freitas Cabanillas</i> (moderador) <i>Jorge Abel Ruiz Bautista</i> <i>Daniel Triveño Daza</i>	13
Panel n.º 2: «Suscripción del contrato derivado del procedimiento de selección clásico» <i>Rodrigo Freitas Cabanillas</i> (moderador) <i>Renzo Zárate Miranda</i> <i>Susana Guerrero López</i> <i>Jorge Herrera Candelario</i>	31

NOTA DEL EDITOR

Corresponde presentar, esta vez brevemente, el volumen 110 de nuestra colección titulado *Actas del IX Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado GICE - 2021*.

Agradecemos la permanente confianza del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado al permitirnos publicar sus eventos sobre temas de tanto interés.

Lima, enero del 2023

Mario Castillo Freyre*

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

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

INAUGURACIÓN

Yasmín Pardo García: Buenas tardes con todos. Una vez más les doy la bienvenida. Muchísimas gracias por su participación a quienes nos están escuchando a través de Facebook Live y a través de la plataforma Zoom.

Como les indiqué hace unos minutos, el día de hoy se va a realizar el IX Seminario de Actualización en Contrataciones con el Estado, en el que se van a discutir dos temas muy importantes respecto a esta materia del derecho.

Tenemos dos mesas. La primera está conformada por el doctor Daniel Triveño Daza y Jorge Abel Ruiz. Esta mesa tiene como título «Calificación, evaluación de ofertas y adjudicación de la buena pro en procedimientos de selección clásicos».

Una vez más quiero recordarles las indicaciones que se deben tener en cuenta en este evento: mantener el audio en silencio para escuchar a los ponentes y evitar alguna interferencia, así como también tener apagadas las cámaras, evitar hacer rayas o dibujos en la pantalla; si desean, pueden participar haciendo anotaciones a través del chat. Hay que evitar que se infrinjan estas indicaciones porque, de lo contrario, se tendrían que retirar de la plataforma de Zoom.

A continuación, voy a describir brevemente los perfiles de los ponentes que van a conformar la primera mesa.

Como indiqué, está el doctor Daniel Triveño Daza, quien es abogado egresado de la PUCP, con maestría en Gerencia Pública por la Universi-

dad Continental, así como estudios de posgrado en Derecho de la Construcción, Contratos Colaborativos en la Construcción, Gestión de Obras Públicas, Diseño y Gestión de Proyectos Viales, Regulación de APP en Infraestructura. Es consultor, asesor, docente universitario, árbitro y miembro en juntas de resolución de disputas en contratos sobre infraestructura.

De igual forma, tenemos al doctor Jorge Abel Ruiz Bautista, quien es abogado por la Universidad San Martín de Porres, magíster en Contratación Pública, Concesiones y Servicios Públicos por la Universidad de Castilla-La Mancha, en España; cuenta con un posgrado en la Universidad ESAN, tiene estudios en Arbitraje Internacional en la Universidad de Alcalá, en España, y cuenta con una especialidad en Arbitraje Internacional e Inversiones por la Universidad del Pacífico. Actualmente se desempeña como director general del CAE y ejerce la docencia en la Universidad Continental; es árbitro inscrito en la PUCP, Minjus, entre otras instituciones.

Sin más preámbulo, vamos a dar inicio a nuestra primera mesa. Gracias.

**PANEL N.º 1: «CALIFICACIÓN, EVALUACIÓN DE OFERTAS Y
ADJUDICACIÓN DE LA BUENA PRO EN PROCEDIMIENTOS
DE SELECCIÓN CLÁSICOS»**

Rodrigo Freitas Cabanillas (moderador)
Jorge Abel Ruiz Bautista
Daniel Triveño Daza

Rodrigo Freitas Cabanillas: ¿Qué tal, Jorge? ¿Cómo estás?

Jorge Abel Ruiz Bautista: Hola, Rodrigo, ¿cómo estás?

Rodrigo Freitas Cabanillas: ¿Qué tal? ¿Cómo están todos? Bueno, a mí me toca moderar esta mesa. ¿Qué tal, Daniel? ¿Cómo estás?

Daniel Triveño Daza: ¿Cómo estás? ¿Qué tal, Rodrigo y Jorge? Gusto de verlos.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Igual, doctor. Buenas tardes.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Pasamos contigo, Abel. Vamos a hablar sobre los mecanismos para resolver los conflictos en la etapa del proceso de selección.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Bien, muchas gracias, ante todo, a los organizadores y a ti, Rodrigo, por darme el pase.

Me han pedido que aborde un tema respecto a los mecanismos de solución de conflictos en el proceso de selección. Puntualmente, quisiera abordar el tema muy rápido. Como sabemos, en la contratación pública están las tres etapas, que son actos preparatorios, el proceso de selección

y también la ejecución contractual. Dentro de esto, en la parte medular de toda contratación, la pieza clave es cuando uno planifica las compras públicas.

Y ya que hablamos de reformas es importante saber que donde nos debemos concentrar es en la planificación, en la elaboración de proyectos, en los expedientes técnicos cuando nacen. Entonces, cuando ya se convoca el proceso... Me estoy adelantando un poco...

Rodrigo Freitas Cabanillas: Creo que Jorge ha tenido ahorita un inconveniente tecnológico, ¿no, Daniel?

Daniel Triveño Daza: Sí, creo que se ha congelado.

Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas: Bueno, esperemos unos cinco segundos. Esperamos unos segundos.

Daniel Triveño Daza: A ver, esperemos, entonces.

Rodrigo Freitas Cabanillas: No, creo que ya perdió la conexión. ¿Qué tal, Daniel, si vamos mejor con tu tema, que es sobre la subsanación de ofertas?

Daniel Triveño Daza: De acuerdo, gracias, Rodrigo. Antes de continuar, quiero agradecer a los organizadores del evento, que me permiten una vez más estar aquí con ustedes. Vamos a hacer un tratamiento muy rápido de una temática vital dentro del quehacer de la contratación pública. Ya lo comentaba Jorge en su intervención; hay tres etapas: primera, segunda y tercera. La primera corresponde a la programación y planificación de la contratación pública, la segunda concierne a la selección de los postores y la tercera a la ejecución contractual.

Ustedes saben que la contratación pública es bastante importante para el ámbito de la gestión pública porque a través de esta contratación se logra la satisfacción de las necesidades tanto administrativas como de inversión de las entidades. Y la mayor parte de esos procesos de compra pasan por

la Ley de Contrataciones o alguna variante de esa ley, como puede ser la normativa de la reconstrucción con cambios, además de otras normativas.

Definitivamente es muy importante hacer una adecuada planificación y programación. Como parte de esa planificación tiene que haber la definición de los objetivos de la institución, qué es lo que la institución, en términos operativos, necesita lograr y, en términos estratégicos, necesita conseguir. Así que, bajo ese punto de vista, la etapa de programación y planificación es sumamente importante.

En la etapa selectiva, básicamente lo que ocurre es el llamado, la convocatoria a los proveedores que están en capacidad de satisfacer aquello que la entidad, en términos individuales, o las entidades, en términos generales, necesitan.

Y la ejecución contractual tiene su propia importancia porque, si bien es la última etapa, definitivamente es la más importante, pues es aquella en la que se va a dar el quehacer, propiamente, de la prestación y la contraprestación para que la entidad obtenga aquello que necesita. Por ejemplo, un tema muy sencillo: cuando se trata de contratar a una empresa que se encargue de realizar las visitas domiciliarias a los pacientes con covid. Entonces, todo eso tiene una etapa de preparación, tiene una etapa de selección, pero también hay que considerar que lo más importante es cuando llega esa empresa a cumplir aquello para lo cual se la contrató. Porque se entiende que, cuando ejerce aquello para lo que se la contrató, satisface la necesidad que tiene la institución sobre el particular, que en ese caso es combatir y disminuir el riesgo de contagio y mayores efectos por parte del covid a la ciudadanía peruana.

Todas las contrataciones públicas tienen un margen de alcance, tiempo y costo que tiene que cumplirse a fin de poder determinar que es una contratación eficiente.

Ahora, la figura que estábamos comentando, que tiene que ver con la subsanación —y también, por qué no, el rechazo de la oferta—, es una figura que se da en la etapa selectiva. Llevar a cabo un procedimiento de

selección no es una actividad ligera; llevar a cabo un procedimiento de selección, por parte de un comité de selección, no es una actividad que se realiza de manera automática. Tiene un procedimiento de implementación, preparación y despliegue. Y solamente el procedimiento de selección. La idea es obtener la mejor propuesta dentro de las condiciones de planeamiento que se han considerado. Ahora, definitivamente esto requiere personal preparado para poder afrontar la responsabilidad de llevar a cabo un procedimiento de selección. Ya ustedes han visto la enorme importancia, el relieve que tiene una contratación pública, a raíz de los últimos hechos que se hicieron públicos esta semana: adjudicar un procedimiento de selección por 289 millones o 290 millones requiere mucha responsabilidad por parte del personal que lo va a hacer. Y, de hecho, de manera anecdótica, el trabajo que menos quieren hacer los funcionarios y servidores es ser miembros del comité, por la responsabilidad que implica. No hay función más expuesta en la etapa selectiva que la del comité de selección; porque, automáticamente, la decisión que un miembro de este comité tome va a repercutir directamente en el alcance de lo que la entidad necesita y en el presupuesto de la entidad. Ciertamente es que todo procedimiento de selección tiene un parámetro presupuestal, cuenta con un valor referencial, pero, obviamente, quien se encarga de hacer el *match* entre lo que la entidad ha presupuestado y una oferta de mercado es el comité de selección.

Dentro de la actividad del comité de selección hay dos figuras muy importantes, que son, casualmente, la figura de la subsanación de ofertas y el rechazo. La labor del comité tiene en ocasiones poco que ver con la aplicación textual de la norma. La valoración de la documentación para la admisibilidad, la valoración de la evaluación técnica o evaluación económica, la definición y la determinación, por parte de logística, del cumplimiento de los requisitos de calificación tienen un marco regulatorio, claro que sí. Pero un marco no es más que eso; es un espacio dentro del cual actúa el comité de selección y el órgano logístico. Y colocar dentro de ese marco regulatorio un acto determinado requiere una serie de capacidades de preparación y también, ya entrando a la materia del asunto, el ejercicio de mucha discrecionalidad. Figuras como la subsanación de ofertas —vale decir, decidir qué oferta continúa en la carrera de la adjudicación— o el rechazo de la oferta requieren, definitivamente, del ejercicio de discrecional-

lidad. Son dos figuras que no tienen pautas explícitas, no tienen directivas de aplicación a modo de instructivo; es básicamente ejercicio de discrecionalidad. Cuando hablo de discrecionalidad no me refiero a arbitrariedad; me refiero a la definición y a la toma de decisión que realiza el comité de selección tanto para definir el rechazo de la oferta como la subsanación de la misma. Y esta discrecionalidad se ejerce siempre tomando en consideración los objetivos según los cuales se realiza determinada gestión; en este caso, la gestión de la compra. ¿Cuál es el objetivo o parámetro que tiene que tomarse en consideración en este punto? Y aquí, para los que escuchan y alguna vez han actuado como miembros de un comité de selección, es muy importante tomar en consideración lo siguiente: el objetivo, el parámetro de lo que significa una contratación a través de un procedimiento de selección lo tienen en el artículo 1.º de la Ley 30225, que es casualmente la Ley de Contrataciones del Estado. Si ustedes revisan esta normativa, van a ver que el artículo 1 establece claramente cuál es la finalidad de la norma, y esta finalidad no es más que propender a la actividad de la compra pública bajo un enfoque de gestión por resultados, de tal manera que aquello que se compre se haga de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, y tomando en cuenta también la repercusión positiva en la vida de los ciudadanos.

Entonces, quien actúa en el comité de selección tiene que considerar que tiene que hacer la mejor compra posible dentro del comité para el cual ha sido designado. ¿Qué implica la mejor compra posible? Tomar en consideración el parámetro de alcance, costo y tiempo, y una repercusión positiva en la vida de los ciudadanos. En ese sentido, el comité de selección, al igual que cualquier otro de los actores de la compra en cualquiera de las actividades o funciones que ejerce, tiene que tener en cuenta ese artículo 1.º. La directriz más importante que debe tener todo funcionario y servidor público es el artículo 1.º de la ley. Obviamente que eso va aterrizando en cada una de las etapas a través de documentos distintos; y, en el caso de la subsanación de la oferta, implica que el comité de selección tenga en cuenta claramente cuáles son aquellos supuestos por los que se puede subsanar una oferta, y eso lo tienen ustedes en el artículo 60 del reglamento. Esa es una función exclusiva del comité de selección, que la puede llevar a cabo en cualquier etapa de la evaluación y la calificación de la oferta.

¿Cuál es el objetivo? Corregir cualquier inconveniente formal, cualquier error material de la oferta a fin de propender a que esta pueda calificarse, evitando de esa manera una descalificación innecesaria.

La norma da una lista de supuestos de subsanación; solamente vamos a comentar dos. ¿Qué se puede considerar como subsanable? La omisión de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas al plazo parcial o total ofertado y al precio u oferta económica; en otras palabras, se puede subsanar cualquier información distinta al plazo y distinta al precio que esté en los formatos y declaraciones juradas de la propuesta. Un ejemplo muy sencillo: una diferencia entre el documento que acredita la experiencia o calificación de un personal que se propone versus la información que se coloca en un formato respecto a ese mismo personal. ¿Qué es lo que dice la norma? Eso es un supuesto de subsanación. La falta de consistencia entre el documento probatorio y la información del formato no debe ser motivo para descalificar la propuesta. La norma le dice al comité que dé la oportunidad de subsanar, de tal manera que exista una congruencia entre el formato y el documento sustentatorio, de ser el caso.

Otro supuesto de subsanación tiene que ver con la nomenclatura del procedimiento de selección y la falta de firma y foliación del postor o su representante. Te equivocaste en el número del proceso, te equivocaste en el nombre del proceso; eso no debe ser un supuesto por el cual la oferta se rechace; son errores materiales para los que, sin alterar el fondo, la norma le da la obligación al comité de que decida si tiene que subsanar la propuesta o no. En el artículo 60 ustedes van a ver una serie de casos en los que la norma autoriza explícitamente al comité de selección a subsanar. Y, ojo, incluso la no presentación de documentos emitidos por parte de una entidad pública (una constancia de estudios, un título a nombre de la nación o de una universidad particular) no debe ser motivo para rechazar la oferta. Hay que recordar que la subsanación lo que permite es seguir contando con ofertas para poder llegar al objetivo final, que es adjudicar y obtener el propósito de la entidad para el cual está convocando.

Durante mucho tiempo, muchos comités de selección han creído que la normativa de contrataciones no les brinda ningún parámetro de discre-

cionalidad para poder obtener el resultado; y, cuando se pierde de vista la consecución del artículo 1, suceden situaciones tan poco agradables para la compra pública, como por ejemplo una gran cantidad de procesos desiertos o propuestas descalificadas por cualquier motivo. Los procedimientos de selección no son una carrera de vallas, no son una carrera de obstáculos, sino un medio para lograr un fin. Eso es importante tomarlo en cuenta.

Y para no abordar mucho tiempo, para no quitarle tiempo a Jorge, también lo mismo sucede con el rechazo de la oferta, solamente que con una dinámica distinta: la subsanación permite que la oferta viva; el rechazo lo que hace es aniquilar la oferta. Ahora, también existe rechazo de la oferta no solamente por motivos económicos, sino también por valoración discrecional del comité, como por ejemplo sucede en el hecho de que, cuando el comité tenga alguna duda respecto del valor de la oferta, respecto de aquello que se está contratando, el comité tiene toda la atribución de pedirle la aclaración a la empresa, a fin de verificar la viabilidad económica de la oferta. Así que, si el comité tiene alguna duda de si un precio está por debajo del valor referencial y le despierta sospecha de un abaratamiento, de un precio predatorio, perfectamente puede pedirle una información complementaria a este postor, a fin de verificar si los precios están dentro de un margen de verosimilitud o para determinar si se ha tomado en cuenta todo aquello que la entidad consideró. Pero acá hay un tema importante: como les había indicado, no existe parámetro práctico para poder hacer eso; y generalmente los que son parte de un comité de selección no han participado en la definición del valor referencial. Dado que el rechazo de la oferta tiene que ver con la definición de aquello que económicamente puede ser considerado viable, es muy importante que el comité de selección tenga una idea clara de cómo se ha determinado el valor referencial y revise el informe sustentatorio del valor referencial. Y, de ser el caso, cuando tenga alguna duda mayor que trascienda del texto del informe del valor referencial, puede pedirle la colaboración a quienes definieron ese valor, a fin de poder determinar si se rechaza o no una oferta. Recuerden que la norma contempla la posibilidad de que el comité de selección pueda solicitar el auxilio y la cooperación de cualquier otro órgano, bajo responsabilidad. Entonces, ese es un aspecto muy importante, y de por medio está el mantenimiento y la consecución de un procedimiento de

selección. Si existe un procedimiento de selección con dos o tres ofertas, y las tres ofertas tienen un margen de duda, no se trata de eliminar las ofertas porque no las entiendas; se trata de que, si tienes la posibilidad de hacerlo, pidas la aclaración de estas a fin de saber si los componentes que formaron parte del valor referencial se reflejan en las propuestas propiamente dichas. Pero, como digo, siempre tomando en cuenta el objetivo de la ley, cuya finalidad es cumplir el artículo 1, y tomando en cuenta que de lo que se trata es de lograr la mayor repercusión positiva en la vida de los ciudadanos y no hacer gestión evitando responsabilidades. Se hace gestión en el sentido positivo de lograr resultados; no se hace gestión evitando responsabilidades. La norma es lo suficientemente prolija en herramientas como para que los funcionarios puedan sustentar la toma de decisiones fuera de esos marcos de explicitud normativa. La norma les reconoce plenamente a los funcionarios la posibilidad de ejercer discrecionalidad, no arbitrariedad. Y también las normas de control permiten claramente a los funcionarios ejercer sus funciones con ejercicio de la más amplia discrecionalidad posible, pero siempre tomando en cuenta que la discrecionalidad es la decisión que toma el funcionario sobre la base de una circunstancia de hecho y plenamente justificada. Como ustedes comprenderán, no es lo mismo que tomar una decisión porque sí o porque no.

Bien, Rodrigo, eso es lo que quería compartir brevemente con ustedes. Muchas gracias.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Perfecto. Muchísimas gracias, Daniel, a ti, por tan clara ponencia respecto a la subsanación de propuestas.

Ahora sí creo que podemos continuar con Jorge Abel Ruiz. Por favor, Jorge, ¿qué tal? ¿Ahora sí todo bien?

Jorge Abel Ruiz Bautista: Rodrigo, bueno, creo que la red está un poco inestable, pero esperemos que ahora sí me deje hablar al menos los quince minutos. Prometo que voy a ser breve.

Ya que al doctor Triveño lo he escuchado y ha hecho la introducción que quería hacer respecto a la convocatoria, cuando uno realiza observacio-

nes, lo cual es importante y, abriendo paréntesis, hoy en día uno tiene que pagar cerca de dos mil quinientos soles para elevar el pliego de absolucón que realiza el comité de seleccón. Antes era gratuito. ¿Y por qué hago este paréntesis? Porque los temas de corrupcón o colusón, o cuando se hacen las bases a la medida de un postor, empiezan desde las bases. Y la ley te da la herramienta legal para que rompas esos direccionamientos, y lo haces a través de consultas, de observaciones a las bases. Pero el comité, si está coludido en ese proceso de contratacón, a los postores que observan las bases les niega y les dice «no te acojo las observaciones». El postor que efectivamente quiere cuestionar ese pronunciamiento del comité lo que va a hacer es elevar las bases, y para elevar hoy se tiene una tasa que, en mi opini3n, viene a ser una suerte de barrera burocrática para el postor que quiere denunciar una transgresión a los principios que rigen la contratacón pública: transparencia, libre competencia, eficiencia y eficacia en las compras públicas.

Entonces, se sigue lanzando el proceso y participan los postores que se han registrado, en tiempos donde vemos que constructoras que se reúnen clandestinamente en el otro despacho presidencial terminan ganando millonarias contrataciones, en tiempos donde vemos que hay empresas que siguen ganando licitaciones de manera irregular, así que uno se pregunta: «¿Y qué hay que hacer? ¿La Constitucón permite esto? ¿La Ley de Contrataciones debemos modificarla?». La respuesta es «no», porque ya la propia ley te da los mecanismos, que es cierto que siguen siendo una barrera para el postor que no coimea, que quiere presentarse de manera legal y competir, pues efectivamente para apelar tiene que pagar el 3% de ese valor adjudicado. Imaginemos que quiere apelar la buena pro de una contratacón que fue adjudicada por más de doscientos mil soles; sáquenle el 3%. Saquen el 3% cuando se trata de un concurso público de un millón de soles, de dos millones, de tres millones. En fin, ese 3% parece poco, pero es el 3% que tiene que pagar aquella empresa que ha revisado la oferta de su competidor que ganó la buena pro y ha descubierto que presentó algún documento falso o que fue beneficiada irregularmente por el comité de seleccón. Lo que tiene que hacer es apelar; es la única forma que tiene el postor para que no continúe el proceso de contratacón —me refiero al consentimiento de la buena pro, al perfeccionamiento del contrato— y

que ese mal adjudicatario no logre firmar el contrato, que se le revoque la buena pro y, si hay algún tema de corrupción, se lo denuncie.

En estos momentos el control ciudadano (y lo digo así, sin miedo) no existe. Alguien me dirá «sí, pero el OSCE tiene los veedores, una suerte de ciudadanos *ad honorem* que hacen control ciudadano». ¿Y qué van a hacer ellos? Aparte de escandalizarse, obviamente. ¿Van a denunciar ante la fiscalía? ¿Es que todo lo tiene que resolver un fiscal, el Ministerio Público? ¿Cuál es la labor preventiva en las compras públicas cuando uno conoce un tema de corrupción? ¿Saben cuánto pierde el Perú por temas de corrupción? Lo dice el último informe de la Contraloría General de la República. Solo en Lima se pierde más de diez mil millones de soles; a nivel de todo el Perú, veintitrés mil millones de soles por asuntos de corrupción. En mi opinión, el verdadero control ciudadano lo realizan aquellos postores que participan y que pierden una licitación, un concurso público; el que quedó en segundo lugar en ese concurso público, en esa licitación, es el llamado a realizar el control ciudadano efectivo. ¿Por qué? Porque conoce a su competencia, porque sabe qué dice la oferta del que ganó la buena pro. Entonces, es el llamado a ejercer el recurso de apelación dentro de los ocho días posteriores a que sea comunicada en el Seace la buena pro. Pero aquí viene la barrera, la trampita que tiene la ley, que te dice «si quieres apelar, si quieres denunciar algún acto de corrupción o irregularidad del comité de selección, tienes que pagar no una tasa de doscientos soles, de quinientos soles, de mil soles, sino el 3 % del valor adjudicado».

Hemos visto que el MTC ha adjudicado a una empresa (esto ha salido en todos los medios) una millonaria contratación en temas de obras, y ahorita se están rasgando las vestiduras y dicen «¿cómo hago para no firmar el contrato?», porque lo que se ha demostrado es que esas dos empresas pertenecen a un mismo grupo de empresarios. Así que el segundo no va a apelar. En otros casos, el que ganó ganó por céntimos; presentó después su oferta, se bajó solamente unos céntimos y ganó. Mejora económica. La contratación es millonaria. Y alguien dice: «¿Cómo paralizamos esto? ¿Cómo denunciamos? Cambiamos la Constitución. Hay que cambiar la Constitución». ¡Mentira! El artículo 76 de la Constitución te dice: «Estado, realiza tus convocatorias, tus licitaciones, tu concurso público de

manera pública». Dentro de ese marco constitucional que busca la transparencia, te das cuenta de que hay una ley especial, que no solamente es la Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225), sino que están las APP, obras por impuestos, reconstrucción con cambios, contrato de gobierno a gobierno. El Estado tiene diferentes instrumentos para hacer contratación pública; y el estándar internacional te dice: «Para hacer eficientes estas contrataciones, se deben implementar mecanismos de control». Y no tienen que poner barreras burocráticas para que el otro postor, que no ganó, pero que sí se presentó a lo legal, sin coimear, pueda denunciar estos actos. Lo decía el doctor Triveño: consultas, observaciones; ese es un paso, ese es un mecanismo que, en mi opinión, no debe tener ninguna restricción para los postores, para las empresas.

En cuanto al recurso de apelación, en mi opinión, debe desaparecer esa garantía del 3%. Y aquí viene el debate: la defensa que dice «no, no debe desaparecer ese 3% porque esto dilataría la contratación, esto evitaría que los bienes, servicios y obras lleguen a tiempo». Nos confundimos pensando que la rapidez es contratar bien; uno quiere las cosas para ayer, y lo queremos así porque no sabemos planificar. Mientras partimos nuestro panetón (bueno, los que podemos) y abrimos los regalitos por Navidad, por Año Nuevo y hacemos la fiesta, muchas entidades —más de tres mil a nivel nacional— están realizando compras y contrataciones a último momento para ejecutar el presupuesto que nunca ejecutaron durante el año. ¿Qué clase de planificación hay en esas contrataciones? Para no devolver el presupuesto, convocan y realizan una contratación. ¿Quiénes denuncian? Los postores que ni siquiera se han dado cuenta de que hay esas convocatorias. Y al final terminan adjudicando a empresas que no tienen experiencia, que están siendo retribuidas por un favor político en campaña, etcétera.

Por lo tanto, el mecanismo legal que uno tiene para combatir esto es el recurso de apelación; lo demás es pura literatura, poesía, engañamuchachos, porque uno dice «hay control a nivel del OSCE», pero nadie puede parar una adjudicación si no emplea el recurso de apelación. ¿Pero qué puedo hacer si no tengo el 3%? Lo que hacen las empresas es presentar una denuncia administrativa. Pero, si la corrupción alcanza no solamente al área usuaria, sino que están involucradas las cabezas de la entidad, nadie

va a atender tu denuncia administrativa; se firma el contrato, buenas noches los pastores, y hacen el festín. Eso pasa en varias entidades. Y el buen postor, que no coimea, que se presenta de manera legal y que no tiene ese 3%, tan solo para apelar ya empieza a ver esta barrera burocrática, que es la garantía, y también debe saber que, si el tribunal del OSCE declara infundada su apelación, ejecuta esa garantía; es decir, la empresa que apela pierde. Hay empresas que apelan y luego terminan cuestionadas y les dicen «tú también te vas a un procedimiento sancionador». ¿Con qué ganas uno apela? Mejor hay que decir lo que dicen varios empresarios: «Ese proceso ya está amarrado; no me presento. ¿Para qué gastar tinta y tiempo?».

Y lo que se está denunciando es que se está filtrando información del OSCE por parte de quienes registran ofertas económicas. Fue una denuncia de la expresidenta, Mónica Yaya; una denuncia grave que dice que esta información de las ofertas económicas, que exclusivamente la tienen que ver el Seace y el OSCE, está siendo filtrada a postores para que se presenten después de su competidor, se bajen unos centavitos y ganen. ¿Qué es lo que yo planteo? Que se debe volver a lo presencial. Las ofertas económicas y técnicas deben ser presentadas ante un notario, en presencia de los postores, como se hacía antes, y que todos hagan el control ciudadano ante un notario; no como el día de hoy que, si quieres presentar tu oferta económica, solamente lo haces ante el Seace; y efectivamente alguien, una persona recibe esa información. Entonces, si queremos mostrar transparencia, no solamente es salir a hablar en público y decir «me someto a las rondas, a los ronderos»; eso no es serio. Si uno quiere transparencia, lo que se puede hacer en este momento es promulgar un decreto de urgencia y modificar eso: para las contrataciones eliminar las restricciones para que se pronuncie el OSCE; que sea gratuito, que los postores que se inscriben no tengan ninguna traba para denunciar actos de direccionamiento, que en el recurso de apelación se elimine el 3% o que se reduzca a 1%, que podría ser más amigable. No todo está en manos de la Fiscalía, de la Contraloría General de la República; el control ciudadano efectivo lo realizan los propios postores que se presentan en una contratación. Y con esto voy terminando.

Los detractores dicen «no, si eliminas ese 3%, abres el haz y va a haber una carga procesal para el Tribunal de Contrataciones». Bueno, ¿qué es lo

que ve el Tribunal de Contrataciones?, ¿cuál es la carga procesal que tiene el tribunal del OSCE? Denuncias por infracciones, procedimientos administrativos sancionadores. El tribunal del OSCE no tiene carga procesal en apelaciones; tiene 10 %, 20 % o menos de eso. Así que, para este tema, si se pierde en corrupción más de diez mil millones, hay que implementar nuevas salas. Actualmente hay cinco salas en el tribunal del OSCE. Se dijo que se iban a implementar seis; la sexta todavía no despega. Si se quiere combatir la corrupción, se crea más salas o salas que netamente van a ver recursos de apelación. Y, en cuanto a la planificación, vuelvo a poner un ejemplo. Esto lo ha hecho OEFA; lo he visto: lanza convocatorias cuando ya sabe que se va a quedar desabastecido, no a última hora. Si sabe que se le va a vencer un contrato en diciembre, empieza a convocar desde enero. Planificación. Convoca, sabe que le van a elevar las bases, sabe que probablemente alguien le apele y mide los tiempos, y adjudica, consiente y firma el contrato y todavía tiene tiempo de sobra; no suscribe adendas, no suscribe contratos complementarios. ¿Qué sabe hacer? Planificar. Así que es mentira cuando les quieren vender «no, es que eso dilata; si sube a apelación, si sube al OSCE, se demora la contratación». El OSCE resuelve dentro del tiempo; en menos de un mes te saca un recurso de apelación, se pronuncia sobre la apelación. Entonces, ¿esperar un mes va a ser el fin del mundo? Porque lo peor es cuando se contrata como por ejemplo en el caso de las *tablets*: la compra de las *tablets* se adjudicó y luego se vio que el postor no tenía la experiencia, no tenía la capacidad; el Estado sale y dice «ah, por si acaso, le resolví el contrato». Ya, ¿pero atendió la finalidad pública? ¿Resolviéndole el contrato se atendió la finalidad pública? Y vuelve desde cero; va a tener que volver a convocar. Así que esperar un mes en un recurso de apelación no es el fin del mundo.

Con esto, más que soluciones estoy planteando reflexiones para ver qué entendemos por eficiencia y eficacia de las compras públicas.

Muchas gracias, Rodrigo.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Gracias, Abel, por tu ponencia. Al respecto, agradecería si Daniel pudiera prender su cámara para hacerle algunas preguntas. O creo que ya se retiró. Bueno, entonces te las hago a ti, Jorge.

Nos hemos dado cuenta, en este último intento de modificación de la Ley de Contrataciones, que vino en el gobierno anterior, de que se dijo en la exposición de motivos que para el año 2020 aproximadamente hubo novecientos mil proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores; pero solo el 2.7% llega a contratar con el Estado. Y todo indica que el problema se encuentra en la etapa del proceso de selección. ¿Tú qué recomendarías o qué comentarios nos puedes hacer llegar respecto a cómo mejorar la competencia? Porque, hablando de necesidad pública, creo que es evidente que el Perú tiene necesidad; todos tienen que contratar. ¿Por qué se llega a contratar tan poco con el Estado, teniendo novecientos mil proveedores? Por favor.

Jorge Abel Ruiz Bautista: Interesante pregunta, Rodrigo. Creo que nos vas a hacer filosofar acá, pero la realidad el día de hoy en nuestro país es que hay casi 80% de informales. Es decir, uno puede tener su negocio, pero es informal; no paga sus tributos; sus trabajadores, si los tiene, no están en planilla; vive en informalidad. El 20% de empresas en nuestro país es formal. Y esos emprendedores, esos soñadores, esos valientes que se deciden a hacer patria (porque para ser empresario en nuestro país hay que tener no solo los pantalones bien puestos, sino también el coraje de reactivación económica y enfrentarse al día a día en la actual coyuntura política), de ese 20% tú has señalado una estadística; son pocas las empresas que dicen «bueno, me va bien, estoy creciendo a nivel privado; me voy ahora a contratar y ser proveedor del Estado». Se inscriben en el RNP, pero luego pasa el pequeño empresario, el mediano empresario, que es el sector con gran porcentaje —más del 70% de los proveedores que tenemos—, porque uno habla de las grandes empresas, pero grandes empresas habrá pocas. Y son pocos —los podemos contar con los dedos— los que deciden contratar con el Estado porque les va bien contratando en el sector privado. Entonces, de este mundo del RNP, donde están los proveedores inscritos, son pocos los que cumplen las condiciones que establecen las bases. Cuando uno lanza las bases sin conocer la realidad... Por ejemplo, para empresas de seguridad, uno quisiera un agente de seguridad que se parezca a Robocop porque ha visto que en tales países piden tal requisito. Pero tu realidad de empresarios, de proveedores que tienes inscritos para el rubro de seguridad, ¿cubre ese requisito? No, porque son pequeñas o medianas empresas, y las grandes

empresas de seguridad no contratan con el Estado. Por lo tanto, tienes que ver cuál es la realidad de tus proveedores (y esto es en general: para los proveedores de bienes, servicios y obras) para elaborar las bases de acuerdo con esa realidad. ¿Por qué en una convocatoria de obras solamente encuentras a dos, tres o cuatro postores, cuando tal vez en el RNP hay más de doscientas empresas constructoras? ¿Por qué solamente se presentan cinco? ¿Es que no conocen el Seace, es que no les llegó la notificación de que hay un concurso? No; es porque leen las bases y dicen «yo no cumplo este requisito», «yo he presentado una observación y no me la acogieron» o «ya sé que ese proceso está amarrado a mi competencia». Entonces encontramos tres empresas, cuatro empresas, y son siempre las mismas.

Lo que estamos viendo hoy en día es que las empresas están quebrando; esa es una realidad. Las pequeñas empresas no tienen cabida para contratar con el Estado. A una pequeña empresa se le pide criterios de calificación: «Acredítame ISO, acredítame diez millones en facturación...». ¡En la vida! Así que hay que pensar en elaborar bases para abrir el mercado. El Estado tiene que entender (bueno, tal vez sí lo sabe) que, mientras más pluralidad de competidores tenga, mejor es su opción para elegir el mejor. Sin embargo, actualmente las empresas que contratan con el Estado están desapareciendo. Y nadie habla de lo que está haciendo el Tribunal de Contrataciones con el Estado, que sanciona a proveedores como si esto fuera lo más normal. Se podrá decir «bueno, no pasa nada; pueden contratar con el privado», pero el Estado, sin querer queriendo, se está quedando sin proveedores. Esa es una realidad, y el impacto es que uno ve la lista de proveedores que son sancionados... Les pongo un ejemplo: la Universidad ESAN, sancionada, inhabilitada de contratar con el Estado. ¿Y alguien se imagina a la Universidad ESAN creando, falsificando para ganar licitaciones? ¡No! En los procedimientos sancionadores sancionan por sancionar. Yo lo digo porque he visto casos como el de ESAN; el principio de causalidad no se aplica. Pero ahí tienes a un buen proveedor, la Universidad ESAN, Dios mío, a la que le dicen «ya no; estás inhabilitada de contratar con el Estado». Así hay varias empresas de todos los rubros que están siendo sancionadas. ¿Y qué está pasando? El Estado se está quedando sin proveedores.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Es interesante cómo has atacado varios puntos en los que podemos ver que no solamente es el proceso de selección en sí el que desincentiva a que los proveedores participen en la licitación pública, sino también la corrupción y los altos estándares y los altos costos de transacción para llegar a ellos.

Les agradezco. Les agradecemos. Gracias, Daniel; gracias, Jorge Abel. Muy amables por sus tan claras ponencias. Ya nos estaremos viendo, de todas maneras, muy pronto. Les mando un fuerte abrazo y quiero agradecerles de parte del GICE también.

Yasmín, damos por concluida la primera mesa y procederemos a la presentación de la segunda. Muy amable.

Yasmín Pardo García: Gracias, Rodrigo. Nuevamente quiero agradecer a los ponentes que han participado. Las reflexiones son muy interesantes e importantes para poder tenerlas en cuenta en el rubro de contrataciones con el Estado.

Siguiendo con nuestra agenda, vamos a continuar con la segunda mesa, que tiene como título «Suscripción del contrato derivado del procedimiento de selección clásico».

En esta mesa vamos a contar con tres ponentes. Empezamos con el doctor Renzo Zárate Miranda, quien es abogado por la Universidad San Martín de Porres, egresado de la maestría de Derecho de la UPC, experto en contrataciones y arbitraje. Es árbitro de derecho en la Universidad Católica del Perú y en el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE). Ha ejercido la cátedra universitaria en materia de contrataciones con el Estado en la Universidad San Martín de Porres, así como la cátedra en los cursos de Función Regulatoria del Estado y Responsabilidad Civil. Asimismo, es miembro colaborador del Observatorio de Contratación Pública de la Universidad de Zaragoza, en España; ha sido miembro de la delegación peruana en la ronda de negociación para el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Perú y Colombia en materia de acceso al mercado y solución de controversias en arbitraje. Es miembro del

consejo directivo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) y es director de la Sociedad Peruana de Derecho de la Contratación Pública y socio fundador de la firma Zárate Abogados.

Asimismo, vamos a contar con la presencia del doctor Jorge Herrera Candelario, quien es abogado por la Universidad Nacional de Trujillo; magíster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, en España; magíster en Gerencia Pública por la Universidad Continental. Cuenta con una especialización en Arbitraje y Junta de Resolución de Disputas en el Sector de Construcción por la PUCP; especialización en Derecho de la Construcción por la UPC; especialización en Contrataciones con el Estado por la Universidad ESAN y la Universidad Continental, y cuenta con una experiencia amplia en la administración pública por más de quince años. Es capacitador y experto en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho. Asimismo, es socio del estudio González Salinas.

También vamos a contar con la presencia de la doctora Susana Guerrero, quien es abogada candidata a doctora en Derecho y Ciencias Políticas, magíster en Derecho de la Empresa, máster en Gestión Pública; cuenta con especialización en Contrataciones con el Estado; cuenta con experiencia laboral en la administración pública como especialista en contrataciones, asesora de alta dirección y asesoría jurídica.

Asimismo, vamos a contar con el moderador Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas, quien es abogado por la Universidad Católica del Perú, profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur y de la Universidad Peruana del Norte. Se desempeña como árbitro en distintas instituciones arbitrales y cuenta con un máster en Dirección y Gestión de Proyectos por la Universidad Rey Juan Carlos y una maestría en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. Asimismo, es fundador de Peruvian Young Arbitrators y miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción

Antes de empezar con esta segunda mesa, quiero darles un agradecimiento especial a nuestros auspiciadores, quienes hacen posible que se pueda realizar este evento (además de los ponentes): el Estudio Mario Cas-

tillo Freyre; Arbitraje y Contrataciones del doctor Alfredo Soria Aguilar; Arbitraje y Consultoría de la doctora María Hilda Becerra; Tafur, Asesores y Consultores; el Estudio González Salinas; el Estudio Jurídico Ruiz; la notaría Olaguibel Olivera; Soluciones Contables; y Trubec Proyectos.

Sin más preámbulos, vamos a dar inicio a nuestra segunda mesa. Muchísimas gracias.

**PANEL N.º 2: «SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DERIVADO
DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN CLÁSICO»**

Rodrigo Freitas Cabanillas (moderador)
Renzo Zárate Miranda
Susana Guerrero López
Jorge Herrera Candelario

Rodrigo Freitas Cabanillas: Muchas gracias, Yasmín. Quiero agradecer también la invitación del GICE. Comencemos ya con esta segunda mesa. Ya que está Renzo con la cámara prendida, le mando un saludo y un fuerte abrazo, e igual espero que nos veamos muy pronto. Aprovechemos que está acá ahora. Él nos va a hablar sobre la suscripción del contrato derivado del procedimiento de selección clásico. Así que, por favor, Renzo, es todo tuyo el panel.

Renzo Zárate Miranda: Buenas tardes con todos. Mil gracias por la invitación al Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE), y qué gusto de encontrarme con muchos amigos: con Jorge Ruiz; contigo, Rodrigo, y con todos los ponentes. Gracias por la invitación. Estoy honrado de estar nuevamente con ustedes para aportar un poquito en la contratación pública.

Lo que voy a compartir con ustedes es un tema que se estuvo discutiendo en el extranjero en una conferencia sobre contratación: la obligación del Estado de suscribir el contrato. Quiero compartir con ustedes reflexiones para que puedan, si desean, discutirlo.

Como ustedes saben, hay un sistema de contratación pública que ya todo el mundo lo maneja, en el que el Estado (como había dicho Jorge en su muy buena perspectiva sobre la contratación pública y sobre cómo se

maneja, y algunos problemas que se están presentando actualmente, con muchos de los cuales yo concuerdo), para poder cumplir con su finalidad pública, tiene que adquirir bienes, servicios y de manera directa también ejecutar obras. Entonces, esto evidentemente pone al Estado, para poder cumplir esta finalidad, en una situación algo complicada, porque su sistema de contratación tiene muchas aristas. ¿Pero de quién necesita para cumplir esta finalidad? Del privado, del proveedor o contratista. Y, como señalo bien en la lámina, la contratación significa esto realmente. Como señalaban algunos ponentes, hay un principio de competencia para poder adquirir estos bienes o servicios o ejecutar obras. Es decir, existen los proveedores que dan esta oportunidad al Estado para poder cumplir su finalidad. Y, evidentemente, a través del contrato se generan las obligaciones contractuales.

Hay unas fases de contratación pública: comenzamos con el requerimiento del área usuaria, que se inicia con los actos preparatorios. ¿Con qué culmina este acto preparatorio? Con la convocatoria del proceso de selección. Luego, ¿qué empieza con esta convocatoria? La propia fase del proceso de selección, cuando ya se lleva a cabo este principio de competencia, donde se dan todas estas situaciones tan importantes para poder conseguir esta finalidad. Se firma el contrato y se inicia una nueva fase, que es la ejecución contractual. Ahí tenemos las tres fases. Si ustedes pueden ver la doctrina en contratación con el Estado, básicamente son las mismas que se manejan en varias situaciones y en varias áreas, en la doctrina comparada en el mundo: actos preparatorios, proceso de selección y ejecución contractual.

En esta ejecución contractual existe lo que se señala como obligación de contratar. Ahí he señalado lo que dice el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones: «Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la entidad como el postor o los postores ganadores están obligados a contratar». Es decir, lo que la norma y la regulación de contratación señalan es que, si ya se ha llegado a una buena pro, se encuentran obligados a suscribir el contrato. La pregunta es si esto es eficiente o no. Vamos a verlo poco a poco.

La obligación. La entidad no puede negarse a contratar salvo por razones muy específicas. ¿Cuáles son estas razones por las cuales el Estado puede negarse a contratar? La primera razón, tal como lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones, es el recorte presupuestal. Evidentemente, este debe estar determinado y ser correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección. Es decir, si yo ya estoy en un procedimiento en el cual he dado la buena pro, una de las razones para no contratar es que exista un recorte presupuestal, si a mí me recortan el presupuesto y me lo dicen. No obstante, hay que tener en cuenta que se habla de recorte presupuestal porque cuando se lanza el proceso ya hay un presupuesto determinado, lo que se denomina la certificación presupuestal; está certificado este presupuesto. Por tanto, ante una situación que puede ocurrir en la entidad pública, se recorta para el objeto materia, y por lo tanto sería una razón de la entidad para decir «no voy a poder firmar el contrato». O sea que no me siento obligado, porque la norma me pone este motivo o causal.

La segunda razón es por una norma expresa que te diga que ya no vas a poder contratar o ya no vas a poder suscribir el contrato; es decir, una norma expresa que evite que el Estado tenga que contratar por esa materia de buena pro.

La tercera razón (y algunas veces ha habido mucha controversia por este tema) es la desaparición de la necesidad, la cual, como dice la norma, debe estar debidamente acreditada. Esta desaparición de la necesidad conlleva que la entidad debe señalar y argumentar que en un primer momento tenía la necesidad de contar con ese bien, servicio u obra, pero, por circunstancias de la entidad o por la propia gestión, la necesidad de ese bien desapareció. Un ejemplo que a veces se da en el ámbito académico: el Estado quiere contratar computadoras y en este momento le regalan computadoras, le hacen una donación, así que ya no existe la necesidad de adquirir este bien o servicio. En esa situación, la entidad tiene la potestad de ya no suscribir el contrato y señalar que ningún funcionario va a ser materia de sanción.

¿Qué impacto conlleva en ambas partes no querer suscribir el contrato? Una parte es la entidad y la otra el postor. ¿Cuáles son las com-

plicaciones que conlleva que la entidad no suscriba el contrato? Ante la negativa de hacerlo con base en otros motivos (es decir, cuando la entidad se niega a suscribir el contrato por otros motivos que no están regulados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones), el impacto es que se genera responsabilidad funcional en el titular de la entidad y en el funcionario que tenía delegadas las facultades para perfeccionar el contrato, según corresponda, como dice la norma. Es decir, si la entidad no firma el contrato o no lo suscribe, conlleva que este funcionario y el titular son sancionados. ¿Y qué pasa si el postor no quiere suscribir el contrato? Antes de entrar a hablar del postor, hay que tener en cuenta cuál es el efecto de que la entidad no suscriba el contrato: la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo, como he señalado, por falta de presupuesto.

Veamos qué se señala en el caso del postor: cuando este no firma el contrato o se niega a hacerlo, es posible de una sanción, y la norma lo dice, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal. Es decir, si no suscribe el contrato, va a ser materia de sanción este postor ganador, salvo que se justifique por imposibilidad física o jurídica, que la tiene que declarar el propio Tribunal de Contrataciones.

Entonces, vemos cómo se enfrenta el Estado a una situación en la que no se quiere suscribir un contrato o el postor cuando no se culmina el perfeccionamiento del contrato. Ahora, respecto al perfeccionamiento del contrato, el Decreto Supremo n.º 162-2021-EF señala que el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada. Ahora se subió el monto a doscientos mil soles para poder suscribir con orden de compra. Y ahora estoy poniendo aquí cuál es esta formalidad. Primero, evidentemente, el perfeccionamiento se da por escrito mediante la suscripción del documento contractual (el contrato mismo) o mediante orden de compra del servicio en el caso del procedimiento de subasta inversa electrónica o adjudicación simplificada para bienes y servicios hasta doscientos mil soles. Y, como bien dice la norma, por procesos por relación de ítems.

Ahí viene la pregunta: ¿firmar o no firmar? Ante una situación en que el Estado vea que el procedimiento de contratación contiene algunos vicios, lo que va a poder llevar a cabo es declarar la nulidad del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento, porque recuerden que en este caso se ha dado la buena pro, pero no se ha perfeccionado el contrato, no se ha suscrito; por tanto, la nulidad es por el procedimiento, cuando se advierte un vicio en el procedimiento. Por consiguiente, la entidad tiene la potestad de no firmar el contrato y decir «declaro nulo el procedimiento». Ahora, ¿podría la entidad señalar que por costo-beneficio es mejor no firmar un contrato? Como sucede en el privado: cuando yo compro o me comprometo a comprar una casa, pero me sale más barato comprar otra, pues me la dan a un precio menor, incumplo el contrato, la obligación que tenía con el primer vendedor para comprarle al otro. ¿Por qué? Porque evalué mi costo-beneficio. Seguramente me van a demandar por daños y perjuicios, ¿y cuánto me va a costar esta casa? Evalué el costo-beneficio. ¿Hay un costo-beneficio para la entidad o para incumplir un contrato? Seguramente para el postor sí, aunque este probablemente dirá «si no firmo el contrato, me van a sancionar», pero quizá es mejor para el postor no firmar tal contrato, no suscribirlo, a pesar de que sabe que podría ser sancionado por los efectos que esto podría conllevar, debido a una mejor oferta o demanda que pueda tener. Es decir, a mí como postor seguramente me conviene no cumplir el contrato, asumiendo el riesgo, porque sé que podría tener un mayor rédito si es que hay otro proceso de selección.

Son situaciones que se presentan actualmente en pandemia, porque ha habido muchos postores, al menos en contrataciones directas, que lo que han hecho es señalar que van a cumplir un contrato respecto de bienes o servicios que ha solicitado el sistema de salud y cuando les otorgan la orden de compra deciden ya no cumplir con ese contrato; prefieren que les corten la orden, que les resuelvan la orden y así poder firmar una orden con otra entidad donde van a tener mayores réditos. Son situaciones muy importantes que creo que deberían ser materia de mucha discusión y materia para poder analizar la capacidad del Estado para solucionar esos temas tan importantes.

Solamente me queda agradecerles a todos ustedes, a Rodrigo y a todo el equipo de GICE por la invitación, y estoy dispuesto a absolver cualquier duda. Gracias.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Muchas gracias, Renzo, por tu tan clara exposición. Creo que a todos nos ha quedado sumamente claro lo que hay que hacer al momento de la suscripción del contrato y una vez ganada la buena pro.

Agradecería, por favor, a la doctora Guerrero si pudiera encender su cámara para iniciar la presente exposición.

Susana Guerrero López: Buenas noches.

Rodrigo Freitas Cabanillas: ¿Qué tal, doctora? Mucho gusto.

La doctora Susana Guerrero nos conversará sobre la subsanación de documentos en la etapa de suscripción del contrato. Así que, doctora, por favor, es todo suyo este panel. Gracias.

Susana Guerrero López: ¡Gracias! En primer lugar, muchas gracias al Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado, de la UPC, por una vez más invitarme a participar en este evento donde podemos compartir y también enriquecernos mutuamente, porque el aprendizaje enriquece justamente nuestra continua actividad, ya sea como funcionarios o también como profesionales en el ámbito privado, y eso es muy importante en el día a día, sobre todo en este contexto donde demandamos mucha capacitación, competencia y especialmente valores en cada una de las personas que vamos a tener que manejar recursos públicos en algún momento.

Quiero empezar esta pequeña conversación con el material que he preparado, que es un resumen. Voy a compartir mi pantalla. Como un preámbulo al tema a abordar, voy a reiterar lo que ya han expuesto los ponentes que me han precedido y que es de suma importancia: el impacto que tienen las compras públicas en nuestro país es significativo, relevante. En el último estudio de la OECD, del año 2021, que hace referencia a una

estadística del 2020, se establece que las compras públicas representan el 9.9% del producto bruto interno en el Perú. Y vamos a resaltar aquí algo importante: estas compras, en el sector salud, sobre todo en esta pandemia, han tenido un crecimiento exponencial, porque solo en el año 2020 se realizaron 7503 procesos de contratación directa, que representan casi el triple de procesos respecto al 2019, y ello a su vez implica el doble en términos de monto del tesoro público. Esto tiene como fuente el último informe de la Contraloría General de la República.

¿Por qué es importante empezar haciendo alusión a la relevancia que tienen las contrataciones públicas? Porque, como bien lo dijo el doctor Ruiz y también lo hizo presente Renzo, las contrataciones públicas tienen un fundamento ya en la Constitución del 79, y la Constitución del 93 también la recoge, la ratifica y obliga al Estado a satisfacer las necesidades de todos los ciudadanos, que es la finalidad pública que se va a satisfacer, ya sea en educación, salud o en distintos ámbitos donde el Estado concreta su función pública. Entonces, a través de toda esta explicación que se presenta con un sustento constitucional, hay una obligación de seguir ciertos parámetros, ciertos lineamientos, y todo ese desarrollo se expone en la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo reglamento. Ahora bien, ¿en la práctica qué es lo que pasa? Cuando nosotros muchas veces estudiamos, nos capacitamos, de pronto la norma va cambiando, vamos actualizándonos, pero en el momento en el cual uno necesita resolver determinados hechos ya en la realidad, en el campo práctico, uno muchas veces no encuentra la solución en la norma, de modo que entra a tallar un aparente conflicto con el principio de legalidad, que prima en el sector público, porque se dice que el funcionario público, a diferencia del privado, no puede hacer aquello que no está contemplado en la norma. Y también entran a tallar el principio de razonabilidad y los principios que ha recogido ahora el Sistema Nacional de Abastecimiento: el principio de oportunidad, el principio de racionamiento. De alguna manera, el funcionario público se ve con una camisa de fuerza y tiene mucho temor de tomar decisiones que no necesariamente son malas, sino que en un momento implican asumir la mejor decisión económicamente eficiente y posible para no dejar al ciudadano sin la satisfacción de su necesidad, ya

sea sanitaria o de educación. Justamente ello lo vamos a ver en el proceso de perfeccionamiento del contrato.

Dentro del campo de la ejecución de las funciones que uno tiene como servidor público, yo puedo compartirles a partir de ciertas experiencias algo muy importante que justamente va a evidenciar esa necesidad de aplicar en un momento un nivel de discrecionalidad o de ejercicio de la racionalidad y razonabilidad que uno tiene que tener como funcionario, porque, por ejemplo, ¿qué pasa en el procedimiento de suscripción del contrato? El artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado enuncia ciertos requisitos, tales como las garantías que tiene que presentar el contratista para suscribir el contrato; si es un consorcio, debe acreditar que el contrato cumple con las formalidades establecidas; que el representante esté debidamente identificado si no es un consorcio, sino una persona jurídica la que va a suscribir el contrato. También tenemos como requisito la capacidad técnica y profesional de quienes forman parte de la plana que ejecutará el contrato. Estos y otros requisitos que la entidad haya establecido en sus bases son analizados. Una vez que el postor ya se convierte en adjudicatario de la buena pro tiene un plazo de ocho días hábiles para que pueda entregar los documentos que establece la normativa en el artículo 139 y las bases también. Es ese el momento en el que la entidad puede verificar y, si todo está bien dentro de esos ocho días hábiles, si todo está correcto y se cumple con todos los requisitos, la entidad tiene como primera opción verificar la concurrencia de cada uno de estos requisitos y firmar el contrato o a su vez entregar la orden de compra y servicio si es un monto menor de doscientos mil soles.

¿Qué pasa si la entidad verifica que no existen determinados documentos que el contratista entregó dentro del plazo? Acá viene el problema. Existen posiciones encontradas que a la vez tienen incidencia, como vamos a ver, en aspectos que pueden perjudicar incluso al contratista y obviamente a la entidad. Existe toda una corriente con la anterior normativa hasta antes de la modificatoria, y aun habiéndose dado la modificatoria, de una interpretación de que solamente se debe permitir subsanar al contratista todos aquellos documentos que ha entregado a la firma del contrato y que han sido observados. Entonces, me pregunto qué pasa si, por ejemplo, en

todo este contexto de pandemia aquel postor que estuvo gestionando su carta de fianza y de pronto accede a contratar con el Estado tiene una demora en el banco. El banco le ha dado una constancia de que está en pleno trámite; aún no le puede dar la carta de fianza. Así que el postor presenta esto ante la entidad, pero los funcionarios que analizan dicen: «No. De manera literal, las interpretaciones del OSCE me dicen que tiene que ser un documento que haya presentado, y la carta fianza nunca la presentó. Es decir, me puede subsanar su facultad de representación, el contrato de consorcio, pero la carta de fianza jamás me la entregó; por lo tanto, no voy a suscribir el contrato; no cumple con los requisitos. Definitivamente no le puedo aceptar la subsanación». Esto obviamente va a traer un problema, como lo veremos más adelante.

¿Qué documentos puede subsanar el postor? Acá viene la disyuntiva. ¿Los documentos exigidos en las bases integradas para el perfeccionamiento del contrato o solo la documentación presentada que fue observada? Si yo hago un análisis razonable y veo que realmente le han dado una constancia en el banco, pues digo sin ningún temor: «Definitivamente a este señor le voy a dar el plazo que la norma establece —es decir, los cuatro días hábiles— para que pueda subsanar y luego podré firmar el contrato». Pero no; lastimosamente hay una posición totalmente cerrada que interpreta que no, que definitivamente no se le puede dar al postor la oportunidad de subsanar algo (algo que a todas luces resulta razonable). ¿Y qué pasó con ese año o año y medio de un proceso de licitación pública o concurso público donde obviamente se han invertido recursos humanos, logísticos, tiempo, y todo ello implica recursos de la entidad? Todo va a terminar posiblemente en un proceso desierto, porque quizás el que ocupaba el segundo lugar tampoco pueda firmar el contrato. Y adicionalmente se va a tener otro problema: el postor pierde automáticamente la buena pro, el órgano encargado de las contrataciones en un plazo máximo de tres días requiere al postor que ocupa el segundo lugar... y, como dije antes, quizás este postor no perfeccione tampoco, así que se tiene la obligación de declarar desierto el proceso de selección.

Por esa razón repito que a todas luces resulta razonable atender al postor y permitirle subsanar. También se tiene que reportar a este postor al

OSCE como autor de una infracción contenida en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 del texto único ordenado de la ley; es decir, que ha incumplido injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato. ¿Por qué? Porque el no perfeccionamiento del contrato se puede producir por dos causas: la primera es no presentar los documentos exigidos en las bases integradas y la segunda es no subsanar las observaciones a la documentación presentada. En este caso, si el banco se demoró en entregar la carta fianza y al postor no se le da el plazo para subsanar, esta estaría incurriendo en este supuesto b) si se es cien por ciento literal. Definitivamente, todo esto va a acarrear un problema, al postor lo van a sancionar y, como dijo el doctor Ruiz, que me ha precedido, esto trae sanciones injustas y obviamente desincentiva en el mercado a quienes quieran contratar. Y adicionalmente va a traer otro problema: se va a seguir postergando la satisfacción de la necesidad que urge a una parte de la población.

Entonces, definitivamente el propósito de abordar este tema en esta tarde es llamarnos a una reflexión y ver hasta qué punto podemos ser cien por ciento ceñidos a lo que dice la norma en estricto y postergar un análisis que realmente resulta necesario, porque vamos a estar trayendo una serie de problemas a raíz de la falta de un análisis adecuado. Es una decisión que si la tomamos sin temor alguno no va a traer ningún problema porque definitivamente está justificado y fundado que esa empresa sí puede subsanar ese aspecto.

Esto es lo que quería compartirles en esta tarde, para respetar el tiempo que me han dado. Quedo presta para responder alguna consulta de ustedes. Y obviamente no hay que olvidar, para terminar, que en este momento estamos viviendo una encrucijada, por así decirlo, en el ámbito de las contrataciones por seguir implementando el Sistema Nacional de Abastecimiento como parte de un interesante proyecto, a partir de la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1439, para implementar toda esta cadena de abastecimiento que incluye también la adecuada capacitación de todos los servidores públicos, porque un servidor público capacitado, entrenado y que conoce realmente la norma y conoce incluso cuáles van a ser las consecuencias de sus decisiones no va a tener ningún temor de abordar el tema desde el punto de vista de la razonabilidad o la oportuni-

dad, pues también van a primar los principios, y esto va a ser evidenciado justamente con lo que nuestro sistema demanda o requiere, que es el resultado. Nuestra norma está enfocada en evaluar la eficacia de una contratación por los resultados. Así que, si yo tomo esta decisión y no afecto la satisfacción oportuna de una necesidad, no afecto al contratista, eso se va a hacer tangible también en una necesidad oportunamente resuelta; esto es, medicinas dadas en el momento oportuno, material de educación que llega oportunamente y no a mitad de año por haber tenido que hacer otro proceso y dilatar todo por una cuestión que muchas veces puede solucionarse a partir de una buena decisión del funcionario, que está respaldada por los principios de la normativa pública.

Esa es mi reflexión en esta tarde. Muchas gracias nuevamente.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Gracias a ti, Susana, por tan clara explicación respecto a la subsanación y los problemas que conlleva ello, y a veces a las injusticias que nos encontramos y, lo más importante, los desincentivos que generan estas medidas que se toman a veces por el Tribunal de Contrataciones. Muchísimas gracias.

Ahora pasamos a la última ponencia, con el doctor José Herrera. ¿Qué tal, José? Mucho gusto.

José Herrera Candelario: ¿Qué tal, mi estimado Rodrigo? Buenas noches.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Muy buenas noches. José nos va a hablar sobre las implicancias de la presentación de documentación falsa o inexacta durante el perfeccionamiento del contrato. Y es que es más que importante lo que ocurre en estas situaciones, dado que esto influye en la posterior nulidad del contrato. Eso nos lo va a explicar de manera clara el doctor Herrera, así que, José, por favor, el panel es todo tuyo. Muchísimas gracias.

José Herrera Candelario: Muchísimas gracias. Primero que todo, agradezco la oportunidad, la invitación cursada por el Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado para poder estar presente en esta ocasión, y así también esperemos que sean útiles estos breves comentarios que po-

damos hacer al respecto del tema que nos ha tocado, implicancias de la presentación de documentación inexacta o falsa en el seno de un perfeccionamiento de contrato; obviamente, qué consecuencias puede acarrear esta situación.

Primero que todo, debemos tener en cuenta que, en el seno de una relación de dos partes (dos personas naturales o jurídicas), estas tienen libertad contractual para poder darle contenido a la relación jurídica que ellos tienen y a los efectos de poder satisfacer necesidades con aquella relación contractual suscrita. Así lo establece el artículo 62 de la Constitución política del Perú y de la misma forma el inciso 14 del artículo 2 de nuestra carta magna, la libertad contractual, tanto en su vertiente de libertad de contratación propiamente dicha como la libertad contractual en sí. Pero, si bien es cierto que este es el marco de carácter constitucional, en el seno de las contrataciones del Estado, de las contrataciones públicas, la formalidad, así como también el contenido del contrato que van a suscribir las partes, tiene que ser adecuado al ordenamiento jurídico —y de cierta manera también restrictivo— establecido por la normatividad jurídica especial. Contrato que va a ser suscrito por un contratista que primero fue un participante en un procedimiento de selección, luego pasó a ser un postor, acto seguido fue adjudicatario ganador de una buena pro, y luego que realiza todo ello, al suscribir el contrato con la entidad, formalizan un contrato, esto es, una relación jurídica patrimonial para crear, regular, modificar o extinguir aquella relación, y que esto se va a realizar en el seno de un contrato a nivel de su ejecución. Este contrato que suscriben ambas partes tiene que estar adecuado a lo que corresponde a la finalidad de la contratación pública, que en el régimen general de contrataciones del Estado, el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225 en su artículo 1, claramente establece cuál es la finalidad: la maximización de los recursos públicos de las entidades de la administración pública, sobre las cuales las contrataciones de bienes, servicios u obras que se realizan se lleven a cabo bajo condiciones óptimas de precio, oportunidad y calidad y sobre ello aquella contratación tenga un impacto positivo, beneficiable a las condiciones de vida de cada uno de los ciudadanos, de cada uno de nosotros, del país.

Así está erigido el patrón jurídico en cuanto a la libertad de contratar, así como también qué es lo que se busca en la realización de un contrato entre un contratista y una entidad de la administración pública. ¿Pero qué es lo que sucede cuando, luego que un proveedor del Estado participa en un procedimiento licitatorio a nivel de fase selectiva, presenta una oferta y gana la buena pro, al momento de presentar los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, de acuerdo a como está regulado en el artículo 141 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, entrega una documentación que tenga ribetes de falsa o inexacta? ¿Qué pasa con ello? Antes de dar esta respuesta, lo que debemos indicar, a los efectos de dar una precisión adecuada al caso, es que los conceptos de documentación falsa y de documentación de carácter inexacto ya han sido desarrollados a través de sendas opiniones de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, así como también han sido recogidas en alguna manera por las resoluciones de sala plena del Tribunal de Contrataciones del Estado. Y me voy a abocar a esto último; específicamente, a la resolución de sala plena, al acuerdo de sala plena n.º 02-2018, que determinó que un documento falso se constituye bajo tres supuestos: cuando el documento cuestionado como falso o adulterado no ha sido emitido por el órgano que aparece como su emisor; cuando el documento falso o adulterado no ha sido suscrito por quien aparece como su suscriptor o firmante, o cuando, habiendo sido válidamente emitido aquel documento, ha sido alterado o modificado en su contenido. Asimismo, nos encontraremos con un documento inexacto cuando este documento no concuerda o no es congruente con la realidad. Así lo dice el patrón jurisprudencial de las contrataciones del Estado establecido por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Entonces, ya que sabemos qué es un documento falso y qué es un documento inexacto, retomando la pregunta anterior, cuando un adjudicatario presenta en los requisitos para perfeccionamiento de contrato aquel documento falso, adulterado o inexacto, esto puede tener consecuencias de carácter nocivo no solamente para el propio contratista —que en eso se convertiría una vez que firme un contrato con la entidad de la administración pública—, sino sobre todo hay que considerar las consecuencias que esta adulteración, fraguación o presentación de documentación falsa o inexacta por parte de un adjudicatario en los requisitos para perfecciona-

miento del contrato pudiesen acarrearle a la entidad de la administración pública, y con ello obviamente se afectaría las finalidades perseguidas por esa entidad y se ocasionaría un perjuicio a cada uno de nosotros como ciudadanos del Estado peruano.

En el supuesto de que se haya firmado un contrato con aquel contenido de documentación falsa o inexacta por el adjudicatario —que al firmar el contrato se convierte en contratista—, dice la norma, la Ley de Contrataciones del Estado en su texto único ordenado, en el artículo 44.2, literal b), que, si es que aquel proveedor suscribió el contrato violando el principio de presunción de veracidad es posible, es factible, hay la posibilidad en cuanto a facultad de que la entidad de la administración pública pueda declarar la nulidad del contrato. Algunas precisiones para hacer en este punto: cuando hablamos de nulidad contractual, la legislación de contrataciones públicas manifiesta que esta nulidad de contrato no tiene ribetes necesarios en cuanto a su declaración de nulidad contractual, a diferencia de la nulidad que está establecida para un procedimiento de selección en su fase selectiva, donde, si obviamente existe un vicio contenido, el titular de la entidad tendría que declarar la nulidad del procedimiento de selección. Entonces, en este caso es una facultad que está conferida a la entidad para que obviamente declare la nulidad del contrato y, en específico, por la transgresión del principio de presunción de veracidad, esto es, por la verificación de oficio realizada por la entidad o comunicada por terceros respecto de algún documento falso o inexacto contenido en los documentos de perfeccionamiento de contrato presentados por el adjudicatario, podría declarar la nulidad del contrato firmado finalmente.

Sobre esto, la entidad, en el supuesto de que se vea en aquella contingencia, en aquel desarrollo del marco de evaluación y posterior decisión, deberá realizar el análisis correspondiente de costo-beneficio suficiente y adecuado a los efectos de verificar si resulta conveniente o pertinente a los intereses de la entidad finalmente declarar la nulidad del contrato, porque recordemos que la nulidad contractual es una facultad o potestad inherente de la entidad; no es una obligación así manifestada por la norma. Visto esto, así como se presente, es fundamental la evaluación que pueda realizar la entidad a pesar de que exista un documento falso o inexacto contenido

en los requisitos para perfeccionamiento de contrato. Es distinta la figura (y esto se lo puedo comentar a la luz de la práctica procesal que tenemos) de declarar la nulidad de un contrato en cuanto al factor oportunidad una vez iniciada la prestación a cargo del contratista a que ya se esté en el último tramo de la prestación a cargo de este. Siendo más estrictos y exactos, no es lo mismo que una entidad de la administración pública pretenda declarar la nulidad de un contrato suscrito el día de ayer que que esta nulidad sea declarada cuando está pendiente, si hablamos de un objeto obra, el 5 % de la prestación a cargo del contratista, de acuerdo al calendario de ejecución de obras. No es lo mismo. Entonces, allí la entidad tendrá que realizar su mejor evaluación para la adopción de su mejor decisión. Esto no enerva, esto no impide ni obstaculiza a la entidad para que esta tenga el deber de comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado la ocurrencia de aquel hecho, esto es, la presentación de un documento falso o inexacto por parte de un proveedor del Estado al momento de presentar este los requisitos para el perfeccionamiento del contrato. Así lo dice el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. No es una facultad la comunicación de la entidad al Tribunal de Contrataciones del Estado; es una obligación. Por lo tanto, esto debe mantenerse intacto, sin demérito a que la entidad finalmente pueda decidir, previo informe, previa evaluación, declarar la nulidad del contrato. Y, si finalmente la entidad decide declarar la nulidad del contrato, previa revisión y evaluación que esta haya podido realizar, lógicamente el acto formalizado de nulidad contractual tiene que ser suscrito por la autoridad competente de la entidad de la administración pública y, asimismo, los efectos de esta nulidad del contrato son que el contratista será relevado de su obligación de seguir ejecutando la prestación a su cargo; de seguir a cargo de la prestación de un bien, un servicio o una obra a la entidad de la administración pública; y también una de las consecuencias, ya sea que la entidad finalmente declare la nulidad del contrato o ya sea que no, es la comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador; y, en específico, estaríamos inmersos en las infracciones a la normativa ocasionadas por el proveedor del Estado: estamos hablando de la presentación de documentación falsa o inexacta reguladas en los literales i) y j) del numeral 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado y sobre lo cual el Tribunal necesariamente con esa calidad iniciará el procedimiento

administrativo sancionador y tal vez, luego del debido procedimiento, el proveedor sea finalmente sancionado.

De este modo, algunas reflexiones que deben nacer de lo que se está comentando en este momento, para que se puedan tener en cuenta, son que la nulidad como tal, en puridad, como está erigida en la Ley de Contrataciones del Estado, en su texto único ordenado, es una potestad de la entidad. No obstante esto, aquella nulidad como potestad no es tanto así para la comunicación de aquella documentación inexacta o falsa presentada por el adjudicatario en los requisitos para el perfeccionamiento del contrato; lo va a tener que comunicar la entidad. Ocurre algunas veces que la entidad, al no decidir declarar la nulidad del contrato, no comunica al Tribunal, al colegiado administrativo competente, la ocurrencia de una supuesta infracción. Y digo *supuesta infracción* porque, más allá de que haya habido un control posterior realizado por la entidad, finalmente quien va a tener que declarar la infracción con la sanción es el Tribunal de Contrataciones del Estado. En el caso de que la entidad decida finalmente no comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado, por el hecho o el supuesto de que esta no declare una nulidad del contrato suscrito con el proveedor, estaría incurriendo en un defecto, en un error pasible no solamente de la revisión que pudiese haber sobre aquella actuación de la entidad a raíz de su decisión, sino también del deslinde de responsabilidades sobre las personas, órganos, funcionarios o servidores competentes de la entidad que hubiesen participado en la no comunicación oportuna al Tribunal de Contrataciones del Estado respecto a la posibilidad de la existencia de infracciones contenidas en aquellos documentos.

El acuerdo de sala plena n.º 02-2018, emitido por la reunión de sala plena del Tribunal de Contrataciones del Estado, establece un punto importante para poder rescatar en estos breves comentarios: manifiesta que, respecto a la ocurrencia de la presentación de algún documento inexacto, incluso en el estadio del perfeccionamiento del contrato (como lo regula el artículo 141 del Reglamento, cuando el proveedor adjudicatario tiene ocho días hábiles para presentar los documentos necesarios requeridos en las bases y en los demás documentos de selección), no necesariamente el beneficio obtenido por este adjudicatario significa la comisión de la infrac-

ción, esto es, de documentación inexacta con el perfeccionamiento de este contrato (con la firma del contrato). Sino que aquel acuerdo de sala plena, que está vigente, dice que basta con el beneficio potencial que haya pretendido el adjudicatario con aquel documento inexacto contenido en los documentos para perfeccionamiento de contrato para que ocurra la comisión de la infracción; esto es, la infracción contenida en el literal i) del numeral 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, la presentación de documentación inexacta. Y digo que puede ser potencial el beneficio porque puede darse el supuesto de que, presentando el proveedor de la administración pública, el adjudicatario, los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, finalmente no se firme el contrato, no bajo su imputabilidad, sino bajo criterios que la entidad haya seguido para no firmar tal contrato, que también están regulados en la normativa en lo referido a la negativa de la entidad para perfeccionar el contrato. Entonces, si se produjese este supuesto, a pesar de que no se haya firmado el contrato, este adjudicatario también estaría cometiendo una infracción de documentación inexacta porque fue potencial su beneficio solo con la presentación del documento falso para posteriormente, con este documento falso, entre otros, perfeccionar el contrato, es decir, firmarlo con la entidad de la administración pública. Así que necesariamente también esto tiene que estar involucrado en el comentario para que se tenga en cuenta y sobre ello podamos adoptar los mejores criterios, sea como actuantes proveedores de la administración pública o sea como personajes de las casi cuatro mil entidades con las que cuenta la administración pública.

Estos han sido mis comentarios. Sé que falta comentar sobre las implicancias de un documento falso o inexacto presentados por un adjudicatario para el perfeccionamiento del contrato y más aristas o apéndices para poder dialogar. Será en una nueva ocasión. Muchísimas gracias, reitero, por la invitación, y estoy llano y listo para contestar las inquietudes que pudiesen surgir en este momento, mi estimado Rodrigo.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Muchas gracias, José. Ha quedado clarísimo el tema de la documentación falsa.

Agradecería la participación de Renzo y Susana, dado que tenemos algunas preguntas que ha presentado el panel.

Primero para Renzo. Nos preguntan esto: si hay tantos problemas al momento de la suscripción del contrato, ¿qué es lo que se debería realizar? ¿El problema está en los requisitos que se le da al contratista o en los plazos que de verdad al fin y al cabo casi no se cumplen?

Renzo Zárate Miranda: Rodrigo, yo creo que no es que existan problemas. La norma es clara y ha sido bien aceptada tanto por los contratistas como por el Estado. Yo creo que a veces lo que falta es un poco de voluntad y conocimiento. Respecto a lo que sucede luego de la buena pro, la norma es específica en los requisitos que tiene que presentar cada contratista tras esta adjudicación. Lo que podría haber, digo yo, es una situación respecto a la entrega de la carta fianza, esta garantía que se debe presentar para la suscripción del contrato. Ha sucedido en contrataciones directas hasta hace poco. Ustedes saben que la suscripción del contrato es el final; primero se compra, se regulariza y se firma el contrato. Lo que se está viendo es qué sucede (y ese es un tema muy importante que lo pongo al debate) cuando al contratista que ya cumplió con su obligación contractual de entregar el bien o servicio por el cual se lo contrató por contratación directa se le va a hacer firmar el contrato, luego la regularización, y no presenta documentación. ¿Le vas a decir «te anulo la buena pro»? Pero si ya cumplió con la obligación. Otras contratistas lo que hacen es no entregar la carta fianza. La norma no es un traspié; al contrario, creo que la norma, luego de muchas discusiones, ha dado mucha flexibilidad en estos aspectos. Creo que se trata de un tema cultural y de conocimiento, que debemos superar poco a poco. Respecto al caso que mencionaba, desde mi punto de vista no debería anularse la buena pro, sino más bien la resolución del contrato. Pero, bueno, yo creo que no hay problemas, sino un aspecto de conocimientos y cultural que debemos superar poco a poco a través de estos paneles que son tan importantes.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Gracias, Renzo, por resolver la consulta.

No sé si la doctora Susana se encuentra presente.

Susana Guerrero López: Sí, sí estoy.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Genial. Me consultan si también en la etapa de la suscripción del contrato sigue siendo el comité o quién es el encargado de la recepción de estos documentos que presenta el contratista.

Susana Guerrero López: Interesante pregunta. El proceso de selección culmina con la adjudicación de la buena pro, y hasta esta adjudicación el comité especial es el que tiene la competencia para llevar a cabo todo el proceso hasta otorgar la buena pro. Una vez que ya se pasó el plazo para impugnar y ya está corriendo el plazo para el perfeccionamiento del contrato, el órgano encargado de las contrataciones es el que revisa toda la documentación y la verifica para a su vez hacer el trámite posterior con la oficina de administración de las entidades y concretar la firma del contrato a través de los representantes de la entidad. Esto depende: si es un ente sectorial, será el máximo titular de la entidad; en algunas entidades, dependiendo del monto, hay una delegación para algunos tipos de contratos. Entonces, estas observaciones suelen hacerse generalmente en el ámbito del órgano encargado de las contrataciones.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Perfecto, muy amable. Muchísimas gracias, doctora Guerrero.

Para finalizar, una pregunta al doctor Herrera. Nos consultan qué pasa en el caso de los consorcios cuando se presenta documentación falsa. ¿Existe responsabilidad solidaria o estamos hablando de que se divide la responsabilidad respecto a la documentación que se ha presentado?

José Herrera Candelario: La normativa de contrataciones del Estado sí regula la responsabilidad solidaria cuando el proveedor del Estado, en el momento en que se convierte en un postor, presenta oferta, para mejor competitividad, en conjunto con dos o más consorciados. Si bien es cierto que existe la responsabilidad solidaria, dice también el ordenamiento jurídico especial que esta responsabilidad solidaria se rompe o se quiebra si y solo si haya estado debidamente determinado en la promesa del consorcio cuáles van a ser las obligaciones o compromisos a asumir por cada consorciado.

Si la obligación que posteriormente está sujeta a cuestionamiento pasible de procedimiento administrativo sancionador solamente corresponde a un consorciado y no a otro, entonces el consorciado que estaría exento de responsabilidad tendrá que alegar su derecho de defensa cuando ocurra el procedimiento administrativo sancionador. Para eso es que existen en el seno de un PAS^{1*} ante el tribunal los principios a aplicarse: el debido procedimiento y sobre todo el derecho de defensa. Repito: solamente se quebraría la responsabilidad solidaria en el supuesto de que la promesa del consorcio claramente determine qué obligaciones corresponden a un consorciado a diferencia de otro, mi estimado Rodrigo.

Rodrigo Freitas Cabanillas: Perfecto. Muchísimas gracias. Es muy clara la respuesta de los tres.

Quiero agradecer a este panel por tan interactiva explicación respecto a la etapa de la suscripción del contrato, que muchos dan cuenta de que es muy fácil, pero en verdad tiene bastantes procedimientos y bastantes plazos que cumplir.

De parte del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado, les damos las gracias a los panelistas, a los asistentes, y espero que nos podamos ver en otra ocasión.

Agradezco también, por mi parte, al GICE y a los asistentes, y los invito a que sigan las redes del GICE, que así estarán enterados de más eventos y más actualización en el rubro de las contrataciones con el Estado. Desde acá un fuerte abrazo y nos estamos viendo todos. Hasta luego. Gracias.

Todos: Chau. Hasta luego. Gracias.

¹ * PAS: procedimiento administrativo sancionador

**ARTÍCULOS GANADORES DEL CONCURSO DE ARTÍCULOS
«LOS RETOS DE LA JUVENTUD EN EL DERECHO PERUANO,
DE CARA AL BICENTENARIO»**

Primer puesto

**DE LA OPCIÓN A LA NECESIDAD. INTERNET,
¿SERVICIO PÚBLICO O DERECHO FUNDAMENTAL?**

Hever Suárez de Armero¹

Resumen: En la actualidad el Internet se ha convertido en una herramienta indispensable para la sociedad, pues diversos servicios, como la educación, los sistemas de información, el comercio y más, dependen del grado de accesibilidad a esta red mundial de comunicación. En ese contexto, el presente artículo pretende hacer un análisis comparativo entre las implicancias jurídicas de consolidarlo como un servicio público esencial o declararlo como derecho fundamental, opción que ya ha sido adoptada por otros países y que encuentra sustento en diversos pronunciamientos y jurisprudencia internacional. Para finalmente determinar si nuestra normativa nacional vigente garantiza el acceso a esta herramienta indispensable para la actual sociedad de la información.

Palabras clave: Internet, servicios públicos, derechos fundamentales, gestión pública, derecho administrativo.

¹ Estudiante del 9.º ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), miembro de Peruvian Regulatory Law + (PRL+).

Contenido: I. Introducción, II. Internet dentro del marco de los servicios públicos, III. Internet como derecho fundamental, IV. Análisis de las cuestiones. ¿Servicio o derecho?, V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis desatada por la pandemia del covid-19 ha presentado un gran reto para la humanidad, pues, tras su declaración como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, la lucha por controlar el contagio ha significado hasta el primer trimestre del año 2021 más de 3 millones de decesos alrededor del globo y la contracción de la economía mundial en 4.3 % del PBI, lo que se ha traducido en quiebre de empresas, desempleo e inflación.

En el caso del Perú, esta crisis sanitaria ha desnudado las carencias que como Estado nos vienen agobiando décadas atrás. Específicamente en sectores claves como lo son los de salud, trabajo, economía y educación; siendo precisamente estos tres últimos los cuales se han visto limitados por la suspensión de actividades como parte de los protocolos de salubridad, teniendo así que recurrir a métodos alternativos para poder lograr cierta continuidad en dichos sectores, tales como el teletrabajo, las compras en línea y las clases virtuales, los cuales se sustentan única y principalmente en el Internet.

Siendo así, la importancia de contar con un adecuado acceso a Internet permite que la prestación de servicios públicos, como lo es la educación, se realice de forma eficiente; o, por lo menos, de forma tal que garantice un mínimo estándar de continuidad y calidad, permitiendo a los usuarios seguir gozando de la prestación del servicio en forma regular, más aún en la coyuntura generada por la pandemia del covid-19.

En ese sentido, las cifras arrojadas por el INEI muestran que cerca de 370 000 niñas, niños y adolescentes se vieron forzados a desertar de las escuelas debido a la baja economía familiar, la falta de dispositivos tecnológicos y la imposibilidad de acceder a Internet durante el 2020 (*El*

Comercio, 2021). Esto debido a la gran brecha digital que existe en el Perú, pues según lo señala el informe técnico del INEI, «con relación al servicio de Internet, el 62,9% de los hogares de Lima Metropolitana disponen de este servicio, el 40,5% del resto urbano y solo el 5,9% de los hogares del área rural» (2020, p. 5).

Entonces, ante la importancia que significa el Internet para nuestra sociedad hoy en día, algunos partidos políticos han ofrecido, dentro de sus planes de gobierno, declararlo como derecho fundamental. Sin perjuicio de ello, desde el Legislativo se han venido elaborando proyectos de ley con el mismo objetivo; sin embargo, cabe preguntarnos si es necesario elevar la condición del Internet a la de derecho fundamental o, por el contrario, existen dentro de nuestro ordenamiento legal normas que garanticen su prestación de una forma igualmente satisfactoria.

En el presente artículo abordaremos de manera concisa en qué consiste la prestación de Internet y cuál es el marco jurídico vigente aplicable en nuestro país. Además, analizaremos las implicancias de declararlo como derecho fundamental y cómo este tema se ha ido tratando en otros países. Para finalmente llegar a una conclusión sobre cuál es la vía idónea.

II. INTERNET DENTRO DEL MARCO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Internet es una compleja red global de comunicación entre sistemas informáticos que comparten un mismo lenguaje; esto es, de computador a computador o entre una red interconectada de estos con otra similar. Razón por la cual se la considera como la «red de redes», siendo una de sus características principales la descentralización, pues no existe un punto matriz o central; por el contrario, esta red se ha ido construyendo sin conocer límites geográficos o legales, siendo su naturaleza internacional lo que hace imposible asignarle alguna titularidad o ejercer algún tipo de control sobre ella (Núñez, 1999).

Por consiguiente, la falta de dominio o titulares sobre el Internet hace que no sea considerada como un servicio, pues es una red que no tiene

proveedor alguno. Sin embargo, el soporte por donde fluye, esto es, su capa física —como pueden ser las instalaciones de antenas, los satélites, la fibra óptica, la red telefónica, entre otras—, es en su mayoría propiedad privada (Peña, 2013, p. 9), con lo cual se marca la diferencia entre el Internet propiamente dicho y la accesibilidad a él, siendo esta última la que cuenta con carácter prestacional, susceptible de ser catalogada como servicio público.

Pero ¿qué debemos entender por servicio público? El autor italiano Sorace (2006) parte diciendo que este tipo de servicios está constituido por actividades de interés general y, como cualquier actividad, posee un componente económico, pudiendo ser proporcionado por empresas privadas. Sin embargo, estas deben estar sujetas a cierto control estatal con miras a lograr un equilibrio entre la maximización de sus utilidades y el interés general, asegurando así que los ciudadanos reciban una prestación con estándares mínimos de seguridad, calidad y precio razonable, siendo el derecho administrativo y no el derecho privado el aplicable a sus relaciones.

En ese sentido, la intervención pública de estas actividades se realiza en tres fases. La primera como apreciación del Estado de asegurar la satisfacción de ciertas necesidades a la población como parte de un deber constitucional. La segunda por ley que otorga la titularidad al Estado de los servicios considerados esenciales. Y finalmente la forma de gestión, ya sea por gestión directa, por medio de la empresa estatal, o por gestión indirecta, a través de la empresa privada autorizada por concesión (Sorace, 2006).

En cuanto a la doctrina nacional, Danós (2008) señala que nuestra Constitución no consagra un concepto unívoco de servicio público, por lo que de la interpretación sistemática de los artículos en los cuales se hace referencia a este término se desprenden dos conceptos: uno clásico que refiere al servicio público como función estatal o poder público; y el segundo, más moderno, se refiere a las prestaciones esenciales para la sociedad que pueden ser gestionadas por particulares. En ese sentido, para una mejor contextualización se debe tener presente el rol económico del Estado y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia.

El artículo 58 de la Constitución señala que la actividad económica se rige por la libre iniciativa privada bajo un modelo de economía social de mercado, la cual «debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia», teniendo como elementos fundamentales el bienestar social, el libre mercado y un Estado subsidiario y solidario (RTC Exp. n.º 0008-2003-AI/TC, 11/11/2003, f. j. 13), de forma que se garantice y promocióne la participación de los privados en la actividad económica del país, a través del respeto de la propiedad privada, la libertad de iniciativa y la libre competencia. Principalmente en áreas esenciales como la promoción del empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos e infraestructura.

De esta forma, la participación del Estado en las actividades económicas se da de manera subsidiaria ante la falta de oferta privada o, aun cuando esta exista, sea insuficiente para satisfacer las necesidades esenciales de la sociedad. En ese sentido, los servicios públicos están referidos a «actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional» (Danós, 2008, p. 258), pudiendo ser realizados tanto por agentes privados como por el propio Estado.

En conformidad con esto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma general, en el fundamento 40 del Exp. n.º 0034-2004-AI/TC, cuáles son las características para que una actividad económica pueda ser catalogada como servicio público. Estas son:

- (i) su naturaleza esencial para la comunidad,
- (ii) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo,
- (iii) su naturaleza regular o estándar mínimo de calidad,
- (iv) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

Por esta razón, ante la falta de una definición específica, corresponde al legislador precisar la clasificación y el régimen aplicable mediante norma de rango legal; es decir, la declaración de una actividad como servicio público o *publicatio*. Esto es, como refiere Tornos (2016), la asunción de la titularidad de la actividad por parte de los poderes públicos, sin que

ello signifique su monopolización por parte del Estado, pues los privados podrán prestar el servicio siempre que cuenten con un título concesional.

De esta manera, la ley establece el régimen jurídico aplicable a estas actividades, determinando la intensidad de la intervención estatal a través de sus funciones de regulación y fiscalización, pues debido a su carácter esencial es que no pueden quedar expuestas a los riesgos comunes del mercado. Además, la ley establece los límites de la potestad estatal frente a los derechos y obligaciones de los agentes privados prestadores del servicio que cuenten con un título habilitante.

En consecuencia, el concepto clásico de servicio público que se utilizaba para justificar la reserva de actividades al Estado ha evolucionado debido a la liberación de los mercados; y, como señala Lazarte (2006), hoy en día el concepto sirve «para identificar únicamente a aquellas actividades que, por motivos técnico-económicos, no permiten su libre acceso al mercado y, por tanto, no pueden ser prestados en condiciones de libre competencia» (p. 24).

Por consiguiente, el Estado establece requisitos para regular el acceso por medio de los contratos de concesión del servicio, como es el caso de las telecomunicaciones, ejerciendo control respecto de la calidad y las condiciones del servicio por medio de los organismos reguladores tales como Osiptel; así como también fijar tarifas y propiciar la competencia en los sectores donde sea posible.

Considerando lo anterior, el Decreto Supremo n.º 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 12 define al servicio de Internet como un «servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquete (acceso a internet)». El mismo cuerpo legal señala en su artículo 29 que los servicios de valor añadido son aquellos que «añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base». Adicionalmente, el Decreto Supremo n.º 020-2007, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, señala en su artículo 23 que los servicios de valor añadido pueden llegar a ser públicos.

Entonces, bajo nuestro ordenamiento legal vigente, el acceso a Internet no es en sentido estricto un servicio público, ni uno principal, pues está condicionado a uno que le sirva como base, que para este caso es el servicio de comunicación telefónica. De modo que queda a discreción del legislador declararlo como público. En tanto, el servicio será prestado por la empresa privada en consideración de la cantidad de demanda existente, la posibilidad real de la oferta y de las condiciones de infraestructura necesarias para ello, pudiendo, en razón de estas variables, discriminar a quiénes finalmente brindarán el servicio o no.

III. INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la actualidad, debemos considerar al Internet como la base tecnológica que ha transformado de manera sustancial diversos aspectos de la sociedad. Razón por la cual el sociólogo Castells (2001) se refiere a ella como «el tejido de nuestras vidas (...), dada su capacidad para distribuir el poder de la información por todos los ámbitos de la actividad humana» (p. 15). Potenciando la libertad de expresión, el flujo de conocimiento, la colaboración empresarial y las relaciones interpersonales desde cualquier lugar del mundo. Mostrándose como una fuerza liberadora y amplificadora de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, tales como la educación, el acceso a la información, la cultura, la libertad de empresa y la libertad de expresión.

En ese sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha reconocido que las tecnologías de la información, las comunicaciones y la interconexión mundial posibilitan grandemente el desarrollo humano y el progreso de la sociedad, y ha exhortado a los Estados a velar por su desarrollo y promoción, condenando de forma inequívoca «las medidas cuyo objetivo deliberado es impedir u obstaculizar el acceso o la divulgación de información en línea, vulnerando el derecho internacional de los derechos humanos» (Resolución A/HRC/32/L.20, considerando n.º 10).

Teniendo en cuenta esas consideraciones, Grecia ya ha incluido en su texto constitucional el acceso a Internet como un derecho básico. El inciso 2 del artículo 5-A de su carta fundamental dispone que «todas las personas tienen derecho a participar en la Sociedad de la Información. Facilitación de acceso a la información transmitida electrónicamente, así a partir de la producción, intercambio y difusión de la misma, constituye una obligación del Estado».

Así mismo, Estonia declaró en el año 2000 al Internet como derecho humano básico, siendo catalogado como el país con el Internet más libre del mundo (BBC, 2012). En la misma línea, en el año 2013, México añadió mediante reforma constitucional el siguiente párrafo a su artículo 3: «El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet».

En cuanto al desarrollo jurisprudencial, el Conseil Constitutionnel francés mediante su sentencia n.º 2009-580 DC señaló en su fundamento 12 que, de acuerdo al artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre; y, en consideración del estado actual de los medios de comunicación en línea, este derecho implica necesariamente el acceso a Internet.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica en su resolución n.º 11212-2017 desarrolló el concepto de *sociedad de la información*, la cual se caracteriza por el uso masivo del Internet y el tránsito global de información. En consecuencia, en el fundamento VI, este colegiado señalaría que en la actualidad «el derecho de todas las personas de acceder y participar en la producción de la información, y del conocimiento, se vuelve una exigencia fundamental», por lo que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones tienen el deber de garantizar el acceso de forma «continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso a los derechos a la comunicación y la información».

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) señala que el Internet representa «un instrumento único» para desplegar e incrementar el derecho de expresión e información, por lo que su configuración y arquitectura resultan relevantes para la población. Es por ello que «el entorno digital debe adecuarse a unos principios orientadores que informen la labor del Estado, el desarrollo de políticas públicas y la actuación de los particulares» (p. 6), los cuales desarrollaremos brevemente a continuación:

- (i) Acceso: Se debe garantizar, mediante acciones progresivas, la conectividad, el acceso universal, ubicuo, equitativo y verdaderamente asequible tanto a la infraestructura como a la tecnología necesaria para su uso.
- (ii) Pluralismo: Evitar cambios que reduzcan las voces y contenidos. Las políticas públicas deben proteger la naturaleza multidireccional del Internet, fomentando la participación en la deliberación pública como ejercicio democrático.
- (iii) No discriminación: El Estado debe remover los obstáculos que impidan a los ciudadanos, especialmente a los sectores más vulnerables, el ejercicio de sus derechos de expresión e información en los nuevos medios digitales.
- (iv) Privacidad: El Estado tiene la obligación de respetar y proteger el derecho a la privacidad de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos; esto es, abstenerse de cualquier intervención arbitraria en la órbita del individuo, su información personal y sus comunicaciones.

Sin embargo, existen posiciones disidentes respecto a catalogar el acceso a Internet como derecho fundamental. En esta línea encontramos la petición 0755/2013, realizada por un ciudadano italiano ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, en la cual se solicita «ampliar el ámbito de los derechos fundamentales que reconoce la Unión Europea para incluir el acceso a Internet y la sociedad de la información», justificándose en que por este medio se brinda una mayor posibilidad de desarrollar la ciudadanía activa y la participación institucional y democrática de la población en la vida política de sus naciones. Al respecto, la Comi-

sión respondió que la importancia del Internet para el desarrollo político, económico y social de la comunidad ya se encuentra reconocida y, en ese sentido, se vienen poniendo en práctica numerosas acciones a nivel de la comunidad europea para promover el mercado digital y de telecomunicaciones. Así, se llegó a esta conclusión:

A la luz del marco jurídico vigente y teniendo en cuenta las diversas actividades y acciones en marcha, la Comisión no considera necesario ampliar el ámbito de los derechos fundamentales del Tratado de la Unión Europea, como propone el peticionario.

En el mismo sentido, consideramos válido resaltar la opinión de Vinton Cerf, científico de la computación y considerado uno de los padres del Internet. Él señala que la tecnología debe ser considerada como un facilitador y no como un derecho en sí, pues la conexión a Internet, tal como en su momento fueron el teléfono y la electricidad, nos acerca a la noción de «servicios universales», los cuales no deben ser confundidos con derechos fundamentales, pues

un derecho básico debe ser una de las cosas que, como seres humanos, necesitamos para llevar vidas saludables y significativas, como la libertad, la condena de la tortura o la libertad de conciencia. Es un error colocar cualquier tecnología en esta exaltada categoría, ya que con el tiempo terminaremos valorando las cosas equivocadas (Xataka, 2017).

En el plano nacional, desde el año 2017 se han presentado diversos proyectos de ley con la finalidad de elevar a rango de derecho fundamental el acceso a Internet, pero sin mayor resultado. Impulsados por excongresistas como Mauricio Mulder, Alberto de Belaúnde, entre otros, solicitaron la modificación del artículo 2, inciso 4 y del artículo 14 de la Constitución (Proyecto de Ley 05843/2020-CR), para incluir el siguiente texto:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen,

por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. El Estado garantiza el acceso al internet y las tecnologías de la información y comunicación, priorizando su cobertura en el sector rural (...).

Artículo 14.- (...).

El Estado reconoce el derecho al acceso al internet, las tecnologías de la información y comunicación. En especial para el sector educativo y las zonas rurales del país, sobre la base de la protección y la defensa de los intereses sociales y ambientales [el subrayado es nuestro].

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES. ¿SERVICIO O DERECHO?

Primero debemos tener en claro qué se entiende por *derecho fundamental*. De forma general, concordamos con la postura que señala que los derechos fundamentales son derechos implícitos del ser humano por su condición de tal y fundados en su propia dignidad, que al ser reconocidos bajo un modelo positivista se incorporan como elementos fundantes del sistema jurídico, el cual los reconoce y garantiza con el respaldo de la fuerza del Estado (Bastida *et al.*, 2004).

La fundamentalidad de estos derechos les otorga dos dimensiones: una subjetiva, la cual protege a la persona de cualquier intervención injustificada o arbitraria en su esfera de derechos, ya sea por parte de otro individuo o por la acción u omisión del Estado; y la facultad de exigir a este último la protección necesaria a través de los mecanismos de tutela reconocidos. Mientras que la dimensión objetiva radica en que estos derechos son elementos constitutivos del ordenamiento jurídico; es decir, mandatos de optimización, en cuanto contienen valores e instituciones sobre las cuales se sostiene el Estado constitucional (RTC Exp. n.º 3330-2004-AA/TC, 11/07/2005, f. j. 9).

Sin embargo, la eficacia y exigibilidad de los derechos comprendidos en la Constitución no es la misma, pues la doctrina ha desarrollado grados o generaciones de derechos. La primera generación, referida a las libertades individuales; la segunda a los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera generación de derechos es la que viene a complementar la eficacia de las anteriores y responde a un fenómeno de degradación o vulneración de los derechos fundamentales producto de la modernidad (Pérez, 1991). Incluso, parte de la doctrina actual considera una cuarta generación producto de la interacción de los derechos humanos individuales en los nuevos espacios como la biomedicina, el entorno digital y la globalización de las comunicaciones (Bailón, 2009).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que cabe distinguir entre derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos y otros denominados prestacionales o progresivos. En estos últimos estarían incluidos los derechos de segunda generación; y en nuestra consideración los de tercera y cuarta. Pues, siendo derechos subjetivos, estos demandan acciones específicas por parte del Estado para su realización; en ese sentido, «necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena» (RTC Exp. n.º 01417-2005 AA/TC, 08/07/2005, f. j. 13).

Por esa razón, derechos como los de seguridad social, protección de la salud, gozar de un medio ambiente equilibrado, o incluso el derecho de acceso a Internet (de ser catalogado como tal), tendrían supeditada su vigencia y exigibilidad a dos factores. Primero, a su regulación legal, pues existen determinados derechos fundamentales que para su protección requieren ser desarrollados por ley, ya sea por propia disposición de la Constitución, como el derecho a la estabilidad laboral; o por su propia naturaleza como los derechos sociales, económicos y culturales (RTC Exp. n.º 01417-2005 AA/TC, 08/07/2005, f. j. 11). Y, segundo, a la aplicación del principio de progresividad en el gasto; esto es, a través de la ejecución de políticas sociales coherentes con la realidad presupuestal de la nación, las cuales deben ser implementadas de forma progresiva, tal como lo señala la undécima de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución, la cual cito a continuación.

Undécima.- Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

Por esta razón, el derecho de acceso al Internet, de ser reconocido como tal, no podría ser exigido de manera directa en un proceso de amparo, por ejemplo; como tampoco se puede exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o la prestación de una vivienda. Debido a que la adopción de medidas conducentes al goce efectivo de esos derechos depende del máximo de recursos públicos del cual se disponga. Lo cual no significa que esto sirva para justificar la inacción del Estado ni que esta debe ser asumida como un ideal de gestión, pues se trata de obligaciones que deben ser cumplidas de forma progresiva y paulatina, es decir, en plazos razonables y acompañadas de acciones concretas que lleven a la efectiva realización material del derecho (RTC Exp. n.º 2945-2003-AA/TC, 20/04/2004, f. j. 37).

Sin perjuicio de lo señalado, debemos hacer un breve paréntesis para referirnos a la cláusula de derechos implícitos o no enumerados contenida en el artículo 3 de la Constitución, y que podría ser de aplicación en este caso, donde se señala lo siguiente:

Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Al referirse al derecho a la verdad, derecho no reconocido explícitamente, el Tribunal Constitucional sostendría que nuestra Constitución contempla una «enumeración abierta» de derechos fundamentales que, a pesar de no contar con un reconocimiento expreso, tienen una protección sustentada en casos especiales y novísimos, siempre que detrás del derecho en cuestión se encuentren comprometidos otros derechos fundamentales como la vida, la libertad o la seguridad, entre otros. Se configura de esta manera como un derecho autónomo distinto de los demás a los cuales se

encuentra vinculado (RTC Exp. n.º 2488-2002-HC/TC, f. j. 13 a 15), interpretación que consideramos que podría ser extensiva al caso del Internet, con los mismos inconvenientes señalados anteriormente para el caso del reconocimiento expreso, esto es, a su desarrollo legal y el principio de progresividad en el gasto.

Siendo así, nos queda remitirnos a la eficacia dentro de las normas con rango de ley. Como ya hemos señalado, tanto la Ley de Telecomunicaciones como su reglamento no señalan que el servicio de acceso a Internet sea en *stricto sensu* una prestación de carácter esencial para la sociedad, pese a que la realidad demuestra lo contrario. En consecuencia, al igual que en el caso de ser considerado un derecho fundamental, su real eficacia no solo está sujeta a su reconocimiento legal como servicio público en sí, sino además a la voluntad política de la Administración pública expresada en medidas concretas conducentes a que el servicio llegue de forma continua, regular y por igual a los ciudadanos; lo cual necesariamente implica destinar una partida presupuestaria considerable y concordante con tal finalidad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional habría realizado una interesante apreciación sobre la necesidad de catalogar un servicio como público o *publicatio*. Al respecto, en una sentencia referida al servicio de transporte urbano e interurbano en nuestro país, el colegiado señaló que el calificativo de esta actividad económica como un servicio público en sentido estricto ha sido fluctuante, pues específicamente la Ley n.º 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, omite referirse textualmente al servicio de transporte como uno de carácter público. No obstante, la falta de este calificativo no exime su reconocimiento como una actividad económica de especial relevancia para la comunidad, lo cual justificaría

un especial deber de protección estatal a los usuarios del servicio y, con ello, una reglamentación más estricta del mismo, supervisando que la prestación se otorgue en condiciones de adecuada calidad, seguridad, oportunidad y *alcance a la mayoría de la población*. Por tanto, una potencial intervención Estatal en este supuesto también es aceptada, quedando únicamente por resolver

el grado de intensidad permitido (RTC Exp. n.º 0034-2004-AA/TC, 15/02/2005, f. j. 44).

Entonces, en consideración del anterior razonamiento del Tribunal Constitucional, podemos inferir que el carácter formal, es decir, el reconocimiento expreso de una actividad como servicio público o *publicatio*, no es un requisito necesario para su determinación como tal, siendo su carácter material, esto es, el especial interés público o relevancia de la actividad para la comunidad, lo que finalmente justificaría la intervención del Estado para su posterior reglamentación y fiscalización.

V. CONCLUSIONES

En la actualidad, Internet es una herramienta esencial para el desarrollo de la humanidad, pues esta red mundial permite amplificar derechos fundamentales como el de libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho a la educación, la libertad de comercio, entre otros. Esto justifica su regulación con el objetivo de brindar un mayor acceso a la población, pues, a diferencia de otros medios de comunicación unidireccionales como la televisión, la radio y la prensa, el Internet se muestra como un medio interactivo y de suma necesidad para el mundo globalizado en el que vivimos.

Actualmente, nuestra normativa sectorial, esto es, la Ley de Telecomunicaciones de 1993 y su reglamento de 2007, no brindan una salida acorde a esta realidad, de modo que nos condenan a un anacronismo jurídico que solo nos lleva al estancamiento digital, el cual ya ha sido abordado de forma eficiente por otras naciones, a través del reconocimiento del carácter esencial del Internet, ya sea como servicio público o derecho fundamental, conjuntamente con la implementación de medidas concretas para una mayor cobertura de este servicio.

A pesar de ello, normas más recientes como la Ley n.º 29904, Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la red dorsal nacional de fibra óptica, vigente desde el año 2012, señala en su artículo 4 que «se

entiende por Banda Ancha a la conectividad de transmisión de datos principalmente a internet», siendo el objeto de la ley promover el despliegue de contenidos y servicios digitales hacia una sociedad de la información. De esta manera, el dispositivo legal acotado nos da un acercamiento al carácter esencial y necesario del acceso al Internet como medio necesario de concreción de otros derechos fundamentales, que precisa en su artículo 2 lo siguiente:

Artículo 2.- Promoción de la Banda Ancha

El Estado promueve la Banda Ancha y su aprovechamiento por parte de toda persona, como medio que coadyuva al efectivo ejercicio de sus derechos a la educación, salud y trabajo, y a sus libertades de información, expresión, opinión, empresa y comercio, reconocidos constitucionalmente [el subrayado es nuestro].

Entonces, a pesar de lo señalado por el Tribunal Constitucional, el cual considera de poca relevancia la declaración formal de la actividad como servicio público, si es que se comprueba su importancia material, consideramos que una modificación de la Ley de Telecomunicaciones vigente y su reglamento, por la cual se declare el acceso a Internet como servicio público y no como uno de valor añadido como se lo considera actualmente, otorgaría una mayor seguridad jurídica al definir de forma clara el especial interés público de la actividad, además de establecer los regímenes aplicables tanto para la graduación de la intervención del Estado como para las reglas de participación de los privados.

En consecuencia, a nuestro entender, se han concatenado los elementos señalados por el Tribunal Constitucional para declarar el acceso a Internet como un servicio público; esto es, su naturaleza esencial para la comunidad, la necesaria continuidad de la prestación del servicio, la regularidad de los estándares de calidad para un adecuado uso y la necesidad de que la accesibilidad se dé en condiciones de igualdad, a menos que la desigualdad se justifique por una razón objetiva, como podría ser establecer tarifas preferenciales para los sectores rurales más vulnerables.

Por ello, solo bastaría su declaración legal como servicio público o *publicatio*, lo cual resulta más factible que optar por una reforma constitucional; esto en consideración, además, del artículo 3 de la Constitución, que posibilita el reconocimiento de derechos implícitos pese a no estar expresamente contenidos en nuestra carta fundamental, siempre que se funden en la dignidad del hombre. Para el caso del Internet, se sustenta en que este sirve como medio para la eficacia de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la educación, entre otros, que maximizan las potencialidades de los individuos y los acercan a un desarrollo más digno de su proyecto de vida.

Sin embargo, debemos enfatizar que más allá de la etiqueta jurídica que se le otorgue, sea la de servicio público o de derecho fundamental, el acceso al Internet requiere compromisos serios y medidas concretas para su efectiva prestación, dado que en la actualidad ya no estamos frente a una opción más de consumo o servicio en el mercado, sino frente a una necesidad esencial imposible de satisfacer mientras se mantenga en el país la gran brecha digital que agudiza la desigualdad social. Esta desigualdad solo puede ser combatida poniendo al alcance de los sectores más vulnerables los dispositivos tecnológicos necesarios y la infraestructura adecuada para acceder a un servicio de calidad, ya sea por medio de la acción directa del Estado o a través de la participación de los agentes privados, brindando así la oportunidad de que un mayor número de peruanos, aún ajenos a los beneficios de la tecnología, puedan integrarse, en igualdad de condiciones, a la nueva sociedad de la información.

REFERENCIAS

BAILÓN, M. J. (2009). Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. *Revista Derechos Humanos México*, (12), 103-128. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-03/2009_DH_12.pdf

BASTIDA, F.; Villaverde, I.; Requejo, P.; Presno, M.; Aláez, B., y Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Tecnos.

CASTELLS, M. (2001). *La galaxia Internet*. Areté.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Libertad de expresión e Internet.

Conseil Constitutionnel. Sentencia n.º 2009-580 DC, 10 de junio de 2009.

Constitución de la República de Grecia.

Constitución Política de los Estados Mexicanos.

Constitución Política del Perú de 1993.

¿Cuáles son las consecuencias de la deserción escolar? (25 de marzo de 2021). *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/respuestas/cuales-son-las-consecuencias-de-la-desercion-escolar-ano-escolar-2021-revtli-noticia/?ref=ecr>

DANÓS, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la constitución peruana. *THEMIS. Revista de Derecho*, (55), 255-264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236/9650>

Estonia, el país con la internet más libre del mundo. (28 de septiembre de 2012). *BBC News*.

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/10/120928_tecnologia_estonia_libre_mundo_dp

INEI (junio de 2020). Estadísticas de las tecnologías de información y comunicación en los hogares.

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletín_tics.pdf

NÚÑEZ, I. (1999). ¿Quién teme a Internet? Reflexiones acerca de su gobierno y jurisdicción. La ley.

LAZARTE, J. E. (2006). El servicio público para el Tribunal Constitucional. A propósito del transporte público gratuito. *Derecho & Sociedad*, (26), 21-32. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17123/17413>

Parlamento Europeo. Petición 0755/2013, 19 de diciembre de 2013.

PEÑA, P. (2013). ¿Cómo funciona Internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas. ONG Derechos Digitales.

PÉREZ, A.-E. (septiembre-diciembre de 1991). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 203-217.

Proyecto de Ley n.º 05843/2020-CR.

Organización de las Naciones Unidas. Resolución n.º A/HR-C/32/L.20, 27 de junio de 2016.

Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica. Resolución n.º 11212-2017, 14 de julio de 2017.

Tribunal Constitucional. Exp. n.º 2488-2002-HC/TC, 18 de marzo de 2004.

Tribunal Constitucional. Exp. n.º 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional. Exp. n.º 0034-2004-AI/TC, 15 de febrero de 2005.

Tribunal Constitucional. Exp. n.º 3330-2004-AA/TC, 11 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional. Exp. n.º 01417-2005 AA/TC, 8 de julio de 2005.

SORACE, D. (2006). *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*. Palestra Editores.

TORNOS, J. (2016). El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario. *Revista de Administración Pública*, (200), 193-211.

Xataka (26 de enero de 2017). *El fascinante mapa de los países que ya consideran Internet como un derecho básico*. Tecnología Zen. <https://www.xataka.com/tecnologiazen/el-fascinante-mapa-de-los-paises-que-ya-consideran-internet-como-un-derecho-basico>

Segundo puesto

UNA CULTURA DE LITIGIO Y ALGUNOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Por Yasmín M. Pardo García

Resumen: El presente trabajo tiene como finalidad definir el conflicto y desarrollar los mecanismos alternativos de solución que existen para afrontarlos, los cuales se dividen en tres grupos principales: autotutela, heterocomposición y autocomposición.

Abstract: The purpose of this paper is to define the conflict and develop the major dispute settlement mechanisms: self-defense, heterocomposition and self-composition.

Palabras clave: conflicto, mecanismos, autotutela, heterocomposición, arbitraje, jurisdicción, autocomposición, allanamiento y reconocimiento, desistimiento, negociación, mediación, conciliación.

Lamentable, pero cierto; los escenarios de confrontaciones, discrepancias y conflictos son parte de nuestro día a día. Pese a los intentos de promover soluciones pacíficas y crear disposiciones legales que nos ayuden a resolver los problemas de la manera más pacífica, los conflictos seguirán existiendo.

Un resultado positivo de ello —porque no todo podría ser malo— es el surgimiento de una serie de mecanismos que resultan más amigables que la tradicional vía del Poder Judicial, cuya carga, por cierto, se ha ido incrementando en los últimos años.

A través de este artículo se pretende definir y analizar el conflicto, así como conocer los mecanismos de resolución que se emplean en nuestro país, a fin de que cada uno pueda elegir, en cuanto lo requiera, la mejor opción.

Antes de empezar a definir el conflicto, se debe tener en cuenta que, a lo largo de los años, el significado de esta palabra ha evolucionado.

La palabra *conflicto* viene del latín *conflictus*, en el que *con* significa 'convergencia o unión' y el participio de *fligere* significa 'golpe'. Entonces podría entenderse como 'el golpe junto'.

Como opinión personal, podría entenderse que el origen del conflicto supone una agresión física; sin embargo, al transcurrir los años, el conflicto puede reflejarse a través de diversas maneras, entre ellas conflictos de intereses, conflictos laborales, conflictos familiares e intrapersonales.

Según Robbins (1994), puede ser entendido, asimismo, como aquel proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de igual manera en alguno de sus intereses (p. 461).¹

El conflicto puede considerarse como un proceso interaccional que, como tal, nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer o disolverse, y otras veces permanece estacionado.

Según Suares (1996), el conflicto se construye en forma recíproca entre dos o más partes, que pueden ser personas, grupos grandes o pequeños, en cualquier combinación; en esta situación predominan interacciones antagónicas sobre las interacciones cooperativas, llegando en algunas ocasiones a la agresión mutua, donde quienes intervienen lo hacen como seres totales con sus acciones, pensamientos, afectos y discursos. Suares identi-

¹ Robbins, S. P. (1994). *Comportamiento organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones* (6.ª ed.). Prentice Hall.

ca, de esta manera, la conducta y el afecto como elementos esenciales del conflicto².

Ander-Egg (1995) sostiene que el conflicto es un proceso social en el cual dos o más personas o grupos contienden, unos contra otros, debido a que tienen intereses, objetos y modalidades diferentes, con lo que se procura excluir al contrincante considerado como adversario³. De igual forma, la Fundación Progresar (2000) lo concibe como una disputa entre dos o más partes interdependientes que perciben metas incompatibles, recursos escasos o sentimientos⁴.

Desde el campo de la psicología, se enfatiza en la frustración, considerando que el conflicto se presenta cuando al menos una de las partes experimenta frustración ante la obstrucción o irritación causada por la otra parte. Por tanto, el conflicto surge en cuanto las partes perciben que las actividades a desarrollar para la consecución de los objetivos se obstruyen entre sí⁵.

Desde esta perspectiva también se hace hincapié en la percepción que del conflicto tienen las personas: «... el conflicto consiste en una percepción distinta de intereses o en la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser simultáneamente alcanzadas»⁶.

En consecuencia, una de las obligaciones por parte del Estado es velar por nuestros intereses y ofrecernos mecanismos para la tutela de estos. Por esta razón, surge el derecho procesal compuesto por mecanismos de resolución de conflictos, siendo los más importantes la autotutela, la heterocomposición y la autocomposición.

² Suares, M. (1996). *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós.

³ Ander-Egg, E. (1995). *Diccionario del trabajo social*. Lumen.

⁴ Progresar-Fundación para el Desarrollo Social, la Democracia y la Paz. (2000). *Mecanismos alternativos para la transformación de los conflictos*. Fundación Progresar.

⁵ Munduate, L. y Martínez, J. (1994), citados por Jares (2002: 44).

⁶ Pruitt y Rubin (1986), citados por Jares (2002: 45). (Jares, X. [2002]. *Educación y conflicto*. Editorial Popular).

AUTOTUTELA

Considero pertinente adelantar que el uso de este mecanismo de resolución de conflictos no es el más agradable para todos y el empleo de este suele ser un tema altamente discutible.

La autotutela podría considerarse como sinónimo de defensa propia, que es empleada para proteger un bien como la vida misma o la posesión que pueda tener el individuo sobre un bien. A modo de ejemplo, esta autotutela surge cuando la vida de una persona está en peligro y decide defenderse, o cuando atacan la posesión de un inmueble y, para evitar una «invasión», prefiere hacer uso de la fuerza. Es decir, es una reacción inmediata que tiene un ser humano para defenderse o protegerse.

Por un lado, en materia penal, la autotutela se ve reflejada en el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal, el cual constituye la legítima defensa como un eximente de responsabilidad penal. Para la configuración de dicha figura será necesaria la concurrencia de tres elementos, los cuales son i) la agresión ilegítima, ii) la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y iii) la falta de provocación suficiente de parte del que se defiende. Elementos que no son materia principal del presente artículo, por lo que solo me limitaré a mencionarlos.

De acuerdo con San Martín (2015), este tipo de actos propios del procesado están encaminados a preservar su libertad, es decir, a impedir la condena o a reducir al mínimo la posible sanción penal⁷.

Por otro lado, en material civil, el Estado reconoce a la autotutela en el artículo 920 del Código Civil respecto a la defensa posesoria⁸, el artículo 1123

⁷ San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

⁸ Artículo 920.- *El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.*

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado

relacionado al derecho de retención⁹ y el derecho al corte de ramas y raíces invasoras al predio regulada por el artículo 967 del mismo cuerpo legal¹⁰.

El empleo de este mecanismo se divide en —principalmente— dos sectores: los que están de acuerdo y los que no. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, en aras de respetar el uso de mecanismos más pacíficos de resolución de conflictos sin transgredir otros derechos reconocidos por nuestra Constitución Política del Perú de 1993, ha precisado las circunstancias en las que se puede activar esta discutible autotutela.

HETEROCOMPOSICIÓN

La heterocomposición consiste en una solución en la que interviene un tercero ajeno e imparcial cuya decisión deberá respetarse por las partes, al tener una calidad autoritaria frente a estas. Desarrollaremos específicamente dos mecanismos de resolución heterocompetitivos.

La jurisdicción

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, con arreglo a la Constitución y a las leyes».

por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú, así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.

⁹ Artículo 1123.- *Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.*

¹⁰ Artículo 967.- *Todo propietario puede cortar las ramas de los árboles que se extiendan sobre el predio y las raíces que lo invadan. Cuando sea necesario, podrá recurrir a la autoridad municipal o judicial para el ejercicio de estos derechos.*

El Estado, en cumplimiento de sus facultades, asume la administración de justicia que se encuentra integrada por el Poder Judicial. El artículo 1 del Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes. No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar».

El artículo 4 de esta norma señala que «toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala».

De acuerdo con el sitio web oficial del Poder Judicial del Perú, en estricto cumplimiento de la Constitución y las leyes, es la institución encargada de administrar justicia a través de sus órganos jerárquicos, que son los juzgados de paz no letrados, los juzgados de paz letrados, las cortes superiores y la Corte Suprema de Justicia de la República.

Es así como los ciudadanos, con el objetivo de dilucidar la controversia y esperar la solución de esta mediante la emisión de una sentencia, acuden a los órganos jurisdiccionales peruanos haciendo uso de su derecho de acción como parte demandante y de contradicción como parte demandada, dando nacimiento —luego de que el juez verifique el cumplimiento de los presupuestos procesales establecidos en nuestro Código Procesal Civil de 1993— a una relación jurídica procesal.

Para resolver una controversia en el ámbito judicial no es necesario que las partes pacten previamente este mecanismo de resolución de conflictos, como sí es el caso del arbitraje. Es por ello que, entre otras razones, de acuerdo con las «Estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional: enero-marzo 2021», informe elaborado por la Gerencia General en conjunto con la Gerencia de Planificación y la Subgerencia de Estadística del

Poder Judicial, se ha concluido que la carga procesal es de 2 775 735 (dos millones setecientos setenta y cinco mil setecientos treinta y cinco) procesos principales, que resultan de la suma de 2 408 470 procesos pendientes al 1 de enero del 2021 más el total de ingresos de 367 265 a abril del 2021.

Este resultado se encuentra dividido en i) los procesos que se encuentran en trámite, es decir, aquellos sin una resolución final, con un 45 % (1 247 811) del total y ii) los procesos en ejecución, es decir, aquellos que, si bien tienen una resolución firme, la disposición que contienen no se ha ejecutado (55 %, 1 527 924).

Dicha estadística no solo refleja el aumento progresivo de controversias surgidas en nuestro país y una cultura de litigio permanente, sino también el desconocimiento por parte de nuestra sociedad de la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siendo esta una de las razones por las cuales decidí redactar el presente artículo.

El arbitraje

La Constitución Política del Perú de 1993 otorga la calidad de mecanismo alternativo de solución de conflictos al arbitraje.

Este mecanismo de resolución de conflictos es mucho más flexible y célere a diferencia del anterior, que vincula a las partes con un árbitro.

Así como el proceso judicial se encuentra regulado principalmente por el Código Procesal Civil de 1993, el arbitraje se encuentra regulado por la Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje, así como su modificatoria, el Decreto Legislativo n.º 1070.

Lo que hace particular este mecanismo es que las partes, de manera libre y voluntaria, se someten al fuero arbitral y designan los árbitros que decidirán el fondo de la controversia.

Este acuerdo entre las partes es conocido como convenio arbitral, el cual, a la letra del artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto

Legislativo que norma el Arbitraje, «es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza». Cabe añadir que es precisamente este artículo el que regula el contenido y la forma del convenio.

Para comprender este mecanismo, desarrollaré algunas de sus características principales:

Consensual

A diferencia del Poder Judicial, el arbitraje es un mecanismo que se activará cuando las partes así lo acuerden y es por ello que existe un convenio arbitral. En la actualidad, muchos contratos entre partes privadas, o incluso entre una parte privada y el Estado, incorporan este convenio para que, en el caso de controversias futuras que pudieran surgir, esta sea sometida a arbitraje.

Las partes seleccionan al árbitro o árbitros

De acuerdo con la norma que regula el arbitraje, las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral¹¹.

Esta facultad que tienen las partes está ligada íntimamente con otra característica del arbitraje: la especialidad. En su mayoría, las controversias sometidas a arbitraje tienen una cuantía alta y suelen tener un nivel de complejidad alto también. Por ello, requieren la designación de árbitros cualificados que conozcan el sector y que tengan la suficiente capacidad para resolver la controversia.

¹¹ Artículo 19.- Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

Celeridad

Una de las características más distintivas del arbitraje a comparación de otros mecanismos —como el Poder Judicial— es la flexibilidad y la rapidez con la que resuelven la controversia.

Este escenario es posible debido a que las partes deciden cómo llevar a cabo el arbitraje y los árbitros tienen la obligación de no dilatar el proceso arbitral.

Imparcialidad

El artículo 28 de la norma que regula el arbitraje establece que «todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial»¹². Asimismo, la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

En materia de contrataciones con el Estado, el Código de Ética para el Arbitraje de Contrataciones del Estado establece una serie de principios que los árbitros deben cumplir, entre los cuales se encuentran la imparcialidad y la independencia¹³.

Uno de los métodos preventivos para evitar un posible favorecimiento a una de las partes es la obligación que tienen los árbitros de revelar si existe alguna circunstancia o condición que pueda significar la ausencia de imparcialidad en su desempeño como árbitro del proceso arbitral.

¹² Artículo 28.- 1. *Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.*

¹³ Artículo 2.- II. *Imparcialidad: Los árbitros deben evitar cualquier tipo de situación, conducta y/o juicio subjetivo que en forma directa o indirecta oriente su proceder hacia algún tipo de preferencia y/o disposición respecto de alguna de las partes y/o en relación con la materia de la controversia. III. Independencia: Los árbitros deben ejercer sus respectivas funciones con plena libertad y autonomía, debiendo evitar cualquier tipo de relación, sea personal, profesional y/o comercial, que pueda tener incidencia y/o afectar directa o indirectamente el desarrollo o resultado del arbitraje.*

El incumplimiento de esta obligación es la recusación del árbitro en cuestión¹⁴ e incluso, en algunos casos y previa evaluación, será posible renovar algunas actuaciones procesales que se llevaron a cabo.

Además de seleccionar árbitros de nacionalidad apropiada, las partes pueden especificar elementos tan importantes como el idioma¹⁵ o el lugar en que se celebrará el arbitraje¹⁶. Esto permite garantizar que ninguna de las partes goce de las ventajas derivadas de presentar el caso ante sus tribunales nacionales.

¹⁴ Artículo 29.-

1. *Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.*
2. *A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:*
 - a. *La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.*
 - b. *El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.*
 - c. *Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.*
 - d. *Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera.*

¹⁵ Artículo 36.-

1. *Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto algo distinto, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral.*
2. *El tribunal arbitral podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.*

¹⁶ Artículo 35.-

1. *Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.*
2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.*

Confidencial

El numeral 1 del artículo 51 de la norma que regula el arbitraje establece que «salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad».

En el Perú, la confidencialidad está reconocida como uno de los atributos inherentes del arbitraje. De hecho, Perú es uno de los pocos países del mundo que ha positivizado la obligación de confidencialidad en su propia legislación¹⁷.

La razón de ser de la confidencialidad radica en que, de acuerdo con el profesor Eduardo Silva Romero, es evidente que la publicidad de los procedimientos puede afectar el *good will* de las partes y exacerbar la hostilidad entre ellas. Por una parte, parece evidente que ningún mercader internacional querrá que los socios potenciales con los que podría emprender operaciones económicas conjuntas («hacer negocios») sepan que aquel, por ejemplo, no ha efectuado ciertos pagos. Por otra parte, parece también evidente que cualquier desavenencia podría agravarse en caso de ser ventilada públicamente. No hay nada más perverso que los efectos de los medios de comunicación sobre un litigio¹⁸.

¹⁷ Como bien indica Eduardo Silva Romero: «Las cortes que consideran que el convenio arbitral internacional comprende una obligación implícita de confidencialidad son, entre otras, las de Francia, Inglaterra, Singapur. No sobra resaltar que París y Londres son dos de las sedes más frecuentemente escogidas por las partes para sus arbitrajes comerciales internacionales. Por otra parte, las cortes de Australia, Estados Unidos, Suecia y Suiza no reconocen la existencia de una obligación implícita de confidencialidad». (Eduardo Silva Romero, «De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas». En *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (2013, p. 169), de Emmanuel Gaillard y otros autores. Universidad del Rosario, CEDEP).

¹⁸ Ver Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2.^a ed.). Kluwer Law International, pp. 88-89: «another objective of international arbitration is to provide a confidential, or at least private, dispute resolution mechanism. (...) international arbitration is substantially more likely than national court litigation to produce a nonpublic dispute resolution process. This often serves to prevent aggravation of the parties' dispute, to limit the collateral damage

La decisión del tribunal arbitral es definitiva y fácil de ejecutar

Las decisiones de los árbitros sobre la controversia serán expresadas a través del laudo arbitral, cuya calidad es imperativa y de obligatorio cumplimiento para las partes. A diferencia del Poder Judicial, no existe una doble instancia en el proceso arbitral, por lo que el laudo no será materia de revisión por una segunda instancia.

Sin embargo, contra esta decisión es posible interponer un recurso de anulación. Así, el artículo 62 de la norma que regula el arbitraje establece que contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

Evidentemente, la anulación del laudo solo procederá cuando la parte que lo interponga demuestre alguna de las causales previstas en el artículo 63 de la norma que regula el arbitraje¹⁹.

of a dispute and to focus the parties' energies on an amicable, business-like resolution of their disagreements. Most national court proceedings offer little by way of confidentiality to the parties. Hearings and court dockets are open to the public, competitors, press representatives and regulators in many countries (sometimes by constitutional requirement), and parties are often free to disclose the contents of submissions and evidence to the public. Public disclosure can encourage efforts at "trial by press release" and may impede negotiated compromises, by hardening positions, fueling emotions, or provoking collateral disputes and damage».

¹⁹ Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

A diferencia del juez, el árbitro no cuenta con atributos como la *coertio* y *executio*; por tal razón, necesita de la colaboración y el control judicial para el otorgamiento de medidas cautelares, así como para la ejecución del laudo, propiamente²⁰.

Finalmente, es importante resaltar que obtener una decisión firme respecto a la controversia a través del Poder Judicial tomará mucho más tiempo que obtener una respuesta a través del fuero arbitral. Dicha afirmación se debe a que, entre otras cosas, en términos de honorarios, un arbitraje resulta más oneroso, pues son las propias partes quienes les pagan a los miembros del tribunal arbitral, situación que no se da en el Poder Judicial.

AUTOCOMPOSICIÓN

Si bien es posible la intervención de un tercero, este mecanismo alternativo de resolución de conflictos se distingue debido a que este tercero no influye en la decisión de las partes. A continuación, desarrollaré algunos de los métodos que lo componen.

Tales métodos autocompositivos vienen integrados, de acuerdo con el Código Procesal Civil de 1993, por la renuncia del actor a su derecho subjetivo o el desistimiento del proceso, el allanamiento del demandado a la pretensión del actor, la transacción entre ambos y la mediación o conciliación de un tercero a fin de que las partes solucionen el conflicto a través de un acuerdo, o de la resignación de una de ellas.

f. *Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.*

g. *Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.*

²⁰ Montes de Oca, A. (2013). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. *Lumen*, (9), 111-118. <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.512>

Allanamiento y reconocimiento

Por un lado, el allanamiento es un acto procesal unilateral que consiste en manifestar su voluntad de no oponerse a la pretensión de la parte demandante. Por otro lado, el reconocimiento significa la aceptación de la pretensión admitiendo la veracidad de los hechos y los fundamentos jurídicos en los que se sostiene. Ambas figuras procesales se encuentran reguladas en los artículos 330 y siguientes del Código Procesal Civil de 1993²¹.

Palacio (1975) ha definido al allanamiento como la declaración de voluntad del demandado en cuya virtud reconoce la fundabilidad de la pretensión interpuesta por el actor²², mientras que Fornaciari (1987) define el allanamiento indicando que se trata de un acto jurídico procesal de disposición por el cual una de las partes abdica a su oposición frente a la otra aceptando el dictado anticipado de una resolución que acoja lo pretendido o argumentado por esta, eliminando total o parcialmente el estado de controversia²³.

Desistimiento

El desistimiento se refiere a la manifestación de abandonar la instancia en la que se encuentra en el proceso judicial o de no continuar con la acción formulada durante el proceso.

²¹ Artículo 330.- *El demandado puede expresamente allanarse o reconocer la demanda, legalizando su firma ante el Auxiliar jurisdiccional. En el primer caso acepta la pretensión dirigida contra él; en el segundo, además de aceptar la pretensión, admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta.*

El reconocimiento se regula por lo dispuesto para el allanamiento [énfasis agregado].

Artículo 331.- *El demandado puede allanarse a la demanda en cualquier estado del proceso, previo a la sentencia. Procede el allanamiento respecto de alguna de las pretensiones demandadas.*

Artículo 332.- *El Juez declara improcedente el allanamiento y ordena la continuación del proceso cuando:*

1. *El demandado no tiene capacidad para disponer del derecho en conflicto.*

2. *El apoderado o representante del demandado carece de facultad para allanarse (...).*

Artículo 333.- *Declarado el allanamiento, el Juez debe expedir sentencia inmediata, salvo que éste no se refiera a todas las pretensiones demandadas.*

²² Palacio, L. E. (2011). *Derecho procesal civil*. Abeledo Perrot.

²³ Fornaciari, M. A. (1987). *Modos anormales de terminación del proceso*. Depalma.

El desistimiento puede formularse a través de tres formas: i) del proceso, ii) de algún acto procesal, iii) de la pretensión.

Desistimiento del proceso

El desistimiento del proceso o total es un mecanismo que sirve en caso de que se quiera «finalizar» el proceso, pero sin afectar la pretensión. Para la aprobación de este tipo de desistimiento es necesario el consentimiento de la otra parte tal como lo prescribe el artículo 343 del Código Procesal Civil²⁴.

Desistimiento de algún acto procesal

En este caso, el recurrente podría desistir de determinado acto procesal, que podría ser, a modo de ejemplo, algún recurso interpuesto o un trámite incidental.

Es por ello que es conocido también como *desistimiento parcial*.

Desistimiento de la pretensión

Este tipo de desistimiento se encuentra regulado en el artículo 344 del Código Procesal Civil de 1993²⁵ y consiste en el acto procesal a través del

²⁴ Artículo 343.- *El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado expresada dentro del tercer día de notificado, o en su rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso. El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión.*

²⁵ Artículo 344.- *La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. Este desistimiento no requerirá la conformidad del demandado, debiendo el Juez revisar únicamente la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda. Si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o si sólo es deducido por uno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este último caso, debe tenerse presente lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario. El desistimiento de la pretensión no obsta el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo Juez, cualquiera que fuese su cuantía.*

cual la parte demandante renuncia a su pretensión procesal y, en consecuencia, a ejercer este derecho de acción en un proceso posterior.

NEGOCIACIÓN

La negociación podría ser catalogada como el mecanismo más pacífico, debido a que son las mismas partes las que deciden resolver el conflicto a través de un acuerdo entre estas y sin la participación de un tercero.

Fisher, Patton y Ury (1993) definen la negociación como «un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común, pero que también tienen algunos intereses opuestos»²⁶.

Ríos (1997) afirma que «negociar es la acción mediante la cual dos o más personas tratan de resolver un asunto», donde resolver es «encontrar la solución al asunto que se está negociando, y asunto «es la materia que se trata en la negociación»²⁷.

El propósito de la negociación es que las partes, luego de emitir sus puntos de vista y proponer soluciones, opten por la decisión más conveniente para ambas, tratándose —en su mayoría— de un ganar-ganar.

De acuerdo con Montes de Oca (2013), «el proceso de la negociación supone, entre otros: un acuerdo preliminar de las partes para negociar, un espacio para la negociación, definir una agenda, definir los temas de la disputa, explorar las diferencias que llevaron al conflicto y los límites de la disputa, ir reduciendo las diferencias y los temas que realmente les interesan y debatir las ofertas hasta llegar a un resultado»²⁸.

²⁶ Fisher, R.; Patton, B., y Ury, W. (1993). *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Norma.

²⁷ Ríos, J. N. (1997). *Cómo negociar a partir de la importancia del otro*. Planeta.

²⁸ Montes de Oca, A. (2013). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. *Lumen*, (9), 111-118. <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.512>

MEDIACIÓN

Folberg y Taylor (1992) señalan que es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades²⁹.

García y Gómez (2009) sustentan que otra conceptualización señala que la mediación «es aquel método de solución de conflictos en el cual las partes tienen la oportunidad de superar o componer de manera directa, rápida y económica sus diferencias susceptibles de transacción límite legal de los conflictos a mediar, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, obteniendo de manera voluntaria un resultado gana-gana»³⁰.

Entonces, la mediación podría ser definida como un mecanismo de resolución de conflictos en el que participa un tercero imparcial y neutral que cumple el rol de facilitador entre las partes con el objetivo de que encuentren la mejor solución. Este tipo de mecanismos es común en problemas generados en ambientes laborales y educativos, por lo que es importante estar preparado y exponer los puntos de vista utilizando la habilidad de persuasión.

CONCILIACIÓN

La palabra *conciliar* se deriva del vocablo latino *conciliare*, que según el diccionario de la Real Academia Española significa ‘componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí’.

La conciliación es un mecanismo pacífico en el que concurren las partes para que, a través de un intercambio de puntos de vista y soluciones,

²⁹ Folberg, J. y Taylor, A. (1997). *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Limusa.

³⁰ García J. y Gómez, L. (2009). «Panorama general del arbitraje en México». En Vargas, J. y Gorjón, F. *Arbitraje y mediación en las Américas* (pp. 305-316). Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

puedan llegar a un acuerdo beneficioso para ambas. En este proceso, será necesaria la intervención de un tercero llamado *conciliador*, que ayudará a las partes a que puedan llegar a un acuerdo favorable, facilitando el diálogo entre ellas e incentivando fórmulas de solución.

La norma precitada define la conciliación como una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

Este mecanismo de resolución de conflictos tiene como propósito evitar iniciar un proceso judicial y que siga aumentando la carga procesal por parte de los órganos jurisdiccionales.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación, la conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

Conciliación extrajudicial

En virtud de la Ley de Conciliación, Ley n.º 26872, del 12 de noviembre de 1997, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1070 y su reglamento, el Decreto Supremo n.º 014-2008-JUS, es un procedimiento obligatorio, salvo excepciones³¹.

³¹ Artículo 7-A.-

No procede la conciliación en los siguientes casos:

- a) *Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.*
- b) *Cuando la parte invitada domicilia en el extranjero, salvo que el apoderado cuente con poder expreso para ser invitado a un Centro de Conciliación.*
- c) *Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43 y 44 del Código Civil.*
- d) *En los procesos cautelares.*
- e) *En los procesos de garantías constitucionales.*
- f) *En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico, este último en los supuestos establecidos en los incisos 1, 3 y 4 del artículo 221 del Código Civil.*

Recurrir a la conciliación es un requisito de procedencia para activar la conciliación judicial. En efecto, el artículo 6 de la norma en cuestión indica, a la letra, lo siguiente:

«Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, **no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente** por causa de manifiesta falta de interés para obrar» [énfasis agregado].

El conciliador es una persona suficientemente capacitada, acreditada y autorizada por el Ministerio de Justicia, cuyas funciones detallamos líneas arriba.

De acuerdo con la ley que regula la conciliación, en materia laboral o de familia se requiere que el conciliador encargado del procedimiento conciliatorio cuente con la debida especialización, acreditación y autorización expedida por el Ministerio de Justicia. Para el ejercicio de la función conciliadora se requiere estar adscrito a un centro de conciliación autorizado y tener vigente la habilitación en el Registro de Conciliadores del Ministerio de Justicia, el que regulará el procedimiento de renovación de habilitación de los conciliadores.

Respecto al procedimiento, el centro de conciliación designa al conciliador y cursa las invitaciones a las partes para realizar la audiencia de conciliación dentro del plazo de dos días hábiles. Dicha audiencia deberá realizarse en un plazo de siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, teniendo en cuenta que entre la notificación a las partes y la fecha de la audiencia deben mediar al menos tres días. En

-
- g) *En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.*
 - h) *En los casos de violencia familiar.*
 - i) *En los casos de desalojo previstos en el Decreto Legislativo N° 1177 - Decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda y en la Ley N° 28364 - Ley que regula el Contrato de Capitalización Inmobiliaria y sus modificatorias.*
 - j) *En las demás pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes.*

caso de que una de las partes no concurra, se fijará una nueva fecha de audiencia respetando los plazos señalados.

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley de Conciliación, la conclusión del procedimiento conciliatorio puede darse de tres formas:

«Se da por concluido el procedimiento conciliatorio por:

- a) Acuerdo total de las partes.
- b) Acuerdo parcial de las partes.
- c) Falta de acuerdo entre las partes.
- d) Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
- e) Inasistencia de ambas partes a una (1) sesión.
- f) Decisión debidamente motivada del Conciliador en Audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el Acta de Conciliación».

El acta de conciliación constituye un título de ejecución, por lo que debe contener las obligaciones que acordaron las partes en el procedimiento.

CONCLUSIONES

- Vivimos en una sociedad en la que los conflictos son parte de nuestro día a día y es por ello que el ordenamiento peruano nos otorga diversos mecanismos para afrontarlos.
- Los mecanismos de resolución de conflictos pueden dividirse principalmente en tres grandes grupos: autotutela, heterocomposición y autocomposición.
- El mecanismo de la autotutela solo será posible ejercerlo en determinados casos y su empleo no es un tema pacífico en nuestra sociedad, por el ejercicio de la fuerza.

- La heterocomposición se divide en dos: i) la jurisdicción representada por el Poder Judicial, cuya carga procesal es elevada y no se recomienda a quienes buscan un resultado rápido, y ii) el arbitraje, que se distingue por ser un mecanismo mucho más flexible y rápido. Evidentemente, en la práctica, el arbitraje es más costoso que un proceso judicial.
- La autocomposición puede dividirse en i) allanamiento y reconocimiento, el cual se refiere a la manifestación de voluntad por parte del demandado de no oponerse a la pretensión formulada por la parte demandante; ii) el desistimiento de la pretensión, del proceso o de determinado acto procesal; iii) la negociación, que consiste en el acuerdo al que llegan las partes sin la intervención de un tercero; iv) mediación, referida al proceso mediante el cual las partes y un facilitador o mediador buscan una solución beneficiosa para ambas, y v) la conciliación, que se refiere al mecanismo mediante el cual las partes buscan, a través del intercambio de opiniones y propuestas, una solución con ayuda de un conciliador.
- En virtud de la Ley de Conciliación, Ley n.º 26872, la conciliación extrajudicial es un requisito obligatorio para la procedencia de la mayoría de los procesos judiciales.
- El Poder Judicial, de acuerdo con estadísticas recientes, tiene en trámite un porcentaje significativo de procesos, lo que conlleva una demora para obtener un resultado final sobre la controversia. Por ello, nuestro ordenamiento nos ofrece mecanismos alternativos de solución de conflictos.

REFERENCIAS

ANDER-Egg, E. (1995). *Diccionario del trabajo social*. Lumen.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (s. f.). ¿Qué es el arbitraje? Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje-Nacional/Que-es>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (20 de septiembre de 2021). *La Confidencialidad y transparencia - Arbitraje en virtud del Convenio del CLADI*. Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/la-confidencialidad-transparencia>

DELGADO, J.; Palomo, D., y Delgado, G. (2018). Autotutela, solución adecuada del conflicto y *repossession*: revisión y propuesta. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 24(2), 265-289. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200265>

FISHER, R.; Patton, B., y Ury, W. (1993). *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Norma.

FOLBERG, J. y Taylor, A. (1997). *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Limusa.

FORNACIARI, M. A. (1987). *Modos anormales de terminación del proceso*. Depalma.

FRANCIA, G. (7 de diciembre de 2020). *Tipos de conflictos y su resolución*. Psicología Online. <https://www.psicologia-online.com/tipos-de-conflictos-y-su-resolucion-5367.html>

FUQUEN, M. E. (enero-diciembre de 2003). Los conflictos y las formas alternativas de resolución. *Tabula Rasa*, (1), 265-278. ht-

[tps://www.researchgate.net/publication/26475364_Los_conflictos_y_las_formas_alternativas_de_resolucion](https://www.researchgate.net/publication/26475364_Los_conflictos_y_las_formas_alternativas_de_resolucion)

GARCÍA, J. (18 de agosto de 2008). Los medios alternativos de solución de conflictos. *Blog PUCP* <http://blog.pucp.edu.pe/blog/dery-soc/2008/08/18/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos/>

Ius et Veritas. (6 de febrero de 2019). *Autodefensa y autotutela: una aproximación al derecho fundamental a la defensa y a la prerrogativa penal de legítima defensa*. IUS 360. <https://ius360.com/autodefensa-y-autotutela-una-aproximacion-al-derecho-fundamental-la-defensa-y-la-prerrogativa-penal-de-legitima-defensa/>

OLID, F. (11 de marzo de 2016). *El arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos con clientes y proveedores*. Legal Today. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/arbitraje/el-arbitraje-como-metodo-alternativo-de-resolucion-de-conflictos-con-clientes-y-proveedores-2016-03-11/>

MONTES DE OCA, A. (2013). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. *Lumen*, (9), 111-118. <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.512>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s. f.). ¿Qué es el arbitraje? Recuperado el 20 de septiembre de 2021 de <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

REPETTO, J. y Arméstar, C. (8 de octubre de 2015). *La muerte de la confidencialidad en el arbitraje*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2015/10/08/la-muerte-de-la-confidencialidad-en-el-arbitraje/>

Ríos, J. N. (1997). *Cómo negociar a partir de la importancia del otro*. Planeta.

ROBBINS, S. P. (1994). *Comportamiento organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones* (6.ª ed.). Prentice Hall.

SUARES, M. (1996). *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós.

Normas consultadas

Constitución Política del Perú de 1993.

Decreto Legislativo n.º 1070, que modifica la Ley de Conciliación.

Decreto Legislativo n.º 1071, que modifica la Ley General de Arbitraje.

Decreto Legislativo n.º 295, Código Civil de 1984.

Decreto Legislativo n.º 635, Código Penal de 1991.

Decreto Legislativo n.º 768, Código Procesal Civil de 1993.

Decreto Legislativo n.º 957, Código Procesal Penal de 2004.

Ley de Conciliación, Ley n.º 26872.

Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Reglamento de la Ley de Conciliación, Decreto Supremo n.º 014-2008-JUS.

ACTAS DEL IX SEMINARIO DE ACTUALIZACIÓN EN
CONTRATACIONES CON EL ESTADO - GICE 2021
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
FEBRERO DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

