

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

© Monica Nuñez Salas y Andrés Talavera Cano, editores, 2021

De esta edición:

© Universidad del Pacífico
Jr. Gral. Luis Sánchez Cerro 2141
Lima 15072, Perú

Contrataciones con el Estado: perspectivas desde la práctica del Derecho

Monica Nuñez Salas y Andrés Talavera Cano (editores)

Memorias del conversatorio virtual "La Ley de Contrataciones en Debate", organizado el 11 de noviembre de 2020 por la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

1.^a edición digital: noviembre de 2021

Diseño de la carátula: Ícono Comunicadores

ISBN ebook: 978-9972-57-479-5

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2021-13162

doi: <http://dx.doi.org/10.21678/978-9972-57-479-5>

Libro disponible en fondoeditorial.up.edu.pe

BUP

Contrataciones con el Estado: perspectivas desde la práctica del derecho / Monica Nuñez Salas, Andrés Talavera Cano, editores. -- 1a edición digital. -- Lima: Universidad del Pacífico, 2021. 220 p.

1. Contratos públicos--Legislación--Perú
2. Perú. Ley n. 30225: 11-07-2014
- I. Nuñez Salas, Monica, editor.
- II. Talavera C., Andrés, editor.
- III. Universidad del Pacífico (Lima)

352.53 (SCDD)

La Universidad del Pacífico no se solidariza necesariamente con el contenido de los trabajos que publica. Prohibida la reproducción total o parcial de este texto por cualquier medio sin permiso de la Universidad del Pacífico.

Derechos reservados conforme a ley.

Índice

Prólogo	9
Primera sección: Diseño estructural de la contratación pública en el Perú	11
Ponencias del primer panel, conversatorio «La Ley de Contrataciones en debate»	
La complejidad del requerimiento y sus implicancias en la ejecución contractual <i>Karina Alvarado León</i>	13
¿Fracciona y reinarás?: comentarios sobre el fraccionamiento en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento <i>José Zegarra Pinto</i>	31
La subcontratación en los contratos del Estado <i>Zita Aguilera Becerril</i>	43
Modificaciones al contrato de obra según la normativa de contrataciones <i>Rita Sabroso Minaya†</i>	59
Segunda sección: Interpretación e implementación de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado	71
Ponencias del segundo panel, conversatorio «La Ley de Contrataciones en debate»	
El orden de prelación de las normas aplicables en la contratación estatal: hacia dónde puede llevarnos esta premisa <i>Sergio Tafur Sánchez</i>	73

El abuso del derecho y la buena fe como límites del derecho de las partes en la contratación estatal <i>Alfredo Soria Aguilar y Luis Yamada Alpiste</i>	89
Participación en consorcio en los procesos de selección <i>Martín Zecenarro Flores</i>	101
La aplicación de la gradualidad en la imposición de sanciones administrativas en materia de contratación estatal bajo el ámbito del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento <i>Willy Pedreschi Garcés y Raicza Arrunátegui Salazar</i>	113
Tercera sección: Retos actuales para la solución de controversias en las contrataciones públicas	133
Ponencias del tercer panel, conversatorio «La Ley de Contrataciones en debate»	
¿Hacia dónde va el arbitraje como medio de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual? <i>Katty Mendoza Murgado</i>	135
Alcances de la recusación en la nueva normativa de contrataciones con el Estado. El problema de la especialización de los árbitros como causal de recusación establecida en la Ley de Contrataciones del Estado <i>José Rosales Rodrigo</i>	147
Constitución de un nuevo tribunal como consecuencia de la anulación de un laudo por la afectación del debido proceso: ¿borrón y cuenta nueva? <i>Carla de los Santos López y Salomé Reynoso Romero</i>	161
¿Necesitamos una medida cautelar!: notas sobre la regulación vigente en el Perú de medidas cautelares en arbitrajes de contratación pública <i>Angela Cámara Chumbes y Emily Horna Rodríguez</i>	175
Una introducción a las juntas de resolución de disputas y su tratamiento en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento <i>Juan Diego Gushiken Doy</i>	189
Epílogo	205
En memoria de Rita Sabroso † <i>Jorge Ágreda Aliaga</i>	207

¡Grande, Rita!	211
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
Sobre los autores	215

Prólogo

La contratación pública es un ámbito del Derecho en constante construcción y evolución. Los profesionales de esta área enfrentan el reto permanente de mantenerse actualizados, realizar interpretaciones informadas de la legislación, y adaptarla a los constantes cambios del sector, ya sea para la implementación de los contratos o la solución de controversias.

Cuando organizamos el conversatorio virtual «La Ley de Contrataciones en debate», el 11 de noviembre de 2020¹, ya se encontraba en discusión un Proyecto de Ley de Abastecimiento que buscaba reemplazar la norma de contrataciones. Hoy, luego de los procesos editoriales, tenemos un nuevo proyecto de Ley de Contrataciones. Es decir, el panorama de cambio constante es el mismo.

Lejos de plantear una visión crítica a la interminable cadena de modificaciones que enfrenta la normativa de contrataciones públicas en el Perú, esta publicación busca dejar grabada una «fotografía» del estado de esta al 11 de noviembre de 2020: a un año del bicentenario de nuestra independencia y enfrentando la crisis sanitaria y económica generada por la pandemia de la COVID-19.

El propósito de la publicación es informar para que se tomen mejores decisiones normativas en el futuro desarrollo de la contratación pública. En otras palabras, hay que saber de dónde venimos para saber qué norma de contratación pública queremos tener. La etapa de recuperación de la pandemia y el aniversario de nuestra independencia son, quizás, el mejor momento para replantear este camino.

¹ Esta publicación recoge las memorias de dicho conversatorio y refleja el estado de las normas de contrataciones a esa fecha.

Esperamos que esta publicación, precedida por el exitoso evento organizado en noviembre del año pasado, sirva para promover una etapa de evolución siempre reflexiva y atemperada de la normativa de contrataciones públicas. La compilación de artículos reproduce la dinámica de los tres paneles de expertos presentados en nuestro conversatorio del día 11 de noviembre de 2020.

La primera sección corresponde al primer panel de debate. Allí, encontraremos artículos que analizan críticamente el proceso de contratación con el Estado: desde la etapa de la elaboración de los requerimientos hasta las implicancias del fraccionamiento y la subcontratación en las contrataciones del Estado. Una especial mención merece el artículo de Rita Sabroso Minaya†, quien dejó como legado de esta publicación una importante reflexión sobre las modificaciones al contrato de obra en la contratación pública.

La segunda sección corresponde al segundo panel de debate. Allí, encontraremos artículos que abordan problemas de interpretación diversos: el controvertido orden de prelación de las normas aplicables a la contratación pública, la aplicación de la buena fe y abuso del derecho en este tipo de contratación, la regulación que habilita la participación de consorcios, y la gradualidad en la imposición de sanciones administrativas.

La tercera sección corresponde a nuestro tercer y último panel de debate. Allí, encontraremos una serie de reflexiones sobre el futuro del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, la especialización de los árbitros como causal de recusación, anulaciones de laudo y constitución de nuevos tribunales arbitrales, regulación de las medidas cautelares y una introducción a la regulación de la junta de resolución de disputas.

Esperamos que esta publicación impulse el registro académico de las reflexiones sometidas a debate por las y los profesionales que aportaron su visión del complejo y cambiante mundo de la contratación del Estado.

Finalmente, queremos agradecer al equipo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, sin cuyo apoyo habría sido imposible sacar adelante este proyecto: Heidi Camus, Fernando Cantuarias, Alonso Gurmendi, Dana Masumura, Cecilia O'Neill, Alfredo Soria y Andrea Tafur.

Los editores
Monica Nuñez Salas
Andrés Talavera Cano

Primera sección: Diseño estructural de la contratación pública en el Perú

En este primer panel, se va a profundizar en cuatro materias que permiten describir aspectos esenciales del diseño estructural de la contratación pública.

En el primer artículo, Karina Alvarado analiza críticamente las consecuencias que tiene en la ejecución contractual la elaboración de requerimientos deficientes o dirigidos. En el segundo artículo, José Zegarra desarrolla en profundidad el concepto general del fraccionamiento o desdoblamiento en la contratación pública, sus supuestos de hecho, sus excepciones y las consecuencias que se derivan de su utilización. En el tercer artículo, Zita Aguilera examina de manera integral la figura de la subcontratación en el marco de la contratación pública, sus limitaciones y errores en la legislación vigente, y su tratamiento en la legislación comparada. Por último, Rita Sabroso† concluye esta primera sección evaluando los principales supuestos que la normativa de contratación estatal contempla para la modificación de un contrato de obra, con un particular énfasis en el contexto de la pandemia de la COVID-19.

La complejidad del requerimiento y sus implicancias en la ejecución contractual

KARINA ALVARADO LEÓN

Sumilla

La consecuencia de tener requerimientos deficientes o dirigidos no solo obedece a escenarios de corrupción, sino también a la falta de conocimiento técnico y capacidad para trabajar los requerimientos de menor a mayor complejidad, y a la falta de filtros de control técnico, de mercado y legal, que terminan afectando la oportunidad y calidad de bienes y servicios destinados al ciudadano para mejorar sus condiciones de vida. La solución a esta problemática involucra modificaciones a la normativa y una adecuada intervención tanto de los actores internos de una entidad como de los actores externos involucrados en la supervisión y control de los procedimientos de contratación pública.

1. Introducción

Cada día, la ciudadanía es más partícipe de las irregularidades advertidas en las compras que tienen a su cargo las entidades del aparato estatal al adquirir bienes, servicios u obras con fondos públicos, y el comentario cuasi unánime es que es una compra corrupta. Lo preocupante de esto es que se viene normalizando en el ciudadano asumir que todos los funcionarios ingresan al aparato estatal a robar, y acepta un bien en mal estado o un servicio de mala calidad sin exigir lo contrario.

El propósito del presente artículo es evidenciar las razones técnico-legales que influyen en la problemática existente sobre el requerimiento y sus implicancias en la ejecución contractual, para reflexionar sobre que no todo se trata de compras

corruptas, sino que también hay compras ineficientes porque el requerimiento no está bien formulado o no representa una compra que tenga los filtros de calidad, o se cuenta con un requerimiento con observaciones legales por desconocimiento. Asimismo, busca trasladar, a título personal, propuestas de solución.

Adicionalmente, vamos a evidenciar las necesidades de modificación del requerimiento en la ejecución contractual a fin de cumplir con la finalidad pública que se persigue con dicha contratación.

El artículo se centrará en el análisis del tema «requerimiento» regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, en adelante la Ley, y por su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, en adelante, el Reglamento, que ha sido modificado mediante Decreto Supremo N.º 377-2019-EF, Decreto Supremo N.º 168-2020-EF y Decreto Supremo N.º 250-2020-EF.

De conformidad con el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante OSCE, ente supervisor de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, tiene entre sus funciones absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las entidades, así como por el sector privado y la sociedad, emitiendo para ello opiniones.

Así, el OSCE ha emitido la Opinión N.º 050-2019-DTN, en la que señala que el procedimiento de contratación pública se distribuye en tres fases, que son: (i) fase de actuaciones preparatorias, (ii) fase de selección y (iii) fase de ejecución contractual (OSCE, 2019a).

La fase de actuaciones preparatorias es la primera, en la que se inicia una contratación pública, y justamente comienza con el requerimiento, donde se define el tipo de bien, servicio u obra (insumos) que se va a requerir para que se convierta en productos (bienes y servicios) que lleguen al ciudadano y mejoren su condición de vida, tales como el servicio de salud, el servicio de educación, infraestructura, agua, luz, etc., debiendo el aparato estatal promover y lograr la calidad en la prestación de los bienes y servicios a su cargo, tal como lo establece el numeral 8.1 del artículo 8 del Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 123-2018-PCM.

De acuerdo con el alcance y detalle que tenga el requerimiento, este se determinará e influirá en el resto de la información de una contratación pública. Se determinará el valor estimado (en bienes, servicios en general y consultoría en general) o valor referencial (en consultoría de obras y ejecución de obras), producto de las indagaciones o estudio de mercado; si existe o no pluralidad de postores y

marcas; el tipo de proceso de selección; y la disponibilidad presupuestal para su compra. Asimismo, con base en el requerimiento y la información antes indicada, se elaboran las reglas de competencia, es decir, los documentos que contienen las reglas de selección y reglas contractuales, como, por ejemplo, las bases.

Por ello, es importante determinar de manera objetiva y detallada el requerimiento, dado que este influye radicalmente en el resto de las actuaciones preparatorias. Así, si se determina un mal requerimiento, se efectuará una compra ineficiente que afectará la oportunidad y calidad del bien o servicio destinado al ciudadano, y se generarán gastos ineficientes; y si se trata de una compra corrupta, somos todos los peruanos quienes perdemos porque no vamos a obtener un bien o servicio de calidad y oportuno o no vamos a recibir ningún servicio.

Sabiendo la radical importancia que recae en el requerimiento, la prioridad inicial de la normativa, así como de los gestores públicos, es delimitar a quién debe corresponder trabajar los requerimientos y proveerlo de la información básica necesaria para su adecuado contenido y detalle.

2. Definición del requerimiento

El numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento, precisa sobre el requerimiento lo siguiente:

Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta, incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y consultorías de obras. El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.

Conforme a lo antes citado, el requerimiento está constituido por dos componentes:

1. Las especificaciones técnicas o términos de referencia o expediente técnico, si se requiere un bien, servicio u obra, respectivamente, y
2. Los requisitos de calificación.

En lo que respecta al primer componente, está referido al detalle y las características del bien, servicio u obra que el área usuaria requiere y las condiciones de ejecución en que se va a efectuar la prestación, como el plazo, el lugar, el modo, etc.

El segundo componente está referido a los requisitos de calificación. Al respecto, el artículo 49 del Reglamento establece que son las capacidades que se va a requerir acreditar a los postores para verificar que están en la capacidad de entregar el bien, servicio u obra, y que se definen con base en lo señalado en los documentos del procedimiento de selección, siendo clasificadas en capacidad legal, capacidad técnica y profesional, y experiencia del postor en la especialidad.

Como se puede advertir, cada componente cumple un propósito diferente. En el primer componente, se señala el tipo de bien, servicio u obra que requiere cada área usuaria, el detalle que debe tener, las condiciones de ejecución y los requisitos funcionales. Mientras que el segundo componente ya no tiene como fin señalar lo anterior, sino qué capacidades debe cumplir con acreditar el postor para garantizar a la entidad que puede cumplir la prestación; por ejemplo, si está habilitado legalmente para efectuar la prestación, si cuenta con la disponibilidad técnica del equipamiento o infraestructura estratégica requerida, si puede acreditar cierto monto facturado como experiencia en la especialidad en el objeto de compra, o si tiene capacidad financiera para ejecutar la obra.

2.1 Competencia para la definición del requerimiento

El artículo 8 de la Ley establece que el área usuaria está a cargo de la elaboración del requerimiento, pudiendo ser la dependencia que tiene la necesidad o tiene la especialidad y función y canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias. A esto debe sumarse que el área usuaria debe efectuar la revisión técnica de la prestación efectuada por el contratista para otorgar la conformidad, para lo cual debe verificar que lo entregado guarde coherencia con el requerimiento.

Pues bien, en cada entidad del aparato estatal existe una diversidad de dependencias que son órganos de apoyo administrativo, así como otras dependencias que son órganos de línea, pero todas en algún momento asumen el rol de área usuaria y deben elaborar su requerimiento.

Acá vamos a advertir el primer problema, dado que los requerimientos demandan de menor a mayor complejidad técnica y, si van a estar a cargo de dependencias que tienen la necesidad pero no tienen el conocimiento técnico, resulta complicado asegurar la calidad técnica de la información conformante del requerimiento.

Algunas entidades se han organizado mejor, y existen ciertas dependencias que fungen de áreas técnicas y apoyan a las áreas usuarias (determinadas por tener la necesidad) aportando la información técnica. El problema radica en que las áreas usuarias determinadas debido a tener la necesidad terminan otorgando la

conformidad, que implica la revisión técnica de lo recibido, sin tener para ello el conocimiento técnico o terminan participando en conjunto con el apoyo del área técnica. Aquí es válido preguntarse si esto podría funcionar en requerimientos de mayor complejidad o en los que la carga técnica es mayor.

Este tipo de realidades hacen que, cada año, los requerimientos adolezcan de los mismos problemas de falta de detalle en las especificaciones técnicas y términos de referencia que no permiten comprar bienes y servicios de calidad. Por el contrario, generan cuestionamientos y responsabilidades administrativas por las deficiencias del requerimiento advertidas en la ejecución contractual. Muchas de estas deficiencias obligan a la Administración Pública a aprobar adicionales, lo que implica pagar más de lo que se pactó en el contrato original. Todas estas realidades nos obligan a analizar esta problemática y saber hasta qué punto el área usuaria está en la capacidad de elaborar el requerimiento.

En la Opinión N.º 002-2020-DTN, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), ente supervisor de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, precisó que las áreas usuarias solo podrían ser las dependencias de una entidad que tengan conocimiento técnico respecto del bien, servicio u obra que van a requerir; por tanto, el área que tiene la necesidad solo podría estar a cargo de la elaboración del requerimiento en la medida en que tenga conocimiento técnico del objeto de compra.

Considero acertada la postura del OSCE, porque no podemos exigir buenos requerimientos si dejamos u obligamos a las dependencias que tienen la necesidad a que también estén a cargo de preparar los requerimientos sin tener el conocimiento técnico para su elaboración y, así, asegurar compras de calidad.

También debo señalar que la postura dada por el OSCE será chocante para una realidad de la Administración Pública en la que muchas dependencias que tienen la necesidad pero no el conocimiento técnico siguen asumiendo el rol de áreas usuarias y elaboran su requerimiento.

No obstante, me parece acertado el que los requerimientos deban ser elaborados por áreas que tienen el conocimiento técnico en el objeto de convocatoria. Aquí una pregunta válida es si las entidades cuentan con dependencias que tengan el conocimiento técnico para elaborar todos sus requerimientos o tendrían que tercerizar alguno de ellos. De una u otra forma, las entidades necesitarán organizarse para delimitar, cuando corresponda, las nuevas áreas usuarias.

Una propuesta interesante para evaluar, a título personal, es si se podría contar con comités usuarios que estén a cargo de la elaboración de diversos requerimientos agrupados en función del tipo de conocimiento técnico que se demande, lo

cual podría enriquecerse con la contratación de un consultor como experto técnico para obtener requerimientos mejor elaborados con filtros de calidad, con características estandarizadas cuando corresponda. A este comité usuario podría incorporarse un funcionario o servidor público del órgano encargado de las contrataciones (en adelante, el OEC), por el conocimiento que tiene en contrataciones públicas, y uno de asesoría jurídica, para que también haya filtros de control legal.

2.2 Primer componente del requerimiento

Respecto del primer componente, la normativa no establece una estructura con contenidos básicos que deba contemplar el requerimiento para bienes, servicios y obras, a pesar de que hay varias figuras reguladas en el Reglamento que pertenecen al primer componente del requerimiento, hay posturas o tendencias definidas por el OSCE respecto a elementos del requerimiento, y el OSCE publicó una estructura en anteriores normativas. El problema es que, sabiendo las usuales deficiencias del requerimiento, se requiere una estructura de mayor detalle y actualizada.

En cambio, respecto del segundo componente, el OSCE ha elaborado formatos detallados de cuáles deben y pueden ser los requisitos de calificación por utilizar de acuerdo con el tipo de procedimiento de selección y objeto de compra, los cuales están insertos en el numeral 3.2 del capítulo III de la sección específica de las bases estándar que el OSCE ha aprobado mediante Directiva N.º 001-2029-OSCE/CD (OSCE, 2019a).

2.3 La complejidad del requerimiento desde una perspectiva legal

Desde la Ley N.º 26850 hasta la Ley actual han transcurrido alrededor de 20 años, y la estructura inicial del requerimiento se sigue manteniendo, con la diferencia de que en las últimas normativas se ha incluido el segundo componente: requisitos de calificación, al cual ya nos hemos referido como aquel que tiene como propósito verificar que los postores acrediten tener la capacidad para ejecutar la prestación.

El Reglamento precisa que el segundo componente del requerimiento se determina según lo descrito en los documentos del procedimiento de selección; sin embargo, este documento lo elabora el comité de selección, y en una etapa posterior a la elaboración del requerimiento. Por tanto, debe precisarse en el Reglamento que el área usuaria, al elaborar el segundo componente del requerimiento, debe utilizar los formatos descritos en los documentos del procedimiento de selección estándar aprobados por el OSCE.

Tal vez hubiera resultado mejor que el OSCE apruebe y publique una estructura en la que incorpore una propuesta detallada del primer y el segundo componente del requerimiento. Así, sería una herramienta clave para las áreas usuarias al elaborar sus requerimientos.

Al estar detallado el segundo componente en los documentos del procedimiento de selección, han surgido en los operadores de la normativa dudas razonables acerca de quién debe elaborarlas, si el área usuaria o el comité de selección, cuando, en realidad, al ser un componente del requerimiento, debe ser elaborado por el área usuaria.

Otro aspecto legal que se suma a este terreno no claro es que la normativa exige que cuando el área usuaria requiera que los postores acrediten un monto por experiencia en la especialidad en el objeto de convocatoria, este se debe determinar en función del valor estimado, el cual se determina con posterioridad al requerimiento y es competencia del OEC. Así, cuando es elaborado por el área usuaria, no se sabe con certeza cuál es el valor estimado y, por tanto, se trabaja con base en proyecciones. Entonces, cuando se determine el valor estimado, ¿el OEC debe correr traslado al área usuaria para volver a determinar otro monto de experiencia o ratificar el primero señalado? Estos aspectos no han sido tomados en cuenta por la normativa, y esto hace que cada entidad adopte sus propias medidas de cómo manejar este aspecto.

Este tipo de regulaciones específicas no hace más que generar dudas a quien elabora los requisitos de calificación: el comité de selección o el área usuaria.

El no tener una sola estructura detallada de los dos componentes del requerimiento y, además, tener la información dispersa del requerimiento, promueve diferentes lecturas y contenidos por cada área usuaria. Esto genera tanto observaciones que deben ser modificadas, como también nulidades del proceso de selección. Estas últimas son innecesarias, pues el OSCE ya tiene o podría extraer, de los rutinarios vicios de nulidad, una herramienta que minimice estos riesgos.

Consideramos necesario que el OSCE, con toda la experiencia obtenida en materia de requerimiento por los pronunciamientos u opiniones y resoluciones emitidos, elabore y apruebe un instrumento de orientación respecto de una estructura de requerimiento que reúna los dos componentes con más detalle que el ofrecido en las bases estándar, que sea una herramienta de uso para las diferentes áreas usuarias y sirva para minimizar los riesgos de deficiencias de requerimiento desde una revisión legal.

Este documento de orientación será una herramienta que el área usuaria podrá utilizar al inicio de una contratación pública.

Por otro lado, existen ciertas figuras jurídicas vinculadas al requerimiento que no se sabe aún quién debe determinar porque la normativa de contrataciones públicas no lo establece de manera expresa; no obstante, considero que el área usuaria es la más indicada para su determinación. Me refiero a las figuras sobre el sistema de contratación regulado en el artículo 35 del Reglamento y modalidad de contratación regulada en el artículo 36 del Reglamento.

El sistema de contratación tiene relación directa con el requerimiento y se define en función de poder establecer de manera exacta o referencial la magnitud total del requerimiento y, por tanto, su incidencia en el costo. Por ejemplo, citamos el sistema de contratación de suma alzada, que se determina cuando se sabe con exactitud el alcance y la magnitud total que abarca la prestación y, por tanto, genera una mayor seguridad de que, en la ejecución contractual, no demandará cambios o extensiones del requerimiento, y que, por consiguiente, el costo que se determine y el monto contractual no tenderán a modificarse en la ejecución contractual (por ejemplo, servicio de seguridad de vigilancia, compra de mobiliario, obras a suma alzada, etc.).

De otro lado, tenemos el sistema de contratación de precios unitarios, el cual funciona de manera contraria al sistema de suma alzada, en donde el alcance y magnitud de lo que abarca el requerimiento no se puede determinar, sino solo una estimación de estos. Entonces, en este caso, el consumo o necesidad total recién se sabrá en el momento de la ejecución contractual. Por ende, el costo inicial es estimado primero y el real recién se determina en la ejecución contractual en función del consumo real. A manera de ejemplos, podemos señalar la adquisición de combustible, servicio de mensajería, obras a precios unitarios, etc.

Al estar vinculado el sistema de contratación al requerimiento, considero que es el área usuaria la que debe determinarlo, y corresponderá, en el estudio de mercado, ser validado o modificado en función de lo que el mercado señale y aporte.

La otra figura es la modalidad de contratación: llave en mano y concurso oferta. La primera está referida a las condiciones de ejecución del requerimiento que involucra bienes y obras que deben ser instaladas o tener montaje y puesta en funcionamiento; por ejemplo, adquisición de ventiladores (además del internamiento del bien, estos deben ser instalados y puestos en funcionamiento). La otra modalidad es el concurso oferta, que está destinada a requerimientos que involucran en el mismo contratista las obligaciones de elaborar el expediente técnico y la ejecución de obra.

Así, la modalidad de ejecución contractual está también directamente vinculada con el requerimiento, por tanto, debe ser determinada inicialmente por el área usuaria.

Otra figura que debe incorporarse con mayor alcance en la estructura del requerimiento es la del artículo 39 del Reglamento, que regula la posibilidad de realizar reajustes en las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras. Ello considerando las diversas condiciones que se pueden presentar en el mercado y que hacen necesario un reajuste en los precios; dicha incorporación con mayores alcances debería facilitar su entendimiento y aplicación cuando corresponda. Esta figura tiene muy poca regulación y alcances, pero resulta ser requerida en situaciones de coyuntura como la ocurrida con la pandemia, en la que se ha incrementado notablemente el costo de ciertos insumos a nivel nacional e internacional que podrían generar supuestos de reajuste. Sin embargo, la Administración Pública, al no tener reglas claras y realistas, tiene el temor de pagar más de lo pactado contractualmente y que esto sea sindicado como corrupción, por lo que prefiere resolver el contrato, con lo cual el problema persiste y se afecta la oportunidad de la compra.

2.4 La complejidad de la revisión del requerimiento desde una perspectiva técnica

En cada capacitación que he desarrollado dirigida al sector privado, es muy común escuchar que el requerimiento está dirigido a determinado proveedor por contener una característica técnica que reduce la posibilidad de que otros proveedores participen, y que dicha especificación técnica no hace necesariamente que el producto sea de mayor calidad.

También es muy común escuchar que el área usuaria se aferra a un contenido de requerimiento que podría promover una mayor participación del mercado si se incorporaran especificaciones técnicas de otras marcas que tengan la misma funcionalidad o componente. Esto implica conocer con mayor detalle el alcance y la funcionalidad de diferentes marcas que ofrecen los proveedores del mercado respecto del objeto de compra o similar a este.

Conocer lo que el mercado ofrece implica hacer gestiones transparentes, como reunirse con los proveedores que ofrecen las diferentes marcas, reuniones en las que estén presentes no solo el área usuaria sino operadores del OEC, órganos de control, con el objetivo de obtener información técnica y de mercado que permita mejorar los requerimientos y promover una mayor participación del mercado y satisfacer adecuadamente las necesidades del área usuaria. No obstante, este nivel de interacción es impensable a estas alturas porque inmediatamente se asocia a corrupción. Hemos pasado de un extremo al otro, y el resultado sigue siendo el mismo: compras ineficientes.

Lo que no se termina de entender es si, mientras menos se interactúe con el mercado y se trabaje solo a nivel de área usuaria, el direccionamiento de una compra será más fácil. Esto debido a que, si existe un contenido técnico dirigido, difícilmente lo sabrá detectar el OEC cuando haga el estudio de mercado. Este organismo, ante las observaciones sobre el mercado, remitirá el estudio al área usuaria, y esta sustentará técnicamente por qué requiere la especificación técnica o término de referencia que dirige la compra. Así, para cumplir con el filtro legal, se validarán dos cotizaciones y se determinará el valor estimado, logrando una apariencia de legalidad.

Una vez que se convoque el proceso de selección, los proveedores confían en que, observando el requerimiento, habrá una detección del direccionamiento si piden la elevación de sus observaciones al OSCE, pero chocan con una realidad frustrante, dado que se terminará ratificando el requerimiento dirigido, puesto que el OSCE no trabaja con un equipo de diversos especialistas relacionados con el objeto de compra en ingeniería, en salud, en infraestructura, en alimentos, en equipos, en vehículos, en maquinarias, en medicamentos, en insumos, etc. Por tanto, el OSCE, por muy buena intención que tenga, no podría observar ningún requerimiento por observaciones técnicas y optará por ratificar la posición del área usuaria, trasladándole que es el único responsable por el requerimiento ante irregularidades advertidas con posterioridad.

Estas ratificaciones dan una apariencia de legalidad al requerimiento dirigido, y será una compra que no promueva una mayor participación de los proveedores.

Es seguro que el OSCE sabe de esta debilidad de no poder cuestionar la parte técnica del requerimiento debido a no contar con especialistas para ello, y a la dificultad de tenerlos por la diversidad de los requerimientos. Podría tal vez contar con el asesoramiento de entidades especializadas mediante contrato de servicios. Lo cierto es que esta es una realidad que se viene dando desde hace varios años, y que quienes quieren dirigir sus compras por corrupción pueden utilizar esta modalidad.

Algo parecido sucede en la propia entidad, debido a que las áreas que reciben el requerimiento no tienen conocimiento técnico para detectar observaciones técnicas, sino tan solo legales. Por ello, consideramos necesario evaluar nuevas posturas para mejorar la elaboración de los requerimientos con filtros de control interno técnico y legal. Por ello, nos atrevemos a proponer la formación de comités usuarios integrado por usuarios, miembros del OEC, asesoría jurídica y un consultor experto si fuere necesario, quienes asumirán la elaboración de requerimientos clasificados en función del conocimiento técnico similar que demanden

y contarán con los filtros de conocimiento de mercado, técnico y jurídico que son necesarios.

Es importante que estos comités usuarios realicen una gestión de riesgos que permita advertir causas que podrían provocar modificaciones al contrato y escenarios de posible conflicto. Asimismo, debe trabajarse una estructura de ejecución de la prestación que proyecte plazos reales de ejecución, y que sean ratificados en un estudio de mercado efectuado por el OEC. Esta herramienta será útil para analizar a futuro solicitudes del contratista de ampliación de plazo que pudieran presentarse en la ejecución contractual.

Con estas medidas, buscamos evitar lo que viene sucediendo en las compras públicas, como compras que realmente no se necesitan y compras deficientes que deben ser modificadas para su corrección, pero que, al no tener presupuestos, terminan truncadas por procedimientos interminables.

Los objetivos y cambios constantes de la normativa sobre el requerimiento hacen que los usuarios se preocupen más por no faltar a la normativa, que no conocen bien, que por esmerarse en buscar la mejor alternativa que ofrece el mercado respecto de los bienes, servicios y obras que necesitan las áreas usuarias.

3. Implicancias del requerimiento en la ejecución contractual

Cuando la entidad contrata con el postor ganador del proceso de selección, se generan las obligaciones jurídicas entre las partes; la entidad espera que el contratista cumpla con su prestación al 100%, tal y como se requirió en las bases, y el contratista espera que la entidad le pague por la prestación efectuada según el monto contractual.

Pretender que los requerimientos siempre se deben hacer tal y como se efectuaron, sin excepciones, es una utopía, puesto que las condiciones iniciales del requerimiento y del contrato se formaron en un tiempo y un contexto diferentes a los de la ejecución contractual, que es cuando se efectuará la prestación, y podrían presentarse escenarios que motiven una necesaria modificación de contrato.

Con los problemas de antes y de hoy en las compras públicas, se han satanizado las modificaciones al contrato como figuras que promueven corrupción, aunque en cualquier contratación privada o internacional tales modificaciones, cuando son necesarias, se tienen que realizar para poder cumplir con la finalidad que se persigue con cada contrato.

Cuestionar una modificación al contrato simplemente por cuestionarla o por apreciaciones subjetivas significaría cuestionar la propia normativa que lo regula y la finalidad que se busca con ello.

Ahora bien, en lo que respecta al requerimiento, la normativa contempla diversas modificaciones, por ejemplo, las modificaciones emanadas por unilateralidad de la Administración Pública mediante adicionales o reducciones, las modificaciones al contrato por ampliaciones de plazo y las modificaciones bilaterales.

3.1 Adicionales y reducciones

Es aquí donde nos interesa desarrollar las implicancias de un requerimiento defectuoso. Este tipo de modificación del contrato es una excelente figura jurídica cuyo propósito permite que se logre alcanzar la finalidad del contrato y no se trunque la obtención del insumo necesario para generar la producción de bienes y servicios destinados al ciudadano.

El artículo 157 del Reglamento establece sobre los adicionales y reducciones lo siguiente:

157.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual corresponde contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

157.2. Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

Así, la normativa permite la aprobación de adicionales cuando:

1. Se advierten deficiencias en el requerimiento que demandan la necesidad de que se efectúen mayores prestaciones a cargo del contratista para alcanzar la finalidad del contrato.
2. Se advierte la necesidad de mayores prestaciones por hechos imprevisibles que no pudieron ser determinados en el momento de la elaboración del requerimiento.

Resulta claro que es al ejecutar la prestación cuando se podrá verificar si hay escenarios de requerimiento no señalados que no permitan continuar con la prestación, dado que no se podrá alcanzar la finalidad por la cual se contrató. Por ejemplo, un hospital tiene como finalidad contractual contar con una planta de oxígeno que funcione bajo determinadas condiciones, pero, si en el camino de la ejecución contractual se advierten errores u omisiones en el requerimiento que

demandan que el contratista efectúe mayores prestaciones para tener una planta de oxígeno que opere bajo determinadas condiciones, es claro que se deben aprobar prestaciones adicionales para que se pueda concretar y concluir satisfactoriamente el contrato, para lo cual debe cumplirse con el procedimiento regulado en el Reglamento y contarse con el presupuesto adicional necesario.

La necesidad de aprobar prestaciones adicionales no tiene como propósito justificar la deficiencia de un requerimiento, sino buscar soluciones técnico-legales para que se pueda continuar y culminar la prestación, y alcanzar así la finalidad pública que se persigue con el contrato.

Ahora bien, en la medida en que se sigan cometiendo errores en la elaboración del requerimiento, esta advertencia se dará en la ejecución contractual y, claramente, demandará la necesidad de aprobar adicionales que generan modificaciones al contrato, el cual está normado y tiene un propósito en pro del interés público.

No obstante esta posibilidad legal, muchas áreas usuarias prefieren negarse a evidenciar deficiencias en el requerimiento para evitar responsabilidades administrativas. Estas medidas truncan la continuidad del contrato, y provocan resoluciones de contrato que generan arbitrajes y recursos de anulación en el Poder Judicial, los cuales se hacen interminables y, al mismo tiempo, provocan que no se logre satisfacer de manera oportuna las necesidades del área usuaria y, por ende, afectan la prestación adecuada y eficiente de bienes y servicios destinados al ciudadano.

Por eso, nos interesa que se minimicen los riesgos de modificación del contrato por deficiencias en el requerimiento, y ello implica trabajar en las actuaciones preparatorias, esto es, al inicio de la elaboración del requerimiento, con los filtros técnicos, legales y de mercado necesarios.

Por otro lado, también debemos entender que, si se detectan deficiencias en el requerimiento, la gestión de cada entidad debe promover la aprobación de adicionales pro gestión para resultados y adoptar medidas de mejora en la elaboración de requerimientos, un aspecto que no sabemos cuánto se ha logrado, pues vemos que seguimos en la misma problemática de deficiencias en el requerimiento.

3.2 Ampliaciones de plazo

Otro escenario de modificación del contrato vinculado al requerimiento es la ampliación del plazo, considerando que el plazo es un elemento conformante del requerimiento.

El artículo 158 del Reglamento regula el procedimiento de ampliación de plazo para bienes y servicios y señala:

Artículo 158. Ampliación del plazo contractual

158.1. Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
- b) Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

158.2. El contratista solicita la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

158.3. La Entidad resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

158.4. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

158.5 Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

Es tradicional determinar un plazo con base en los plazos históricos determinados para un requerimiento, pero no se trabaja con base en una estructura o cronograma detallado de los tiempos que demande a ejecutar la prestación, que sean corroborados en un estudio de mercado con el objetivo de obtener plazos reales de ejecución y promover que, durante el proceso de selección, las ofertas de los postores sean sobre plazos reales de ejecución en función del objeto de contratación.

En la práctica, sucede todo lo contrario. Además de trabajar sobre un plazo estimado no real, este se debilita aún más cuando se utiliza como factor de evaluación el «plazo de entrega», en el que se otorga puntaje si se oferta un plazo menor que el establecido como requerimiento. Esto agudiza el problema con el plazo de entrega, dado que todos los postores, en el afán de ganar, ofertarán el menor plazo que les permita obtener el puntaje para ganar la buena pro, algo que es interés de todos los postores que compiten en el proceso de selección.

Esta situación provocará que, cuando se suscriba un contrato, salgan a flote los plazos reales y se generen solicitudes de ampliación para modificar el plazo a su tiempo real, las cuales a menudo serán rechazadas por considerarse que no se puede modificar el plazo que fue ofertado y porque esta fue una de las razones por las que el postor ganó el proceso de selección.

Lo que debe entenderse es que la modificación del plazo de ejecución contractual responde a situaciones ocurridas en la ejecución contractual y no en el proceso de selección o antes de él. Así, es válido que se amplíe el plazo si hay situaciones que generan atrasos o paralizaciones por causas no imputables al contratista o cuando se aprueba un adicional. Es claro que estos hechos válidamente podrían modificar el plazo de ejecución contractual cuando el contratista los sustenta, y que en esto nada tiene que ver el plazo fijado inicialmente en el requerimiento y que fue ofertado por el postor. A esto se suma que, en la ejecución contractual, a menudo surgen situaciones de atraso provocadas por la propia entidad, de manera justificada o injustificada, y hay una resistencia a aceptarlo y se prefiere rechazar los pedidos de ampliación de plazo, cuando la vía correcta es aprobar formalmente estos pedidos para obtener un plazo real.

Uno de los aspectos que se deben mejorar es trabajar en el requerimiento con cronogramas de plazo de ejecución detallados secuencialmente en función de las actividades que implican la ejecución de la prestación. Este plazo primero debe ser trabajado a nivel de requerimiento; luego, debe ser ratificado o modificado en el estudio de mercado; y, cuándo haya un ganador de la buena pro, se le debe pedir, para la firma del contrato, presentar el cronograma detallado de la ejecución a su cargo. Esta herramienta facilitará evaluar los diversos pedidos de ampliación de plazo que llegara a formular el contratista con los medios de prueba que lo sustenten, y reduciría los problemas clásicos de diferente valoración que tiene la gestión de cada entidad sobre diversas solicitudes de ampliación de plazo idénticas o similares.

3.3 Modificaciones bilaterales

Se debe reconocer la conveniencia, para una gestión para resultados, de haber incluido la posibilidad de modificar el contrato por acuerdo de partes, en la que incluso se podría modificar el requerimiento no necesariamente para efectuar prestaciones adicionales, sino por razones legales. Por ejemplo, para introducir los protocolos o medidas sanitarios para prevenir el contagio de la COVID-19.

Existe la posibilidad de que las partes acuerden modificaciones al contrato por razones diferentes a los adicionales y reducciones y ampliaciones de plazo, pero que podrían también implicar modificaciones al requerimiento y, además, podrían modificar el monto contractual por equilibrio económico financiero.

El artículo 160 del Reglamento establece lo siguiente:

160.1. Las modificaciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen con los siguientes requisitos y formalidades:

a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.

b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.

c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.

160.2. Cuando la modificación implique el incremento del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:

[...]

160.3. Adicionalmente a los supuestos de modificación del contrato establecidos en el artículo 34 de la Ley, este puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la Entidad. Tales modificaciones no varían las condiciones que motivaron la selección del contratista.

En esta coyuntura, el ejemplo perfecto es que las partes acuerden modificar el contrato para incorporar en el requerimiento la implementación de las medidas sanitarias para prevenir el contagio de la COVID-19 en la ejecución de las prestaciones, las cuales son obligatorias legalmente. Esta modificación responde a un hecho sobreviniente a la suscripción del contrato que no es imputable a ninguna de las partes: que debe cumplirse con las medidas sanitarias; por lo tanto, debe adecuarse el contrato para que continúe y culmine, y logre así su finalidad contractual. Debe además adecuarse el monto contractual en función del costo que determine la implementación de las medidas sanitarias en el cumplimiento de la prestación.

4. Conclusiones

Si los requerimientos son elaborados por áreas que tienen la necesidad, pero no el conocimiento técnico, de mercado y legal, corren el riesgo de ser requerimientos deficientes o dirigidos que afectarán la oportunidad y calidad en la prestación de bienes y servicios destinados al ciudadano para mejorar sus condiciones de vida.

Una propuesta legal por considerar es la conformación de comités usuarios integrados por áreas usuarias con conocimiento técnico, miembros del OEC, asesoría jurídica y un consultor externo, que asuman varios requerimientos en función del conocimiento técnico similar que demanden. Así, se logrará una mejora al obtener requerimientos con sustento técnico, filtros de mercado y filtros legales que minimicen los riesgos de provocar nulidad de procesos o contratos resueltos o inconclusos.

El OSCE debe aprobar y publicar una estructura detallada del requerimiento distribuido en sus dos componentes, y debe actualizarla para que sea una herramienta de uso efectivo para la elaboración de los requerimientos.

Con los problemas de antes y de hoy en las compras públicas, se han satanizado las modificaciones al contrato como figuras que promueven la corrupción, aunque, en cualquier contratación privada o internacional, tales modificaciones, cuando son necesarias, se tienen que realizar para poder cumplir con la finalidad que se persigue con cada contrato.

Referencias

- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2019a). *Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD*. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas_2019/DIRECTIVA_01-2019-OSCE_CD_Bases%20estandarizadas.pdf
- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2019b). *Opinión N.º 050-2019-DTN*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/290886-opinion-n-050-2019-dtn>
- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2020). *Opinión N.º 002-2020-DTN*. Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1299377/002-20%20-%20JOSE%20CRUZ%20FLORES%20GUERRERO%20-%20Funciones%20del%20C3%A1rea%20usuaria.pdf>

¿Fracciona y reinarás?: comentarios sobre el fraccionamiento en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

JOSÉ ZEGARRA PINTO

Sumilla

A través del presente trabajo, buscamos presentar el concepto general del fraccionamiento o desdoblamiento dentro de la lógica de la contratación pública. Del mismo modo, pasaremos a abordar el tratamiento que recibe dicho tema dentro de la normativa nacional peruana de contratación estatal: supuestos de hecho, excepciones y consecuencias de su utilización.

1. Introducción

Muchas veces hemos escuchado la famosa frase: «Divide y reinarás» o también «Divide y vencerás», cuya autoría ha sido atribuida a múltiples personajes de nuestra historia universal: Filipo II de Macedonia, Julio César, e incluso se dice que fue utilizada por el propio Napoleón. Independientemente de quién sea su autor, la idea central de dicha frase ha sido siempre el alcanzar y/o pretender el beneficio propio a través del debilitamiento o fragmentación de la parte contraria.

Al igual que como sucede con cualquier tipo de actividad, el simple hecho de dividir no es de por sí algo que pueda ser catalogado como bueno o malo; más bien, lo que será catalogado como bueno o malo es la aplicación o uso que se pretenderá darle a ello. Si trasladamos nuestra pregunta –¿fracciona y reinarás?– al campo de las contrataciones del Estado, vamos a tener que relacionarla con el concepto que tanto la doctrina como la legislación nacional y extranjera califica

como fraccionamiento¹. Es precisamente el tratamiento legal de dicho concepto lo que será el eje central del presente trabajo, el cual a su vez será realizado a partir de la lógica expuesta en la Ley de Contrataciones del Estado² (LCE) y su Reglamento³ (RLCE).

2. Fraccionamiento. Concepto general

Al utilizar la palabra «fraccionamiento», inmediatamente se nos vienen a la mente las siguientes ideas: dividir, partir, entre otras. Si buscamos un concepto más elaborado, conviene citar lo que dice la Real Academia Española (RAE): «fraccionar⁴: [...] 1. tr. Dividir algo en partes o fracciones». Como se puede observar, no se trata de un concepto complejo, sino más bien de algo sencillo y de fácil comprensión.

2.1 Fraccionamiento en contrataciones del Estado. Concepto

Debemos empezar indicando que, desde la perspectiva de la contratación estatal, el fraccionamiento no puede ser visto como una actividad única o un hecho aislado. Más bien, por el contrario, el fraccionamiento debe ser visto como un proceso. Decimos que estamos frente a un proceso, dado que este implica el desarrollo de toda una serie de actos sucesivos⁵.

¹ En la legislación extranjera se utilizan también los términos «desdoblamiento», «fragmentación» y «división». Cabe advertir que el término «fraccionamiento» es el que se utiliza más comúnmente.

² La mención a la Ley de Contrataciones del Estado se refiere al Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225 (Decreto Supremo N.º 082-2019-EF9, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* [13.3.2019]).

³ La mención al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se refiere al Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, vigente desde el 30.1.2019. Dicha norma derogó el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF. El Decreto Supremo N.º 344-2018-EF también ha sido modificado por el Decreto Supremo N.º 377-2019-EF y el Decreto Supremo N.º 168-2020-EF.

⁴ Definición recogida de la Real Academia Española (RAE): <http://lema.rae.es/drae/?val=fraccionamiento>

⁵ Entre dichos actos, podemos encontrar los actos de la administración interna (por ejemplo: requerimiento del área usuaria, la estimación del valor estimado o el valor referencial). Entendiéndose por tales a: «Los actos que se agotan en el ámbito interno de la propia Administración, son actos de poder público, pero que por su alcance no requieren ser recubiertos de las garantías y recelos de la externa. Como tal, se orientan exclusivamente a la búsqueda de la eficacia de los resultados de la gestión pública» (Morón, 2014, p. 144).

Del mismo modo, también encontramos los actos administrativos (por ejemplo: otorgamiento de la buena pro). Ley N.º 27444. «Artículo 1.- Concepto de acto administrativo. 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las Entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta».

Otro componente del concepto de fraccionamiento lo aporta la noción de unidad. En específico, nos referimos a la unidad del objeto de la contratación. Es importante abordar el presente tema, dado que contribuye a identificar si estamos o no frente a un supuesto de fraccionamiento. Por esencia o naturaleza, dicha unidad no debería ser fraccionada o fragmentada, salvo que existieran razones objetivas para tomar dicha decisión.

Tal como se puede inferir, unidad es la conjunción de elementos o partes que dan razón o sentido a una determinada realidad o naturaleza. Siendo esto así, dicha unidad (objeto de la contratación) debería ser alcanzada a través de un solo proceso de selección que satisfaga, de manera integral, las expectativas o requerimientos de una entidad, salvo que existiesen razones objetivas para no hacerlo.

Sobre el tema de unidad, resulta pertinente traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá (2011)⁶:

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta el momento, la unidad de objeto en materia de contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto «es naturalmente uno». Así las cosas, la Sub Sección entiende que dicha unidad se reputa natural cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el producto final deseado con la contratación; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son interdependientes [...].

En concordancia con lo expuesto en la anterior cita, nosotros también consideramos que el concepto unidad lleva implícita la idea de interdependencia. Si existe una dependencia recíproca entre cada uno de los componentes del objeto de la contratación, entonces hablamos de una evidente situación de interdependencia.

Finalmente, y con base en lo expuesto, creemos que «fraccionamiento» es todo aquel proceso que tiene como objetivo la división y/o partición de la unidad del objeto del contrato en dos o más procedimientos de selección y/o formas de contratación⁷.

⁶ Sugerimos revisar la sentencia en: Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá. (2011).

⁷ Hay que tener presente que en el artículo 5 del TUO de la LCE se encuentran descritos tipos de contratación que están excluidos del ámbito de aplicación de la LCE; sin embargo, estos pueden ser utilizados para desarrollar un fraccionamiento. Un ejemplo lo tenemos en las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 unidades impositivas tributarias (UIT).

2.2 Tipos de fraccionamiento

Teniendo claro qué se entiende por el concepto de fraccionamiento, corresponde ahora indicar que en la LCE y el RLCE se pueden identificar dos tipos de fraccionamiento: fraccionamiento debido o debido fraccionamiento, y fraccionamiento indebido.

2.2.1 Fraccionamiento debido o debido fraccionamiento

Desde nuestra perspectiva, el fraccionamiento debido o debido fraccionamiento comprende todos aquellos supuestos por los cuales una entidad opta por realizar un fraccionamiento que no implique ningún tipo de menoscabo o perjuicio para el Estado, sino más bien ayuda a maximizar los recursos de la entidad. Cabe precisar también que existen supuestos de hecho que, si bien podrían traer consigo ciertos perjuicios económicos para el Estado, el legislador opta por considerarlos como debido fraccionamiento o fraccionamiento debido. La principal razón para dicha opción legislativa es la existencia de motivos de índole o naturaleza social.

En estricto, somos de la opinión de que el debido fraccionamiento o fraccionamiento debido es todo aquel proceso permitido por Ley por el cual se divide y/o fracciona la unidad del objeto del contrato en dos o más procedimientos de selección y/o formas de contratación; esto con el objetivo de que la entidad pueda maximizar de manera económica, financiera y/o social el manejo de sus recursos (interés público). Es precisamente en este caso cuando se hacen explícitos y cobran relevancia los contenidos expuestos en los principios de eficacia y eficiencia⁸.

En el artículo 40 del RLCE, podemos encontrar los dos literales en los cuales se encuentran tres supuestos de debido fraccionamiento:

Artículo 40.- Prohibición de fraccionamiento

[...] 40.3. No se incurre en fraccionamiento cuando:

- a) Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, cuando la contratación completa no se pudo realizar en su oportunidad, debido a que no se contaba con los recursos disponibles suficientes para realizar dicha contratación completa, o surge una necesidad imprevisible adicional a la programada.
- b) La contratación se efectúe a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, salvo en los casos que determine el OSCE a través de Directiva.

⁸ TUO de la LCE. «Artículo 2.- Principios que rigen las contrataciones. f) Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos».

Supuesto 1: en el literal a) del numeral 40.3, podemos ver que el fundamento para que se permita o posibilite el debido fraccionamiento, lo tenemos en la aparición o presencia de condiciones o factores distintos de los que se tenían en el momento de planificar las contrataciones: (a) no contar con recursos disponibles suficientes para realizar la contratación completa; y (b) necesidad imprevisible adicional a la programada.

El primero de los supuestos lo consideramos de rápida y sencilla comprensión. En resumidas cuentas, el RLCE permite a una entidad completar sus necesidades primigenias, dado que ahora sí cuenta con los medios y/o recursos para hacerlo. La norma no establece ningún límite en cuanto al número de procesos que se necesitarían para satisfacer totalmente la aludida necesidad inicial. Así se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, la entidad no incurrirá en fraccionamiento indebido.

Por otro lado, en el caso del segundo supuesto de hecho, vemos que la norma utiliza la palabra «imprevisible» durante su desarrollo. Así pues, hablamos de algo que no pudo ser visualizado con anticipación.

Supuesto 2: en el caso del literal b) del numeral 19.2, el legislador ubica a la contratación a través de catálogos electrónicos de acuerdo marco como un supuesto de fraccionamiento debido. Esto nos parece sumamente correcto, sobre todo por la naturaleza de los bienes que son materia de contratación a través de dichos catálogos y la pronta respuesta que se debe dar a ese tipo de necesidades: útiles de escritorio, impresoras, computadoras, entre otros.

Después de lo expuesto en los dos párrafos anteriores, nos surge la siguiente interrogante: ¿existirán más supuestos de hecho en los cuales será conveniente realizar fraccionamiento (debido fraccionamiento)? Nosotros creemos que sí. El RLCE es sumamente restrictivo al permitir solo tres supuestos de hecho. Creemos que la norma debería permitir fraccionar siempre y cuando se compruebe, de manera objetiva, que la aludida actividad genera una mayor eficacia y eficiencia de los recursos de la entidad. En palabras simples, nos referimos a que el fraccionamiento debido debe ser hecho principalmente porque conviene en términos económicos y financieros a la entidad.

2.2.2 Fraccionamiento indebido

En contraposición a lo antes expuesto, podemos decir que el fraccionamiento indebido es todo aquel proceso que ocasiona, de manera deliberada y sin fundamento objetivo, la división y/o fragmentación de la unidad del objeto de la

contratación, a través de dos o más procedimientos de selección y/o formas de contratación, en perjuicio o menoscabo del interés público.

Continuando con la exposición, debemos indicar que el RLCE⁹ señala expresamente quiénes son los responsables por el incumplimiento de la prohibición de fraccionar: el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y/u otras dependencias de la entidad cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos.

Al revisar el artículo 20 del TUO de la LCE, podemos verificar que son cuatro los supuestos de hecho sobre los cuales existe prohibición de fraccionar. Hablamos de que se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de:

1. Evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual.
2. Dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección.
3. Evadir la aplicación de la presente Ley y su Reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT.
4. Evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

Teniendo en claro cuáles son los supuestos que el TUO de la LCE califica como fraccionamiento indebido, analizaremos a continuación cada uno de ellos:

2.2.2.1 Evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual

Para el presente caso, es importante destacar que, según lo dispone el TUO de la LCE, las necesidades anuales de una entidad deben estar comprendidas en el plan anual de contrataciones (PAC)¹⁰. Como es de esperar, dicha herramienta de gestión institucional es fundamental para poder verificar si se presenta o no algún supuesto de fraccionamiento indebido. Se parte de la premisa de que en el PAC se encuentran consolidadas todas las necesidades de la entidad, lo cual a su

⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 40.º, numeral 40.1.

¹⁰ TUO de la LCE. «Artículo 15. Plan Anual de Contrataciones. 15.1 Formulación del Plan Anual de Contrataciones: [...] 15.2 Contenido del Plan Anual de Contrataciones: El Plan Anual de Contrataciones que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor referencial de dichas contrataciones, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento».

vez permite conocer los montos y cantidades que definirán los tipos de procedimientos de selección que se deberán convocar para poder responder a las aludidas necesidades. En estricto, lo que se tiene en el PAC es lo que en la parte conceptual del presente trabajo se ha denominado unidad del objeto de contratación.

Tal como ya hemos señalado, cuando estamos frente a un caso de fraccionamiento indebido, la unidad del objeto de la contratación será objeto de división en dos o más partes, de tal manera que el proceso de selección y/o forma de contratación que por naturaleza le correspondía es dejado de lado sin fundamento objetivo que sustente tal decisión. Cabe advertir que el TUO de la LCE establece una suerte de límite temporal, esto en virtud de que el fraccionamiento indebido deberá configurarse en el lapso de un año (necesidad anual). La pregunta que nos surge en este momento es la siguiente: ¿qué pasa si el fraccionamiento indebido se configura en dos o tres años? ¿El concepto de unidad se pierde con el paso del tiempo? Las respuestas a dichas interrogantes se brindan por sí solas. Estamos convencidos de que el fraccionamiento indebido puede tranquilamente configurarse en periodos mayores de un año. Imaginemos, hipotéticamente, a una autoridad edil corrupta, que tiene en estricto tres años para hacer un mal uso de sus facultades. Finalmente, y respondiendo a la segunda pregunta, debemos opinar que la unidad no se afecta o pierde con el paso del tiempo; la unidad solo desaparecerá con la satisfacción de la necesidad, no con el hecho de que pasen 365 días.

A efectos de tener una mejor comprensión de lo expuesto, a continuación, presentamos un cuadro resumen de lo expuesto por la LCE para el presente caso.

Posibilidades de fraccionamiento indebido: evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual

Nomenclatura:

PS1: procedimiento de selección que corresponde (unidad)

PS2 y PS3¹¹: procedimientos de selección que genera el fraccionamiento

OFC¹²: otras formas de contratación

Nota: el cuadro presenta el número mínimo de combinaciones que se podrían realizar. Los PS y OFC pueden ser muchos más.

¹¹ TUO de la LCE. «Artículo 21. Una Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública».

¹² TUO de la LCE. «Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión. Por ejemplo: las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impo-

Supuesto 1	$PS1 = PS2 + PS3$
Supuesto 2	$PS1 = PS2 + OFC$
Supuesto 3	$PS1 = OFC + OFC$

Como ya indicamos en el cuadro, los supuestos de hecho para esta modalidad de fraccionamiento indebido pueden ser sumamente numerosos. La idea principal para identificar la existencia o no de un supuesto de fraccionamiento siempre será el advertir la división o fragmentación de la unidad del objeto de contratación.

2.2.2.2 Dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección

En el presente caso, el legislador advierte que estaremos frente a un caso de fraccionamiento indebido cuando, correspondiendo un determinado tipo de procedimiento de selección, los titulares de la acción optan por fraccionarlo en dos o más.

Respecto al presente supuesto, y en atención a lo desarrollado en el supuesto anterior, consideramos que este caso se encuentra parcialmente comprendido dentro del primero de los supuestos del artículo 20, ya que cabe la posibilidad de que el procedimiento de selección 1 se divida en dos o más procedimientos de selección distintos al procedimiento de selección 1.

Por otro lado, en este supuesto sí estaría exclusivamente comprendido aquel caso por el cual el procedimiento de selección 1 se divide en dos o más procedimientos de selección; sin embargo, dada la magnitud de la contratación, el procedimiento de selección sigue siendo el mismo. Por ejemplo: la licitación pública 1 está dividida en dos o más licitaciones públicas. Como se puede observar, si bien se divide y fracciona la licitación pública 1, las otras fracciones (dos, tres o más) siguen siendo licitaciones públicas. Por último, debemos señalar que el presente supuesto es una novedad en nuestra legislación de contrataciones del Estado; eso quiere decir que el D. L. N.º 1017 y su Reglamento por omisión legislativa permitían un fraccionamiento de esta naturaleza¹³.

sitivas Tributarias».

¹³ Al respecto, sugerimos revisar OSCE (2015). Opinión de la Dirección Técnico Normativa N.º 117-2015/DTN. Entidad: Municipalidad Distrital de Cupisnique Trinidad. Asunto: Prohibición de fraccionamiento. En dicha opinión, se concluye que dicho supuesto no se encuentra comprendido dentro de los supuestos de fraccionamiento indebido descritos en la normativa de contrataciones del Estado.

2.2.2.3 Evadir la aplicación de la presente Ley y su Reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT

Al igual como hemos señalado en el anterior caso, somos de la opinión de que el presente supuesto se encuentra comprendido en el primer supuesto de la norma, en virtud de que lo consideramos como otra forma de contratación (OFC). Sobre el tema, merece la pena traer a colación lo expuesto en la Opinión N.º 175-2016/DTN: «Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida la contratación de bienes, servicios y obras para efectuar contrataciones mediante varios procedimientos o evadir la aplicación de la Ley y/o su Reglamento dando lugar a contrataciones iguales o menores a ocho Unidades Impositivas Tributarias (8 UIT) –*lo cual incluye a las contrataciones iguales o menores a una UIT*¹⁴–, y/o evadir la aplicación de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública [...]».

2.2.2.4 Evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública

No es ninguna novedad señalar que, en los últimos años, el Perú ha celebrado varios tratados o compromisos internacionales, los cuales normalmente incorporan capítulos referidos a contratación pública. De la misma manera, el tema del fraccionamiento no es algo que se deje de lado en estos casos. Es, por el contrario, algo que se aborda de manera directa, evidentemente por la importancia que tiene el tema.

Tal como se podrá observar, en el cuadro resumen que presentamos a continuación, el utilizar términos como: «no deberá dividir» o «no fraccionará» demuestra lo importante que es, para los países con los cuales se ha firmado TLC¹⁵, el tema del fraccionamiento indebido.

¹⁴ Sugerimos revisar la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones: «A las contrataciones que se realicen bajo el supuesto del literal a) del artículo 5 de la Ley, les aplica la obligación de contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, en el registro que corresponda, salvo en aquellas contrataciones con montos iguales o menores a una Unidad Impositiva Tributaria (1 UIT) [...]».

¹⁵ Sugerimos revisar: Mincetur (s. f.).

TLC con	Contratación pública
EE. UU.	<p>Capítulo Nueve. Contratación Pública</p> <p>Valoración</p> <p>9. Al estimar el valor de una contratación pública con el propósito de determinar si se trata de una contratación pública cubierta, una Entidad contratante:</p> <p>(a) no deberá dividir una contratación pública en contrataciones públicas separadas, ni utilizar un método en particular para estimar el valor de la contratación pública con el propósito de evadir la aplicación de este Capítulo;</p>
UE	<p>Valoración</p> <p>6. Al calcular el valor de una contratación con miras a determinar si se trata de una contratación pública cubierta, una Entidad contratante no fraccionará la contratación en contrataciones separadas ni seleccionará ni utilizará un método de valoración especial para calcular el valor de la contratación con la intención de excluirla total o parcialmente de la aplicación de este Título.</p>
Canadá	<p>Capítulo Catorce</p> <p>Valoración</p> <p>5. Al estimar el valor de una contratación pública con el propósito de determinar si se trata de una contratación pública cubierta por este Capítulo, una Entidad contratante:</p> <p>(a) no dividirá una contratación pública en contrataciones públicas separadas, ni utilizará ni seleccionará un método en particular para estimar el valor de la contratación pública con el propósito de evadir total o parcialmente la aplicación de este Capítulo;</p>
Japón	<p>Al estimar el valor de los contratos con el propósito de implementar el presente Capítulo:</p> <p>(b) la selección del método de valoración empleado por una Entidad contratante no será utilizado, ni una contratación pública será dividida, con el propósito de evadir la aplicación del presente Capítulo;</p>

Resulta pertinente acotar que lo expuesto en el cuadro resumen es una muestra de algunos de los TLC suscritos por el Perú. Asimismo, también se verifica que la conducta ilícita denominada fraccionamiento indebido no solo está expresamente prohibida en nuestro país, sino también a nivel internacional.

Luego de haber expuesto sobre los supuestos de hecho del fraccionamiento indebido, creemos ahora que resulta pertinente abordar el tema de las consecuencias legales que se producirán luego de haber realizado tal conducta ilícita. Vamos a poder observar que tales consecuencias podrían afectar tanto a los procedimientos de selección que se realicen, como a los propios contratos que se generen.

Con el objetivo de hacer más didáctica nuestra exposición, a continuación, vamos a dividir el análisis en dos etapas: (a) antes de la suscripción del contrato; y (b) luego de la suscripción del contrato.

2.2.2.4.1 Antes de la suscripción del contrato

En esta etapa, tanto el Tribunal de Contrataciones del Estado como el titular de la entidad¹⁶ tienen la potestad de declarar la nulidad de los actos que fueron expedidos durante el desarrollo de un procedimiento de selección¹⁷. Somos de la opinión de que, para el presente caso, la declaratoria de nulidad por fraccionamiento indebido se sustentaría en la contravención de normas legales. No hay que olvidar que, en el artículo 20 del TUO de la LCE, existe un mandato expreso e imperativo con respecto a la prohibición de fraccionar.

2.2.2.4.2 Luego de la suscripción del contrato

Para esta segunda etapa, el titular de la entidad tiene la potestad de declarar la nulidad de oficio del contrato, en caso se identifique un supuesto de fraccionamiento indebido. La base legal para poder llevar adelante dicha acción la tenemos en la LCE: «Artículo 44, numeral 44.2, literal g). En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera [...]». Tal como ya se expuso, los supuestos de fraccionamiento indebido son mucho mayores; sin embargo, el TUO de la LCE y el RLCE solo permiten la declaratoria de nulidad por el supuesto antes descrito.

Por último, es importante señalar que la declaratoria de nulidad del procedimiento o del contrato por el supuesto de fraccionamiento indebido no solo trae consigo responsabilidades de tipo administrativo para los funcionarios o servidores públicos que participan de dichos actos, sino que también puede traerles consecuencias en los ámbitos civil y penal.

3. Conclusión

Tal como se ha podido verificar, el tema del fraccionamiento no es algo de sencillo tratamiento. Reviste especial importancia el tener muy en claro qué es lo que se debe de entender por unidad del objeto de contratación, y las consecuencias que trae consigo su fragmentación. Consideramos que el legislador nacional debió ser más permisible con el tema del debido fraccionamiento; en estricto, queremos referirnos a la posibilidad de poder aplicarlo siempre y cuando esto produzca beneficios claros y objetivos a favor de las entidades del Estado.

¹⁶ Es preciso mencionar que goza de las mismas facultades el titular de la Central de Compras Públicas – Perú Compras, en los procedimientos de implementación o mantenimiento de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco (artículo 44 de la LCE).

¹⁷ LCE. Artículo 44, numeral 44.2.

Referencias

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá. (2011). Sentencia del 31 de enero de 2011. Expediente 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767). Recuperado de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01\(17767\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).pdf)
- Mincetur (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo). (s. f.). *Acuerdos comerciales del Perú*. [Base de datos]. Recuperado de <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe>
- Morón, J. (2014). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 10.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2015). Opinión de la Dirección Técnico Normativa N.º 117-2015/DTN. Recuperado de <https://www.gob.pe/qu/institucion/osce/informes-publicaciones/737946-opinion-n-117-2015-dtn>

La subcontratación en los contratos del Estado

ZITA AGUILERA BECERRIL

Sumilla

La subcontratación es una figura que otorga dinamismo y eficiencia a la contratación pública, debido a la especialización que obtienen los subcontratistas; sin embargo, en la normativa de contratación pública se establecen restricciones para su procedencia, las cuales deberían ser superadas con la próxima aprobación de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público y su reglamentación. El presente artículo explica las características de esta figura; las limitaciones y errores en la legislación vigente; las diferencias con el aprovisionamiento de bienes y servicios; su tratamiento en la legislación comparada y en modelos de contratos internacionales, como el Fidic y el NEC; y propuestas para una mejor regulación.

1. Planteamiento del problema

El 3 de octubre de 2020, se prepublicó el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público (en adelante, el proyecto de Ley de Abastecimiento), el cual, una vez aprobado, derogará la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N.º 82-2019-EF. A diferencia de la LCE, en cuyo artículo 35 se aborda la figura de la subcontratación, el proyecto de Ley de Abastecimiento no tiene mayor referencia sobre el particular, aunque es probable que ello se deba a que dicho proyecto de ley ha dejado que sea mediante reglamentación que se definan diversas categorías jurídicas y procedimientos referidos a la contratación pública. Y, por ello, considero necesario comentar en este artículo las características de la subcontratación y, en particular, sobre las dificultades que presenta debido al

tratamiento normativo que ha tenido en el Perú, donde, contrariamente a lo que ocurre en la legislación comparada y los modelos de contratación internacional, se restringe su utilización sin tomar en cuenta los beneficios que supone que parte de las prestaciones puedan ser ejecutadas con un mayor nivel de especialización a través de la subcontratación.

La subcontratación implica que un tercero (subcontratista), cuyas capacidades y calificaciones lo dotan de un nivel de especialización favorable para asegurar la correcta satisfacción de las necesidades de la entidad contratante, asuma la ejecución de parte de las prestaciones que corresponden, en principio, al contratista que celebró el contrato con la entidad del Estado. Sin embargo, la LCE restringe la posibilidad de recurrir a esta figura, ya que prohíbe subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista¹. Esta regulación presenta diversas interrogantes, pues no hay claridad sobre los criterios que se deben considerar para determinar cuándo estamos ante prestaciones esenciales, situación que se torna más compleja en los contratos que comprenden un conjunto de prestaciones o en los contratos de obra, por ejemplo, donde cada actividad o componente puede ser calificado como esencial, en tanto que sin él no es posible lograr la finalidad del contrato.

Dado que la subcontratación es una práctica que otorga mayor operatividad y especialidad a la ejecución de los contratos, es relevante comentar las diversas situaciones que se presentan en torno a esta, y proponer alternativas para su tratamiento normativo de cara a lo que sería el Reglamento de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público y su aplicación. Por último, es necesario distinguir los subcontratos de los contratos de aprovisionamiento de bienes y servicios, que pueden celebrar los contratistas del Estado con terceros para dar cumplimiento a su obligación contractual asumida frente a la entidad del Estado.

2. La subcontratación en los contratos del Estado

La subcontratación es la práctica contractual en virtud de la cual el contratista encarga a otro, llamado subcontratista, la realización de parte del objeto del contrato (Moreu, 2008, p. 661). Piñar Mañas y Canales Gil sostienen que la subcontratación es una «figura que trata de dar una mayor operatividad a las empresas adjudicatarias» (2003, p. 611). Y determina el surgimiento de «un nuevo contrato distinto del originario, que no interfiere en el contenido y condiciones de éste, que no se va a ver afectado por la nueva relación que surge entre contratista y sub-

¹ Artículo 35.

contratista», y que implica «[...] la intervención de un tercero ajeno al contrato originario en la relación contractual» (Sendín, 2013, p. 199).

El subcontrato es definido por López Vilas como «[...] el contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de dos contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquellas, en base al contrato anterior del cual es parte» (1973, p. 194).

Para la configuración del subcontrato resulta crucial la noción de dos contratos coexistentes, sucesivos y vinculados entre sí: el contrato base, originario o básico y el subcontrato o contrato derivado. Ariño señala que el subcontrato es una relación distinta, separada y autónoma, aunque conexas y dependiente del primer contrato entre el *dominus operis* (administración) y el contratista principal (intermediario) (Ariño & Villar, 2005, p. 1176).

Bermejo y Bernal sostienen que «[...] la peculiaridad de la subcontratación en el sector público radica en que el contrato principal tiene naturaleza administrativa, mientras que el contrato derivado o subcontrato es de naturaleza civil, si bien condicionado y limitado por la legislación administrativa» (2009, p. 655).

El artículo 35 de la LCE, sobre la figura de la subcontratación, estipula lo siguiente:

Artículo 35. Subcontratación

35.1 El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

35.2 No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

35.3 Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), no estar impedido, inhabilitado, ni suspendido para contratar con el Estado.

El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.

35.4 El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.

El artículo 147 del RLCE complementa el desarrollo de esta figura jurídica, estableciendo un límite cuantitativo para la subcontratación (solo es posible subcontratar hasta el 40% del monto del contrato original, esto es, sin considerar las

prestaciones adicionales ni deductivos ni montos reconocidos por ampliaciones de plazo)² y que, ante la falta de pronunciamiento de la entidad sobre la solicitud de autorización de subcontratación, el pedido se debe entender como rechazado.

De las disposiciones antes citadas, se aprecia que es requisito para la validez de la subcontratación obtener la aprobación previa de la entidad contratante. Este requisito de aprobación previa no supone que la entidad esté habilitada para rechazar la subcontratación *per se* cuando los documentos del procedimiento de selección no contienen ninguna prohibición a subcontratar, sino que es una expresión de conformidad de la entidad con los términos en los que se plantea el desdoblamiento de la prestación, y respecto de a quién se presenta como subcontratista. En tal sentido, el contratista deberá explicitar por escrito ante la entidad contratante: (i) la voluntad de subcontratar, (ii) identificar las prestaciones objeto de esta acción, (iii) cómo se computa su valor para efectos de identificar su incidencia en el contrato principal, (iv) revelar quién será el subcontratista (acreditando las capacidades y calificaciones, y que no se encuentre impedido, ni inhabilitado, ni suspendido para contratar con el Estado) y (v) los términos técnicos y económicos en que se plantea esta acción contractual.

De proceder con la subcontratación sin haber obtenido la aprobación de la entidad o contraviniendo la negativa de la administración respecto de la posibilidad de subcontratar, el contratista habrá incumplido con su obligación legal, prevista en el artículo 35 de la LCE, y, por tanto, se habrá configurado una causal de resolución del contrato principal o base; y el contratista habrá incurrido en la infracción prevista en el literal d) del artículo 50.1 de la citada Ley, y será pasible de sanción de multa por un monto no menor del 5% ni mayor del 10% del contrato³.

Cabe señalar que la entidad tiene un plazo de cinco días hábiles para responder la petición del contratista. De transcurrir este plazo sin pronunciamiento expreso de la entidad, se considerará que el pedido ha sido rechazado, tal como se expone en el artículo 147 del RLCE⁴. Considero que la aplicación de la denegatoria ficta respecto del pedido de autorización de subcontratación perjudica la ejecución de los contratos, pues, por el solo silencio de la entidad, que puede deberse

² La subcontratación por encima del porcentaje permitido por ley también configura una infracción prevista en el literal d) del artículo 50.1 de la LCE, y el contratista será pasible de sanción de multa bajo los términos antes comentados.

³ La normativa anterior sancionaba con inhabilitación no menor de seis meses ni mayor de tres años.

⁴ La normativa anterior establecía la aprobación por silencio positivo de la solicitud de autorización para subcontratar.

a desidia u olvido, y sin motivación alguna, se priva de dinamismo y eficiencia al contrato, impidiendo que se involucre a un tercero que podría contribuir con su especialidad a la obtención de una prestación de mayor calidad. Recordemos que, aun cuando se produzca la subcontratación, el contratista es el que mantiene la responsabilidad por el cumplimiento correcto del contrato frente a la entidad, por lo que la subcontratación no representa riesgo para la satisfacción de los intereses de la administración, y no se justifica, por tanto, que se opte por la denegatoria ficta ante la falta de pronunciamiento de la entidad. En efecto, la normativa nacional indica que el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la entidad es el contratista y no el subcontratista. Así se ha desarrollado también en la legislación comparada. Al respecto, la judicatura española señala que el contratista, al comprometerse en los plazos de entrega de la obra, debe valorar los actos que realiza para el buen fin del contrato; entre estos actos, se encuentran los subcontratos, asumiendo el resultado de estos y, por tanto, su posible fracaso. Asimismo, debe tomar las medidas adecuadas para impedir dicho fracaso, ya que, en otro caso, si estos resultan desfavorables tendrá que afrontarlos como derivados de actos propios frente a la administración. Esto no impide que, por su parte, lógicamente el contratista pueda cubrirse frente al subcontratista con las garantías que estime convenientes, pero de ninguna manera puede intentar trasladar estos efectos desfavorables a la administración achacándolos como actos de terceros⁵.

Asimismo, la norma prevé un límite cuantitativo respecto de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas: máximo el 40% del monto original del contrato. En efecto, el ordenamiento nacional vigente no permite la subcontratación de la totalidad de las prestaciones, pues ello podría implicar la cesión de posición contractual, figura que se encuentra prohibida por el artículo 147 del nuevo RLCE. Sin embargo, se debe tener presente que el proyecto de Ley de Abastecimiento sí permite la figura de la cesión de posición contractual del contratista⁶, con lo cual existe menos fundamento para restringir la posibilidad de subcontratar.

Ahora bien, el proveedor al que se convoque como subcontratista deberá contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), en

⁵ Sugerimos revisar la STS 129/1990.

⁶ «Artículo 58.- Cesión de derechos y de posición contractual

[...] Las entidades contratantes y los contratistas pueden ceder su posición contractual, previa autorización de la otra parte. En caso sea el contratista quien cede su posición contractual, esta procede siempre que se verifique que, quien asume la posición contractual, es un proveedor con iguales o mayores características que aquel y que no se encuentre impedido para contratar con el Estado».

el capítulo que corresponda según las actividades que desarrollará (registro de bienes, servicios, ejecutor y consultor de obras). Aun cuando la norma no alude expresamente al requisito de consonancia entre la actividad que ejecutará el subcontratista y el registro de proveedores, consideramos que un subcontratista que desarrollará labores de construcción debe tener inscripción en el RNP como ejecutor de obras, un subcontratista que estará a cargo la elaboración del expediente técnico debe tener inscripción como consultor de obra, y así respecto de los demás registros, pues de esta manera se tendrá certeza de que el subcontratista está calificado para hacerse cargo de tales labores.

3. Prohibición de subcontratar prestaciones esenciales

Reservé para un acápite específico la prohibición contenida en el artículo 35 de la LCE de subcontratar aquellas prestaciones esenciales vinculadas a aspectos que determinaron la selección del contratista, pues la normativa no ha brindado mayores alcances o criterios que permitan determinar cuándo estamos ante una prestación esencial, situación que tornará compleja su aplicación y puede afectar la eficiencia en la ejecución del contrato. Para aproximarnos al concepto de prestación esencial, debemos atender, en primer lugar, al objeto del contrato, el cual, según Dromi, «[...] es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que persigue a celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes» (2006, p. 119).

Como se sabe, en el marco de la normativa de contratación pública, el contrato puede tener por objeto la contratación de bienes, servicios u obras, que corresponden a obligaciones de dar o hacer, según sea el caso; siendo que, para cumplir con tales obligaciones, el contratista debe ejecutar distintas prestaciones. Según Osterling Parodi y Castillo Freyre «[...] la prestación, en las obligaciones de dar, está constituida por la actividad del deudor destinada a la entrega de un bien y por su propia entrega; en las obligaciones de hacer, por la ejecución de un hecho que puede ser material o inmaterial [...]» (2011, p. 90).

En algunos casos, la entidad convoca un proceso de selección para adquirir un bien, y requiere, además, su instalación y mantenimiento; o, en el caso de la convocatoria para la contratación de un servicio, para su ejecución se requiere de la dotación de equipos, materiales, etc.; lo mismo ocurre con las obras, en donde confluyen prestaciones que involucran entregar bienes y servicios, por lo que la identificación de prestaciones esenciales y no esenciales resulta de mayor importancia y dificultad en estos casos. La única referencia normativa que nos permite

dilucidar el concepto de «prestación esencial» es la categoría de obligación principal, en contraposición con aquellas obligaciones accesorias, aludida en el artículo 224 del Código Civil peruano, que refiere que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal; texto normativo que resulta de aplicación supletoria en los contratos del Estado y a su desarrollo a nivel doctrinario.

Palacios Martínez refiere que «[...] la calificación de “principal” y “accesorio” en el negocio concreto tiene que ser resuelta tomando en consideración la función específica del negocio, observando cuál o cuáles son las partes del contenido que pueden ser consideradas como principales o accesorias en relación a su trascendencia sobre el desenvolvimiento funcional del negocio» (2004, p. 722).

Así, corresponderá identificar, en cada caso, cuál es la prestación que determina el objeto del contrato, pues esta constituirá la prestación principal o esencial, y cuáles son las prestaciones que existen para servir o coadyuvar a la realización de aquella, las cuales calificarán como prestaciones accesorias o no esenciales. A este criterio deberá sumarse la identificación de aquellos aspectos que determinaron la selección del contratista, por así encontrarse dispuesto por la LCE. El OSCE, en la Opinión N.º 27-2014/DTN, diferenció una obligación esencial de una obligación no esencial⁷, equiparando los conceptos de obligación y prestación, al señalar que es obligación esencial «[...] aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato». Por antonomasia, define como obligaciones no esenciales «[...] aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato» (los subrayados son añadidos).

Ahora bien, de acuerdo con el OSCE, no todas las obligaciones contenidas en las bases o en un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado son de naturaleza esencial, toda vez que también pueden contener (como es usual) obligaciones no esenciales. Asimismo, señala que un

⁷ Cabe señalar que esta Opinión no se emitió para desarrollar el concepto de «prestación esencial» en el marco de las reglas sobre subcontratación, sino que atiende una consulta sobre un supuesto de causal de resolución de contrato por incumplimiento de «obligación esencial» de la entidad. Sin embargo, analizamos esta Opinión debido a que es la única que desarrolla la esencialidad de una obligación (y la equipara a una prestación esencial).

contrato suscrito en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede contener obligaciones esenciales denominadas expresamente, pero ello no resulta excluyente de que existan obligaciones esenciales en el contrato que no hayan sido denominadas expresamente como tal. De esta manera, la determinación de la naturaleza esencial de las obligaciones dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no, aun cuando esta obligación no haya sido denominada como esencial en el contrato. En esta línea, una prestación calificará como esencial cuando se presenten las siguientes características:

1. Debe ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
2. Puede ser una obligación de cualquiera de las partes (contratista o entidad).
3. Debe encontrarse estipulada en las bases o el contrato.
4. No es indispensable que las bases o el contrato la denominen como «esencial».

La finalidad del contrato es un concepto jurídico indeterminado que permite distintas interpretaciones, por lo que se presentan dificultades para determinar cuándo estamos ante prestaciones esenciales y cuándo no. La imposibilidad de subcontratar prestaciones esenciales, entendidas como aquellas que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato, impactará de manera negativa en la dinámica y ejecución de los contratos, pues tendría que ser el contratista quien, directamente y sin participación de terceros, realice la totalidad de las actividades que se requieren para cumplir con el objeto del contrato, lo cual requerirá que dicho contratista se haga del equipamiento y personal para atender actividades no especializadas y que bien podrían ser ejecutadas en paralelo por un tercero, abreviando costos y plazos.

Para mitigar estas dificultades, se debe poner atención al texto del artículo 35 de la LCE, que sujeta la calificación de «prestación esencial» a su vinculación con los aspectos que determinaron la selección del contratista, siendo que, en nuestra opinión, aquí se deberá atender aquellos criterios de calificación (en el caso de bienes⁸, servicios en general⁹ y obras¹⁰) y factores de evaluación (en el caso de consultoría en general¹¹ y consultoría de obra¹²) y, en función de ellos, determinar,

⁸ Experiencia del postor, equipamiento, infraestructura, soporte, experiencia del personal.

⁹ Calificado así por infraestructura, soporte, experiencia del personal, experiencia del postor.

¹⁰ Equipamiento, infraestructura, experiencia del personal profesional, experiencia del postor.

¹¹ Metodología propuesta, calificaciones y/o experiencia del personal clave, otros factores referidos al objeto de la convocatoria.

¹² Metodología propuesta, calificaciones y/o experiencia del personal clave, otros factores referidos

caso por caso, cuándo estamos ante prestaciones esenciales y cuándo no. Así, por ejemplo, si un contrato tiene por objeto la adquisición de un bien, pero además se requiere su instalación, mantenimiento y capacitación en el uso del bien, la prestación esencial podría comprender la entrega del bien, siendo no esenciales y, por ende, pasibles de ser subcontratados, la instalación, el mantenimiento y la capacitación en su uso al personal de la entidad, salvo que en las bases del proceso de selección se haya considerado alguna de estas actividades de instalación, mantenimiento y capacitación como determinante para efecto de la elección del contratista. En el caso de un servicio, como, por ejemplo, el de atención y gestión de llamadas telefónicas, la prestación esencial estará determinada por el servicio mismo de atención de llamadas; y si se consideró que el diseño, instalación y operación de la plataforma tecnológica con la que se brindaría el servicio era determinante para la selección del proveedor, razón por la cual se consideraron criterios de calificación referidos a tales actividades, estas también podrían ser calificadas como prestaciones esenciales y, por ende, prohibidas de ser subcontratadas. Las prestaciones no esenciales que, desde esta perspectiva de análisis, serían pasibles de ser subcontratadas al no calificar como esenciales serían, por ejemplo, el mantenimiento, la elaboración de reportes estadísticos, el monitoreo en línea y supervisión del centro de contactos, y la elaboración de los documentos para la transferencia del servicio al siguiente contratista.

4. La subcontratación y sus diferencias con el aprovisionamiento de bienes y servicios

De acuerdo con García-Trevijano, el subcontrato tiene por objeto la ejecución material de determinadas partidas integrantes del contrato base o principal (que se mantiene en todos sus términos inalterado) (1997, p. 93). El Tribunal de Contrataciones del Estado, en la Resolución N.º 896/2005.TC-SU, señaló que «se entiende que la subcontratación implica necesariamente que un tercero diferente al contratista efectúe por cuenta propia una o varias prestaciones a las que estaba obligado el contratista, esto es, que utilice sus propios recursos para efectuar una actividad a la que estaba obligado quien suscribió el contrato o recibió la orden de compra o servicio» (el subrayado es añadido). Por su parte, la Gerencia Técnico Normativa del Consejo Superior de Contrataciones del Estado (ahora OSCE) indicó, en el Informe N.º 14-2004-GTN, que «[...] solo estaremos frente a una subcontratación de obra en caso que el contratista contrate a un tercero para que

al objeto de la convocatoria.

realice parte de la obra, entendiendo que, en tal caso, el contratista delega o traslada la dirección técnica de la ejecución de tal parte de la obra».

Así, tal y como ya lo hemos señalado, la subcontratación implica que el contratista del Estado traslade a un tercero la ejecución de parte de las prestaciones que se comprometió a entregar a la entidad del Estado. Sin embargo, es importante tener presente que, conforme sostiene Dromi, no todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión de posición contractual. Así, este autor señala que «[...] no son subcontratos los acuerdos que el subcontratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajen a destajo, o con sus proveedores» (Dromi, 2016, p. 9).

A los contratos que celebra el contratista para agenciarse los bienes y servicios que requiere para cumplir con su presentación se los denomina «contratos de aprovisionamiento», y no constituyen subcontratos. Estos contratos de aprovisionamiento tienen características que los aproximan al subcontrato, tales como su carácter sucesivo en el tiempo respecto al contrato base o principal, y estar funcionalmente dirigidos a permitir su cumplimiento; sin embargo, las prestaciones pactadas en los contratos de aprovisionamiento no corresponden a prestaciones contenidas en el objeto del contrato base celebrado entre la entidad del Estado y el contratista. El contratista del Estado tiene amplia libertad de hacerse de los bienes y servicios que requiera para cumplir con las prestaciones a su cargo, y para ello no requiere obtener autorización de la entidad contratante, pues no estamos ante la figura de la subcontratación, sino ante el simple aprovisionamiento de servicios, actividades de medios para lograr el resultado, que es el fiel cumplimiento de la totalidad de las prestaciones comprometidas con la entidad, tal como lo reconocen el Tribunal de Contrataciones del Estado y la Dirección Técnico Normativa.

En efecto, el Tribunal de Contrataciones ha distinguido el subcontrato del simple aprovisionamiento de bienes y servicios, y reconoce la validez legal de esta figura en la Resolución N.º 608/2004-TC-SU, donde sostiene lo siguiente:

Sobre el particular, este Colegiado advierte que el denominado «subcontrato de obra» suscrito entre el Contratista y la empresa Constructora [...] con prescindencia de su denominación, tenía por objeto que aquella se agenciase de las maquinarias y equipos necesarios para la ejecución de la obra y no la realización de ésta en sí [...]. En ese sentido, este Colegiado considera que la Contratista no contrató con la empresa [...] la realización parcial y me-

nos total de la obra de «Rehabilitación del camino vecinal: Huacarragra-Llata (Primera Etapa), departamento de Huánuco», en razón a que la mencionada obra fue ejecutada por la Contratista en tu totalidad, no infringiéndose lo estipulado en la cláusula vigésimo tercera, numeral 2 del contrato de Obra No. 592-203-MTC/21 [...].

Por su parte, la Gerencia Técnico Normativa del OSCE, en la Opinión N.º 099-2015/DTN, señaló que:

[...] es preciso diferenciar la subcontratación de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones.

Así, podemos referirnos al conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el contratista puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse a sí mismo, de los medios necesarios para cumplir con la o las prestaciones a su cargo frente a una Entidad. Por ejemplo, el empréstito para proveerse de fondos para afrontar la obra, la contratación de personal para realizar las prestaciones, la adquisición de equipos que serán suministrados a la entidad, o las materias primas para producir el bien requerido por la otra parte, etc.

[...]

Evidentemente estos contratos tienen peculiaridades que los aproximan al subcontrato, tales como, su carácter sucesivo en el tiempo respecto al contrato base o principal y estar funcionalmente dirigidos a permitir el cumplimiento del mismo, sin embargo, no están jurídicamente derivados del contrato base o principal manteniendo independencia jurídica frente al primero, y no están sujetos al deber de poseer el mismo contenido económico del contrato base o principal.

Por tanto, los contratos que pueda o deba realizar el contratista para cumplir con sus prestaciones, en principio no constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del proveedor o contratista para poder cumplir sus prestaciones.

Así, los contratos de aprovisionamiento refieren al conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el adjudicatario puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse, a sí mismo, de los medios necesarios a fin de cumplir con la o las prestaciones a su cargo frente a la entidad del Estado. Para determinar en qué casos estamos ante un subcontrato o solo ante contratos de aprovisionamiento de bienes y servicios, corresponde verificar, en cada caso concreto, los siguientes elementos:

- Objeto del contrato.- el objeto del contrato que celebre un contratista del Estado con un tercero (proveedor de bienes o servicios), independiente-

mente de su denominación, no puede ser análogo, en todo o en parte, al objeto del contrato que se celebró con el Estado, pues en ese caso estamos ante una subcontratación.

Para determinar en qué casos estamos ante objetos contractuales análogos, que pueden dar lugar a apariencia de subcontratación, se debe analizar cada caso, a fin de identificar la naturaleza del contrato y las prestaciones que definen el objeto del contrato. Si hay correspondencia entre el objeto del contrato celebrado con el Estado y aquel que corresponde al vínculo establecido con el tercero, el riesgo de que se concluya que hay subcontratación es alto.

- Identidad de prestaciones.- las prestaciones que el contratista del Estado encarga ejecutar a un tercero (proveedor de bienes o servicios) no pueden ser aquellas que luego entregará a la entidad del Estado; es decir, no puede haber identidad de prestaciones, sino que la prestación que entregue el tercero debería ser objeto de complementación o transformación en otra prestación de modo sustancial, de modo que se aprecie que lo que prestó este tercero fue un insumo para que el contratista brinde la prestación comprometida con el Estado.

Recordemos que el aprovisionamiento de bienes y servicios, que sí está permitido, implica que las prestaciones que se entregan sirvan de medio o insumo para que el contratista del Estado ejecute, luego de un proceso de complementación o transformación esencial, otras prestaciones a favor de la entidad del Estado. Si hay semejanza entre las prestaciones entregadas por el tercero al contratista y las que este entrega al Estado, o las diferencias o agregados no son representativos, el riesgo de que se concluya que hay subcontratación es inminente.

- Sujeto que entrega la prestación a la entidad del Estado.- en ningún caso, el tercero (proveedor de bienes o servicios) puede entregar la prestación a la entidad del Estado. Así, el tercero no puede emitir el comprobante de pago a la entidad, ni participar en actos o diligencias en los que corresponda asistir al contratista del Estado, o dar mantenimiento, soporte, postservicio y similares a la entidad, pues en ese caso se considerará que sí hay subcontratación.

El personal asignado.- el personal destacado para la prestación del servicio debe ser asignado por el contratista del Estado y no por el tercero (proveedor de bienes o servicios).

5. La subcontratación permitida en la legislación comparada y en contratos internacionales de construcción (Fidic y NEC)

La Directiva N.º 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública establece, en sus considerandos¹³, la necesidad de que exista transparencia en la cadena de subcontratación, indicando que así se facilita a los poderes (adjudicadores, las entidades públicas contratantes) información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión directa. Así, en el numeral 2 del artículo 71 de la Directiva, se prevé que, en los pliegos de la contratación (bases), se podrá pedir al postor que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. A su vez, en el numeral 3 del citado dispositivo, se indica que la entidad contratante podrá transferir directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas, en vez de abonarlas al contratista principal, y que ello será previsto en los pliegos de contratación.

El numeral 5 del artículo antes citado establece que, en los contratos de obras y servicios, luego de la adjudicación del contrato, y a más tardar cuando se inicie su ejecución, la entidad contratante exigirá al contratista principal que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento, así como de cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso del contrato, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio.

En Argentina, la Ley N.º 13.064 (de Obras Públicas)¹⁴ prohíbe al contratista transferir, ceder, en todo o en parte, a otra persona o entidad, ni asociarse para su cumplimiento, sin autorización y aprobación de la autoridad competente.

En Costa Rica, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa¹⁵, aprobado por Decreto N.º 33411-H, indica que, en las licitaciones de obra pública, los participantes deberán presentar con su oferta el listado de todas las

¹³ Considerando 105.

¹⁴ Artículo 24.

¹⁵ Artículo 149.

empresas a las que se planea subcontratar para llevar a cabo servicios o trabajos especializados. En ese listado se indicarán los nombres de las personas que se pretende subcontratar, dando cuenta de que no se encuentran incursas en ninguna prohibición prevista en la Ley de Contratación Administrativa, así como una certificación de los titulares de su capital social y de sus representantes legales.

En caso de que en la fase de ejecución se modifique el listado de subcontratistas, se deberá reportar con la antelación debida a la administración, y esta podrá recibirla bajo protesta, y así se consignará en el acta respectiva. La discrepancia podrá resolverse en los términos que determine el cártel o mediante arbitraje.

En Colombia, el Decreto N.º 1082 de 2015 contiene disposiciones sobre la cobertura de los riesgos derivados de la actividad desarrollada por los subcontratistas. Así, el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.3.2.9 establece que «La Entidad Estatal y el contratista deben tener la calidad de asegurado respecto de los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la Entidad Estatal como los terceros que puedan resultar afectados por la responsabilidad del contratista o sus subcontratistas».

En lo que concierne a modelos internacionales de contratos de construcción, se tiene, por ejemplo, el Libro Plata del Contrato Fidic¹⁶, que permite la subcontratación, aunque no de la totalidad de las obras, disponiendo que el contratista debe comunicar previamente al «cliente» del subcontratista que se quiera involucrar, así como de su experiencia relevante, y la fecha de inicio de trabajos del subcontratista, salvo que en las condiciones particulares se prevea algo distinto¹⁷.

A su vez, en el contrato NEC, opción F: contrato de ingeniería y construcción, el contratista se constituye como un administrador de la obra, que se encarga de gestionar subcontratos. Así, «Lo que se espera es que el contratista tenga la experiencia suficiente para administrar el proyecto y se concentre en seleccionar, gestionar y supervisar a diferentes subcontratistas que se encargarán de ejecutar la obra. Sin embargo, el contratista administrador podría ejecutar determinados trabajos de la obra, siempre que demuestre que con ello obtiene un mayor valor por dinero, siendo más eficiente que subcontratar dichos trabajos» (Medina, 2019, p. 118).

6. Conclusiones

La subcontratación es la figura contractual por medio de la cual el contratista del Estado traslada a un tercero la ejecución de la o las prestaciones, o parte de estas,

¹⁶ De 1999.

¹⁷ Condición general 4.4.

a las que se obligó a dar cumplimiento, a través del contrato, frente a la entidad del Estado.

La LCE prohíbe que se subcontraten prestaciones esenciales, con lo que resta dinamismo y eficiencia a la ejecución de los contratos, sin considerar la especialidad que pueden aportar los subcontratistas en la satisfacción de las necesidades de la entidad, lo cual se agrava cuando ni siquiera se dan mayores alcances acerca de cómo se debe determinar cuando estamos ante prestaciones esenciales, lo cual torna compleja y dificulta la posibilidad de subcontratar, pues las entidades pueden terminar negando la autorización ante la duda de si se trata o no de una prestación esencial, o calificando mal las prestaciones. También perjudica la eficiencia la previsión según la cual, ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad en el plazo previsto, se tiene por rechazada la subcontratación. En tal sentido, la próxima modificación de la normativa de contrataciones debería apuntar a promover, en vez de restringir, la subcontratación, en tanto se acredite que quien actuará como subcontratista cuente con las calificaciones adecuadas. Debería, además, brindarse mayores alcances y lineamientos a los operadores de la norma, para asegurar su correcta aplicación y entender cuándo estamos ante una subcontratación y cuándo ante el solo aprovisionamiento de bienes y servicios por parte del contratista para cumplir con las prestaciones comprometidas ante la entidad, identificar las prestaciones esenciales, y retornar a la figura del silencio administrativo positivo para el trámite de autorización de la subcontratación.

Referencias

- Ariño y Asociados. (1976). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Tomo III, vol. II. Granada: Comares.
- Ariño, G., & Villar, J. (2005). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (tomo III: La gestión del contrato). Granada: Ed. Comares.
- Bermejo, J., & Bernal, M. (2009). *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel.
- Dromi, R. (2016). *Licitación pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García-Trevijano, E. (1997). *La cesión del contrato administrativo: la subcontratación*. Madrid: Cívitas.
- López, R. (1973). *El subcontrato*. Madrid: Tecnos.
- Medina, F. (2019). El acuerdo de gobierno a gobierno y los contratos NEC: ¿soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *Ius et Veritas*, (58), 110-127. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006>
- Moreau, M. (2008). *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel.
- Moreu, E. (2019). La subcontratación. En *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel.

- Osterling, F., & Castillo, M. (2011). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra.
- Palacios, E. (2004). *Comentarios al Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Piñar, J., & Canales, A. (2003). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. España: Tirant lo Blanch.
- Sendín, M. (2013). Cesión del contrato y subcontratación. En J. Rodríguez-Arana, M. Sendín, J. Danós, J. Cáceres, V. Rojas, & A. Huamán (Eds.), *Contratación pública. Doctrina nacional e internacional*, vol. II (179-220). Arequipa: Adrus Editores.

Modificaciones al contrato de obra según la normativa de contrataciones

RITA SABROSO MINAYA†

Sumilla

A través del presente artículo, se abordan los supuestos que la normativa de contratación estatal contempla para la modificación de un contrato de obra; a saber: las prestaciones adicionales y las reducciones de prestaciones, las ampliaciones de plazo y otras modificaciones. De seguro, dichas figuras serán empleadas con mayor frecuencia en el contexto de la COVID-19 que está atravesando el país, pero siempre respetando los requisitos y formalidades establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

1. Introducción

Sería ideal que una obra se ejecute tal y como estaba plasmada en el expediente técnico que formó parte de las bases del proceso de selección o, en todo caso, en el expediente técnico completo¹ que entrega la entidad al contratista para que, junto con las otras condiciones establecidas en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado², ya se pueda dar inicio al plazo para su ejecución.

Ello en la medida en que, al estar frente a una obligación de hacer, esta debe ser ejecutada en el plazo y modo pactados en el contrato. De esta manera, y de

¹ Expediente técnico que fue «modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones» que se presentaron durante el proceso de selección.

² Aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N.º 377-2019-EF (en adelante, el Reglamento).

conformidad con lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley de Contrataciones del Estado³ «el contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones que están a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos».

Si este escenario al que he denominado ideal se presentase en la realidad, podríamos estar frente a un supuesto en el que la obra se ejecutó sin necesidad de modificar –en forma alguna– el contrato. Sin embargo, la realidad, precisamente, nos ha enseñado que resulta casi imposible encontrarnos frente a dicho escenario.

Por ello, la propia Ley de Contrataciones del Estado contempla un artículo denominado «modificaciones al contrato», el cual, más allá de la denominación o ubicación en los anteriores textos legales, siempre ha estado presente en la normativa de contratación estatal. En efecto, el artículo 34 de la referida ley establece lo siguiente:

Artículo 34.- Modificaciones al contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

[...].

Como se puede apreciar, las modificaciones al contrato de obra⁴ pueden tener su origen en la solicitud del contratista o en la orden de la entidad, ello dependerá del tipo de modificación que sufra el contrato. Sin embargo, lo que se debe tener siempre presente es que el contrato solo puede modificarse si se presenta alguno de los supuestos previstos en el citado numeral 34.2.

³ Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF (en adelante, la Ley de Contrataciones del Estado).

⁴ Si bien dicho artículo también resulta aplicable a los contratos sobre bienes y servicios que las entidades pueden suscribir en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, el presente artículo se centrará en el tema del contrato de obra.

Una de las principales novedades de la Ley N.º 30225, cuando salió publicada el 11 julio de 2014, fue señalar que las modificaciones al contrato no podían afectar su equilibrio económico y que, de ser el caso, se debía compensar a la parte perjudicada. Ello es acorde con el principio de equidad establecido en el literal i) del artículo 2 de la referida ley. No nos olvidemos que las contrataciones que efectúan las entidades del Estado deben desarrollarse con respeto a diversos principios, entre ellos el mencionado, el cual implica que «las prestaciones y derechos de las partes deben guardar razonable relación de equivalencia y proporcionalidad».

Sobre el particular, Guzmán señala que «la existencia de determinadas prerrogativas a favor de la Administración no puede afectar el beneficio esperable del contratista, el mismo que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada» (2009, p. 215).

De esta manera, el equilibrio económico financiero es «una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)» (Marienhoff, 1998, citado por Villavicencio, 2020, p. 175).

Asimismo, aunque pareciera una verdad de Perogrullo, el citado artículo 34 señala que, en el caso de una modificación a solicitud del contratista, esta «debe ser aprobada por la Entidad»; ello en la medida en que el Reglamento establece el procedimiento que el contratista debe seguir, por ejemplo, para solicitar una ampliación de plazo, procedimiento que, de ser cumplido cabalmente, dará lugar a un pronunciamiento por parte de la entidad aprobando dicha ampliación. Como en cualquier relación contractual, la modificación debe ser aprobada por las dos partes; sin embargo, cuando se trata una modificación ordenada por la entidad (dentro de las prerrogativas exorbitantes que tiene la Administración Pública y en tanto se respeten los procedimientos establecidos por la propia Ley y su Reglamento), no es necesario –en estricto– una aprobación del contratista, sino simplemente el cumplimiento de dicha orden.

En ese sentido, en el presente trabajo haremos referencia a algunos puntos importantes de los supuestos de modificación del contrato, contemplados por el artículo 34.2 de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. Ejecución de prestaciones adicionales y reducción de prestaciones

Según el anexo I, «Definiciones», del Reglamento, la prestación adicional de obra es «aquella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional».

De conformidad con lo establecido por el artículo 177 del Reglamento, el contratista tiene 15 o 30 días calendario⁵, desde el inicio del plazo de ejecución de la obra, para revisar el expediente técnico, a efectos de elaborar un informe técnico en el que se detallen «las posibles prestaciones adicionales». Dicho informe será elevado a la entidad por la supervisión (junto con su evaluación y pronunciamiento sobre el particular).

Como se puede apreciar, el Reglamento parte de la premisa de que es posible que existan prestaciones no contempladas en el contrato original (por deficiencias del expediente técnico) y establece que sea el contratista el que las detecte. La experiencia nos ha enseñado que, en efecto, no es poco frecuente que los referidos expedientes tengan deficiencias que luego dan lugar a prestaciones adicionales, necesarias para cumplir con la finalidad del contrato. Incluso, la propia Contraloría General de la República, en su Directiva N.º 011-2016-CG/GPROD⁶, «Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra», reconoce como una de las causas de los adicionales, precisamente, a las deficiencias del expediente técnico⁷.

Pensemos, por ejemplo, que en el expediente técnico se establecen partidas destinadas a la ejecución de la cimentación, pero bajo el supuesto de que la obra se realizará en un suelo arcilloso. Sin embargo, el contratista, en el plazo establecido en el artículo 177 del Reglamento, advierte e informa que el terreno, en realidad, tiene suelo rocoso.

Resulta evidente que la excavación para la cimentación en un suelo arcilloso es distinta a la de un suelo rocoso. Ello implicará modificar algunas partidas del expediente técnico. Dicha modificación nos llevará a la reducción de determinadas prestaciones y, a su vez, a considerar prestaciones adicionales, sin mencionar

⁵ Ello dependerá de si el plazo para la ejecución de la obra es menor o igual a 120 días calendario o mayor que dicho número de días.

⁶ Aprobada mediante Resolución de Contraloría N.º 147-2016-CG.

⁷ Aunque los adicionales también se pueden originar por «situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato», que solo mencionaremos y sobre las cuales no profundizaremos en razón de la extensión del presente trabajo.

que, incluso, ello podría implicar una modificación (ampliación) en los plazos de ejecución de las partidas relativas a la cimentación.

Ahora bien, las prestaciones adicionales no solo podrán ser advertidas en esta etapa inicial a la que hace referencia el artículo 177 del Reglamento, sino, que duda cabe, pueden presentarse ya durante la ejecución misma de la obra; y, en dicho escenario, el contratista deberá cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 205 o en el artículo 206 del Reglamento, dependiendo de si la prestación adicional es menor o mayor del 15%⁸ del monto del contrato original, teniendo en cuenta todos los adicionales y presupuestos deductivos vinculados.

En torno al tema de los porcentajes, debemos tener presente que la parte final del artículo 34.3 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que, de manera excepcional y previa sustentación del área usuaria de la entidad, esta podría ordenar una reducción de prestaciones hasta por el 25% del monto del contrato original, en la medida en que sea «indispensable para alcanzar la finalidad del contrato». Esta prerrogativa es una muestra de lo que se conoce como facultades exorbitantes de la Administración Pública.

Asimismo, el artículo 34.5 de la referida ley contempla el supuesto de que los adicionales puedan llegar a un máximo del 50% del monto originalmente contratado. Si se supera dicho porcentaje, la entidad procederá con la resolución del contrato.

Uno de los temas que ha sido objeto de fuertes cuestionamientos en relación con esta forma de modificación del contrato es la exclusión como materia arbitrable de las controversias relativas a la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar parcialmente o no la ejecución de prestaciones adicionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.4 de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicha exclusión ha variado desde el año 2012 a la fecha, ya que antes incluso no eran materia arbitrable las controversias relativas a la ejecución misma de un adicional.

Sobre el particular, cabe señalar que no existe sustento jurídico ni técnico para dichas exclusiones, las cuales, por cierto, no estuvieron presentes en la Ley N.º 26850, cuando por primera vez se incorporó al arbitraje como cláusula obligatoria en la contratación estatal (allá por el año 1997).

Hay que hacer notar que el proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público⁹ no contempla ese tipo de exclusiones en lo relativo a la ma-

⁸ Porcentaje relevante a efectos de determinar si basta la aprobación por parte del titular de la entidad o si se requiere, además, de la autorización de la Contraloría General de la República.

⁹ Norma que derogaría la Ley de Contrataciones del Estado y que se prepublicó para una etapa de

teria arbitrable; sin embargo, como ya hemos mencionado, del referido proyecto se desprende claramente que ni dicha Ley ni su Reglamento regularían el arbitraje más allá de la remisión a «las leyes sobre la materia» (Sabroso, 2020).

Del proyecto se podría desprender que, tal vez, el Ministerio de Justicia saque luego alguna norma sobre «arbitraje en contratación pública», en la que se aborden todos o algunos de los temas que hoy se regulan en el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (incluida la controversial exclusión de materias arbitrables).

3. Ampliaciones de plazo

De conformidad con lo establecido en el artículo 34.9 de la Ley de Contrataciones del Estado, «el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento». Y, por su parte, el artículo 197 del Reglamento establece las causales para dicha ampliación; a saber: (i) atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; (ii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra; y (iii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados en contratos a precios unitarios.

Sin embargo, antes teníamos, entre las causales para solicitar una ampliación de plazo, supuestos como el de los atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por causas atribuibles a la Entidad y los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.

Como vemos, ahora no tenemos dichas causales. Ello en la medida en que cualquiera de esas anteriores causales puede ser un supuesto de hecho contemplado dentro de los alcances del literal a) del artículo 197 del Reglamento relativo a «atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista».

En la práctica, antes de la entrada en vigor del Reglamento, veíamos casos en los que el contratista invocaba la causal de caso fortuito o fuerza mayor, pero los hechos descritos por el propio contratista para sustentar su pedido de ampliación no cumplían con las características que la doctrina enseña que deben estar presentes para invocar dicha figura jurídica; a saber: hecho imprevisible, extraordinario e irresistible. Otras veces, los contratistas iniciaban el trámite de ampliación de plazo (con la anotación efectuada por el residente en el cuaderno de obra del inicio de la causal),

consulta pública para comentarios hasta el 18 de octubre de 2020. Sugerimos revisar: <https://www.mef.gob.pe/es/pre-publicacion-de-ley>

señalando que el hecho en concreto daría lugar a una ampliación por demora en la prestación del contratista por causas atribuibles a la entidad; sin embargo, en la solicitud mediante la cual se sustentaba y cuantificaba el pedido de ampliación, no se detallaba con claridad cuáles eran esas causas atribuibles a la entidad. En dichos supuestos, era mejor invocar la causal de «atrasos no atribuibles al contratista».

Debemos tener presente que el procedimiento de ampliación de plazo «no contempla la posibilidad de formular observaciones a dicha solicitud, ni a otorgar un plazo para su subsanación» (Esquivel, 2012, p. 42). Por ello, si se sustentaba de forma incorrecta o incompleta, la entidad procedía a denegar el pedido de ampliación.

En ese sentido, estos problemas entre lo anotado y lo sustentado llevaban a que –si la controversia se sometía a arbitraje– el Tribunal Arbitral tuviera que desestimar la pretensión relativa a la ampliación, aun en el supuesto en el que el contratista sí invocara y sustentara la causal correcta dentro del arbitraje. Ello porque el árbitro debe analizar la ampliación tal y como fue solicitada en su momento (en los términos en que fue solicitada).

Incluso, tanto las demoras «atribuibles a la Entidad» como el «caso fortuito o fuerza mayor» calzaban tranquilamente dentro de la causal de supuestos «ajenos a la voluntad del contratista» a la que hacían referencia la anterior ley y la actual.

Aquí lo importante es que la causal que origina la paralización o demora sea ajena a la voluntad del contratista (es decir, que no sea imputable al contratista ni el atraso ni la paralización de la obra), que esté debidamente comprobada y, sobre todo, que modifique el plazo contractual. Incluso, en el Reglamento se precisa que dicha modificación del plazo de ejecución del contrato debe implicar necesariamente una modificación de la ruta crítica del programa de ejecución vigente en el momento de la solicitud efectuada por el contratista (es decir, en el momento de la anotación del inicio de la causal en el cuaderno de obra).

En ese sentido, las causales establecidas en el artículo 197 del Reglamento resultan mejor detalladas y más ajustadas a la realidad (a los supuestos que se presentan durante la ejecución de la obra).

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que el artículo 198.1 del Reglamento haga referencia únicamente a la afectación a la ruta crítica, dejando de lado la expresión «siempre que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra», que sí encontrábamos en las normas anteriores.

Hay quienes sostenían, desde una interpretación literal, que dicha expresión en las anteriores normas podía implicar «un incentivo para que los contratistas no adelanten sus trabajos, pues ello no podría generar ampliación de plazo» (Prialé,

2012, p. 145) y se proponía que «lo que debería determinar el derecho a una ampliación de plazo es únicamente la afectación de la ruta crítica de la obra, vale decir [...] la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra» (Prialé, 2012, p. 147).

Incluso, debido a la referida expresión, en estricto, un tribunal arbitral debía analizar y resolver si correspondía una ampliación de plazo teniendo en cuenta el momento en que fue solicitada.

No fueron pocos los casos en los que –en pleno proceso arbitral (incluso estando ya en plazo para laudar)– el tribunal recibía un escrito de la entidad argumentando que la ampliación que se reclamaba en el arbitraje ya no era necesaria porque la obra ya había sido entregada. La entidad, en esos casos, afirmaba que ello demostraba que la ampliación nunca fue necesaria para la culminación de la obra. Sin embargo, en los hechos, el que se culminara la obra aun cuando se hubiese denegado una ampliación que estaba siendo sometida a arbitraje, no necesariamente implicaba lo sostenido por la entidad. Por ejemplo, el contratista pudo acelerar la ejecución de las partidas (lo que podría haber implicado una mayor mano de obra o mayor maquinaria, es decir, un mayor costo directo) para culminar la obra y no incurrir en atrasos que finalmente dieran lugar a penalidades (que, a su vez, podrían implicar la ejecución de una carta fianza de fiel cumplimiento).

En ese sentido, nos parece acertado que el artículo 198.1 del Reglamento haga referencia únicamente a la afectación a la ruta crítica y que no se incluyera la expresión «siempre que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra».

Por otro lado, al igual que en anteriores normas, el no pronunciamiento oportuno por parte de la entidad (cumpliendo los plazos establecidos en el artículo 198 del Reglamento) implica que el plazo de ampliación se considera otorgado. Aquí vemos cómo se puede modificar el contrato a solo voluntad del contratista si es que la entidad no se pronuncia en el plazo (aprobaciones fictas). Hay quienes sostienen que «dicha inacción se traduce en una sanción a la entidad por haber dejado transcurrir o vencer el plazo concedido para pronunciarse respecto de la solicitud de ampliación» (Esquivel, 2012, p. 41).

Las normas de contratación estatal han variado en los últimos años, ampliando los plazos para que el supervisor y la entidad se pronuncien, a efectos de que no se produzcan estas aprobaciones fictas. Sin embargo, aun los árbitros vemos casos en torno a dicho tema, porque todavía algunas entidades no emiten su pronunciamiento dentro del plazo contemplado en el ordenamiento. Esperemos que, con los actuales plazos, se reduzcan las controversias en torno a las aprobaciones fictas.

No estamos en contra de las ampliaciones de plazo por aprobación ficta, sobre todo si la causal es por temas no atribuibles a la voluntad del contratista; sin embargo, se podrían presentar supuestos en los que los hechos invocados por el contratista no impacten la ruta crítica o en los que, impactándola, no lo hagan en los días que el contratista solicita, sino en un número menor. En dichos escenarios, si la entidad no se pronuncia, tenemos la aprobación ficta, y ello implicará que la entidad termine pagando mayores gastos generales, en virtud de lo establecido en el artículo 199.3 del Reglamento. Resulta evidente que dicha situación genera un perjuicio al Estado por culpa de la propia inacción de las entidades del Estado.

Sobre este último punto, también llama la atención que ahora no encontremos la expresión «bajo responsabilidad de la Entidad» en los casos de las aprobaciones fictas, como sí se contemplaba en normas anteriores.

Finalmente, en lo relativo a ampliaciones de plazo, debemos tener presente que esta modificación al contrato tiene implicancias económicas, es decir, aquello que el artículo 199 del Reglamento denomina «efectos de la modificación del plazo contractual». Nos estamos refiriendo a los mayores costos directos y a los mayores gastos generales variables. Las normas anteriores, en lo que se refería a obras, solo contemplaban los mayores gastos generales variables¹⁰.

4. Otras modificaciones

Según el artículo 34.10 de la Ley de Contrataciones del Estado, «cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto».

Ahora bien, para que estas «otras modificaciones» procedan, se deben cumplir ciertos requisitos y formalidades, establecidos en el artículo 160 del Reglamento; a saber: (i) un informe técnico legal que sustente la necesidad de la modificación a fin de cumplir con el objeto del contrato de manera oportuna y eficiente, que no se cambien elementos esenciales del objeto de la contratación y que se sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no son imputables a las partes; (ii) una opinión favorable del super-

¹⁰ Antes, por ejemplo, solo en el caso de consultoría de obra se reconocían los mayores gastos generales variables y costos directos. Hoy, en dicho supuesto, se reconocen los conceptos previamente indicados, además de la utilidad.

visor; (iii) la suscripción de la adenda y de su registro en el Seace; (iv) certificación presupuestal en caso la modificación implique incremento del precio; y (v) la aprobación por resolución del titular de la entidad.

Cumpliendo dichos requisitos y formalidades, las partes pueden acordar otras modificaciones distintas a las ampliaciones de plazo y a los adicionales o reducciones. En este rubro «otras modificaciones» también podrían calzar perfectamente los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor o aquellos supuestos en los que, sin llegar a ser hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, impliquen una modificación en el calendario de avance de la obra. Lo único que sí debe estar presente para sustentar una modificación al contrato de obra es que dicha situación sea sobreviniente a la presentación de ofertas y que no sea imputable a las partes.

Hoy en día, de seguro, hemos tenido oportunidad de conocer de la existencia de adendas al contrato de obra, sustentadas en que, por ejemplo, la entidad no podía cumplir con la entrega total o parcial del terreno –a la que hace referencia el literal b) del artículo 176.1 del Reglamento– en razón del estado de emergencia nacional y sanitario que hemos estado atravesando por la pandemia de la COVID-19. También, se han estado celebrando adendas porque el contratista, una vez levantado el período de aislamiento social obligatorio, recién podía iniciar la movilización de las maquinarias, equipos y personal al lugar de la obra.

Este rubro de «otras modificaciones» es sumamente importante en contextos como el que está atravesando el país, ya que permite a las partes –cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la normativa de contratación estatal– arribar a acuerdos que benefician el inicio o reinicio de la ejecución de obras, evitando controversias que tengan que ser resueltas en la vía arbitral.

5. Conclusiones

Cuando las partes (contratista y entidad) suscriben el contrato de obra, tienen toda la disposición para que su ejecución se lleve a cabo sin mayores contratiempos, respetando el calendario de avance de obra y los temas técnicos que se detallan en el expediente respectivo.

Sin embargo, y lamentablemente, en nuestro país es un tema recurrente la necesidad de modificar los contratos de obra, la mayoría de las veces debido a un mal expediente técnico y, en otras ocasiones, por hechos sobrevinientes no imputables a las partes¹¹. No obstante, es precisamente en estos momentos que atra-

¹¹ Los editores de la publicación precisan que esta observación fue realizada por la Dra. Rita Sabroso, autora de este artículo, considerando su amplia experiencia profesional.

viesa el país en los que, de seguro, se presentarán la mayor cantidad de adendas a los contratos, justificadas por la COVID-19, modificando fechas de inicio de ejecución de obra o ampliando los plazos si es que la obra ya se venía ejecutando previamente a la declaración del aislamiento social obligatorio.

Si bien hace ya algunos meses se reactivó la fase de construcción, la implementación de los nuevos protocolos previamente al inicio o reinicio de la ejecución de la obra también dará lugar a que las partes puedan modificar algunos extremos del contrato, esperando que ello no genere mayores controversias que deban ser sometidas a arbitraje.

Por último, solo queda reiterar que el contrato únicamente puede modificarse si se configura alguno de los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Referencias

- Esquivel, R. J. (2012). La ampliación de plazo en el marco de las modificaciones introducidas por la Ley N.º 29873 y el Decreto Supremo N.º 138-2012-EF. *Revista Actualidad Jurídica*, (226), 35-42.
- Guzmán, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 204-216. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022>
- Prialé, A. (2012). Ampliación de plazo y prestación de adicionales: ¿materia arbitrable o necesariamente arbitrable. En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010, volumen 20* (pp. 137-152). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Palestra Editores. Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/ED3ACE3DDDEC0EA705257D04006D29BB/\\$FILE/PonenciasCuartoCongresoInternacionalArbitraje2010Vol20.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/ED3ACE3DDDEC0EA705257D04006D29BB/$FILE/PonenciasCuartoCongresoInternacionalArbitraje2010Vol20.pdf).
- Sabroso, R. (12 de octubre de 2020). Adiós a la Ley de Contrataciones del Estado: Comentarios sobre el proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público en torno al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. *Enfoque Derecho*. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2020/10/12/adios-a-la-ley-de-contrataciones-del-estado-comentarios-sobre-el-proyecto-de-ley-general-de-la-cadena-de-abastecimiento-publico-en-torno-al-arbitraje-como-mecanismo-de-solucion-de-controversias/>
- Villavicencio, L. F. (2020). El equilibrio económico financiero del contrato y las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado: a propósito de las materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 161-187. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22861>

Segunda sección: Interpretación e implementación de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado

Una de las principales características de la regulación de contrataciones con el Estado en el Perú es su naturaleza transitoria: modificaciones, actualizaciones y precisiones ocupan el interés de los expertos y los obligan a adaptarse frecuentemente a estos cambios.

A pesar de estas constantes modificaciones, la realidad saca ventaja a las normas. Los expertos en la materia deben ser capaces de interpretar, inspirados por principios del Derecho, de qué manera nuestra cambiante regulación es capaz de responder a los retos que la realidad le plantea.

En el segundo panel, nuestros autores compartieron sus impresiones sobre dos grandes temas. En primer lugar, la articulación de la normativa de contrataciones con otras figuras jurídicas. Y, en segundo lugar, la aplicación de nuestra Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado a diversas situaciones.

En el primer artículo, Sergio Tafur reconoce la prevalencia de la Ley de Contratación con el Estado y su Reglamento, y enfatiza la importancia de interpretar sus disposiciones de manera articulada con otras normas. Seguidamente, Alfredo Soria y Luis Yamada profundizan en la aplicación supletoria de las figuras del abuso del derecho y buena fe en los contratos derivados de procedimientos de selección según la legislación vigente.

Por otro lado, Martín Zecenarro comenta sobre la participación de un consorcio en un proceso de selección: en particular, las exigencias y límites a dicha participación, y las responsabilidades a las que se someten los consorciados en el marco de la normativa vigente.

Por último, Willy Pedreschi y Raicza Arrunátegui ofrecen un análisis de los proyectos de modificaciones vinculados al Sistema Nacional de Abastecimiento, así como la responsabilidad por la comisión de infracciones al ordenamiento de la contratación administrativa de bienes, servicios y obras.

El orden de prelación de las normas aplicables en la contratación estatal: hacia dónde puede llevarnos esta premisa

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ

Sumilla

La prevalencia de la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento respecto de otras normas no debe llevar a asumir que sus disposiciones regulan de manera integral las materias que ellas abordan, ni tampoco a una lectura literal de su articulado que importe una renuncia a los criterios de interpretación jurídica.

1. Introducción

En el Perú, probablemente el Estado sea el principal agente de la actividad económica. Actúa a través de diversos mecanismos, y el contrato es uno de estos. Según reportes del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), durante los años 2017, 2018 y 2019, el monto involucrado anualmente solo en contratos destinados a adquirir bienes servicios y obras por parte del Estado supera en promedio los S/ 40.000 millones, lo que representa entre el 25 y el 30% del presupuesto anual de la república.

Sin embargo, al ser una entidad estatal una de las partes de la relación contractual, su contraparte privada se someterá a una serie de requisitos, procedimientos y, fundamentalmente, consecuencias especiales.

2. Consideraciones preliminares: hacia la justificación de la regulación especial en materia de contratación pública

Concepción general

El hecho de aceptar que los ciudadanos cedan una porción de su libertad a favor de un ente al que llamaremos Estado, supone la reserva para éste de determinados fines superiores que justifican esa renuncia colectiva. (Tafur & Miranda, 2007, p. 141)

La referencia anterior alude a que la presencia del Estado se justifica en la búsqueda de objetivos ideales, tales como: el bien común, el interés público, el bienestar social, la satisfacción de necesidades colectivas o cualquier otro concepto similar.

El Estado, para cumplir con las funciones que le competen, tiene que actuar, y ello lo hace de diversas maneras. Cuando requiere la participación del sector privado para el cumplimiento de sus fines, lo hace, esencialmente, a través del contrato.

Tales relaciones contractuales no son un fin en sí mismas, sino que sirven para conseguir los objetivos superiores que le corresponden al Estado. Nótese, pues, que, por lo menos teóricamente, el Estado, a diferencia del ciudadano común, no contrata porque quiere, sino porque debe («debe» no en el sentido de obligación sino de necesidad), y además lo hace con fondos que pertenecen a todos.

Precisamente por ello, se reconoce prácticamente de manera universal no solo la existencia de procedimientos especiales a los que se sujeta la contratación pública, sino, lo que es más importante, en nuestra opinión, la aceptación de determinadas consecuencias poco comunes en estos contratos, que han conllevado la emisión de toda una normativa en materia de contratación estatal¹.

Sin embargo, al pretender analizar la dinámica contractual del Estado, podemos preguntarnos: ¿todos los contratos que celebra el Estado se orientan a la

¹ Cuando hablamos de contratos con el Estado, acuden a nuestra mente conceptos tales como licitaciones públicas, concursos públicos, entre otros procedimientos destinados a seleccionar a quienes se contratará en aras de garantizar transparencia en el manejo de la «cosa pública»; sin embargo, veremos que estos finalmente son procedimientos que también pueden seguir los agentes privados si así lo quisieran (es más, suelen ser también procedimientos comunes en las grandes empresas transnacionales). Empero, en lo que a veces no nos detenemos a pensar es en que, más allá de esos procedimientos, se encuentra la aceptación de ciertas consecuencias generadas cuando una de las partes contratantes es el Estado.

consecución de esos fines superiores? La respuesta será que, evidentemente, no en todos ellos se puede apreciar de manera directa e inmediata la satisfacción de dichos fines superiores. Precisamente por ello, la doctrina administrativa se ha referido a dos categorías conceptuales distintas:

1. Los denominados contratos administrativos propiamente dichos; y
2. Los contratos administrativos de derecho privado celebrados por la administración.

Los primeros evidenciarán la presencia y los fines propios del Estado, en tanto que, en los otros, prácticamente la actuación de la entidad estatal que corresponda no evidenciaría de manera muy directa la consecución de este tipo de finalidades o, como dijimos, lo hará en menor intensidad.

A lo largo del último siglo y medio, los estudiosos en materia de contratación pública –incluidos los tribunales administrativos y los judiciales en los casos que así les ha correspondido– han esbozado diversos criterios con el objeto de identificar cuáles son los contratos celebrados por el Estado en los que sea justificable aceptar ciertas consecuencias o prerrogativas que no serían lógicas, comunes o aceptadas en un contrato entre particulares.

Se asumieron así los criterios de: (i) servicio público, (ii) interés público y (iii) la teoría de las cláusulas exorbitantes. No obstante, estos no han permitido encontrar una solución definitiva y única a los problemas derivados de la contratación pública.

Así, por ejemplo, inicialmente se sostenía que, en el caso de contratos administrativos, en los que el objeto está vinculado a la prestación de un servicio público –a diferencia de otros contratos en los que el Estado puede intervenir–, se aceptarían ciertas consecuencias, aunque no estén expresamente previstas en el contrato o en la legislación, que pueden generarse en función de los altos intereses que el Estado procura en beneficio de la colectividad. Este criterio se fundamenta en la consideración de que un contrato es administrativo cuando se ha confiado al contratista la ejecución directa de un servicio público (Cassagne, 1999, p. 18). Empero, como señala Guzmán, «no todo contrato administrativo, confía servicios públicos. Ejemplo de esto último se encuentra en múltiples contratos administrativos, como los de obra pública, compraventa o suministro» (2015, p. 23).

Posteriormente, cuando la idea de servicio público resultó limitada para justificar ciertas actuaciones del Estado, se acudió al concepto del interés público. Sin embargo, existen un sinnúmero de supuestos en los que podría cuestionarse si, tras un determinado contrato celebrado por el Estado, existe o no un interés

público directo e inmediato que lo justifique. Algunos autores, como Guzmán, identifican este «interés público» como «utilidad pública» y sostienen al respecto que: «Este criterio se basa en la prestación de utilidad pública como elemento que define el contrato administrativo. Sin embargo, la definición de utilidad pública –típico concepto jurídico indeterminado– es tan imprecisa que dificulta la definición de un concepto de contrato administrativo únicamente a partir de la misma» (2015, p. 23).

Finalmente, se pretendió abordar el tema a través de la figura de las denominadas «cláusulas exorbitantes». Tradicionalmente, en los países cuya cultura jurídica deriva del denominado derecho europeo continental –esencialmente del modelo francés de derecho administrativo–, encontramos que ha existido una clara tendencia a reconocer al Estado prerrogativas especiales cuando actúa como parte en un contrato. A estas se les ha denominado «cláusulas exorbitantes», las cuales no son sino potestades que resultan inusuales, a veces abusivas, y, por ende, prohibidas en la contratación entre privados.

Claros ejemplos de ello podrían ser la facultad que se le reconoce al Estado para reducir a su libre albedrío las prestaciones de su contraparte o la posibilidad de dejar sin efecto una buena pro aduciendo razones de priorización en su presupuesto, sin responsabilidad alguna frente a quien se convertiría en su contraparte contractual, o la facultad de declarar, si así lo estima pertinente, la nulidad de un contrato ya celebrado en determinados casos, entre muchas otras situaciones especiales.

Sin embargo, como señala Cassagne, «el criterio de las cláusulas exorbitantes perdió interés cuando se advirtió que la existencia de este tipo de cláusulas no era un elemento que defina la contratación administrativa, sino más bien era una consecuencia de su naturaleza, con lo cual se estaba confundiendo causa con efecto» (1999, p. 19).

En el Perú, en la década de 1980 y los primeros años de la de 1990, no resultaba extraño, ante controversias que se presentaban en contratos celebrados con el Estado, iniciar largos procedimientos dentro de la Administración Pública, que terminaban siendo resueltos por instancias administrativas de alcance nacional.

Frente a estos, no cabía más que recurrir al Poder Judicial, pero no en vía de procesos civiles comunes u ordinarios, sino a través del proceso contencioso administrativo, con el agregado de que, no en pocas ocasiones, el Poder Judicial terminaba sin pronunciarse sobre los temas contractuales de fondo que eran materia de la controversia, y se limitaba a una verificación de los aspectos for-

males de las resoluciones administrativas que se recurrían ante él². Actualmente, esta situación ha cambiado porque, en la mayoría de los casos, se recurre al arbitraje.

Nos inclinamos a pensar que la contratación pública debe orientarse básicamente a armonizar los distintos intereses en juego tras un contrato administrativo³, con el objeto de lograr una visión justa y equilibrada de las instituciones contractuales, independientemente de la celebración de contratos administrativos o no.

En ese sentido, creemos que la figura del contrato administrativo, cualquiera que este fuese, debe permitir:

- Encuadrar los poderes de la administración, reduciéndolos a sus justos límites.
- Brindar tutela efectiva tendiente a garantizar los derechos de los contratistas privados, a fin de compensar el desequilibrio contractual.
- Permitir que el Estado pueda, en forma razonable, cumplir la causa de su actuación en materia contractual, es decir, recibir bienes/servicios/obras con una buena relación calidad/precio.

3. Planteamiento del tema

En 1997, el Estado decidió unificar la legislación aplicable a la gran mayoría de los contratos que celebra. Se dictó la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N.º 26850 (LCAE)⁴, norma que conllevó cambios significativos a los marcos dispersos que se tenían hasta esa fecha.

² En el Perú, antes de la vigencia de la denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), vale decir, antes de septiembre de 1998, los contratos estatales que esta norma regula se hallaban regidos por varios dispositivos legales, principalmente el Reglamento Único de Adquisiciones y Contrataciones (RUA), el Reglamento Único de Licitaciones, Contratos y Obras Públicas (Rulcop) y el Reglamento General de Actividades de Consultoría (Regac). La mayoría de estos tenía no solo reglas distintas para situaciones similares, sino también tribunales administrativos dispersos, criterios interpretativos diversos ante situaciones similares, y una frondosa y profusa legislación. Ello generaba poca predictibilidad y elevados costos de transacción en la mayoría de los contratos que celebraba el Estado y que estuvieron regulados por esas normas. Si bien, a partir de la vigencia de la Ley N.º 26850, se han hecho esfuerzos por unificar en un solo marco normativo los contratos que antes se regían por las disposiciones precitadas, no se puede dejar de advertir que la contratación pública vuelve a ser especializada, y que, aun cuando se hagan denodados esfuerzos por hacerla pública, nos venimos acercando cada vez más a la frondosidad normativa anterior a 1998.

³ A partir de un trabajo anterior (Tafur & Miranda, 2007), me he permitido reseñar sucintamente los diversos intereses que actualmente se advierten tras un contrato estatal.

⁴ Dicha norma entró en vigor en el año 1998, con la dación de su Reglamento.

Este nuevo esquema, de manera general, pero con variantes, es aquel del cual somos herederos hasta la fecha. Así, pese a las diversas modificaciones que tuvo entre 1997-2008, y al hecho de que desde 2008 hasta el día de hoy se hayan dictado dos nuevas leyes de contratación con el Estado (Decreto Legislativo N.º 1017 y ahora la Ley N.º 30225, en adelante, LCE)⁵, se ha mantenido, entre otros aspectos sustanciales, lo siguiente:

1. La unificación en un solo marco normativo de los contratos que celebra el Estado para adquirir bienes, contratar servicios y ejecutar obras mediante el mecanismo del contrato de obras públicas⁶.
2. La precisión de que este marco normativo resulta de aplicación en aquellos casos en los que la entidad contratante sea quien pague por los bienes o servicios que contrata con fondos públicos.
3. La precisión de los mecanismos de solución para las controversias que se susciten durante los procesos de selección.
4. La definición de la conciliación y el arbitraje como mecanismos de solución para las controversias que se deriven durante la ejecución contractual. Ahora, la Ley N.º 30225 incorpora las denominadas juntas de resolución de disputas para el caso de determinados contratos de obra.
5. La creación de un Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE; antes Consucode).
6. La indicación de los derechos y obligaciones que se derivan para las partes como consecuencia de la celebración de los referidos contratos. Ello, a nuestro criterio, debe ayudar a dar predictibilidad a la contratación pública.

⁵ Para el año 1998, pasamos de una normativa dispersa conformada por el RUA, el Rulcop y el Regac a una Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N.º 26850) que supuestamente tenía una vocación integradora en la materia. Al poco tiempo, dados los cambios sucesivos, fue necesario dictar un Texto Único Ordenado de esta ley en el año 2001, y a los tres años (2004), otra vez debido a nuevos sucesivos cambios, pasamos a otro TUO. Después, en 2008, producto de los acuerdos por el TLC con los Estados Unidos, tuvimos que dictar una nueva Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N.º 1017) que derogó a la anterior. En 2012, nuevamente hicimos cambios sustanciales a la norma mediante la Ley N.º 29873; y a los dos años, en 2014, dictamos la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225), con vigencia desde enero de 2016, pero a la cual, en diciembre de 2016, se le hicieron nuevos cambios y modificaciones, en un inicio a través del Decreto Legislativo N.º 1341 y posteriormente a través del Decreto Legislativo N.º 1444. A la fecha de elaboración de este artículo, incluso ya se ha publicado el Proyecto de Ley de la Cadena de Abastecimiento Público, que, de aprobarse, derogaría la actual Ley de Contrataciones del Estado.

⁶ Pese a ello, con el devenir de los años, se han venido dictando cada vez más marcos legales de excepción.

4. La prelación normativa en materia de contratación pública: algunas precisiones y reflexiones sobre sus alcances

En primer término, debemos diferenciar dos figuras que, aunque parecidas en materia de regulación de la contratación pública local, en realidad tienen alcances diferentes: (i) la especialidad de la norma, y (ii) la prelación normativa, entendida como jerarquía normativa. Ambas buscan promover la coherencia de cualquier sistema legal. En efecto, visto el derecho como un sistema, este nos exige tener que dar un orden u estructura sistémica, pues, de lo contrario, entraríamos en un caos. Así, requiere contener reglas internas que deben respetarse para que sea posible predicar la juridicidad de una decisión, como consecuencia de lo cual la antinomia no resulta tolerable.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*), que ha sido considerado como principio general del Derecho (Tardío, 2003, p. 6), junto con el de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), es considerado como un criterio tradicional de solución de las antinomias (Villar, 2000, p. 51), entendiendo por estas las contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan consecuencias jurídicas que no pueden observarse en simultáneo (Prieto, 2011, p. 10).

4.1 Respetto de la especialidad de la Ley de Contrataciones del Estado

La especialidad de la norma refiere a la aplicación directa e inmediata de la LCE ante los supuestos regulados por ella, lo que supone descartar cualquier otra norma legal de igual rango que pudiese regular también lo mismo.

De primera impresión, el tema parece no tener mayor complejidad. Este principio es consustancial a cualquier disposición legal, pues ella es la que resulta aplicable para los supuestos que regula. Es, por lo demás, un criterio de la hermenéutica jurídica, por lo que en un sistema legal ordenado no es necesario recogerlo de manera expresa en cada una de las disposiciones legales.

Pese a lo anterior, este principio (más por claridad que por necesidad) estuvo consignado en todas las leyes de contratación pública que se dictaron desde la Ley N.º 26850 (art. 4)⁷ hasta la actual Ley N.º 30225 (Primera Disposición Complementaria y Final).

⁷ Dicho artículo estipula lo siguiente: «La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables».

Hoy, la Ley N.º 30225 señala, en su Primera Disposición Complementaria y Final, lo siguiente:

PRIMERA.- La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se ajusten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente Ley, a su Reglamento así como a las directivas que el OSCE elabore para tal efecto; conjuntamente con los documentos estándar, manuales, y demás documentos de orientación que se ponen a disposición de los usuarios de la contratación pública.

Nótese que hoy esta especialidad se encuentra recogida, en la disposición citada, bajo la denominación de «prevalencia». Si bien la redacción puede no resultar la más feliz, ya que se alude a una prevalencia de la Ley y el Reglamento sobre otras normas que les resulten aplicables, y ello es una contradicción en sí misma, pues (i) las otras normas no le son aplicables a la Ley y su reglamento, sino a las «situaciones previstas por ella»; y (ii) si fuesen aplicables, entonces no hablamos de «especialidad» sino de una duplicidad de normas, ambas aplicables al mismo supuesto; consideramos que se entiende suficientemente que de lo que se está hablando es del principio de especialidad, que a su vez origina la «prevalencia».

Llama la atención, sin embargo, que, bajo dicha especialidad, aparentemente se pretenda dar al Reglamento una prevalencia ante otras disposiciones de mayor rango. No obstante, es de advertir que, en la medida en que las disposiciones del RLCE se limiten a desarrollar el contenido de las normas de la LCE sin ir más allá de estas, esto es, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas –como corresponde en realidad a una norma reglamentaria–, no vemos mayor problema para poder extender a dicha disposición la prevalencia por especialidad, máxime si la propia LCE es la que le otorga dicha prevalencia en su aplicación.

Al respecto, Álvarez y Morante sostienen:

En ese sentido, la Ley y su Reglamento prevalecen, en materia de contrataciones públicas que le es propia, sobre cualquier otra norma; en tanto no exista norma con rango de ley que disponga una excepción a su aplicación; además de reconocer que existen determinados instrumentos legales, también

de carácter especial, que regulan otras materias relacionadas con las contrataciones del Estado, como son las presupuestarias, de abastecimiento, entre otras. (2013, p. 28)

En el mismo orden de ideas, Guzmán expresa que

la normativa contractual requiere de un principio necesario para que sea aplicada de manera eficiente. Sin ser contaminada por conceptos o principios de otras ramas del derecho que sean compatibles con la misma, afectando su aplicación. (2015, p. 28)

No obstante, hay dos aspectos que nos inquietan en cuanto a los alcances que determinados agentes, que interactúan en el ámbito de la contratación pública, asignan al principio de especialidad de la LCE y su Reglamento:

El primero se refiere al hecho de considerar que cuando una determinada materia tiene una regulación o tratamiento en la LCE y en su Reglamento, eso automáticamente excluye la aplicación de otras disposiciones del derecho público, y particularmente del derecho privado (entiéndase, por lo general, del derecho civil). No obstante, esto no es del todo correcto. Nos explicamos: una cosa es que en las normas especiales se regule determinada figura, y otra muy distinta es que dicha regulación contemple todas las situaciones que pueden presentarse respecto de la aplicación de esta⁸. Algunos ejemplos:

1. Si hablamos de la posibilidad de aplicar penalidades al contratista, advertimos que ello tiene una regulación específica en las normas especiales. El artículo 163.º del RLCE prevé expresamente la posibilidad de aplicar penalidades diferentes a la penalidad por mora⁹, pero en ninguna parte de su texto o de toda las normas especiales consagra la posibilidad del árbitro de poder reducir la aplicación de la penalidad, aspecto que sí se encuentra consagrado en el artículo 1346.º del Código Civil cuando señala que «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación

⁸ Aspecto que sí podría encontrarse desarrollado en otras disposiciones legales, por lo general del derecho civil, por tratarse de contratos.

⁹ «Artículo 163.º.- Otras penalidades

163.1 Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

163.2 Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora».

principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida». Cabe la pregunta: ¿podrá aplicarse en estos casos la disposición del Código Civil?

2. El artículo 40.º de la LCE establece que el plazo de responsabilidad del contratista en los casos de ejecución de obras no puede ser inferior a siete años contados a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. En realidad, la figura de la responsabilidad del ejecutor de la obra por los defectos que ella demuestre luego de su ejecución no es exclusiva de la LCE, también se encuentra regulada en el Código Civil, precisamente en el tratamiento del contrato de obra, en donde se establece una responsabilidad por un plazo de cinco años. Empero, apreciamos que la LCE, a diferencia del Código Civil, únicamente establece un plazo de siete años, pero en forma alguna contempla un procedimiento o las actuaciones que debe realizar el comitente cuando advierte los graves defectos en la obra ejecutada, lo que sí cuenta con una regulación específica en el Código Civil. Surge entonces la pregunta: ¿será de aplicación supletoria lo establecido en el Código Civil a la figura de la responsabilidad del contratista o no?
3. Otro ejemplo: en las disposiciones de la LCE, se regula la figura de la resolución del contrato, y, tal como ello está redactado, podríamos concluir que esta regulación especial solo permite a las partes, y a nadie más que a las partes, hacer efectiva la resolución¹⁰. He advertido casos en los que, habiéndose resuelto el contrato por una de las partes, la otra recurre a un arbitraje para cuestionar el carácter indebido de dicha resolución. Hasta acá, lo que se aprecia es que, si esa parte tiene razón, y el contrato estuviera mal resuelto, entonces se dejará sin efecto la resolución y nuevamente el contrato surtirá efecto; empero, sucede que, con posterioridad a la resolución del contrato pero previamente a la presentación de la demanda arbitral, se presenta un hecho que finalmente determina que, aun en el supuesto de que se declare la indebida resolución contractual y se considere que el contrato debe continuar vigente, ya no será posible su ejecución¹¹. ¿Será posible que quien recurra al arbitraje solicite al

¹⁰ El artículo 36 de la LCE establece:

«36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo establecido en el reglamento o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes».

¹¹ Veamos el caso en el que la entidad pública decidió resolver el contrato y luego de ello, en uso de sus facultades, ha decidido cambiar sus prioridades y optar por priorizar otras obras o incluso

árbitro que no solo declare la indebida resolución de su contrato, sino que, si ampara ello, también declare que el referido contrato ya no se podrá continuar ejecutando y, por ende, que sea declarado resuelto sin su responsabilidad? Nos hemos encontrado que, ante esto, existen posiciones que enfáticamente van a señalar que no es posible que el Tribunal Arbitral pueda declarar o determinar la resolución del contrato. Su argumento es que la LCE y su Reglamento son normas especiales que solo permiten que sean las partes quienes resuelvan el contrato, y no prevén la posibilidad de que el árbitro pueda declarar la resolución del contrato. La conclusión aparente, entonces, es que el solicitante del arbitraje debe esperar que primero se declare que la resolución que le efectuaron fue indebida, y, luego de ello, cuando se reactive el contrato, sea él quien lo resuelva. Con esta lógica, poco importa si, ya en el momento de la presentación de la demanda en el arbitraje, este era un hecho notorio y podía perfectamente ser analizado; poco importa si esto generará que luego de esa segunda resolución contractual se inicie un nuevo arbitraje; poco importa si la definición de la controversia toma muchos más años; total, bajo esta concepción de aplicación de la ley, de interpretación normativa y de visión aislada del sistema de contratación estatal, la LCE se aplica e interpreta literalmente, y nos olvidamos del sentido común y la razonabilidad de las normas¹².

Estos casos nos permiten advertir que el tema de la especialidad de la normativa de la LCE y su Reglamento, si bien constituye una premisa válida, pues, reiteramos, ello es una de las bases para armonizar cualquier sistema legal y evitar las antinomias, merece un análisis cuidadoso en cuanto a sus alcances, pues, para que ello excluya la aplicación supletoria de otras disposiciones, debemos tener en claro aspectos tales como: (i) los hechos del caso, y advertir si el supuesto de hecho de la norma especial es coincidente con ellos¹³; (ii) si la regulación de la norma

asignar el saldo de la obra a otro contratista.

¹² No escapa al criterio del autor de estas líneas que algunas personas dirán que lo que debe hacer el perjudicado es también una resolución contractual; empero, me resisto a creer en la validez de ello, pues ya hay un contrato resuelto; mal o bien, resuelto está. En esta medida, lo más coherente es que, en tanto que el árbitro que está conociendo de dicha resolución concluya que el referido contrato está indebidamente resuelto, él mismo determine si es posible continuar o no con la ejecución del contrato; evidentemente, si eso se hubiere discutido en el arbitraje.

¹³ Tal como expresa Tardío (2003), citando a J. L. Villar Palasí en esta línea, que la regla de la especialidad presupone y no elimina la simultánea vigencia de la norma general y de la norma especial. La ley especial se aplicará con preferencia a la ley general cuando su supuesto de hecho se ajusta más

especial es completa o no¹⁴; (iii) si no lo fuera, verificar si las otras disposiciones del ordenamiento legal, aplicables a la figura de que se trate en la norma especial, contienen o no un tratamiento que resulta contradictorio a la norma especial o que le resta mérito y significado esencial; es este último nivel de análisis el que resulta de mayor cuidado y de filigrana jurídica; para ello, probablemente resulte necesario acudir a los principios de la propia LCE a fin de entender lo mejor posible el sentido de las disposiciones de las normas especiales¹⁵.

El segundo aspecto que nos inquieta está en función de la pregunta de si la especialidad que se ha dado a la Ley y al Reglamento también se extiende a las directivas del OSCE y demás documentos estándar, manuales y de orientación que dicho organismo elabore. En nuestra opinión, esto último podría constituir un exceso y solo sería admisible en la medida en que ellos no desvirtúen en forma alguna los aspectos ya establecidos en la Ley y el Reglamento, pero no así si señalaran aspectos adicionales que no hayan sido materia de estas disposiciones legales; en todo caso, estimamos que en las bases o términos de referencia de toda contratación debería constar claramente la declaración del participante de someterse a la aplicación de dichas disposiciones a efecto de minimizar cuestionamientos futuros.

al hecho concreto, pues de otra forma quedaría ineficaz, ya que nunca sería aplicable, y no puede suponerse que el legislador quiso una *lex sine effectu*. Y, por el contrario, la ley general se aplicará a todos los supuestos no encuadrables en la especial y será, por tanto, también eficaz en su ámbito.

¹⁴ Valga citar de manera ilustrativa la siguiente sentencia: Tribunal Supremo Español. (1979). Sentencia del 27 de octubre de 1979. Expediente RJ 1979\3841, en donde se expresa que la norma general seguirá incluso siendo aplicable al supuesto regulado por la norma especial, en todos aquellos aspectos no previstos por la norma especial. En este mismo sentido, se precisó que una ley general no se aplicará supletoriamente a supuestos propios de una ley especial, cuando se entiende que esta regula de modo suficiente los aspectos en cuestión (STC 80/2002, de 8 abril; y STS, Contencioso, de 28 de febrero de 2001 –RJ 2001\1155–).

¹⁵ Coincidimos plenamente con Borda cuando señala: «Es además indiscutible que el caso influye decididamente en la interpretación de la ley. Nuevas circunstancias, hechos no previstos al dictarse la norma, no pueden estar sujetos a reglas abstractas o deshumanizadas. El juez amplía la aplicación de ciertas normas, restringe o limita otras, según se lo dicta su sentimiento de justicia. Es perfectamente cierto lo sostenido por los realistas norteamericanos en el sentido de que, en la mayor parte de los casos, el juez se forma primero una conciencia o convicción acerca de lo que es justo decidir y luego busca las razones legales para apoyar esta solución. Todo esto convierte a la ley en una materia plástica y flexible, muy distinta de la norma constante que imaginaron los racionalistas» (2012, p. 221).

4.2 Respetto del orden de prelación normativa entendido como «jerarquía normativa»

El principio de jerarquía normativa también obedece (al igual que el principio de especialidad) a la necesidad de poder determinar la norma del ordenamiento jurídico que debe aplicarse al caso concreto. Sin embargo, los alcances de este resultan de una amplitud y complejidad mayor. Este principio tiene un claro fundamento constitucional y responde a la necesidad de mantener la estructura básica de cualquier sistema normativo sobre la base del respeto a una norma de rango superior.

Al respecto, el artículo 51.º de la Constitución Política señala lo siguiente:

Artículo 51.- Supremacía de la Constitución

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado¹⁶.

En línea con lo anterior, el artículo 138.º de la Constitución Política dispone lo siguiente:

Artículo 138.- 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.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior¹⁷.

En virtud del principio de jerarquía normativa, es posible que, en el Perú, el juzgador ejerza en el caso concreto un control de constitucionalidad difuso.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido también a los árbitros, en los casos que conocen, la atribución/deber del ejercicio del control constitucional difuso. Así pues, en tanto que el principio de especialidad cumple su función, en principio, entre normas de igual rango o mencionadas expresamente por esas normas de igual rango, el principio de jerarquía normativa es base fundacional y estructural de cualquier ordenamiento legal.

Hoy, la LCE (Ley N.º 30225) señala al respecto lo siguiente:

Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual.
[...]

¹⁶ El resaltado es nuestro.

¹⁷ El resaltado es nuestro.

45.10. Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

De primera impresión, lo establecido en la norma citada parece absolutamente sencillo, pues no hace sino recordarnos la famosa pirámide de Kelsen, que aprende en sus primeros años de universidad cualquier estudiante de Derecho; no obstante, una lectura más acuciosa nos llevará a advertir que en ella se mezcla el principio de «jerarquía normativa» con el de «especialidad».

5. Reflexiones finales

Quien contrate con el Estado, más allá del mecanismo que se establezca para su selección, debe tener certeza de cuáles son las consecuencias que se generan de dicha contratación, vale decir, sobre sus obligaciones y derechos, así como de las facultades de su contraparte estatal.

Lamentablemente, en el Perú, carecemos de una normatividad integral que establezca criterios o parámetros generales respecto de los límites que tiene el Estado en la contratación pública.

Pareciera ser que el derecho administrativo nos ha hecho creer que este se ha desarrollado para proteger al Estado y tutelar sus intereses, pero ello no debe ser entendido así, sino al revés. El derecho administrativo no es sino la concreción del derecho constitucional garantista del ciudadano frente a la actuación de quien detenta el poder público.

Un contrato no es sino un mecanismo de asignación de riesgos respecto de la relación de la que se trate; y eso significa que, en principio, el «riesgo» y/o «consecuencia» debe recaer en la parte que esté en la mejor condición de internalizar sus efectos. Esta es una premisa que debería tenerse en consideración no solo cuando las partes establecen las cláusulas contractuales, sino fundamentalmente en el momento en que el legislador dicta la regulación que se aplicará a esa situación jurídica.

La prevalencia de la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento respecto de otras normas no debe llevar a asumir que sus disposiciones regulan de manera integral las materias que ellas abordan, ni tampoco a una lectura literal de su articulado que importe una renuncia a los criterios de interpretación jurídica.

Referencias

- Álvarez, J., & Morante, L. (2013). *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico.
- Borda, G. (2012). *Tratado de Derecho Civil*. (9.ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. (1999). *El contrato administrativo*. (1.ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Engisch, K. (2001). *Introducción al pensamiento jurídico*. (1.ª ed.). (Traducción de E. Garzón Valdés). Granada: Ed. Comares, S. L.
- Guzmán, C. (2015). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Prieto, L. (2011). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Cuadernos de Derecho Público*, (11). Recuperado de <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/586>
- Tafur, S., & Miranda, R. (2007). Contratación estatal: algunas reflexiones generales. *Revista Derecho y Sociedad*, (29), 140-152. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17267>
- Tardío, J. (2003). El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, (162), 189-225.
- Villar, J. (2000). Más sobre las antinomias. En *Don Luis Jordana de Pozas, creador de la Ciencia Administrativa* (pp. 51-72). Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

El abuso del derecho y la buena fe como límites del derecho de las partes en la contratación estatal¹

ALFREDO F. SORIA AGUILAR

LUIS MINORU YAMADA ALPISTE

Sumilla

Las figuras de abuso del derecho y buena fe pueden aplicarse de manera supletoria en los contratos que deriven de procedimientos de selección bajo el marco normativo del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

1. Introducción

En ciertas ocasiones, la aplicación de una norma puede ser percibida como abusiva o injusta. A nivel literario, Sófocles, uno de los autores más destacados de la literatura clásica griega, describe en su obra *Antígona* los serios cuestionamientos al cumplimiento de una norma decretada por Creonte, nuevo rey de Tebas.

En concreto, el mandato legal, puesto en duda por Antígona, conllevaba una sanción que impedía dar entierro a uno de sus hermanos (Sófocles, 2014 [442 a. C.], p. 67), por considerarse al fallecido como un traidor a la patria.

Este castigo, aplicado después de la muerte del supuesto traidor, era una sanción considerada desmedida y sin precedentes para el pueblo de Tebas, pues, según su tradición, el entierro de los muertos debía cumplir un riguroso ritual que era entendido como un mandato de los dioses. A criterio de Creonte, era

¹ El presente artículo reproduce parcialmente uno anterior de los mismos autores: Soria, A. F. & Yamada, L. M. (2017). El Abuso del Derecho en las Contrataciones con el Estado. *Revista Corpus Iuris*. VI Edición, 69-76. Recuperado de: <https://corpusiuris.pe/2017/09/01/vi-edicion-2017/>

una sanción ejemplar que debía cumplirse, aunque existiera la oposición expresa de su propio hijo (Hemón) y la disconformidad murmurante del pueblo de Tebas.

Para Antígona, el derecho a ser sepultado no debería ser restringido por ninguna norma humana (Sófocles 2014 [442 a. C.], p. 78). En síntesis, esta tragedia griega propone el eventual cuestionamiento a la aplicación de normas consideradas injustas.

Más allá de la literatura, la percepción de una norma como injusta se evidencia, en ciertas ocasiones, en la realidad. Si bien el relato de Antígona propone el cuestionamiento a las normas injustas *per se*, en ciertas ocasiones existen normas que, siendo razonables y justas en la mayoría de los escenarios, conceden derechos cuyo ejercicio resulta cuestionable, o por lo menos discutible, bajo determinados supuestos excepcionales.

En el supuesto específico de casos excepcionales, ¿resulta legítimo que se ejerzan los derechos otorgados por las normas, aunque se afecten los fines más esenciales? Lo cierto es que existen figuras, como el abuso del derecho y el principio de buena fe, que permiten evitar excesos en el ejercicio de los derechos.

La interrogante que surge es si la figura del abuso del derecho, así como el principio de buena fe, resultan aplicables también a la contratación estatal². A continuación, abordaremos este interesante tema analizando específicamente ambas figuras como límites razonables al ejercicio de los derechos otorgados por las normas especiales de la contratación estatal.

2. Las normas en el ámbito de la contratación con el Estado

En el ámbito de la contratación civil, el artículo 1354 del Código Civil consagra el principio de libertad contractual, el cual consiste en que los particulares se encuentran habilitados para establecer libremente el contenido del contrato. La libertad contractual en el ámbito civil no es absoluta, pues lo pactado debe respetar las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Uno de los aspectos o características más importantes de la contratación civil es que lo pactado prevalece incluso respecto de lo que pudiera disponer la ley, salvo que la norma sea imperativa. Por ello, el artículo 1356 del Código Civil establece el carácter supletorio de las normas contractuales al expresar que «Las

² Nos referimos a los contratos que suscribe el Estado para la adquisición de bienes, servicios y contratación de obras, regulados por el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225 (en adelante, Ley de Contrataciones del Estado).

disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la contratación civil, en el supuesto de los contratos que suscribe el Estado³ las normas son imperativas, es decir, de obligatorio cumplimiento para ambas partes. No se trata de un escenario de normas dispositivas o supletorias, como en el supuesto de la contratación civil. Como señala Rubio Correa: «Desde el punto de vista de su vocación normativa, las normas pueden clasificarse en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria» (2009, p. 99).

Los contratos que se suscriben en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento deben respetar lo dispuesto en la normativa especial y no cabe pactar en contrario, salvo que la propia norma prevea dicha posibilidad. Incluso, en el supuesto de que un contrato suscrito en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no contenga una cláusula relativa a algún tema regulado por dicha normativa, dicho aspecto igual se considerará regulado por la normativa especial, precisamente, por el carácter imperativo de la norma que lo regula.

Así, en el supuesto de que las partes omitan o dejen algún vacío contractual respecto de cualquier aspecto establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, este será cubierto, obligatoriamente, por lo expresado por la normativa especial de contratación pública. Este criterio ha sido reconocido expresamente por la Opinión N.º 096-2011/DTN del OSCE, al expresar que:

Así, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la relación contractual entre una Entidad y un proveedor, que surge a partir de la celebración de un contrato, se encuentra expresamente regulada, desde su perfeccionamiento y ejecución, hasta su culminación; en esa medida, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen independientemente de si se encuentran consignadas o no en el documento que contiene el contrato celebrado, justamente en atención al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado⁴.

³ Nos referimos a los contratos que suscribe el Estado para la adquisición de bienes, servicios y contratación de obras, regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

⁴ Si bien esta Opinión fue emitida bajo una normativa distinta a la vigente, de igual forma este criterio continúa aplicándose a la fecha.

3. Abuso del derecho

3.1 Nociones generales acerca del abuso del derecho

La teoría del abuso del derecho plantea un nuevo paradigma que establece ciertos límites o restricciones al ejercicio de los derechos en general, pero también en el ámbito de los contratos.

Para la antigua cultura griega, y también para la antigua civilización romana, era impensable la posibilidad de un ejercicio abusivo del derecho. El derecho subjetivo, así como su ejercicio, para los antiguos griegos y romanos, jamás podría concebirse como causante de daños ilegítimos a terceros. Bajo el precepto de «*qui jure suo utitur neminem laedit*» (quien usa de su derecho, a nadie lesiona) los romanos expresaban su confianza en el poder del orden jurídico para producir una sociedad justa.

Por derecho subjetivo entendemos las facultades o atribuciones que se desprenden de la normativa o cuerpos jurídicos, conocidos estos últimos en la doctrina como derecho objetivo. Ambas expresiones, derecho objetivo y derecho subjetivo, no contienen conceptos opuestos sino todo lo contrario: un concepto deriva del otro, son inseparables.

La doctrina se ha encargado de diferenciar con precisión las características del abuso del derecho al señalar que este se presenta cuando, en el ejercicio de un derecho subjetivo, se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica.

Como lo ha señalado Jorge Mosset Iturraspe: «los juristas siempre se han preocupado por saber si los derechos subjetivos pueden aplicarse como su titular lo desea o si, por el contrario, se encuentra en manos de los operadores jurídicos establecer cómo se aplican y para qué supuestos a fin de evitar excesos, abusos o daños» (2007, p. 117).

El abuso del derecho nace como una institución jurídica que se contrapone al reconocimiento ilimitado de la libertad y que permite calificar como no admitidas conductas que, pese a no estar expresamente impedidas, no se encuentran acordes con la sana convivencia social. En palabras de Marcial Rubio Correa, «el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas» (1990, p. 35).

3.2 ¿Cabría aplicar la figura del abuso del derecho en el ámbito de la contratación con el Estado?

Como hemos descrito, en el supuesto específico de la contratación con el Estado, las normas son imperativas y, por ende, resultan aplicables de manera obligatoria.

La contratación con el Estado propone un escenario en el que las posibilidades de negociación de los términos contractuales resulten sumamente escasas, toda vez que las distintas entidades del Estado contratan imponiendo las reglas, muchas de las cuales son preestablecidas por las normas imperativas, quedando el contratista en la posición de expresar, o no, su aceptación respecto al íntegro de estas.

La actuación de la Administración Pública se encuentra necesariamente restringida a lo que las normas imperativas establezcan, y no puede alejarse de lo establecido por estas.

No cabe duda de que, en las relaciones contractuales con el Estado, necesariamente regidas por normas de carácter imperativo, cobra especial relevancia la eventual aplicación de la figura jurídica del abuso del derecho. Al respecto, Gustavo Ordoqui Castilla ha sostenido categóricamente que el abuso del derecho «se proyecta tanto en el ámbito del derecho privado como en el derecho público» (2014, p. 707).

En nuestro país, resulta innegable la aplicación de la figura del abuso del derecho, incluso en el ámbito de las relaciones contractuales suscritas por el Estado, pues, desde el plano normativo, la Constitución prevalece respecto de cualquiera de las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado. Así lo reconoce incluso el numeral 45.10 del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado:

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

Precisamente, la Constitución Política del Perú, en su artículo 103, establece expresamente que «La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Dado que se encuentra reconocida expresamente la figura del abuso del derecho por la Constitución Política del Perú, resulta claro que dicho mandato constitucional de no amparar el abuso del derecho será aplicable también a los

contratos que se suscriben bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En consecuencia, no hay duda alguna respecto de la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho en el supuesto de que alguna de las partes intente ejercer algún derecho de manera abusiva.

3.3 ¿La autoridad administrativa puede dejar de ejercer un derecho si considera que su ejercicio es abusivo?

La Administración Pública no tiene otra alternativa más que cumplir lo que indiquen las normas que rigen su actuación. La administración se encuentra obligada, bajo responsabilidad, a cumplir la ley.

Las normas sobre contratación pública, en algunos supuestos, establecen un derecho cuyo ejercicio es discrecional. Es decir, confiere a la parte estatal la facultad de ejercer o no un derecho. En estos casos, corresponde a dicha parte evaluar si resulta legítimo y además razonable ejercer un determinado derecho y, finalmente, decidir si lo ejerce o no.

Sin embargo, en otros supuestos, la norma obliga o dispone una aplicación automática e inmediata de esta. En esta situación, la parte estatal no podrá dejar de aplicarla, dado que debe actuar conforme a lo que prescribe la ley, bajo responsabilidad.

En este último supuesto, la parte estatal ejercerá el derecho en aplicación estricta de lo establecido en la ley, pues su actuar se rige de manera estricta por lo previsto en la norma y bajo responsabilidad. En este supuesto, como sostiene Luis Niel Puig: «El sujeto pues, no sólo goza de poderes, sino que, se le imponen deberes que limitan su actuación» (1997, p. 1078). En consecuencia, la parte estatal no tendrá otra alternativa que aplicar la ley, dado que su actuación se rige por el principio de legalidad. La parte estatal actuará de esa forma porque no tiene competencia para determinar la constitucionalidad de una norma, es decir, no puede aplicar el control difuso, conforme ha sido reconocido y desarrollado en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional el 18 de marzo de 2014, correspondiente al Expediente N.º 4293-2012-PA/TC.

3.4 ¿Quién debe determinar el ejercicio abusivo del derecho?

Una vez ejercido el derecho por cualquiera de las partes, en caso su contraparte considere abusiva dicha conducta, podrá cuestionarla en sede arbitral, dado que las controversias en materia de contratación con el Estado no son sometidas al ámbito judicial.

Así, el tribunal arbitral o el árbitro único, según corresponda, deberá analizar y verificar si resulta de aplicación, o no, la figura constitucional del abuso del derecho al caso particular, así como las medidas que corrijan dicha situación, de ser el caso. Así lo prevé la Ley de Contrataciones del Estado cuando, en el numeral 45.10 del artículo 45, antes citado, dispone que las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú y luego por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, manteniendo obligatoriamente ese orden de preferencia, con carácter de orden público.

Resulta claro que la aplicación de la figura del abuso del derecho reviste un carácter excepcional. Como excepción a la regla, podrá aplicarse solamente en aquellos casos concretos en los que se evidencien excesos en el ejercicio de los derechos, tanto por parte de la administración como de los proveedores o contratistas.

4. Buena fe

Aunque la buena fe tiene múltiples aplicaciones y consecuencias, en el ámbito de la contratación, de manera similar a la figura del abuso del derecho, esta opera también como un límite al ejercicio de los derechos de ambas partes. La buena fe es un principio rector que resulta aplicable a todo contrato, pues constituye un principio general del derecho.

Como sostiene Aníbal Torres Vásquez: «Los principios generales del Derecho son las ideas, postulados éticos o criterios fundamentales básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario» (2005, p. 53).

4.1 ¿Corresponde aplicar el principio de buena fe en el ámbito de la contratación con el Estado?

Algunos autores conciben a la buena fe como un principio general de derecho administrativo. Pablo Gallegos Fedriani, por ejemplo, ha expresado que: «El principio general de la buena fe ha sido considerado también como un principio general del derecho administrativo y es aplicable durante la ejecución de los contratos administrativos» (2014, p. 349). Al respecto, si es que los principios generales del derecho son criterios fundamentales y orientadores del sistema jurídico en general, no sería necesario enfatizar que cada principio general del derecho resulta también aplicable, o que es acogido como principio, dentro de un determinado ámbito del derecho en particular. Por ser un principio general del derecho, el principio de buena fe resulta aplicable tanto al derecho administrativo como a los contratos estatales en general.

Respecto de la aplicación del principio de buena fe a los contratos con el Estado, aunque no se incluya a la buena fe dentro de los principios enunciados en el artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, no debe olvidarse que los principios no siempre se encuentran en una ley.

Un claro ejemplo de que los principios no tienen que estar necesariamente consagrados en la ley es el supuesto de los principios generales del derecho que, en palabras de José María Díaz Couselo «[...] son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria» (1971, p. 79).

La norma no es la única fuente del Derecho. Existen fuentes distintas a la normativa que reconocen la existencia y la aplicación de los principios. Al respecto, para el supuesto específico de la contratación con el Estado, Juan Carlos Morón y Zita Aguilera sostienen que:

Los principios de la contratación estatal tienen diversas fuentes originarias. [...] encontramos algunos principios en materia de contratación que han sido desarrollados por la jurisprudencia y doctrina, pero que encuentran acogida por vía arbitral. Tales son los casos del equilibrio económico-financiero del contrato, la confianza legítima, los actos propios y buena fe contractual. (2017, p. 76)

Si bien la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no establecen norma alguna respecto de la buena fe, eso no significa que la buena fe no aplique a la contratación estatal o que no deba regir el comportamiento de las partes durante todo el *iter* contractual.

Tratándose de un principio general, la buena fe también resulta aplicable al derecho administrativo y a los contratos que suscribe el Estado.

Jesús González Pérez ha sostenido que «Con independencia de su reconocimiento legislativo, el principio de buena fe, en cuanto principio general del Derecho, cumple una función informadora del Ordenamiento jurídico, y como tal, las distintas normas deben ser interpretadas en armonía con él» (1998, p. 84). Por ello, resulta consistente con ese rol fundamental que todo principio general del derecho debe cumplir, pues, como expresa Carlos Fernández Sessarego:

La conciencia jurídica colectiva reclama, en términos generales y más allá de la vigencia de normas específicas dentro del ordenamiento positivo, el que en las relaciones humanas intersubjetivas se vivencien los valores ínsitos en los principios generales del derecho, como el de la buena fe, el orden público y el de las buenas costumbres. La comunidad reclama que exista plena correspondencia

El abuso del derecho y la buena fe como límites del derecho de las partes en la contratación estatal

entre estos principios generales, informantes de todo el sistema jurídico, y el real y efectivo comportamiento humano social (1998, pp. 26-27).

El contrato estatal, aunque suene tautológico, es un contrato y, por ende, un acto jurídico. Que el contrato estatal cuente con una regulación especial que establezca un listado de principios particulares o se rija por principios del derecho administrativo, no constituye óbice para reconocer su naturaleza convencional o negocial.

Todo contrato, sea estatal o privado, es vinculante para las partes y debe ser interpretado conforme a lo pactado, pero atendiendo siempre al principio de buena fe.

La buena fe implica una conducta leal de las partes como premisa básica o elemental. En palabras de Manuel De la Puente y Lavalle, «este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente» (1993, p. 85). Sin embargo, comprende más que un actuar leal de las partes. La buena fe obliga a ejecutar los contratos de manera ética, que es un concepto mucho más amplio. Así lo reconoce Juan Carlos Cassagne cuando sostiene que:

[...] la buena fe presupone que tanto la voluntad de la Administración como la del particular o administrado y, en general, los elementos del acto o contrato han sido producto de una conducta recta, leal y honesta. [...] La buena fe se vincula con los comportamientos éticos de las personas cuya exigibilidad se incorpora al derecho que, al tener en cuenta la moral, implica otra ruptura del positivismo legalista. (2016, pp. 66-67)

Un acto desproporcionado, la falta de cooperación con la contraparte, un comportamiento oportunista, una conducta sorpresiva, un momento inoportuno para tomar una medida, son algunos de los supuestos que pueden afectar el principio de buena fe.

4.2 ¿Quién debe probar la buena fe o la mala fe?

En materia de contratación con el Estado, el reto de los árbitros estará en determinar si existió un acto desproporcionado, oportunista, sorpresivo, inoportuno o una falta de colaboración con la contraparte.

No existe norma que presuma la buena fe o la mala fe. Por ello, como sostiene Manuel De la Puente y Lavalle, cuando «alguien invoque su actuación de buena fe, deberá probarlo. Asimismo, si se imputa a alguien conducirse de mala fe, corresponde al imputador acreditar ésta» (2017, p. 280).

Lo usual es que la controversia surja porque una parte considera que su contraparte ha actuado de mala fe. En tal circunstancia, no bastará que dicha parte

invoque que la contraparte actuó de manera contraria a la buena fe, será necesario sustentar y generar convicción en el árbitro o tribunal arbitral que debe decidir la controversia en la que, conforme a las circunstancias o los hechos del caso concreto, un determinado comportamiento o la omisión de una conducta puede calificarse como una actuación de mala fe.

5. Conclusión

Los contratos estatales cuentan con una regulación especial que no impide la aplicación de figuras como el abuso del derecho o del principio de buena fe, que rige a todo contrato.

Aunque no exista una regulación específica acerca de la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho o del principio de buena fe, ello no resulta obstáculo para concluir que estas sí resultan aplicables también a la contratación estatal.

A diferencia del personaje de Antígona, cuya tragedia relatamos de manera sucinta en la parte inicial del presente artículo, en la contratación estatal, aquella parte que considere que su contraparte actúa de mala fe o que ejerce de manera abusiva un derecho, tendrá por lo menos la posibilidad de defenderse legítimamente de tales circunstancias. El sistema jurídico le reconoce tal derecho.

Probablemente, no sea una tarea sencilla generar convicción acerca de la mala fe de la contraparte o respecto del ejercicio abusivo de un derecho. Serán necesarios sólidos argumentos, pero también pruebas.

Referencias

- Cassagne, J. (2016). *Los grandes principios del Derecho público*. Madrid: Editorial REUS.
- De la Puente y Lavalle, M. (1993). El contrato en general. En *Biblioteca para leer el Código Civil*, tomo 2 (p. 85). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general*, tomo I. (3.^a ed.). Lima: Palestra Editores.
- Díaz, J. (1971). *Los principios generales del Derecho*. Madrid: Plus Ultra.
- Fernández, C. (1998). *Abuso del Derecho*. (2.^a ed.). Lima: Grijley.
- Gallegos, P. (2014). El *pacta sunt servanda* y los contratos públicos. En AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. (p. 349). Buenos Aires: Ediciones RAP.
- González, J. (1998). El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo. (3.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Morón, J., & Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Colección Lo esencial del Derecho, tomo 9. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El abuso del derecho y la buena fe como límites del derecho de las partes en la contratación estatal

- Mosset, J. (2007). *Código Civil y normas complementarias*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Niel, L. (1997). Abuso del Derecho. En AA. VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini* (p. 1078). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ordoqui, G. (2014). *Abuso de Derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*. Lima: Ediciones Legales.
- Rubio, M. (1990). Título preliminar. En *Biblioteca para leer el Código Civil*, volumen III (p. 35). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico*. (10.^a ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sófocles. (2014). *Antígona*. Madrid: Editorial Gredos.
- Torres, A. (2005). Los principios generales del Derecho. En AA. VV., *Principios generales y especiales del Derecho* (p. 53). Lima: Marsol ediciones.

Participación en consorcio en los procesos de selección

MARTÍN ZECENARRO FLORES

Sumilla

La participación en consorcio en un proceso de selección permite a los participantes que opten por esta posibilidad sumar, con un criterio de complementariedad, esfuerzos, experiencia y recursos materiales, tecnológicos y organizativos para ofrecer propuestas potentes a las entidades convocantes, quienes, a su vez, se beneficiarán de la solidez de una propuesta que conjuga un esfuerzo conjunto. La Ley de Contrataciones del Estado y sus normas reglamentarias definen las exigencias y los límites para la participación en consorcio y establecen igualmente las responsabilidades a las que se someten los consorciados. Revisaremos de manera sumaria las disposiciones ahí previstas.

1. Introducción

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N.º 30225 (LCE) –al igual que su antecedente, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017, e incluso anteriores–, consagra el principio de libre concurrencia de proveedores. En virtud de ello, las entidades deben promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. La aplicación de un principio de libre concurrencia permite también que los proveedores puedan participar en un proceso de contratación de manera conjunta entre sí, en consorcio, y no únicamente de manera individual.

La participación en consorcio ofrece un mutuo beneficio para postores y entidades públicas, sin embargo, puede presentarse también como un espacio de

conducta oportunista si es que es utilizado únicamente como un mecanismo destinado a obtener un mayor puntaje en un proceso de selección y sus ofrecimientos no se mantienen luego en la etapa de ejecución contractual. Con el fin de evitarlo, precisamente, es que la participación en consorcio es merecedora de una especial regulación en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento, para preservar su carácter de herramienta de generación de eficiencia en la contratación pública.

En las siguientes líneas, presentaremos las principales características del consorcio desde la perspectiva de la normativa sobre contratación estatal y reseñaremos la regulación dispensada por la Ley de Contrataciones y su Reglamento a la participación en consorcio en los procesos de selección.

2. Naturaleza jurídica del consorcio

El contrato de consorcio es un tipo de contrato asociativo en el cual dos o más personas o agentes económicos se unen para realizar una determinada actividad y con una misma finalidad. Lo particular del contrato de consorcio es que no se crea una nueva persona jurídica: las personas que lo conforman continúan manteniendo su autonomía e independencia. El propósito del contrato de consorcio es generar un beneficio económico para sus integrantes.

En el Perú, la Ley General de Sociedades, Ley N.º 26887 (en adelante, LGS), regula el contrato asociativo de consorcio destacando su característica de sumar esfuerzos organizativos y económicos autónomos para la consecución de un beneficio económico conjunto. La legislación local e internacional no ha logrado definir con contornos precisos diversas figuras similares de conjunción de esfuerzos empresariales, y coexisten en la legislación y práctica empresarial internacional figuras tales como la *joint venture*, las uniones temporales de empresa (UTE) o las agrupaciones de interés económico (AIE), sin que quede claro si al referirnos a algunos de estos instrumentos nos estamos refiriendo o no al mismo concepto.

Incluso dentro de la misma legislación nacional, no queda claro si el consorcio regulado por la LGS es exactamente el mismo consorcio que el que la LCE y su Reglamento regulan. Como expondremos, la nota distintiva entre el consorcio de la LCE y el consorcio de la LGS sería el carácter de complementariedad de esfuerzos que la LCE exige, destacándose a partir de ello que los consorciados –en un proceso de selección– deben complementarse porque solo así podrán lograr satisfacer los requerimientos de las entidades convocantes a procesos de selección.

Las UTE, características de la legislación española, poseen elementos muy semejantes a nuestros consorcios. Son formas de colaboración entre empresarios,

por un tiempo cierto, determinado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. Estas formas asociativas son muy frecuentes en la contratación pública de obras de construcción. La UTE se caracteriza por ser un sistema asociativo de colaboración empresarial que, si bien implica una estructura organizativa común, nunca llega a conformar la existencia de un sujeto de derecho distinto de los propios empresarios que la integran (Pérez, 2013, p. 316).

Las agrupaciones de interés económico (AIE), a su vez, presentan características propias y diferentes, que más bien las alejan del concepto de consorcio diseñado por la LCE. Las AIE son entidades con personalidad jurídica propia e independiente de sus socios cuya finalidad es facilitar o mejorar la actividad de sus socios, y no tienen ánimo de lucro propio por sí mismas. El objeto de la AIE se limita exclusivamente a una actividad auxiliar a la de sus socios, con la finalidad de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de sus actividades (Platero, 2017, p. 96).

3. El consorcio en la normativa peruana

El contrato de consorcio se encuentra regulado en los artículos 445 al 448 de la LGS.

Así, la LGS define al contrato de consorcio de la siguiente manera:

Artículo 445.- Contrato de Consorcio

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

Como se desprende de la definición, desde el punto de vista societario, el consorcio no encaja dentro del concepto de persona jurídica; es más bien un contrato asociativo que tiene como finalidad realizar una determinada actividad económica.

En cuanto a la afectación de bienes, cada miembro continuará siendo propietario de los bienes que aporte para ejecutar la finalidad del contrato de consorcio, a excepción de los que hayan sido adquiridos de manera conjunta por los miembros del consorcio, los cuales se rigen por las reglas de la copropiedad¹. El

¹ Sugerimos revisar el artículo 446 de la Ley General de Sociedades.

contrato de consorcio no da lugar a la constitución o nacimiento de una persona jurídica, por lo que el sentido de la expresión «aporte» no está referido a la transferencia de propiedad sobre los bienes comprometidos por los asociados, sino más bien a poner determinado recurso material a disposición de la actividad que va a ser desarrollada de manera conjunta. En ese sentido, los miembros del consorcio afectan los bienes que se han obligado a aportar al cumplimiento de la actividad a la que cada uno se ha comprometido, manteniendo no obstante la titularidad de estos.

Respecto a la relación con los terceros y las responsabilidades, el artículo 447 precisa que

cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.

En lo concerniente a los sistemas de participación, el artículo 448 de la Ley General de Sociedades precisa que «el contrato deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales».

4. Formalidad del contrato de consorcio

El consorcio se formaliza mediante la firma de un documento denominado «contrato de consorcio». Los contratos de consorcio no se inscriben en Registros Públicos, ya que, al ser contratos asociativos, el artículo 4 del Reglamento del Registro de Sociedades² los excluye de la inscripción. Basta, entonces, con que sea celebrado por escrito y firmado por todos los miembros del consorcio.

En el caso de los procedimientos de selección, no se exige la formalización del consorcio durante el proceso de selección —como se detallará más adelante—. En esta etapa, se requiere de un ofrecimiento de los participantes de formalizar el consorcio si resultan adjudicados con la buena pro. En este caso, este ofrecimiento o «promesa de consorcio» requerirá que las firmas de cada uno de los integrantes se encuentren legalizadas ante un notario público.

² Aprobado por Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N.º 200-2001-Sunarp-SN.

5. Principales características de un contrato de consorcio

De lo señalado anteriormente, se desprenden las principales características del contrato de consorcio, y son las siguientes:

1. Las partes del consorcio pueden ser dos o más, no existe disposición alguna que exija un número mínimo o máximo. Asimismo, podrán conformarlo tanto personas naturales como personas jurídicas, nacionales o extranjeras.
2. En el caso de procedimientos de selección, los documentos del procedimiento de selección son los que establecerán el número máximo de consorciados, ello en razón de la naturaleza de la prestación.
3. Ausencia de personalidad jurídica: la suscripción de un contrato de consorcio no implica la creación de una persona jurídica distinta de quienes la conforman, es por eso por lo que las partes mantienen su autonomía e independencia.
4. Las partes del consorcio conservan la propiedad de sus bienes y su independencia. Sin embargo, determinados bienes adquiridos de manera conjunta se rigen por las reglas de la copropiedad.

6. Regulación del consorcio en la Ley de Contrataciones del Estado

6.1 Consorcio como contrato asociativo

El contrato asociativo se encuentra regulado en el artículo 438 de la LGS.

Artículo 438.- Alcances

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

Bajo el ámbito de la LGS, el contrato de consorcio es un tipo de contrato asociativo, mediante el cual dos o más personas se juntan para realizar una determinada actividad en un período de tiempo.

El contrato de consorcio tiene por objeto la creación y regulación de una relación de participación e integración en negocios o empresas determinadas.

En la misma línea, De la Puente y Lavalle señala que «en los Contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos» (De la Puente y Lavalle, 2001, p. 189).

6.2 Consorcios en los procesos de selección

El contrato de consorcio no solo se encuentra previsto en la LGS, la normativa de contrataciones también prevé la participación en consorcio de los postores en los procedimientos de selección. Sin embargo, se exceptúa la participación en consorcio en los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco³.

Para que puedan participar en consorcio, los participantes o postores necesitarán acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio con firmas legalizadas notarialmente de los representantes de cada virtual consorciado, la que de manera posterior se perfeccionará una vez consentido el otorgamiento de la buena pro y antes de la suscripción del contrato materia del proceso de selección mediante la celebración de un «contrato de consorcio». La promesa formal de consorcio forma parte del contenido mínimo de las ofertas; sin embargo, como se aprecia, la sola existencia de la promesa formal no hace que ya exista un consorcio. A diferencia de la ley anterior, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Ley N.º 30225 exige que la promesa formal de consorcio exhiba las firmas de sus otorgantes legalizadas notarialmente, quizás para elevar el nivel de certeza sobre el carácter vinculante de dicha promesa.

En la promesa de consorcio debe consignar: (i) los integrantes, (ii) el representante común, (iii) el domicilio común, (iv) las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio y (v) el porcentaje equivalente a cada una de sus obligaciones.

El incumplimiento del contenido mínimo en la promesa de consorcio no es subsanable. De esta manera, la información contenida en la promesa de consorcio no puede ser modificada, únicamente se puede modificar el cambio de representante legal y el domicilio del consorcio, ello mediante una comunicación previa a la entidad mediante carta notarial.

La importancia de designar un representante común radica en que este será quien se encuentre facultado para actuar en nombre y representación del consorcio en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con amplias y suficientes facultades. De otro lado, en relación con el porcentaje de las obligaciones, este se calcula respecto de las obligaciones que se declararon en la promesa formal de consorcio, y

³ De conformidad con el numeral 6.2 de la Directiva N.º 005-2019-OSC/CDE y el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF.

se tiene que valorizar la obligación en relación con el monto de la propuesta económica.

El actual Reglamento de la Ley de Contrataciones –aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF– define al contrato de consorcio como «el contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado». El criterio de complementariedad es entendido como el conjunto de habilidades y competencias que puedan tener individualmente cada uno de los integrantes del consorcio para desarrollar la actividad que dio origen a su creación. El consorcio permite unir capacidades para participar en un proceso de selección y así cumplir con los fines de la contratación.

Cabe precisar que cada uno de los integrantes del consorcio debe cumplir con todas las obligaciones asumidas en el contrato de consorcio. En caso contrario, se encontrarán sujetos a sanciones administrativas. El artículo 258 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato se imputan a todos sus integrantes, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda. Esto constituye una diferencia frente a lo que para este efecto preveía la reglamentación anterior⁴, que hacía una distinción entre infracciones cometidas por los postores que presentaron la promesa de consorcio durante el proceso de selección y las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución del contrato. En el primer caso, las sanciones se imputaban exclusivamente a la parte que las hubiera cometido, ello siempre que de la promesa formal de consorcio pudiera individualizarse al infractor; en el segundo caso, las sanciones se imputaban a todos los integrantes del consorcio, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le correspondiera, sin excepción alguna.

En relación con el Registro Nacional de Proveedores (en adelante, RNP), la Ley exige que todos los proveedores que participen en consorcio cuenten con inscripción vigente en el registro correspondiente según el objeto del procedimiento, independientemente de la prestación que se haya obligado a realizar en la promesa de consorcio. Por ejemplo, en el caso de procedimientos cuyo objeto sea una consultoría de obras, todos los integrantes del consorcio deben contar con inscripción en el RNP como consultores de obras, en la especialidad que corresponda al objeto del procedimiento y en la categoría que corresponda según

⁴ Sugerimos revisar el artículo 239 del Reglamento de Contrataciones del Estado, D. S. N.º 184-2008-EF, que reglamentaba la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017.

el monto del valor referencial del procedimiento de selección o en una categoría superior. En tal sentido, el hecho de presentarse en consorcio no exime a los integrantes del consorcio de la obligación de inscribirse en el RNP.

En la etapa de registro de participantes, basta con que uno de los integrantes se inscriba como participante en el procedimiento de selección y cuente con inscripción vigente en el RNP. Los demás integrantes del consorcio deberán contar con inscripción vigente en las siguientes etapas del procedimiento.

Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales y no pueden formar parte de más de un consorcio en un mismo procedimiento de selección. Sin embargo, en los procedimientos por relación de ítems, los consorcios pueden participar en ítems distintos a los que se presentaron en consorcio, ya sea de manera individual o en consorcio.

Cabe mencionar que, en los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas, deberán cumplir con los requisitos que disponga la ley de la materia, en especial los integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio. Es decir, cuando el objeto de la contratación está regulado por una norma en particular, que establece autorizaciones o requisitos, estos se deben exigir a los integrantes del consorcio que se han obligado a prestar el servicio o el objeto de la contratación.

6.2.1 Conformación de consorcios

En la versión original de la Ley N.º 30225 no se establecía un número máximo de participantes para la conformación de un consorcio en los procedimientos de selección. Sin embargo, por modificación posterior⁵, se ha establecido que los documentos del procedimiento de selección pueden estipular un número máximo de consorciados, ello en función de la naturaleza de la prestación.

Si bien el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado especifica que la decisión de establecer un número máximo de consorciados deberá estar debidamente sustentada por el área usuaria, dejar a discreción de dicha oficina la conformación de los consorciados en cada procedimiento de selección podría resultar riesgoso y restrictivo, pues se genera la oportunidad para limitar la concurrencia de postores o la falta de retadores a un contratista de grandes capacidades económico-financieras.

⁵ Tómese en cuenta la modificación introducida por el Decreto Legislativo N.º 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017.

6.2.2 Evaluación de la experiencia de los consorcios

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones, solo se considera la experiencia de aquellos integrantes que ejecutan conjuntamente el objeto del contrato. Ello quiere decir que solo los que tienen experiencia respecto al objeto de la contratación podrán acreditarla. En tal sentido, solo se evaluará a los integrantes que realizarán el objeto de la contratación.

La Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD sobre participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado señala que la experiencia del postor se acredita mediante la documentación presentada por los integrantes del consorcio que se comprometieron a ejecutar de manera conjunta las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de contratación, ello de acuerdo con lo declarado en la promesa de consorcio. Para tal fin, se deben seguir los siguientes pasos⁶:

Primer paso: obtener el monto de facturación por cada integrante del consorcio.- el monto de facturación de cada uno de los integrantes del consorcio se obtiene de la sumatoria de los montos facturados correspondientes a las contrataciones ejecutadas en forma individual o en consorcio, que han sido debidamente acreditados conforme a lo establecido en las bases del procedimiento de selección.

En caso un integrante del consorcio presente facturación de contrataciones ejecutadas en consorcio, se considera el monto que corresponda al porcentaje de las obligaciones que ejecutó de manera individual. Dicho porcentaje deberá estar señalado expresamente en la promesa formal de consorcio o en el contrato de consorcio.

Segundo paso: verificar que el integrante del consorcio que acredita la mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación.- en caso las bases hayan fijado un porcentaje determinado de participación en la ejecución del contrato, para el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia, se verificará que se cumple con el mencionado parámetro a efectos de considerar su experiencia. En este caso, si el consorciado de mayor experiencia no cumple con el porcentaje señalado en las bases, no se considerará su experiencia.

En la ejecución y consultoría de obras, la mayor experiencia se refiere a la experiencia en obras similares y la especialidad, respectivamente.

Tercer paso: sumatoria de la experiencia de los consorciados.- con la finalidad de obtener la experiencia total del consorcio, se suma el monto de facturación aportado por cada integrante que cumple con lo señalado en la Directiva.

⁶ Al respecto, sugerimos revisar la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD – Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado.

Cabe precisar que la Directiva señala expresamente que no se tomará en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a (i) actividades de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianza o póliza de caución, entre otras (ii) actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras.

En tal sentido, aquellos consorciados que solo se comprometan a ejecutar obligaciones que no se encuentran directamente vinculadas con el objeto de la contratación (administrativas, económicas, financieras, etc.), no podrán acreditar su experiencia para efectos de la evaluación y calificación de propuestas⁷.

6.2.3 Otras disposiciones contenidas en la Directiva de consorcios

La Directiva también especifica que solo se considerarán obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación, como la fabricación o comercialización. En ese sentido, la Directiva excluye la experiencia presentada por los integrantes del consorcio que se obliguen a ejecutar las demás actividades de la cadena productiva y actividades accesorias, como, por ejemplo, el aporte de materias primas, combustible, infraestructura, transporte, envasado, almacenaje, etc.

En relación con la bonificación del 10% sobre el puntaje obtenido a que se refiere el inciso f) del artículo 50 del Reglamento para consultoría u obras prestadas fuera de las provincias de Lima y el Callao, la Directiva precisa que cada uno de los integrantes del consorcio debe contar con domicilio en la provincia donde presta el servicio o se ejecuta la obra objeto del procedimiento, o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región.

Adicionalmente, un consorcio puede beneficiarse de la exoneración del Impuesto General a las Ventas (IGV) siempre y cuando todos los integrantes que figuren en la promesa de consorcio reúnan las condiciones exigidas en la Ley N.º 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía. Este beneficio se encuentra estipulado en la Quinta Disposición Complementaria de dicha ley.

En el caso de las impugnaciones, bastará con que el representante común presente el recurso a nombre de todos los consorciados, para lo cual acreditará su representación a través de una copia simple de la promesa formal de consorcio.

⁷ Tómese en cuenta la Opinión N.º 073-2013/DTN.

7. Ventajas del contrato de consorcio

De lo señalado anteriormente, podemos concluir que los contratos de consorcio ofrecen las siguientes ventajas:

1. Permiten realizar las actividades de manera conjunta, sin que ello genere costos adicionales.
2. Las obligaciones pueden estar vinculadas o no al procedimiento. Uno puede encargarse de la parte financiera y otro de la parte de ejecución.
3. En el caso de los procedimientos de selección, los integrantes del consorcio unen esfuerzos para poder cumplir con lo requerido por las bases.
4. Respecto de los consorcios sin contabilidad independiente, cada uno de los integrantes podrá llevar sus cuentas de manera separada (con autorización previa de la Sunat).

Referencias

- Álvarez, A. (2012). La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal. *Verba Iuris*, (27), 105-124. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2219>
- Bravo, M., Fuentes, J., & González-Cruz, M. (Julio de 2016). Las uniones temporales de empresas en las licitaciones públicas: un análisis basado en redes sociales. En *20th International Congress on Project Management and Engineering*. Congreso organizado por la Universidad Autónoma Latinoamericana, Cartagena. Recuperado de <http://dspace.aepro.com/xmlui/handle/123456789/785>
- De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general*. (1.ª ed.). Lima: Palestra Editores.
- Monory, A., Pantigoso, B., & Escalante J. (21 de mayo de 2018). ¿Qué es un consorcio en el Perú? [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://servsur.org/que-es-un-consorcio-en-el-peru/>
- Pérez, E. (2013). Las uniones temporales de empresas en la contratación pública. *Revista de Estudios Locales*, agosto (número extraordinario), 309-351. Recuperado de <https://asesoriajuridica.umh.es/files/2015/07/Numero-Extraoridnario-de-la-Revista-Estudios-Locales-2013.pdf#page=307>
- Platero, A. (2017). Las uniones temporales de empresa en el ordenamiento jurídico español. *Revista Ratio Juris*, 12(25), 89-116. España: Universidad Autónoma Latinoamericana.

La aplicación de la gradualidad en la imposición de sanciones administrativas en materia de contratación estatal bajo el ámbito del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

WILLY PEDRESCHI GARCÉS
RAICZA ARRUNÁTEGUI SALAZAR

Sumilla

El presente trabajo tiene por objeto brindar una presentación general sobre el tratamiento actualmente previsto en el Texto Único de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, así como una breve mirada a los proyectos de modificaciones en la materia para la normativa vinculada al Sistema Nacional de Abastecimiento¹, respecto de los criterios de gradualidad previstos para la imposición de las sanciones administrativas, en caso se determine la responsabilidad por la comisión de los supuestos de infracción al ordenamiento que rige la contratación administrativa de bienes, servicios y obras.

¹ Para efectos de la elaboración del presente trabajo, también se ha tomado como referencia el Proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, publicado mediante Resolución Ministerial N.º 285-2020-EF/54, el cual –de aprobarse– derogaría el TUO de la LCE.

1. Aspectos generales: ámbito de la potestad sancionadora en el marco de la contratación pública regida por la Ley N.º 30225 y su Reglamento

Según lo dispuesto en el título VIII del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225 (en adelante, «TUO de la LCE»), el Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, «TCE») del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ejerce la potestad sancionadora administrativa (con carácter exclusivo bajo el ámbito de aplicación de la referida Ley) respecto de los (i) proveedores, (ii) participantes, (iii) postores, (iv) contratistas, (v) subcontratistas y/o (vi) profesionales (residente o supervisor) de obra, incluso en los casos de las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, vigentes en el momento de la transacción².

Asimismo, resulta pertinente mencionar que, con fecha 4 de octubre de 2020, se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Resolución Ministerial N.º 285-2020-EF/54, mediante la cual se dispuso la publicación del Proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público (en adelante, «Proyecto de la LCAP»). Para efectos del presente trabajo, consideramos importante precisar que dicho proyecto tendría por finalidad sustituir –entre otros– a la LCE y su Reglamento, así como al Decreto Legislativo N.º 1018. También propone un régimen sancionador bajo un ámbito similar al de la LCE y su Reglamento, en el cual el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa residiría en el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) del Organismo Supervisor de la Cadena de Abastecimiento Público (Oscap), organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, que ejercerá las funciones actualmente desempeñadas por el OSCE.

2. El procedimiento administrativo sancionador como instrumento para la materialización de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

El ejercicio de la potestad sancionadora necesariamente deberá materializarse a través de un procedimiento previamente establecido, en el cual se aseguren las garantías mínimas reconocidas a los administrados por las disposiciones generales

² De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 5.1 de la LCE, lo señalado no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el catálogo electrónico del acuerdo marco.

en la materia, así como aquellas inherentes al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Al respecto, en el régimen actualmente previsto en el TUO de la LCE y su Reglamento, una vez que el TCE tome conocimiento de los hechos que pueden calificar como infracción administrativa –ya sea a través de la denuncia de la entidad o terceros, petición motivada de entidades o de oficio–, dará inicio al respectivo procedimiento, según las disposiciones establecidas en el título X del Reglamento del TUO de la LCE, en el cual se determinará si efectivamente existe o no responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas, actualmente tipificadas en el artículo 50, numeral 50.1, del TUO de la LCE, las cuales se pueden clasificar en (Rubio, 2013, pp. 321-322):

1. Ilícitos administrativos cometidos con anterioridad o con independencia del procedimiento de selección: ilícitos que son cometidos por el administrado ante el OSCE (presentación de información inexacta, documentos falsos o adulterados ante el Registro Nacional de Proveedores [RNP] o al TCE).
2. Ilícitos administrativos cometidos y detectados en el desarrollo del procedimiento de selección: hechos en los que incurre el administrado en calidad de postor o participante en un procedimiento de selección, y que son advertidos por el comité especial o el área usuaria de la entidad contratante en su desarrollo.
3. Ilícitos administrativos cometidos durante el procedimiento de selección y detectados con posterioridad a su realización: hechos advertidos por la entidad contratante una vez finalizado el procedimiento de selección, en el contexto de una fiscalización o control posterior de las actuaciones realizadas, sea por iniciativa de la entidad, del órgano de control institucional, o como consecuencia de una denuncia presentada por un tercero.
4. Ilícitos administrativos cometidos luego de finalizado el proceso de selección y detectados con anterioridad a la suscripción o perfeccionamiento del contrato: hechos cometidos por el postor adjudicatario, en el período comprendido entre el otorgamiento de la buena pro en el procedimiento de selección, y hasta antes de la suscripción del contrato, pero advertidos en la entidad antes de tal evento.
5. Ilícitos administrativos cometidos durante la ejecución del contrato y advertidos con anterioridad de su terminación: infracciones cometidas por el contratista con posterioridad a la suscripción o perfeccionamiento

to del contrato, pero advertidas por la entidad contratante antes de su terminación.

6. Ilícitos administrativos detectados después de la terminación del contrato: constituyen hechos advertidos por la entidad contratante con posterioridad a la terminación del contrato, pero que fueron cometidos durante el procedimiento de selección o durante la ejecución contractual.

Una vez verificada la comisión de la infracción administrativa, corresponderá tener en consideración que, según lo dispuesto en el artículo 59 del TUO de la LCE y el artículo 21 del Reglamento de Organizaciones y Funciones del OSCE³, el TCE podrá aplicar las siguientes sanciones administrativas:

Sanción	LCE	Proyecto de la LCAP
Multa	<p>Obligación pecuniaria expresada en moneda nacional, mediante la cual se obliga al infractor a pagar un monto económico no menor del 5% ni mayor del 15% de la propuesta económica o del contrato, por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d), e), k), l), m) y n) del artículo 50, numeral 50.1, de la LCE.</p> <p>Una vez impuesta la multa, se establecerá como medida cautelar para el administrado la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado, la cual se mantendrá en tanto dicha multa no sea pagada por el infractor. Esta medida se extiende por un plazo no menor de 3 ni mayor de 18 meses, plazo que no será considerado para la evaluación de la procedencia de la aplicación de la inhabilitación definitiva.</p>	<p>Cabe señalar que el Proyecto de la LCAP también recoge la sanción administrativa de multa. Sin embargo, se propone una modificación de su cuantía, toda vez que el proyecto establece un rango de aplicación de no menor del 10% ni mayor del 20% de la oferta económica o del contrato, según corresponda, el cual no puede ser inferior de 1 UIT.</p> <p>Asimismo, el referido proyecto de ley mantiene como propuesta –de manera similar al TUO de la LCE– que la resolución que imponga la multa impida temporalmente al proveedor su participación en cualquier procedimiento de selección, así como en otros procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos, en tanto dicha multa no sea pagada.</p> <p>Por último, en el proyecto se propone que la sanción de multa se aplicará en todos los casos y para todos los supuestos de infracción, a diferencia de la normativa actual (en la cual únicamente resulta aplicable a determinados supuestos de infracción).</p>

³ Aprobado mediante Decreto Supremo N.º 076-2016-EF.

Inhabilitación temporal	<p>Privación, por un período determinado, del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado.</p> <p>Esta medida no podrá tener una duración menor de 3 ni mayor de 36 meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h), e i) del artículo 50, numeral 50.1, de la LCE y, en caso de reincidencia, de las infracciones previstas en los literales m) y n) del artículo 50, numeral 50.1, de la LCE. Tratándose de la infracción prevista en el literal j) (presentación de información inexacta a las entidades, al TCE, al Registro Nacional de Proveedores) o a la Central de Compras, esta inhabilitación es no menor de 36 ni mayor de 60 meses.</p>	<p>El Proyecto de la LCPA también ha recogido la aplicación de esta sanción; sin embargo, advertimos los siguientes cambios relevantes:</p> <p>Se propone una variación del rango del periodo de inhabilitación. El texto del proyecto dispone que la inhabilitación es no menor de 6 ni mayor de 36 meses.</p> <p>La inhabilitación temporal se aplicará en todos los casos ante una segunda infracción cometida por el mismo proveedor.</p> <p>Se aplicará de manera conjunta con una reparación económica no menor del 10% ni mayor del 20% de la oferta económica o del contrato, según corresponda.</p> <p>Por último, se ha dispuesto que la inhabilitación temporal se mantendrá por el tiempo establecido en la sanción, aun cuando el proveedor cumpla con pagar la reparación económica. En caso venciera el plazo de inhabilitación sin que el proveedor haya cumplido con el pago de la reparación económica, la inhabilitación se mantiene hasta realizado dicho pago.</p>
-------------------------	---	---

Inhabilitación definitiva	<p>Privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado⁴.</p> <p>Esta sanción no se aplica respecto de un supuesto específico de infracción administrativa, sino –más bien– como consecuencia de una circunstancia agravante, que puede consistir en:</p> <p>(i) que a un mismo proveedor, en los últimos cuatro años anteriores al momento en el que se decide la imposición de la sanción, se le hubieran impuesto más de dos sanciones de inhabilitación temporal cuya duración –en conjunto– sume más de 36 meses; (ii) que un mismo proveedor reincida en la infracción prevista en el artículo 50, numeral 50.1, literal j), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente; o, (iii) al proveedor que ya fue sancionado con inhabilitación definitiva.</p>	El Proyecto de la LCAP propone que la inhabilitación definitiva se aplique como consecuencia agravada ante la comisión de la tercera infracción administrativa.
---------------------------	---	---

En forma complementaria a lo señalado con anterioridad, adicionalmente corresponderá al TCE poner en conocimiento del Ministerio Público los casos en que, con motivo de los hechos calificados como infracción administrativa, se detecten indicios de la comisión de ilícitos penales.

3. Sobre la aplicación del principio de razonabilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública y la regla de proporcionalidad que forma parte del contenido de dicho principio

Una vez acreditada la responsabilidad del administrado, el TCE deberá determinar la sanción que corresponda aplicar, a efectos de graduar su intensidad, sobre la base del principio de razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG⁵ y el principio de razonabilidad previsto

⁴ Artículo 50.2, literal c), de la LCE y el artículo 265 del Reglamento.

⁵ Como consecuencia de lo señalado, en el supuesto en el cual se imponga una sanción administra-

en el numeral 3 del artículo 248 del TUO LPAG. Sobre el particular, en el caso de los principios específicos que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, el principio de razonabilidad está haciendo referencia a lo que la doctrina comparada denomina «principio de proporcionalidad», y conforme al cual se exige una relación de correspondencia entre la infracción y la sanción, así como la consecuente interdicción de la adopción de medidas innecesarias o excesivas. Por lo tanto (Cobo, 2008, pp. 60-61):

1. Si bien la Administración puede usar una cierta discrecionalidad en la graduación de la sanción, consideramos pertinente precisar que esta se encuentra referida y limitada principalmente a la adaptación, a cada caso en concreto, de la evaluación de las circunstancias y criterios que resulten aplicables, pues la autoridad administrativa se encuentra en general obligada (por el principio de legalidad) a considerar los criterios de graduación para así determinar la sanción por aplicar.
2. Por lo tanto, la autoridad administrativa deberá ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, con el objeto de cumplir con la exigencia de establecer una debida proporcionalidad entre los hechos imputados (que hayan sido debidamente probados) y la consecuencia gravosa como resultado de la responsabilidad exigida.

Sobre el particular, resulta pertinente atender a lo señalado por Miguel Carbonell, quien concluye lo siguiente:

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente «límite de los límites» a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a

tiva sin ponderar la existencia de todos y cada uno de los elementos de valoración explícitamente previstos en el ordenamiento, la autoridad competente estaría inobservando el principio de razonabilidad de los actos públicos, lo cual conlleva que el acto administrativo incurra en la causal de nulidad prevista en el inciso 1) del artículo 10 del TUO LPAG.

intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. (Carbonell, 2008, p. 319)

En efecto, si bien el principio de razonabilidad aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa contempla la exigencia de proporcionalidad entre las sanciones por imponer y la conducta sobre la cual recae la determinación de la medida de gravamen (mediante la aplicación de los criterios de graduación habilitados por el ordenamiento), la primera parte del enunciado de dicho principio (recogido en el TUO de la LPAG) señala que «Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción». Este enunciado tiene por objeto combatir lo que se conoce como «infrapunición o punición diminuta», y que comporta afectar al administrado infractor de una manera mínima tal que la sanción no llegue a ser disuasiva sino más bien un costo que este pueda asumir en aras de obtener el beneficio ilegítimo que la conducta ilegal le puede reportar (Morón, 2017, p. 399).

En el caso específico del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa bajo el ámbito del TUO de la LCE y su Reglamento, cabe tener presente que el artículo 50, numerales 50.10 y 50.11, de la mencionada Ley ha contemplado expresamente la posibilidad de que, en determinados supuestos de infracción, la aplicación de los criterios de graduación de la sanción que va a imponer el TCE pueda tener como consecuencia que dichas medidas de gravamen puedan ser fijadas incluso por debajo de la cuantía y el alcance mínimos previstos por el artículo 50, numeral 50.2, de la LCE, sin que ello sea considerado como un supuesto de infrapunición o contrario a la regla de proporcionalidad que informa el principio de razonabilidad aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

4. Los criterios de gradualidad en la imposición de sanciones como factores para la determinación de las sanciones administrativas en las que se incurre en el ámbito de la LCE y su Reglamento

Sobre el particular, los criterios de graduación de las sanciones administrativas aplicables a las infracciones contempladas en el precepto antes citado se encuentran recogidos tanto en el artículo 50, numerales 50.10 y 50.11, de la LCE como en el artículo 264, numeral 264.1, del Reglamento. En ese sentido, a continuación, procederemos a referirnos brevemente a cada uno de ellos:

Naturaleza de la infracción

Dicho criterio se encuentra relacionado con la identificación de diversas categorías que pueden agrupar a los distintos supuestos de infracción administrativa (sea en atención a los bienes jurídicos afectados o en cuanto a la gravedad de la afectación a estos). Sin embargo, tal identificación de categorías ha sido omitida en el texto actualmente vigente del artículo 50 del TUO de la LCE, y resulta incompleta la clasificación indirecta de los supuestos de infracción, basados en el tipo de sanciones que el ordenamiento ha previsto como consecuencia de gravamen aplicable. Al respecto, consideramos que esto resulta insuficiente, pues solo da determinados indicios sobre la existencia de tipos infractores que pueden ser considerados más graves que otros, pero no sobre los criterios por adoptar para la graduación de las sanciones que se va a imponer en cada caso.

Pese a la situación descrita con anterioridad, se aprecia que el TCE ha optado por aplicar este criterio de gradualidad sobre la base de una estimación y ponderación de las normas de orden público y bienes jurídicos afectados por el tipo infractor, pese a que el ordenamiento en la materia no ha recogido lineamientos o metodologías para la identificación de circunstancias agravantes o atenuantes basadas en una valoración de bien jurídico cuyo cumplimiento es tutelado por cada tipo infractor y en cada caso específico⁶.

Intencionalidad del infractor

De acuerdo con la modificación introducida en el TUO de la LPAG por Decreto Legislativo N.º 1272, se incorporó como parte de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora al principio de culpabilidad, que comporta el reconocimiento del régimen de responsabilidad administrativa subjetiva. Sin embargo, como parte del enunciado del mencionado principio, se previó –a su vez– la posibilidad de exceptuar su aplicación en los casos en que así se establezca por Ley o por Decreto Legislativo, lo que consideramos supone una inadecuada limitación del ámbito de aplicación de dicho principio, más aún tomando en consideración que los elementos subjetivos son considerados expresamente como parte del principio de razonabilidad (en su aspecto vinculado a la regla de proporcionalidad) en materia sancionadora administrativa. Así, nuestro ordenamiento general, en forma

⁶ Sobre el particular, a modo de ejemplo, recomendamos revisar la Resolución N.º 1833-2015-TCE-S1 y la Resolución N.º 2126-2019-TCE-S3.

indebida, ha dejado abierta la posibilidad –bajo determinados parámetros– de un régimen sancionador administrativo de responsabilidad objetiva.

Tal ha sido el caso del régimen de la potestad sancionadora administrativa previsto en la LCE y su Reglamento, en la medida en que el artículo 50, numeral 50.3, del TUO de la LCE contempla que la responsabilidad por la comisión de las infracciones tipificadas en dicho artículo es objetiva, «salvo en aquellos tipos infractores previstos en los literales a), b), h) y n) del artículo 50, numeral 50.1» de la referida norma (en los que, entendemos, se admitiría la posibilidad de justificar la conducta sobre la base de la evaluación no solo de la regla de causalidad, sino incluso de elementos subjetivos como parte del tipo infractor).

No obstante ello, y como excepción a la regla de responsabilidad objetiva respecto de la comisión de infracciones administrativas, en el marco del análisis de la graduación de la sanción –es decir, una vez verificada la comisión de uno o más tipos infractores previstos en el artículo 50, numeral 1, del TUO de la LCE–, el ordenamiento especial en la materia sí ha contemplado la necesidad de determinar la existencia o no de intencionalidad en la comisión de la infracción, como parte de los criterios de graduación de la medida de gravamen (sanción) por ser impuesta.

A partir de lo señalado, se advierte que, en el momento de efectuar el análisis correspondiente a la graduación de la sanción, si de la evaluación que realice el TCE se determina la ausencia de intencionalidad, ello solo permitiría contar con un elemento adicional para graduar la sanción aplicable hacia los límites inferiores previstos por el ordenamiento, pero por sí sola no permitiría considerar la ruptura del nexo causal por razón de falta de intencionalidad, que es lo que correspondería a un régimen de responsabilidad subjetiva.

Sobre el particular, se advierte de los pronunciamientos emitidos por el TCE que, sin perjuicio del régimen de responsabilidad objetiva previsto para la comisión de las infracciones administrativas en el TUO de la LCE, dicho órgano ha optado –para efectos de la implementación del mencionado criterio de graduación de la sanción– por aplicar las diversas categorías relacionadas con los elementos de la responsabilidad subjetiva⁷.

⁷ Al respecto, a modo de ejemplo, resulta pertinente citar lo resuelto por la Sala 1 del TCE en el fundamento 13 de la Resolución N.º 1794-2015-TCE-S1, en relación con la «intencionalidad del infractor»: «Intencionalidad: Se advierte un **comportamiento negligente** del Contratista con sus obligaciones contractuales, pues estas fueron parte integrante de su oferta» (subrayado agregado), que da cuenta de elementos subjetivos de la conducta imputada, que son materia de evaluación. Asimismo, recomendamos revisar la Resolución N.º 2126-2019-TCE-S3.

Inexistencia o grado mínimo del daño causado a la entidad contratante

Con relación a este criterio, se advierte que el TCE necesariamente deberá evaluar el perjuicio efectivamente ocasionado, y que el alcance o cuantía de este será lo que determinará si su aplicación permite la graduación de la sanción por imponer hacia sus límites inferiores.

Lo señalado en el párrafo anterior se sustenta en que, atendiendo al tenor del criterio de graduación recogido en el TUO de la LCE y su Reglamento, se advierte que se habría introducido un criterio cuya aplicación tendría un efecto directamente favorable para el administrado en caso de verificarse el cumplimiento de los supuestos de hecho previstos en su enunciado, es decir, la ausencia de un daño efectivo causado a la entidad contratante, o la existencia de un grado mínimo en el daño existente; ello con independencia de la afectación al bien jurídico ocurrido por la comisión de la infracción.

Sobre el particular, si bien el texto actualmente vigente recogido tanto en el TUO de la LCE como en su Reglamento incorpora una mayor precisión que el tenor original del artículo 264 de este último dispositivo (en el que solo se hacía referencia al «daño causado» como criterio de graduación), se advierte la necesidad de precisión sobre la metodología, parámetros y lineamientos que serán utilizados por el TCE para determinar la concurrencia de los supuestos de hechos inherentes a la aplicación del mencionado criterio.

Lo señalado es relevante no solo desde el punto de vista de la aplicación del principio de razonabilidad en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa (en su aspecto relativo a la exigencia de proporcionalidad), sino también desde el punto de vista del principio de verdad material (que rige todo procedimiento administrativo); ello en vista de que, en determinados supuestos (como ocurre en el caso de las infracciones consistentes en la presentación de información falsa), el TCE ha sostenido que el daño se produce por el solo hecho de la comisión de la conducta infractora⁸, en la medida en que se afectan bienes jurídicos tutelados

⁸ Sobre el particular, véanse las Resoluciones N.º 027-2016-TCE-S4 y N.º 1835-2015-TCE-S1. Como contraste (aun cuando consideramos que adolece asimismo de precisión suficiente), resulta pertinente atender que, en el caso del supuesto de infracción consistente en ocasionar la resolución del contrato por el incumplimiento de obligaciones previstas en el mencionado instrumento, en el fundamento 12 de la Resolución N.º 1835-2015-TCE-S1, en relación con el «daño causado», se indica lo siguiente: «Daño causado: debe precisarse que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de fecha 9 de abril de 2014, por parte del Contratista, afectó los intereses de la Entidad Contratante y generó evidentes retrasos en la satisfacción de sus necesidades públicas,

por el ordenamiento (tales como el principio de presunción de veracidad, en el ejemplo antes mencionado), casos en los cuales la aplicación del criterio bajo comentario –a nuestro entender, en forma indebida– quedaría limitada únicamente a la evaluación del grado del daño efectivamente producido, sin tomar en cuenta otros aspectos necesarios para graduar la sanción por imponer.

Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada

El referido criterio se encuentra estrechamente vinculado como una causal atenuante de la responsabilidad del administrado, por lo que –de manera similar a lo comentado con anterioridad– su efectiva verificación deberá tener un impacto favorable para el administrado en la determinación de la cuantía o alcance de la sanción por imponer.

La aplicación del mencionado criterio comporta que el administrado haya reconocido la comisión de la conducta que constituye ilícito administrativo; sin embargo, se exige que dicho reconocimiento se haya producido antes de que la infracción «sea detectada». Sobre el particular, somos de la opinión de que la expresión citada conlleva el inconveniente –del lado del administrado y en relación con el principio de predictibilidad– consistente en la falta de precisión sobre la oportunidad en la que puede llevarse a cabo dicho reconocimiento. Ante la situación descrita, y con finalidad garantista, podría considerarse que el momento a partir del cual no podrá evaluarse la aplicación de dicho criterio consistiría en la calificación formal –por parte de la entidad contratante o del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, según sea el caso– de la existencia de indicios sobre hechos constitutivos de infracción de los cuales la autoridad haya tomado conocimiento, es decir, antes de la decisión de inicio formal del procedimiento sancionador, y habiendo concluido la etapa correspondiente a las actividades de fiscalización que se realizan con carácter previo⁹.

más aún cuando se trata de la adquisición de alimentos, destinados a niños y ancianos albergados en la Entidad».

Asimismo, recomendamos revisar la Resolución N.º 01841 -2020-TCE-S4.

⁹ No obstante lo señalado, tal no habría sido el proceder observado por el TCE, en la medida en que, en algunos casos, se ha considerado que dicho criterio de graduación solo puede ser aplicado a favor del administrado, cuando el reconocimiento de la infracción se produzca con anterioridad a la toma de conocimiento, por la entidad contratante (por propia iniciativa o por la sola presentación de una denuncia), de los hechos cuya evaluación sobre la existencia de indicios de comisión de una infracción administrativa todavía se encuentra pendiente. Sobre el particular, a manera de ejemplo, citamos lo resuelto por la sala 1 del TCE en el fundamento 14 de la Resolución N.º 2642-2014-TCE-S1, en relación con el «reconocimiento de la infracción»: «El reconocimiento de la infracción antes de que sea detectada: conforme a la documentación obrante en el expediente, no

Al respecto, debemos mencionar que el reconocimiento de la infracción cometida con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador no es considerado como un eximente de responsabilidad administrativa, sino únicamente como un atenuante, que debería ser analizado de conformidad con lo previsto en el principio de razonabilidad, recogido en el numeral 4 del artículo 248 del mencionado dispositivo (en cuanto a la regla de proporcionalidad en la sanción por imponer).

Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal

Si bien la norma no lo indica expresamente, somos de la opinión de que el mencionado criterio debe ser interpretado sobre la base de una evaluación del grado de reincidencia en una misma conducta infractora, aun cuando la LCE haya previsto consecuencias específicas para este último supuesto –únicamente–, para el caso de la aplicación de la sanción de inhabilitación definitiva¹⁰.

Consideramos que una opción interpretativa consistente en que la graduación de la sanción por imponer resulte desfavorable para el administrado en caso este registre antecedentes en el Tribunal de Contrataciones del Estado, aun cuando estos correspondan a supuestos de infracción distintos del ilícito por el cual se impone la medida de gravamen, resultaría contraria al principio de razonabilidad aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora, en tanto que comportaría una afectación a la regla de proporcionalidad inherente a este.

En dicho sentido, somos de la opinión de que debería desarrollarse, por la vía normativa y reforzado a través de precedentes administrativos vinculantes del Tribunal de Contrataciones del Estado, tanto un límite material para la evaluación de los antecedentes (vinculándolo a la reincidencia en el mismo tipo infractor) como un límite temporal máximo dentro del cual puede ser observada la existencia o no de antecedentes de imposición de sanciones administrativas (más aún tomando en consideración que, en general, el artículo 248, inciso 3, literal e), del TUO LPAG evalúa la reincidencia dentro del plazo de un año.

No obstante lo señalado, se aprecia que el TCE ha optado por la aplicación de este criterio sobre la base de evaluar si el infractor ha sido o no gravado anterior-

se advierte documento alguno por el cual el Contratista haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera denunciada».

¹⁰ Sobre el particular, el artículo 50, numeral 50.2, literal c), de la LCE ha establecido el criterio de reincidencia únicamente en el supuesto de inhabilitación definitiva, la cual se aplica al proveedor que en los últimos cuatro años ya se le hubieran impuesto más de dos sanciones de inhabilitación temporal que –en conjunto– sumen más de 36 meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal i), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.

mente con el mismo tipo de sanción administrativa, con independencia de si esta medida corresponde o no al mismo tipo infractor respecto del cual se va a determinar la sanción por imponer, y sin considerar un límite temporal máximo para ello¹¹.

Conducta procesal (procedimental)

La aplicación de este criterio comporta la necesidad de evaluar la conducta observada por el infractor durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, lo que, entendemos, debería considerar principalmente el cumplimiento de los deberes inherentes al principio de buena fe procedimental, previsto en el numeral 1.8. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Es en dicho sentido al que entendemos referido el artículo 50, numeral 50.7, de la LCE, cuando menciona dentro de las causales de graduación de la sanción a la «conducta correcta dentro del procedimiento sancionador».

Sin perjuicio de lo indicado, se advierte a su vez que el TCE ha observado una interpretación distinta del mencionado criterio, conforme a la cual se evalúa si los administrados efectivamente han ejercido o no su derecho de defensa mediante la presentación de descargos o escritos complementarios en el procedimiento administrativo sancionador¹². Consideramos que este criterio es cuestionable desde la perspectiva del principio de presunción de licitud (aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa), así como de las garantías inherentes al debido proceso que también se extienden al procedimiento administrativo.

Adopción e implementación del modelo de prevención

La aplicación de este criterio se encuentra orientada a determinar si el proveedor ha implementado un mecanismo y/o metodología de prevención, debidamente certificado, y consistente en la adopción de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de interés, o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

¹¹ Como ejemplo, resulta pertinente tener en cuenta lo indicado en el fundamento 39 de la Resolución N.º 2505-2016-TCE-S1, que en relación con los «antecedentes» señala lo siguiente: «Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal: debe precisarse que las empresas integrantes del Consorcio no cuentan con antecedentes de haber sido sancionadas con inhabilitación temporal o definitiva para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado».

¹² A modo de ejemplo, resulta pertinente tener en cuenta lo indicado en el fundamento 15 de la Resolución N.º 1800-2015-TCE-S1, que en relación con la «conducta procesal» señala lo siguiente: «Conducta Procesal del Infractor: En lo que se refiere a la conducta procesal, debe tomarse en cuenta que las empresas integrantes del Consorcio se apersonaron al presente procedimiento sancionador y cumplieron con presentar sus descargos».

El modelo de prevención a que se ha hecho referencia deberá adecuarse a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal. Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que el artículo 264, numeral 264.2, literal g), del Reglamento del TUO de la LCE exige el cumplimiento de determinados elementos mínimos, a saber: (i) la designación de un encargado de prevención; (ii) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal; (iii) la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal; (iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; (v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención¹³.

El artículo 50, numeral 50.10, del TUO de la LCE señala que la aplicación de este criterio de graduación resultará procedente cuando el administrado infractor haya acreditado la adopción e implementación del mencionado modelo de prevención, «después de la comisión de la infracción y antes del inicio del procedimiento sancionador». Sin perjuicio de ello, somos de la opinión de que ello constituye una condición mínima para la aplicación de dicho criterio en el momento de la graduación de la sanción administrativa, por lo que su implementación con carácter de previsión por parte de los proveedores (aun sin haber tomado conocimiento de la efectiva comisión de una infracción administrativa) debería ser meritudo por el Tribunal como un elemento adicional para una graduación favorable¹⁴.

Sin perjuicio de la relación de criterios de gradualidad de la sanción por imponer, respecto de la cual se ha hecho un breve repaso en las líneas precedentes, somos de la opinión de que, para efectos de la determinación de la eventual sanción por imponer, el TCE se encuentra sujeto a su vez a la aplicación supletoria de los

¹³ En adición a lo señalado, cabe tener presente que, en nuestro ordenamiento actualmente vigente, una regulación general del Modelo de Prevención de Delitos es la contemplada en el artículo 17 de la Ley N.º 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas (incluyendo la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N.º 1352) y el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS.

¹⁴ Consideramos que lo señalado es relevante, toda vez que la adopción del modelo de prevención contemplado en el artículo 50, numeral 50.7, de la LCE constituye un mecanismo que ha sido concebido para contribuir a reducir el riesgo de la comisión de actos indebidos (dentro de los cuales pueden estar comprendidos los supuestos de infracción tipificados en el artículo 50, numeral 50.1, de la LCE), pero cuya finalidad no puede ser su eliminación, así como tampoco resultará procedente o conforme al ordenamiento que se considere que su adopción impone un deber de garantía al administrado, por el cual deba responder en el caso de la comisión de una infracción administrativa con posterioridad a su implementación.

criterios de graduación que informan el principio de razonabilidad aplicable en general al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, y que se encuentran recogidos en el artículo 248, inciso 3, del TUO de la LPAG, por aplicación de lo establecido en el artículo 247, numeral 247.2, del mismo dispositivo. Ello con la finalidad de garantizar que la determinación de la sanción por imponer cumpla efectivamente con la exigencia de proporcionalidad contemplada en el ordenamiento.

Ahora bien, a partir de la revisión del artículo 70 del actual proyecto de la LPAC, cabe destacar las siguientes disposiciones sobre criterios de graduación de la sanción por imponer:

- Remisión al desarrollo del régimen de gradualidad y proporcionalidad por vía reglamentaria: el Proyecto de la LCAP dispone que su reglamento establecerá –entre otros– las reglas del procedimiento sancionador, la gradualidad y proporcionalidad de la imposición de la sanción.
- Reconocimiento de responsabilidad: el Proyecto de la LCAP dispone que, en el supuesto de que el infractor reconozca su responsabilidad por la comisión de la infracción una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, procederá la reducción de la sanción (de acuerdo con las condiciones y graduación que serán establecidas en el Reglamento). Ciertamente, esto es considerado como un supuesto de «atenuante de responsabilidad», de conformidad con lo establecido con carácter general en el artículo 257, numeral 2, del TUO de la LPAG.
- Criterios de graduación de la sanción: en el numeral 9 del artículo 70 del Proyecto de la LCAP, se enuncian los criterios de graduación de la sanción. Sin embargo, resulta relevante señalar que el proyecto de la LCAP ha eliminado el tratamiento individual del criterio de gradualidad relativo a la evaluación de la «naturaleza de la infracción», sin que exista un sustento que ampare dicha omisión.

Sobre este punto, se dispone que el Tribunal del Oscap debe motivar su decisión de graduar la sanción, pero, a diferencia de lo señalado (para determinados tipos infractores) en la normativa actualmente vigente, se propone eliminar la procedencia de la graduación de la sanción por debajo del mínimo previsto.

5. Improcedencia de la aplicación de las causales eximentes de responsabilidad y los supuestos de caducidad, recogidos en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

De otro lado, cabe señalar que el artículo 264, numeral 264.3, del Reglamento del TUO de la LCE ha excluido expresamente la posibilidad de aplicar en los procedimientos sancionadores bajo el ámbito de competencia del TCE: (i) los supuestos eximentes de responsabilidad previstos en el artículo 257, inciso 1, del TUO de la LPAG, dada la determinación objetiva de la responsabilidad (salvo en aquellos tipos infractores previstos en los literales a), b), h) y n) del referido numeral); y (ii) la caducidad administrativa de los procedimientos sancionadores, establecida en el artículo 259 del TUO de la LPAG.

Sobre el particular, entendemos que la referida disposición encontraría sustento en la Primera Disposición Complementaria del TUO de la LCE, conforme a la cual dicha normativa prevalece «sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado»¹⁵.

Al respecto, consideramos que la referida disposición no se adecúa ni guarda relación con lo dispuesto con carácter general en el TUO de la LPAG, que contempla determinadas garantías para el administrado y exigencias para la Administración Pública en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. En efecto:

- El artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG dispone que esta Ley contiene disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. El referido precepto agrega que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en el TUO de la LAPG.

¹⁵ La Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del TUO de la LCE establece que «En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado» (subrayados añadidos).

En ese sentido, las autoridades administrativas –al reglamentar los procedimientos especiales– deberán observar los principios, así como también los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento dispuesto en el TUO de la LPAG.

- En cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, aun cuando (de acuerdo con el artículo 247 del TUO de la LPAG) las disposiciones establecidas en el capítulo III (Procedimiento sancionador) del título IV del citado dispositivo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos especiales, una norma especial no podrá imponer condiciones menos favorables a los administrados.

En ese sentido –y sin perjuicio de que este tema sea tratado en otro trabajo–, consideramos que la restricción de aplicación de los eximentes de responsabilidad y la caducidad administrativa podría ser considerada no solo una contravención a las disposiciones generales que rigen el TUO de la LPAG, sino también una limitación al derecho de defensa de los administrados durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador ante el TCE.

Ahora bien, con independencia de nuestra postura sobre tal limitación, somos de la opinión de que las condiciones eximentes de responsabilidad actualmente recogidas en el artículo 257, inciso 1, del TUO de la LPAG no responden en su totalidad a aspectos que pueden estar relacionados con la identificación de elementos subjetivos en el tipo infractor. Tal es el caso de los siguientes supuestos:

1. El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobados. El mencionado supuesto, en todo caso, estaría relacionado con la aplicación del principio de causalidad (recogido en el artículo 248, inciso 8, del TUO, de la LPAG), y del cual se desprende la exigencia de una relación causal directa entre la infracción y la conducta activa u omisiva del administrado.
2. La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Consideramos que dicho supuesto se vincularía a su vez con el principio de causalidad antes mencionado.
3. La subsanación voluntaria por parte del posible sancionador, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos. Con relación a dicho supuesto, cabe tener presente que este, de hecho (aunque con menor precisión), califica como un criterio de gradualidad de la sanción.

Atendiendo a lo expuesto, consideramos pertinente la realización de una revisión de lo señalado en el artículo 264, numeral 264.3, del Reglamento del TUO

de la LCE, en la medida en que la limitación impuesta por este resultaría contraria al principio de razonabilidad aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

6. Conclusiones

- El TCE del OSCE ejerce la potestad sancionadora administrativa (con carácter exclusivo en el ámbito de aplicación de la referida Ley), y, por tanto, se encuentra facultado para sancionar a los (i) proveedores, (ii) participantes, (iii) postores, (iv) contratistas, (v) subcontratistas y/o (vi) profesionales (residente o supervisor) de obra, incluso en los casos de las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, por la comisión de las infracciones establecidas en el artículo 50, numeral 1, del TUO de la LCE.
- Las sanciones previstas en el régimen de contrataciones del Estado son: (i) multa, (ii) inhabilitación temporal e (iii) inhabilitación definitiva. Asimismo, deberá poner en conocimiento del Ministerio Público los casos en que se detecten indicios de ilícitos penales.
- Una vez determinada la responsabilidad, la sanción por aplicar deberá ser determinada sobre la base del análisis de los criterios de graduación de las sanciones administrativas previstas en el artículo 264, numeral 264.1, del Reglamento del TUO de la LCE.
- El Reglamento del TUO de la LCE ha excluido expresamente la posibilidad de aplicar en los procedimientos sancionadores bajo el ámbito de competencia del TCE: (i) los supuestos eximentes de responsabilidad previstos en el artículo 257, inciso 1, del TUO de la LPAG, dada la determinación objetiva de la responsabilidad (salvo en aquellos tipos infractores previstos en los literales a), b), h) y n) del referido numeral), y (ii) la caducidad administrativa de los procedimientos sancionadores, establecida en el artículo 259 del TUO de la LPAG.

Al respecto, consideramos que la referida disposición contraviene las garantías mínimas establecidas para el administrado en el TUO de la LPAG, en la medida en que los procedimientos especiales (como el procedimiento administrativo sancionador previsto en la normativa de contrataciones del Estado) no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados que las contempladas en dicho dispositivo.

Referencias

- Carbonell, M. (2008). Introducción: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (1.^a ed.). Lima: Palestra Editores.
- Cobo, T. (2008). *El procedimiento administrativo sancionador*. (3.^a ed.). Barcelona: Editorial Bosch.
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (12.^a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, C. (2013). *Solución de controversias y régimen sancionador en la contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica.

Tercera sección: Retos actuales para la solución de controversias en las contrataciones públicas

La alta especificidad de la materia de contrataciones con el Estado no es exclusiva de quienes intervienen en la contratación, sino que se extiende a la solución de controversias derivadas de esta. La frecuente actualización normativa y el surgimiento de disputas especializadas exigen que los profesionales e instituciones arbitrales que atienden estas controversias desarrollen capacidades adecuadas para brindar soluciones efectivas a las materias en contienda.

En este último panel, los expertos desarrollan aspectos específicos del arbitraje de contrataciones con el Estado. Primero, Katty Mendoza comenta sobre las diferentes modificaciones que ha sufrido el arbitraje y la inestabilidad normativa que lo rodea. Seguidamente, José Rosales advierte sobre la problemática de la especialización de los profesionales del Registro Nacional de Árbitros del OSCE y su posible recusación por falta del requerimiento de especialización.

Por otro lado, Carla de los Santos y Salomé Reynoso analizan las modificaciones en la normativa de contratación, y su impacto en los arbitrajes en los que participa el Estado peruano. Y Angela Cámara y Emily Horna abordan las alternativas y problemas que enfrenta un contratista para obtener medidas cautelares que garanticen la efectividad del laudo arbitral.

En el artículo final, Juan Diego Gushiken explica la figura de la junta de resolución de disputas, analizando de manera conjunta la doctrina internacional con las disposiciones normativas en contrataciones con el Estado.

¿Hacia dónde va el arbitraje como medio de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual?

KATTY MENDOZA MURGADO

Sumilla

El artículo resume las diferentes modificaciones que ha sufrido el arbitraje, principalmente, en relación con las idas y vueltas que ha tenido el legislador al definir qué tipo de arbitraje es al que se someterán las partes. Asimismo, expone el escenario de inestabilidad normativa que ha rodeado al arbitraje, proponiendo que la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público cumpla con subsanar esta situación bajo ciertos parámetros que se proponen.

1. Antecedentes

Desde 1992, a través del Decreto Ley N.º 25935 que aprobó nuestra Ley General de Arbitraje, el cual, años después, en 1996, fue derogado por la Ley N.º 26572, se estableció que las controversias que se deriven de los contratos en los que una de las partes sea el Estado¹ podían solucionarse mediante arbitraje, siendo esta

¹ Decreto Ley N.º 25935

«Artículo 1.- [...]

Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. [...]».

Ley N.º 26572

«Artículo 2.- Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias

una disposición opcional y no obligatoria. Como bien sabemos, dicha disposición se mantiene hasta la fecha con el Decreto Legislativo N.º 1071, el cual, con algunos matices dados por el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, habilita el arbitraje con el Estado.

Luego de seis años, en 1998, se introdujeron expresamente en la normativa de contrataciones del Estado peruano la conciliación extrajudicial y el arbitraje como métodos de resolución de controversias. Ello mediante la publicación de la Ley N.º 26850, bajo el siguiente tenor:

Artículo 41°.- Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

Como se puede apreciar, esta norma dispuso que las controversias durante la etapa de ejecución contractual debían ser resueltas obligatoriamente mediante la conciliación o el arbitraje, sin mayor limitación o especificación.

Posteriormente, en el año 2001, se publicó el Decreto Supremo N.º 12-2001-PCM, el cual aprobaba el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por su parte, el Reglamento de esta ley fue aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 13-2001-PCM, norma que estableció, por primera vez, un plazo determinado para que las partes puedan recurrir a la conciliación y/o al arbitraje como mecanismos de solución de controversias durante la ejecución contractual. Dicho plazo para recurrir a través de alguno de los mecanismos de solución de controversias era determinado por la fecha en que quedara consentida la liquidación del contrato. Cabe precisar que dicha disposición no era recogida por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada mediante el Decreto Supremo N.º 12-2001-PCM. Asimismo, debemos tener en cuenta que ni esta Ley ni su Reglamento establecían que dicho plazo fuera de caducidad.

Luego, en 2004, se publicó el Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, el que nuevamente reconocía como mecanismos de solución de controversias durante la ejecución contractual tanto a la conciliación como al arbitraje. Sin embargo, agregó también que las partes podían recurrir a estos mecanismos antes de la culminación del contrato, siendo este un plazo de caducidad.

derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

[...]».

Por otra parte, en el mismo año, se publicó el Decreto Supremo N.º 084-2004-PCM, que aprobó el Reglamento de la ley antes citada, estableciendo plazos de caducidad específicos para controversias que versen sobre nulidad y resolución del contrato, ampliaciones de plazo, valorización de metrados, entre otros, siendo que estos plazos de caducidad ascendían a 15 días hábiles.

Como se puede advertir, tanto la Ley como el Reglamento coexistieron a pesar de su evidente contradicción, pues, mientras que la primera establecía un plazo de caducidad amplio para recurrir a los mecanismos de solución de controversias –hasta antes de la culminación del contrato–, el Reglamento reducía estos plazos, lo cual generaba que, en la práctica, las partes no tuvieran la certeza suficiente respecto a la oportunidad en la que debían solicitar el inicio del arbitraje.

Años después, en 2008, se publicó el Decreto Legislativo N.º 1017, que aprobó una nueva Ley de Contrataciones del Estado, y en 2009, se publicó el Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, que aprobaba el Reglamento de dicha ley, normas que derogaban las anteriores sin corregir la contradicción antes evidenciada respecto al plazo de caducidad.

Fue recién en 2012 cuando se publicaron la Ley N.º 29873 y el Decreto Supremo N.º 138-2012-EF, que aprobaban la modificación de la anterior Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, respectivamente, oportunidad en la que se corrigió la contradicción respecto al plazo de caducidad para recurrir a los métodos de solución de controversia (conciliación y/o arbitraje), precisándose expresamente para qué casos el arbitraje podía iniciarse hasta antes de la culminación del contrato y para qué casos se tenía el plazo específico de 15 días hábiles.

Luego, en 2014, se publicó la Ley N.º 30225, que aprobaba la Ley de Contrataciones y, en 2015, se publicó el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, que aprobaba el Reglamento de dicha ley, en el que el plazo de caducidad específico para solicitar el inicio del arbitraje para resolver controversias relacionadas con resolución del contrato, ampliaciones de plazo, valorización de metrados, entre otros, aumentó de 15 a 30 días hábiles. Asimismo, se introdujo como un nuevo mecanismo de solución de controversias a la junta de resolución de disputas para las contrataciones de obras.

La Ley N.º 30225 fue modificada en 2017 por el Decreto Legislativo N.º 1341, donde se estableció como regla general que los arbitrajes serían institucionales y, en casos específicos, *ad hoc*. En esa misma línea, el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF modificó el Reglamento de la Ley N.º 30225 y estableció que solo se podía recurrir a arbitrajes *ad hoc* cuando las controversias deriven de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, cuyo monto contractual original sea

menor o igual a 25 UIT. Esta limitación al arbitraje *ad hoc* fue modificada en el año 2019, al publicarse el Decreto Legislativo N.º 1444, a través del cual, entre otros, se amplió la posibilidad de recurrir en arbitraje *ad hoc* respecto a contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a S/ 5 millones, lo cual fue recogido en el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, que aprobó el nuevo Reglamento de la Ley N.º 30225. Es sobre este punto que más adelante graficaremos los cambios que se han generado para llegar a evidenciar si todas las modificaciones introducidas brindan las garantías que se busca en el arbitraje o, por lo menos, las que intentó introducir el legislador.

Por último, se debe acotar que con el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, y con ello se integraron todas las modificaciones introducidas a la Ley N.º 30225.

2. ¿Cuál es el escenario normativo que tiene el arbitraje?

Después de todos los cambios que ha sufrido el arbitraje como medio de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual, a lo que más recurren las partes, y que hemos intentado resumir en el punto anterior, corresponde, ahora, responder la siguiente interrogante: ¿cuál es el escenario normativo actual de dicho mecanismo?

La respuesta parecería simple, pues remitirnos al artículo 45 del TUO de la Ley N.º 30225, que consolida los cambios normativos introducidos a esta última ley, nos debería dar una respuesta. Y, de hecho, nos la da; sin embargo, no sabemos por cuánto tiempo más. Ello debido a una simple verificación de las numerosas modificaciones que ha sufrido, en los últimos años, la Ley N.º 30225 y a su latente posibilidad de ser derogada, debido a la iniciativa prepublicada del legislador de reemplazarla por la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público.

Ante ello, nos atrevemos a afirmar que el escenario normativo del arbitraje en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado es uno principalmente inestable, pues sus diversas modificaciones así lo evidencian; pero no solo eso, sino que también se encuentra sobrerregulado, y, como bien sabemos, la sobrerregulación normativa lo único que genera es ambigüedad, e imposibilidad de tener reglas claras respecto a un mecanismo al que constantemente acuden las partes.

Consideramos que un eje importante que debe definirse para evaluar hacia dónde va el arbitraje en el marco de la ley de contrataciones públicas es determinar el tipo o tipos de arbitraje que el Estado establecerá como mecanismo de solución de controversias luego de la suscripción del contrato. Así, tenemos que, desde hace años, el Estado viene divagando no solo en su interés de arbitrar sus

controversias, sino en definir el tipo de arbitraje que se llevará a cabo para ello. Es decir, sigue sin definir cuál de los dos tipos de arbitraje, institucional, *ad hoc*, o ambos, será el permitido para arbitrar con el Estado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.

3. ¿Arbitraje institucional o *ad hoc*? ¿Solo institucional? ¿O ambos?

El arbitraje es un medio heterocompositivo de solución de controversias a través del cual un tercero, denominado árbitro, es el encargado de resolver las controversias entre las partes producto de una determinada relación jurídica, mediante lo que conocemos como laudo, que tiene la calidad de cosa juzgada. Es este mecanismo de solución de controversias con estas características principales por el que optó nuestro legislador, y el que incluyó como cláusula obligatoria en los contratos mediante los cuales el Estado contrata con un particular; además, claro está, de la posibilidad de conciliar.

Hasta allí, lo que teníamos regulado era la voluntad del Estado, expresada como condición obligatoria en Ley, de que todas sus controversias con particulares producto de las contrataciones que formule en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado deberían ser resueltas mediante el arbitraje. Esta opción legislativa fue recogida desde la dación de la Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones del Estado, la cual, en su artículo 41, estableció que cuando surja entre las partes una discrepancia en la ejecución o interpretación del contrato, esta sería definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes; es decir, desde hace más de 20 años, el Estado adelantó su voluntad de solucionar sus controversias con los particulares que contrataba mediante la conciliación y el arbitraje.

Sin embargo, esa condición general obligatoria planteada por el Estado ha sufrido diversas modificaciones que nos han llevado a un escenario que, consideramos, genera incertidumbre y ambigüedad. ¿Por qué dicha afirmación?

Porque, como lo adelantamos líneas arriba, las diversas modificaciones que ha sufrido el artículo 52 de la Ley N.º 30225 y su actual regulación generan ello, pues no solo condicionan a que el particular que contrate con el Estado se someta obligatoriamente² a un arbitraje, sino, al parecer, prioritariamente a un arbitraje

² Respecto a si se trata o no de un arbitraje obligatorio, podemos revisar mucha doctrina que desarrolla ese tema. Entre ellos, a Castillo y Sabroso (2011, p. 140), quienes señalan que: «Uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, del año 1998, que estableció (por primera vez) como una de las cláusulas obligatorias en los contratos que

institucional, pudiendo ser solo *ad hoc* cuando las controversias se deriven de contratos cuyo monto original sea menor de S/ 5 millones. Ello aunado a las diferentes interpretaciones que se viene dando a la modificación que ha sufrido el Decreto Legislativo N.º 1071, a través del Decreto de Urgencia N.º 020-2020, el cual señala expresamente, entre otros, que cuando el Estado intervenga en el arbitraje, este será institucional, pudiendo ser *ad hoc* solo cuando el monto en controversia no supere las 10 UIT. La pregunta, ante ello, sería: ¿en un arbitraje con el Estado, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, hasta qué monto es posible pactar un arbitraje *ad hoc*, S/ 5 millones o 10 UIT?

Para dar una respuesta a dicha interrogante, presentamos las tablas siguientes, donde mostraremos el escenario normativo que ha venido afectando al arbitraje con el Estado, solo a partir de la Ley N.º 30225.

Tabla 1
Ley N.º 30225 y sus modificatorias más D. U. N.º 020-2020

	Ley N.º 30225 (vigente 9/1/2016)	D. L. N.º 1341 (vigente 3/04/2017)	D. L. N.º 1444 (vigente 30/1/2019)	TUO de la Ley N.º 30225 – D. S. N.º 082-2019-EF (vigente 14/3/2019)	D. U. 020-2020, que modifica la Ley N.º 1071 (vigente 27/1/2020)
Medios de solución de controversias en el arbitraje administrativo	Conciliación o arbitraje. JRD	Conciliación o arbitraje institucional. JRD	Conciliación o arbitraje. JRD	Conciliación o arbitraje. JRD	Cuando el Estado es parte el arbitraje, es institucional.
Arbitraje <i>ad hoc</i>	No se menciona nada.	En el Reglamento, se regulan supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje <i>ad hoc</i> .	En el Reglamento, se regulan supuestos para recurrir al arbitraje <i>ad hoc</i> .	En el Reglamento, se regulan supuestos para recurrir al arbitraje <i>ad hoc</i> .	Solo podrá ser <i>ad hoc</i> cuando el monto de la controversia no supere las 10 UIT.

regula, la de solución de controversias estableciendo que “cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”. [...] En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia es que se trataría de un arbitraje obligatorio, cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes».

Tabla 2
Reglamento de la Ley N.º 30225 y sus modificaciones

	Reglamento de la Ley N.º 30225 – D. S. N.º 350-2015-EF (vigente 9/1/2016)	D. S. N.º 056-2017-EF (vigente 3/4/2017)	Nuevo Reglamento de la Ley N.º 30225 – D. S. N.º 344-2018-EF (vigente 30/1/2019)	D. S. N.º 377-2019-EF (vigente 16/12/2019)	DS N.º 168-2020-EF (vigente 1/7/2020)
Medios de solución de controversias en el arbitraje administrativo	Conciliación, JRD o arbitraje.	Conciliación, JRD o arbitraje institucional.	Conciliación, JRD o arbitraje institucional.	No fue modificado.	No fue modificado.
Arbitraje institucional	Las partes pueden someterse a un arbitraje institucional. En una institución arbitral acreditada por el OSCE. Ante cualquier institución acreditada: cuando no se haga referencia a una institución arbitral determinada, o se refiera a una institución arbitral no acreditada.	Cuando corresponda, las partes deben someterse a un arbitraje institucional. En una institución arbitral acreditada por el OSCE. Ante cualquier institución acreditada ubicada en el lugar del perfeccionamiento del contrato o, en caso no exista una en dicho lugar, ante cualquier otra ubicada en un lugar distinto (8 supuestos).	Cuando corresponda, se encomienda a una institución arbitral. El arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral (6 supuestos).		

Arbitraje <i>ad hoc</i>	Solo cuando en el convenio: No se precise que es institucional; o No se precisa la institución arbitral; o No se incluya el convenio arbitral en el contrato.	Solo cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a 25 UIT.	Solo cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a S/ 5 millones.	Solo cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial sea menor o igual a S/ 5 millones.	No fue modificado.
-------------------------	---	--	---	---	--------------------

Las tablas 1 y 2 nos permiten evidenciar que, hasta la dación de la Ley N.º 30225, lo que establecía la normativa de contrataciones del Estado era la voluntad del Estado de resolver sus controversias mediante el arbitraje y, en caso se presentara una patología en el convenio arbitral que impidiese definir el tipo de arbitraje, se optaría por el arbitraje *ad hoc*. Dicha situación cambió a partir del Decreto Legislativo N.º 1341 y su Reglamento, Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, pues con dichos dispositivos legales el Estado estableció que, si bien sus controversias seguirían resolviéndose mediante el arbitraje, dicho arbitraje debía ser uno institucional, y no solo ello, sino que tendría que ser ante una institución arbitral acreditada por el OSCE. Las razones que llevaron a dicha modificación no serán materia de análisis en el presente artículo, pues entendemos que lo que buscaba el legislador era brindar al arbitraje mayores garantías que permitan evitar la realización de arbitrajes controversiales o cuestionables; y las características que tiene un arbitraje institucional (Del Águila, 2004, p. 234), a entender del legislador, brindaban ese velo de protección.

Dejando de lado dicha discusión, lo que sí es importante mencionar es que, a pesar de lo regulado, el OSCE nunca acreditó a ninguna institución arbitral³; en

³ A pesar de lo manifestado en la Opinión N.º 158-2017/DTN, nunca se acreditó a ninguna institución arbitral. La Opinión N.º 158-2017/DTN, en su oportunidad, señaló lo siguiente: «En tanto no se publique el listado de instituciones arbitrales acreditadas y ello conlleve a que las Entidades (i) no designen dentro de la cláusula de solución de controversias institución arbitral alguna, o que (ii) habiendo designado determinada institución arbitral, ésta no cumpla con la acreditación respectiva, corresponderá aplicar lo previsto en el numeral 185.4 del artículo 185 del Reglamento, es decir, en el momento en el que surja alguna controversia, las partes deberán iniciar el correspondiente proceso arbitral ante una institución arbitral que en dicha oportunidad se encuentre debidamente acreditada ante el OSCE». <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737505-opinion-n-158-2017-dtn>

consecuencia, lo que sucedía en la práctica era que las partes acudían a cualquier centro de arbitraje, el cual no tenía ningún tipo de exigencia para funcionar como tal ni se encontraba supervisado por ninguna entidad; y se procedía de dicha manera dado que la norma te obligaba a someterte a un arbitraje institucional, limitando el arbitraje *ad hoc* a contratos cuyo monto contractual no superara las 25 UIT. Esta situación se mantuvo con el Decreto Legislativo N.º 1444; sin embargo, el vigente Reglamento de la Ley N.º 30225, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, amplió la brecha para la realización de arbitrajes *ad hoc* a contratos cuyo monto contractual fuera de hasta S/ 5 millones. Hasta aquí nos planteamos otra interrogante: si la decisión plasmada en el Decreto Legislativo N.º 1341 era arbitrar en el marco de un arbitraje institucional, ¿por qué el legislador amplió la brecha para la realización de arbitrajes *ad hoc*? ¿Acaso los arbitrajes por debajo de S/ 5 millones no deben de ser igual de protegidos mediante la realización de un arbitraje institucional?

Pues bien, lo único que evidencian las diversas modificaciones del tipo de arbitraje que debe primar en el desarrollo de un arbitraje con el Estado, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, es que no existe una posición clara del legislador acerca de ello, y, desde nuestro punto de vista, eso es así debido a que el tipo de arbitraje no es el que define o garantiza el desarrollo de este, sino los profesionales a quienes se encomienda el resultado de dichos procesos arbitrales, es decir, el tema no está en regular el tipo de arbitraje u obligar a las partes a someterse a uno u otro tipo de arbitraje, sino en establecer pautas que permitan la elección de árbitros idóneos que brinden las garantías de transparencia e independencia para el correcto desarrollo de un arbitraje.

Pero ello no quedó así, pues, con la publicación del Decreto de Urgencia N.º 020-2020, que modificó el Decreto Legislativo N.º 1071, Ley de Arbitraje, nuevamente nos preguntamos: ¿cuál es el parámetro para acudir a un arbitraje *ad hoc*? ¿S/ 5 millones o 10 UIT, como lo señala dicha modificación? Nuestra opinión es que, tratándose la Ley de Contrataciones del Estado de una norma especial y la Ley de Arbitraje de una norma general, lo que debe predominar, por el principio que establece que prima la ley especial sobre la general, es lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que se podrá acudir a un arbitraje *ad hoc* hasta cuando el monto del contrato no supere los S/ 5 millones.

Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la obligación de someterse a un arbitraje institucional que ha impuesto nuestra normativa de contrataciones ha generado la creación de numerosos centros de arbitraje a nivel nacional, ello debido a que los centros que existían a la fecha no iban a ser suficientes para

encargarse del número de arbitrajes que inicia y se inician contra el Estado en el marco de la normativa de contrataciones públicas. Es preocupante notar que, para el funcionamiento de dichas instituciones arbitrales, no tiene que cumplirse con ningún tipo de exigencia legal, dado que la norma no lo ha establecido así, ni tampoco se encuentran supervisados por ninguna entidad, y que la única exigencia que tienen es su inscripción en el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje (Renace), a cargo del Ministerio de Justicia⁴, tal y como lo dispone el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, el cual a la fecha es automático.

Por último, se debe mencionar que la reciente prepublicación de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público no nos da ninguna señal de solución. Esperemos que, de ser aprobada, su Reglamento tenga en consideración la problemática actual y establezca un criterio de fondo que no parta por considerar que el elegir un determinado tipo de arbitraje será una solución para garantizar el correcto desarrollo de los arbitrajes con el Estado en el marco de la normativa de contrataciones.

4. Conclusiones

- Al tratarse el arbitraje del mecanismo de solución de controversias al que más acuden las partes para encontrar una solución a las controversias que se generan luego de suscrito el contrato con el Estado, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, dicha institución debe tener reglas de juego claras, que no deben ser modificadas constantemente sino tener como eje principal su permanencia en el tiempo, pues, de lo contrario, no brindarían seguridad jurídica a las partes intervinientes. Recordemos que, además del Estado, en un arbitraje también participa un contratista, que no solo se ve en la necesidad de someterse a un arbitraje para solucionar las controversias que se generen con el Estado, sino que se somete a la

⁴ Respecto al Renace existen otras muchas interrogantes, pues, hasta la fecha, la institución que se encarga del Registro de Árbitros es el OSCE; sin embargo, dado que el OSCE nunca asumió la competencia brindada por ley para acreditar a las instituciones arbitrales, entendemos, el legislador ha optado por modificar esto y encargar al Ministerio de Justicia la competencia para ambos registros. Lo que no sabemos es qué sucederá con el vigente Registro Nacional de Árbitros que controla el OSCE. Lo que se recomienda a la fecha, dada la vigencia de ambos registros, es que los profesionales que deseen arbitrar se registren necesariamente en el Renace y en el RNA; en este último, principalmente, en la medida en que deseen ostentar el cargo de presidente, árbitro único o árbitro designado por una entidad pública. La prepublicada Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, en este punto, lo único que adelanta es que será el Ministerio de Justicia el que se encargará del Registro de Árbitros y de los centros de arbitraje.

voluntad variante que tiene el legislador, la cual se plasma en las diversas modificaciones respecto al tipo de arbitraje al que se deberán someter las partes, teniendo como único criterio para ello el monto contractual.

- Todos los cambios introducidos al arbitraje con el Estado, en el marco de la normativa de contrataciones públicas, evidencian que no existe un norte claro, es decir, se realizan modificaciones antojadizas que no tienen un objetivo y se dictan normas que colisionan entre ellas, que es lo que sucede con la vigente Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto de Urgencia N.º 020-2020. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, al tratarse la Ley de Contrataciones del Estado de una norma especial, esta primará sobre lo dispuesto por la Ley de Arbitraje, por lo que se podrá acudir en arbitraje *ad hoc* respecto a contratos cuyo monto contractual no supere los S/ 5 millones.
- *Ad portas* de la entrada en vigor de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, que derogará la Ley de Contrataciones del Estado, sería importante que se tenga en cuenta que lo relevante no es el tipo de arbitraje, sino los profesionales encargados de resolver las controversias, por lo que las exigencias para asumir el cargo de árbitro deben ser claras y objetivas, permitiendo tener un amplio número de árbitros en capacidad idónea para asumir dicho cargo.

Referencias

- Castillo, M., & Sabroso, R. (2011). El arbitraje del Estado peruano. *Ius et Veritas*, 21(43), 140-145.
- Del Águila, P. (2005). Arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*: ¿he ahí el dilema? *Revista Peruana de Arbitraje*, (1), 231-263.
- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2017). Opinión N.º 158-2017/DTN. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737505-opinion-n-158-2017-dtn>

Alcances de la recusación en la nueva normativa de contrataciones con el Estado. El problema de la especialización de los árbitros como causal de recusación establecida en la Ley de Contrataciones del Estado¹

JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO

Sumilla

En el presente artículo, el autor desarrolla la problemática de la especialización de los profesionales que están dentro y fuera del Registro Nacional de Árbitros del OSCE (RNA-OSCE) y analiza si estos podrían ser objetivamente recusados por la falta del requerimiento de especialización.

1. Introducción

En el año 1998, se estableció que todos los contratos suscritos por el Estado en materia de adquisiciones y contrataciones del Estado debían contar con cláusulas obligatorias de solución de controversias, las cuales estipulaban el uso de la conciliación y/o arbitraje como mecanismos alternativos², según como las partes lo

¹ A mi hijo Rodrigo y mi esposa Gisselle, por sus travesuras durante el desarrollo del presente trabajo, que me motivan a seguir trabajando cada día para ellos.

² El artículo 53 de la Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones del Estado, señala lo siguiente: «[...] Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente [...]».

acordaran. Todo ello con la finalidad de equilibrar la excesiva duración y carga de los procesos judiciales (Kundmüller, 1999, p. 217); ello generó la creación de lo que conocemos hoy como el «arbitraje administrativo»³, con su característica principal que es la de tener como una de las partes al Estado, y con ello su propio régimen normativo especial establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, así como, también, las Directivas reguladas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Actualmente, los mecanismos de solución de controversias en contratación pública se rigen por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado N.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, los cuales incluyen una serie de particularidades para tener las condiciones para ser árbitros⁴.

La creación de condiciones para ser árbitros, desde nuestro punto de vista, ha buscado generar relaciones de confianza entre las partes y los profesionales que van a ejercer la actividad de árbitros; en virtud de ello, uno de los temas más trascendentales en los arbitrajes es que los árbitros actúen con imparcialidad e independencia en sus relaciones con las partes durante el desarrollo de estos.

Si bien el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante «Ley de Arbitraje») contempla reglas para la recusación⁵ y remoción⁶ de los árbitros, es pertinente señalar que la normativa de contratación

³ Para conocer más acerca del arbitraje administrativo, véanse los trabajos de Kundmüller (1999), Baca (2006), Kundmüller y Pérez-Rosas (2006), Castillo y Sabroso (2009), Guerinoni (2013) y Paulet (2013).

⁴ En los numerales 45.15); 45.16) y 45.27) del artículo 45 del TUO de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se establece una serie de condiciones para ejercer la labor de árbitros en materia de contratación pública.

⁵ El numeral 234.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente: «Los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas: a) Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 233 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 233. b) Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecido en la legislación y el convenio arbitral. c) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna».

⁶ El artículo 29 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente: «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

pública establece sus propias reglas para evaluar las condiciones de los profesionales que ejercen la actividad de árbitros en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, incluyendo la regulación ética de su conducta profesional⁷ durante las actuaciones arbitrales, a través de las infracciones y sanciones contempladas.

En el presente trabajo, trataremos de explicar cómo se inicia el proceso de recusación y si han existido casos en los que se recuse a los árbitros por falta de especialización. Luego de determinar ello, procederemos a responder cuáles son las condiciones para ser árbitros que nos exige la normativa vigente, para luego establecer si la falta de la especialización requerida a los árbitros es un problema o no.

2. ¿Cómo se inicia el procedimiento de recusación?

La recusación es una herramienta que permite a las partes garantizar que se cumpla con la independencia e imparcialidad de los árbitros mientras se está desarrollando el arbitraje, así como cautelar el cumplimiento de las condiciones y exigencias establecidas por estas en el convenio arbitral.

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de Arbitraje, las reglas de la recusación pueden ser pactadas por las partes, se puede hacer referencia a un determinado reglamento arbitral⁸ o, en su defecto, rigen las reglas generales contempladas en la mencionada ley. Asimismo, en el numeral segundo del citado artículo, se con-

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: [...]».

Por su parte, el artículo 30 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente: «1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes»

⁷ El numeral 45.28 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente: «El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituye infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad: a) Amonestación. b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años. c) Inhabilitación permanente».

⁸ Dentro de los reglamentos arbitrales más representativos en la ciudad de Lima en materia de arbitraje en contrataciones, tenemos: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, el Centro de Arbitraje de la Cámara Peruana Americana (Amcham Perú) y el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

templa un procedimiento supletorio cuando las partes no acuerdan reglas para la recusación de árbitros.

Es por ello que, cuando nos encontramos con un arbitraje *ad hoc* bajo la normativa de contrataciones del Estado, son las mismas partes las que acuerdan libremente el procedimiento de recusación que deben seguir los árbitros; y, cuando existe una falta de acuerdo, es competencia del OSCE resolver la recusación, cumpliendo lo señalado en el artículo 234 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; a diferencia del arbitraje institucional, donde las partes se ciñen al procedimiento de recusación de cada institución arbitral, en donde se fija su procedimiento.

Sobre los casos de recusación en contratación pública, es importante señalar que con anterioridad se realizó un estudio (Cuba, Apaza, & Rosales, 2014) en el que se precisó la siguiente información:

[...] es notorio que, durante los años 2011, 2012 y 2013 más del 70% de motivos o causales que sustentaron una recusación se relacionaban con el incumplimiento de deberes éticos de los árbitros (incumplimiento del deber de revelación y dudas justificadas de independencia e imparcialidad). Vale decir, la desconfianza que tienen las partes respecto de las personas que deben resolver sus controversias, se sustenta fundamentalmente en cuestionamientos de orden subjetivo o ético en la conducta de los árbitros con motivo del ejercicio de su función». (p. 29)

Por su parte, el profesor De Trazegnies señala lo siguiente: «Los casos de recusación en el Perú han sido variados y, aunque no suceden con demasiada frecuencia, presentan un espectro bastante amplio: desde conflictos de interés de naturaleza bastante clara, como que el árbitro sea socio en el Estudio de abogados del defensor legal de alguna de las partes en el mismo arbitraje o casos menos claros como cuando el árbitro ha sido alguna vez en el pasado abogado de alguna de las partes en otro asunto, hasta casos pintorescos como la impugnación basada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes o que el árbitro es amigo del padre del abogado o del apoderado de alguna de las partes o incluso aduciendo el disgusto por la anterior participación política de un árbitro, la que no es compartida por una de las partes o por sus abogados» (De Trazegnies, 2006, pp. 165-166).

De lo señalado, podemos apreciar que, si bien la mayoría de los casos de recusaciones son por el deber de revelación, existe un número menor en los que se han cuestionado temas relacionados con exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.

Sobre el particular, podemos señalar el caso ocurrido en la Resolución N.º 063-2010-OSCE/PRE, en la cual se solicitó la recusación del presidente del Tribunal Arbitral porque no cumplía con las exigencias establecidas en el artículo 195 del antiguo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 013-2001-PCM; por considerar que el presidente del Tribunal Arbitral no era especialista en el tema de derecho de construcción y obras públicas, a pesar de que había resuelto una serie de arbitrajes vinculados a los temas mencionados⁹.

De la misma forma, podemos apreciar que el OSCE, en otros casos¹⁰, ha analizado la especialización de los árbitros para resolver el procedimiento de recusación, ante lo cual dicha entidad señaló lo siguiente: «Cabe señalar que el OSCE, en anteriores resoluciones de recusaciones vinculadas a la acreditación de las especializaciones de los árbitros ha precisado las dos formas de acreditar la especialización (es decir, mediante la formación académica o instrucción y la experiencia profesional) [...] la Resolución N.º 373-2013-OSCE/PRE de fecha 31 de octubre de 2013, hace la precisión que el “expertise” también puede acreditarse mediante el ejercicio de la función de docencia universitaria en las materias correspondientes [...]».

Si bien los casos mencionados tienen cierta antigüedad, es importante señalar que el desarrollar niveles de especialización y/o conocimiento mediante una norma infralegal, como ha pretendido regular el OSCE para el procedimiento de incorporación al RNA-OSCE –a través de la Directiva N.º 006-2020-OSCE/CD, Directiva del Procedimiento del Registro Nacional de Árbitros, aprobada por Resolución N.º 065-2020-OSCE/PRE–, es una situación que puede generar que se recuse a profesionales externos que no se encuentren inscritos en el RNA-OSCE¹¹, aunque estos cuenten con una trayectoria profesional en arbitraje, contrataciones del Estado y/o derecho administrativo, o que pueden ser parte de otras nóminas y/o registros de instituciones arbitrales.

⁹ Véase la Resolución N.º 063-2010-OSCE/PRE (Expediente de Recusación N.º 046-2009, iniciado por la Dirección Ejecutiva del Proyecto Especial Chira-Piura).

¹⁰ Véase la Resolución N.º 400-2013-OSCE/PRE (Expediente de Recusación N.º 042-2014, iniciado por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo).

¹¹ La norma no exige que los árbitros que conforman un Tribunal Arbitral designados por el contratista cuenten con RNA-OSCE; y, de igual manera, guarda silencio sobre la situación del árbitro único.

3. ¿Cuáles son las condiciones para ser árbitro bajo la Ley de Contrataciones del Estado?

Las condiciones que se requieren para ser árbitro están previstas en la Ley de Contrataciones del Estado. Estas condiciones se encuentran en el artículo 45, numeral 45.15, las cuales son: «El árbitro único y el presidente del Tribunal Arbitral deben ser necesariamente abogados, los cuales deben contar con una especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del Tribunal Arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado».

Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado o como presidente del Tribunal Arbitral¹², en un arbitraje institucional o *ad hoc* en materia de contrataciones con el Estado, solo se requiere su inscripción en el RNA-OSCE¹³.

Para obtener el mencionado registro, el postulante deberá cumplir con las condiciones detalladas en el numeral 7) sobre la «Inscripción al Registro Nacional de Árbitros» del anexo N.º 2 (Procedimientos) del Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF; las cuales son: (i) contar con título profesional; (ii) acreditar formación mínima¹⁴; (iii) acreditar experiencia laboral mínima¹⁵; (iv) aprobar la evaluación

¹² El numeral 45.16 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente: «Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Asimismo, para la designación residual del presidente del Tribunal Arbitral en una institución arbitral o ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros».

¹³ El artículo 242 del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente: «El Registro Nacional de Árbitros (RNA-OSCE) es el listado de profesionales que pueden desempeñarse como árbitros cuando una Entidad los designe en arbitrajes institucionales o ad hoc, y para efectos de designaciones residuales, conforme lo establecido en el artículo 232. Dicho registro es administrado por el OSCE y su información es publicada en su portal institucional».

¹⁴ Con relación a la formación profesional mínima, se señala lo siguiente: «i) El profesional abogado, para el caso de árbitro único y presidente de tribunal arbitral, acredita capacitaciones realizadas por universidades licenciadas que demuestren su especialización en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo, cada uno no menor de ciento veinte (120) horas académicas; o de ser docente universitario acredita como mínimo dos (2) años, cuatro (4) semestres o doscientos cuarenta (240) horas académicas en cualquiera de dichas especialidades; ii) El profesional o experto, para el caso de integrante de un tribunal arbitral, acredita como mínimo capacitación realizada por universidades licenciadas que acrediten su especialización en contrataciones con el Estado, no menor de ciento veinte (120) horas académicas; o de ser docente universitario acredita como mínimo dos (2) años, cuatro (4) semestres o doscientos cuarenta (240) horas académicas en la especialidad». (El subrayado es nuestro).

¹⁵ Con relación a la experiencia profesional mínima, se señala lo siguiente: «i) El profesional abo-

de conocimientos, con una nota mínima de 14 y la entrevista personal para ser incorporado en el RNA – OSCE; (v) no tener más de dos recusaciones fundadas resueltas por el OSCE y/o por cualquier otra institución arbitral en arbitrajes sobre contrataciones con el Estado, en los dos últimos años; (vi) no haber sido excluido o suspendido del RNA; (vii) no encontrarse incurso en algunos de los supuestos de impedimentos en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; (viii) no tener prohibiciones, incompatibilidades, antecedentes penales o policiales y sanciones; (ix) no haber sido sancionado por el Consejo de Ética; (x) no haber sido destituido o despedido de la función pública y/o jurisdiccional o no haber sido despedido por falta grave de la función privada; (xi) no haber sido excluido y/o suspendido de otros registros o nóminas de árbitros por cuestionamientos a la ética; y (xii) no encontrarse involucrado en hechos o circunstancias que representen razonablemente un potencial riesgo para el interés público y que por su importancia afecten o pongan en duda seriamente su idoneidad moral o profesional.

Si bien la normativa de contrataciones permite la pluralidad de árbitros de diversas profesiones que se especialicen en otras materias –debido a que se busca evitar que los abogados monopolicen el ejercicio profesional como árbitros en los arbitrajes en contrataciones con el Estado–, la norma exige que el presidente del Tribunal Arbitral o el árbitro único sean necesariamente abogados, debido a que ello garantiza que se produzca un «laudo de derecho» (Kundmüller, 1999, p. 218).

De lo señalado, podemos apreciar que la normativa de contrataciones del Estado establece condiciones para poder desempeñarse como árbitro único, presidente de Tribunal Arbitral y/o miembro de un Tribunal Arbitral, y que en algunos casos se determina que los profesionales no requerirán RNA-OSCE.

Dentro de las condiciones para ser árbitro único y/o presidente del Tribunal Arbitral se encuentran las siguientes: (i) ser abogado; (ii) tener especialización en arbitraje, contrataciones del Estado y derecho administrativo; (iii) no encontrarse inmerso en los impedimentos para ejercer la función de árbitro del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y, (iv) encontrarse registrado en el RNA-OSCE¹⁶.

gado, para el caso de árbitro único y presidente de tribunal arbitral, acredita como mínimo cinco (5) años de experiencia en contrataciones con el Estado y/o derecho administrativo y/o arbitraje mediante el ejercicio de la función pública o privada de la profesión y/o en arbitrajes actuando como árbitro, abogado o secretario arbitral; ii) El profesional o experto, para el caso de integrante de un tribunal arbitral, acredita como mínimo cinco (5) años de experiencia en contrataciones con el Estado mediante el ejercicio de la función pública o privada de la profesión actuando como árbitro o secretario arbitral». (El subrayado es nuestro).

¹⁶ En el caso del árbitro único, la Ley de Contrataciones del Estado no exige el RNA-OSCE, a

Asimismo, para ser miembro del Tribunal Arbitral podemos apreciar las siguientes: (i) ser profesional; (ii) tener conocimiento en contrataciones del Estado; (iii) no encontrarse inmerso en los impedimentos para ejercer la función de árbitro del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; y (iv) encontrarse registrado en el RNA-OSCE¹⁷.

Al respecto, corresponde señalar que las exigencias de la normativa de contrataciones del Estado son las únicas que se deben considerar, sino también las contempladas en la Ley de Arbitraje¹⁸.

En ese sentido, podemos apreciar que muchas de las condiciones para ser árbitro en arbitrajes de contrataciones del Estado tienen un carácter objetivo; sin embargo, se verifica un corte subjetivo, cuando se exige que los árbitros cuenten con grados de conocimiento¹⁹ y especialización²⁰.

En virtud de lo regulado en la normativa de contrataciones del Estado, se puede apreciar que los requisitos de especialización y conocimiento no son problemas nuevos, debido a que parte de la doctrina ya los ha desarrollado.

Sobre el particular, Castillo y Sabroso indican lo siguiente:

[...] la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una norma que peca por exceso, en la medida de que trata de exigir esta especialidad o especialización que no necesariamente va a ser fácil de acreditar y, además, al establecer estos requisitos que a nuestro entender son una demasía, abre la puerta para injustificadas recusaciones de árbitros en donde se alegue que no son precisamente especialistas en estas áreas señaladas. (2009, p. 147)

diferencia de la exigencia que se pide al presidente del Tribunal Arbitral. Sin embargo, el artículo 230.4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que en los arbitrajes *ad hoc* se requiere contar con RNA-OSCE.

¹⁷ La norma solo exige a los árbitros designados por el Estado contar con RNA-OSCE, no hay la misma exigencia para los árbitros designados por el contratista. Sin embargo, el artículo 230.4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado va por encima de la regulación de la Ley al exigir que todos los árbitros en arbitraje *ad hoc* deben contar con RNA-OSCE.

¹⁸ Al respecto, consideramos que no son las únicas, debido a que hay que ceñirnos a las condiciones de capacidad e incompatibilidad para ser árbitro que recogen los artículos 20 y 21 de la Ley de Arbitraje, entre las cuales podemos señalar: (i) ser persona natural; (ii) pleno ejercicio de derechos civiles; y (iii) no contar con las incompatibilidades para ser árbitro conforme a las normas de incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos.

¹⁹ El diccionario de la RAE define «conocimiento» como: (i) acción y efecto de conocer. (ii) entendimiento, inteligencia, razón natural. Definición recogida de la Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/conocimiento>

²⁰ El diccionario de la RAE define «especialista» como: (i) adjetivo. Que cultiva, practica o domina una determinada disciplina, materia o actividad. (ii) adjetivo coloquial. Dicho de una persona: que tiene gran habilidad o capacidad para hacer algo. Definición recogida de la Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/especialista>

Por su parte, García-Calderón y Molero consideran que todos los árbitros deberían contar con las mismas especializaciones señaladas en la normativa de contrataciones, sin hacer ningún tipo de distinción entre los miembros de un tribunal, árbitros únicos y/o los presidentes de Tribunales Arbitrales, debido a que todos deben tener el mismo tipo de «especialización, dedicación, autonomía, imparcialidad e independencia» (2012, pp. 172-173) durante su ejercicio como árbitro.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante indicar que la implementación del RNA-OSCE ahora exige que ciertos profesionales, que vayan a ejercer la función de árbitro según los supuestos contemplados por la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, deban ser calificados y evaluados por el OSCE, lo cual, a nuestro criterio, podría generar desincentivos en aquellos árbitros que no buscaron integrarse a la nómina de árbitros del OSCE, pero que sí pertenecían a otras nóminas y/o registros de otras instituciones arbitrales²¹.

En atención a lo señalado, podemos apreciar que las condiciones para ser árbitro en el arbitraje en contratación pública son diferenciadas entre los árbitros, lo cual, a nuestro criterio, podría traer subjetividades de las partes para cuestionar mediante una recusación la especialidad de un profesional que ejerce la función de árbitro, por lo que aún es posible que existan casos en los que se cuestione la especialización de un árbitro²².

4. ¿Es un problema la falta de especialización de los árbitros?

La especialización de los árbitros es una condición que actualmente se solicita a los árbitros que actúen como árbitros únicos o como presidentes de Tribunales Arbitrales; sin embargo, para los demás profesionales no se requieren tales niveles de especialización.

Es pertinente señalar que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su procedimiento de incorporación de profesionales al

²¹ Gandolfo (2020) señala lo siguiente: «[...] Los árbitros no están para ser evaluados como si fueran jueces que administran justicia por imperio de la ley. Los árbitros administran justicia por imperio de la elección de la que son objeto. Esa elección obedece básicamente a la confianza que esos profesionales inspiran en quienes los nombran. Esa confianza no puede ser administrada por terceros. La excepción que se ha hecho para el caso de los árbitros designados por las entidades responde a otras preocupaciones y a la necesidad de cautelar los fondos públicos y evitar algunos abusos que se estaban produciendo en las designaciones. No es ni puede ser la regla. Ni puede ser una norma que se extienda a los otros actores del proceso y menos aún a los presidentes o a los árbitros únicos».

²² Es pertinente señalar que es muy preocupante que el OSCE, por medio del RNA-OSCE, exija diversos requisitos para el acceso de los profesionales que no son abogados. Al respecto, consideramos que algunos requisitos resultan casi imposibles de acreditar, como es el caso de la experiencia laboral como árbitro y/o secretario arbitral por cinco años para los casos de no abogados.

RNA-OSCE, exige que los profesionales que se incorporan acrediten grados de conocimiento y especialización.

Asimismo, podemos apreciar que la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima exige a sus postulantes los siguientes requisitos: «i) Prestigio profesional; ii) Su capacidad e idoneidad personales; iii) Su antigüedad en el ejercicio profesional; iv) Sus grados académicos; v) Su experiencia en la docencia universitaria; vi) Sus publicaciones de contenido científico o jurídico; y vii) Su experiencia en arbitrajes o en medios alternos de solución de controversias».

Por su parte, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP solicita los siguientes requisitos²³: (i) mínimo de cinco años de haberse titulado en su respectiva profesión; (ii) la experiencia como docente universitario (mínimo dos semestres académicos de dictado en los últimos cinco años); (iii) previo desempeño como árbitro, no debiendo tener recusaciones fundadas en los últimos cinco años; y (iv) su capacidad para contribuir a la gestión de arbitrajes de manera eficiente, ética y transparente, no debiendo haber sido sancionado por la Corte de Arbitraje por contravención al Código de Ética, ni por el Consejo de Ética para el Arbitraje en Contrataciones con el Estado.

En el caso del OSCE, además de los requisitos ya mencionados en líneas precedentes, podemos apreciar también que la incorporación al RNA-OSCE exige tres etapas: i) revisión de documentos, ii) examen de conocimientos y iii) entrevista personal.

Por lo antes señalado, nos preguntamos: ¿por qué se exigen mayores calificaciones y/o evaluaciones a los árbitros frente a lo pedido por las principales instituciones arbitrales del país?

En atención a ello, podemos verificar que dicha interrogante genera que nos preguntemos también si es eficiente exigir una evaluación a profesionales que participan en arbitrajes de forma constante o si solo bastaría con revisar su perfil profesional.

Consideramos que, si bien en el caso del arbitraje privado no se ha tenido inconvenientes en exigir la especialización de los árbitros para resolver controversias en diversas materias, se puede apreciar que en la incorporación al RNA-OSCE

²³ Adicionalmente, para incorporarse a la nómina de árbitros en contratación pública del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, deberá contarse con experiencia y conocimiento en contrataciones con el Estado, arbitraje, derecho administrativo, y otros métodos alternativos de resolución de conflictos, conforme a la directiva OSCE, para acreditar experiencia funcional y formación académica; sin embargo, no exige pasar por un examen de conocimientos y/o entrevista para incorporarse.

sí se han generado inconvenientes debido a la rendición de exámenes, la presentación de documentación sustentatoria y la evaluación de entrevistas. A nuestro parecer, resulta sumamente excesiva la carga de prueba para demostrar que un determinado profesional cuenta con las competencias necesarias para desempeñarse como árbitro, tomándose en consideración que son las propias partes las encargadas de seleccionar a los profesionales más idóneos para ejercer la función de árbitros.

Es pertinente mencionar que en el pasado no resultaba claro cuáles eran los criterios de especialización cuando se recusaba a un profesional, pues la normativa de contrataciones del Estado tenía un enfoque más subjetivista y decía –según la Resolución N.º 030-2014-OSCE/PRE²⁴– lo siguiente:

[...] es preciso destacar que el hecho objetivo que un abogado sea o no especialista en alguna materia, es información que actualmente, pertenece a la esfera personal de dicho profesional y que no necesariamente es pública, para que se pueda exigir su conocimiento a una parte diligente en un proceso arbitral; por tanto dicha parte podrá acceder a esta información cuando el árbitro se la proporcione ya sea por propia iniciativa o ante el requerimiento de alguna de las partes o, en todo caso, podrá tener indicios razonables que un árbitro no es un especialista cuando éste se niegue a proporcionar la información requerida o cuando se produzca un evento que, razonablemente, pueda generar dudas respecto a que dicho árbitro no cuenta con tales especializaciones [...]

De lo señalado, podemos apreciar que la verificación del cumplimiento de la especialización de un árbitro podía ser requerida por las partes al propio profesional, razón por la cual, consideramos que el OSCE, a través del RNA-OSCE, estaría, actualmente, obligando a hacer pública la esfera personal de los profesionales que pretenden llevar arbitrajes en contratación pública, ya que les exige acreditar niveles de especialización en arbitraje, contrataciones del Estado y derecho administrativo.

Sumado a todo ello, el OSCE, mediante la Resolución N.º 400-2014-OSCE/PRE, señaló lo siguiente:

[...] Al respecto ni la Ley ni el Reglamento precisan los criterios para acreditar las especializaciones en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado de los Presidentes de Tribunal Arbitral [...] consideramos que los criterios empleados en dicha norma (Directiva N.º 019-2012-OSCE/CD),

²⁴ Véase la Resolución N.º 030-2014-OSCE/PRE (Expediente de Recusación N.º R034-2013, iniciado por la Municipalidad Distrital de Lancones).

tales como que las especialidades pueden acreditarse mediante formación académica, la experiencia funcional y la experiencia en docencia verificable y cuantificable, podrían ser utilizados como puntos de referencia sobre el análisis de la especialización de los árbitros que no fueran designados por el OSCE²⁵.

Es por ello que la especialización señalada en la actual normativa de contrataciones del Estado tiene ciertos inconvenientes de aplicación, debido a que la exigencia de una especialidad genera una ventana abierta para que las partes cuestionen, mediante el procedimiento de recusación, la especialización o conocimiento de los profesionales que no forman parte del RNA-OSCE y que van a ejercer la labor de árbitros, además de cuestionar los niveles de especialización de los profesionales del RNA-OSCE, cuando la parte recusante exige mayores estándares²⁶.

De lo señalado en esta parte, consideramos que las especializaciones y el conocimiento exigidos por el OSCE a los profesionales no son un tema cerrado; por lo cual, se espera que se realice una revisión más rigurosa de dichos requisitos, para evitar posibles arbitrariedades en el acceso al registro y potenciales recusaciones.

Sin perjuicio de ello, es pertinente indicar que solo 85 profesionales en el Perú cuentan con RNA-OSCE para ser árbitros, de los cuales el 96% son abogados y solo el 4% son ingenieros, lo que refleja las dificultades de acceso a otros profesionales, frente al Registro Nacional de Árbitros y Centros de Árbitros administrado por el Ministerio de Justicia, el cual tiene 771 profesionales a nivel nacional²⁷.

5. Conclusiones

En atención a los puntos señalados en el presente artículo, se puede verificar que la cuestión de la especialización y/o conocimiento de los profesionales en materia de contratación pública es diferenciada entre los árbitros nombrados por el Estado y los que no lo son, lo cual, a nuestro criterio, podría traer subjetividades de las partes, ya que estos podrían cuestionar sus condiciones como

²⁵ Véase la Resolución N.º 400-2014-OSCE/PRE (Expediente de Recusación N.º R042-2014, iniciado por el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo).

²⁶ Según el artículo 234 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se contemplan hasta tres causas por las cuales se puede recusar a los árbitros: «a) Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 233 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 233; b) Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral; c) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna».

²⁷ Para ver el detalle de profesionales en el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje, se puede ingresar al siguiente enlace: <https://renace.minjus.gob.pe/renace/public/index.xhtml>

árbitro a través de un procedimiento de recusación por falta de especialización y/o conocimiento.

La regulación del RNA-OSCE, a la fecha, ha generado un desincentivo de acceso para determinados profesionales que arbitran en contrataciones del Estado, al no ser obligatorio el registro en todos los casos, en especial cuando los proveedores designan a su árbitro.

Las evaluaciones para el ingreso al RNA-OSCE, si bien buscan un estándar para asegurar la especialización y conocimiento de los profesionales que lo integran, consideramos que limitan el acceso a diversos profesionales que no son abogados, al exigirse una serie de condiciones que ninguna institución arbitral en el país exige.

Referencias

- Baca, V. (2006). Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado). *Revista Lima Arbitration*, (1), 221-248.
- Castillo, M., & Sabroso, R. (2009). *El arbitraje en contratación pública*. (1.ª ed.) (vol. 7). Lima: Palestra Editores.
- Cuba, E., Apaza, C., & Rosales, J. (2014). Perspectivas y lineamientos del procedimiento de recusación de árbitros ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). *OSCE al Día*, (3), 27-35. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Banner/Enlaces/Revista%20Arbitraje.pdf>
- De Trazegnies, F. (1996). Conflictuando el conflicto: los conflictos de interés en el arbitraje. *Themis Revista de Derecho*, (53), 57-69.
- Gandolfo, R. (1 de noviembre de 2020). ¿Todos los árbitros tienen que estar inscritos en el RNA? [Mensaje en un blog]. Recuperado de <https://edicionespropuesta.blogspot.com/2020/11/todos-los-arbitros-tienen-que-estar.html>
- García Calderón, G., & Molero, A. (2012). Entre la cura y la enfermedad: a propósito de las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento en materia arbitral. *Arbitraje PUCP*, (2), 167-180.
- Guerinoni, P. (2013). Zapatero a tu zapato: gran oportunidad para rectificar errores en el llamado arbitraje administrativo. *Arbitraje PUCP*, (3), 29-34.
- Kundmüller, F. (1999). Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento. *Themis Revista de Derecho*, (39), 213-221.
- Kundmüller, F., & Pérez-Rosas, J. (2006). El arbitraje administrativo en contrataciones y adquisiciones del Estado. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, (1), 23-52.
- Paulet, F. (2013). El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Arbitraje PUCP*, (3), 87-101.

Constitución de un nuevo tribunal como consecuencia de la anulación de un laudo por la afectación del debido proceso: ¿borrón y cuenta nueva?

CARLA DE LOS SANTOS LÓPEZ

SALOMÉ REYNOSO ROMERO

Sumilla

A raíz del Decreto de Urgencia N.º 020-2020 publicado el 24 de enero de 2020, se modificaron siete artículos del Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje y se incorporó un artículo adicional. Toda esta modificación ha tenido un gran impacto en los arbitrajes en los que participa el Estado peruano. El presente artículo aborda la modificación del inciso b) del apartado 1) del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, en el que se establece que, si un laudo es anulado por la causal prevista en el inciso b) del apartado 1) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, las partes tienen la facultad de solicitar la sustitución o formular recusación de los árbitros que emitieron dicho laudo.

1. Antecedentes

1.1 Diversos Proyectos de Ley como respuesta a los actos de corrupción

Primero, consideramos importante situarnos en el tiempo a efectos de identificar los motivos que condujeron a esta modificación.

En 2016, estalló el caso Lava Jato, cuando el Departamento de Justicia de los Estados Unidos difundió las primeras confesiones de la empresa Odebrecht, lo

cual tuvo serias repercusiones en diversos países de Latinoamérica. Odebrecht en el Perú, en consorcio con otras empresas, se adjudicó obras de gran envergadura realizando pago de sobornos a funcionarios públicos, continuó con actos de corrupción durante la ejecución contractual y cerró el círculo de corrupción mediante los arbitrajes.

Esto generó desconfianza en el arbitraje como medio de solución de controversias, y producto de ello, durante 2019, se presentaron cuatro Proyectos de Ley que han pretendido intervenir quirúrgicamente el Decreto Legislativo N.º 1071. A continuación, revisaremos brevemente qué proponía cada uno de ellos:

1. Proyecto de Ley N.º 4010/2018-CR, presentado el 7 de marzo de 2019: buscó incorporar requisitos¹ para la designación de los árbitros en arbitrajes en los que el Estado sea parte y propuso que el laudo pudiera ser anulado cuando no se hubiera cumplido con las disposiciones sobre capacidad, incompatibilidad y nombramiento². Este proyecto se enfocó

¹ Modificación del artículo 20 de la Ley de Arbitraje.

«Artículo 20 – Capacidad

Adicionalmente, cuando se trate de arbitraje donde el Estado sea parte, no podrá ser árbitro la persona que se encuentre en los siguientes supuestos:

- a) Cuando haya laborado directa o indirectamente, bajo cualquier modalidad, en los tres últimos años.
- b) Contar con sanción de la administración pública, por falta grave declarada mediante resolución firme.
- c) Contar con sanción por responsabilidad administrativa impuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE o la Contraloría General de la República.
- d) Contar con deudas tributarias que estén en cobranza coactiva, o deudas con empresas del Sistema Financiero que han ingresado a cobranza judicial
- e) Estar en estado de quiebra culposa o fraudulenta.
- f) Estar inscrito en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, Registro de Deudores Alimentarios Morosos, Registro Nacional de Abogados sancionados por mala práctica profesional, Registro de Deudores de reparaciones civiles. Registro de personas condenadas o procesadas por delitos de terrorismo, apología del terrorismo, delito de violación de la libertad sexual o delitos de tráfico ilícito de drogas, u otros registros creados por ley».

² Modificación del literal c) del numeral 1) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

«Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

- 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. Asimismo, podrá ser anulado, cuando no se ha cumplido con las disposiciones sobre la capacidad, las incompatibilidades y el nombramiento de árbitros, conforme a lo establecido

- en los conflictos de intereses para ejercer el rol de árbitro, introduciendo la figura de la declaración de jurada de intereses³.
2. Proyecto de Ley N.º 4437/2018-CR, presentado el 7 de junio de 2019: en la exposición de motivos de este proyecto, se indicó que la Ley de Arbitraje no consideraba ninguna causal que dispusiera la anulación del laudo por la existencia de fraude o colusión de una o ambas partes o de una de estas con el o los árbitros, incluso con el perito o algún tercero; con lo cual se estaría ante una desprotección de la parte afectada con el acto de deshonestidad o ilegalidad. Por ello, en este proyecto se buscó incluir una causal de anulación por fraude o colusión cometido por las partes, los árbitros, peritos o un tercero⁴.
 3. Proyecto de Ley N.º 4620/2018-CR, presentado el 24 de julio de 2019: con este Proyecto de Ley, se buscó hacer extensiva la anulación del laudo cuando se alegue y pruebe que este es contrario al orden público nacional⁵.
 4. Proyecto de Ley N.º 4816/2019-CR, presentado el 18 de septiembre de 2019: en este último Proyecto de Ley presentado en 2019, se retoma como causal de anulación del laudo⁶ el fraude procesal y se propone

en el presente Decreto Legislativo».

³ Modificación de los artículos 21 y 22 de la Ley de Arbitraje.

«Artículo 21.- Incompatibilidad

[...] Adicionalmente, cuando se trate de arbitrajes donde el Estado sea parte, la persona convocada para ser árbitro debe presentar previamente una Declaración Jurada de Interés, ante la entidad pública encargada del procedimiento de nombramiento, conforme a la norma sobre la materia.

Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros

[...] 6. Cuando se trate de arbitrajes donde el Estado sea parte, la entidad pública encargada del nombramiento del árbitro o la institución arbitral, debe publicar en sus respectivas páginas web institucionales, la nómina de árbitros, declaración jurada de intereses, la hoja de vida y la verificación del cumplimiento de la capacidad y las incompatibilidades establecidas en los artículos 20 y 21, por cada controversia sometida a arbitraje».

⁴ Modificación del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

«Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] h. Que el proceso arbitral se haya seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el o los árbitros o por éste y aquellas; asimismo el cometido por peritos y tercero».

⁵ Modificación del literal f) del numeral 1) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

«Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] 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 nacional e internacional, tratándose de un arbitraje nacional».

⁶ Modificación del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

que, ante la anulación por dicha causal, la materia objeto del arbitraje podría ser demandada judicialmente⁷, salvo acuerdo distinto de las partes que decidan componer un nuevo tribunal arbitral para que, sobre la base de las actuaciones, resuelva la controversia. También se propone un recurso extraordinario de revisión del laudo ante una sala penal⁸.

En la exposición de motivos de todos estos Proyectos de Ley se identifica una finalidad transversal: luchar contra la corrupción, cruzada que compartimos; sin embargo, creemos que la fórmula para ello no consiste en modificar indiscriminadamente la Ley de Arbitraje, la cual, por cierto, es muy elogiada a nivel internacional; el problema no es la Ley de Arbitraje, el grave problema que merma la institución arbitral son los operadores jurídicos.

Tenemos, entonces, todas estas reacciones ante los actos de corrupción, que buscan, por un lado, establecer mayores requisitos para quienes pretendan actuar como árbitros, de manera específica en arbitrajes en los que participa el Estado, y, por otro lado, introducir causales de anulación en torno al fraude. Incluso vemos que en el Proyecto de Ley N.º 4816/2019-CR ya se proponía la opción de que, ante un laudo anulado por fraude, se constituya un nuevo tribunal arbitral.

Todas estas propuestas quedaron como tales hasta que, el 24 de enero de 2020, se publicó el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, que introdujo modificaciones a la Ley de Arbitraje, trastocando este mecanismo de resolución de controversias específicamente para los casos en que el Estado peruano sea parte.

«Artículo 63.- Causales de anulación

1. El Laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]

h. Que el laudo arbitral ha sido obtenido por fraude procesal».

⁷ Incorpora el inciso g) en el artículo 65.

«Artículo 65.- Consecuencias de la anulación

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

g. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso h del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes, que acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia, o en el caso de arbitraje nacional, se resuelva en el plazo de 15 días de notificado la resolución que anula el laudo».

⁸ Incorpora el artículo 64 - A).

«Artículo 64-A). Recurso extraordinario de revisión

Procede el recurso extraordinario de revisión ante la Sala Penal competente de la Corte Suprema de Justicia de la República, si el laudo arbitral ha sido obtenido mediante fraude procesal. El recurso de revisión se plantea dentro de los seis meses contados desde que se tiene conocimiento de la causal de anulación por fraude».

1.2 Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N.º 020-2020

Antes de comentar los alcances de la modificación del inciso b) del apartado 1) del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, creemos que es fundamental referirnos brevemente a la exposición de motivos del Decreto de Urgencia N.º 020-2020.

En los antecedentes de la exposición de motivos, podemos identificar la causa de estas modificaciones:

1. Por un lado, las pérdidas económicas del Estado en arbitrajes por presuntos actos de corrupción:

En efecto, se observa el incremento del número de arbitrajes en los que el Estado interviene como parte, registrándose un total de 1,419 casos en los últimos 5 años, en 125 procuradurías a nivel nacional. En ese mismo periodo de tiempo la información proporcionada por dichas procuradurías ha permitido verificar que el Estado ha sido condenado al pago de un total de S/ 507'324,049.72. Esta información permite dimensionar el problema antes advertido y determinar cuánto del erario nacional se encuentra en juego y la urgencia de adoptar medidas que permitan evitar pérdidas por el uso incorrecto del arbitraje. Actualmente, determinados procesos arbitrales resueltos en perjuicio del Estado vienen siendo investigados por el Ministerio Público por presuntos actos de corrupción por parte de los árbitros⁹.

2. Por otro lado, la paralización de ejecución de obras por la mala práctica y falencias de las normativas de arbitraje y contratación pública:

En dicha línea, las entidades del sector público están sufriendo ingentes perjuicios económicos por la mala praxis y/o aplicación de la normativa que regula el arbitraje y las contrataciones en las que el Estado peruano es parte, con consecuencias funestas que repiten sobre la población peruana. Así tenemos la suspensión de la ejecución de ingentes obras para el bien común –vía medidas cautelares que derivan de contratos y se ventilan a nivel arbitral– tales como las de tres hospitales regionales que se han paralizado en la región de Junín, Cusco y Tacna, lo cual afecta la correcta prestación de servicios. De este modo, las medidas cautelares que suspenden la ejecución de obras, como hospitales, atentan directamente contra el bien constitucional de la salud [...]. Es

⁹ Párrafo 14 de los antecedentes del Decreto de Urgencia N.º 020-2020, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

decir, por la mala práctica y falencias normativas de arbitraje y contratación pública, la salud pública en las diferentes regiones del Perú se ve seriamente comprometida¹⁰.

Vemos, entonces, con meridiana claridad, que las modificaciones responden a la coyuntura política nacional. Ante dicha necesidad, nuestro Ejecutivo ha establecido un trato protector y ventajoso para el Estado en un arbitraje en el que es parte, sin considerar que dicho trato es contraproducente para el mismo Estado, pues podría frenar el impulso del proceso de promoción de la inversión privada. No debemos pasar por alto que muchas obras o infraestructura de envergadura se ejecutan con inversión extranjera, ya sea a través de la contratación pública o de asociaciones público-privadas; lamentablemente, esta inversión extranjera puede verse paralizada si los inversionistas advierten que nuestro régimen legal puede verse constantemente afectado en aras de proteger los intereses estatales. Estas modificaciones son un claro ejemplo de ello y, pese al fin loable que persiguen, creemos que no es lo adecuado para luchar contra la corrupción o contra la falta de gestión pública de los contratos.

Pues bien, más allá del evidente paternalismo del Estado, procederemos a comentar los alcances del inciso b) del apartado 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071, la consecuencia de la anulación de un laudo por dicha causal y las modificaciones a ello.

2. Causal de anulación establecida en el inciso b) del apartado 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071 y sus consecuencias

2.1 Anulación del laudo: no revisión del fondo

En el apartado 1)¹¹ del artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1071, se establece que contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación cuyo objeto es la revisión de la validez del laudo por causales taxativamente establecidas en el artículo 63 del mismo Decreto Legislativo. Asimismo, en el apartado 2)¹² del

¹⁰ Párrafo 17 de los antecedentes del Decreto de Urgencia N.º 020-2020, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

¹¹ «Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo 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».

¹² «Artículo 62.- Recurso de anulación.

artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1071 se prohíbe calificar el razonamiento de fondo del laudo. Entonces, tenemos que el recurso de anulación «no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto» (Chocrón, 2000, p. 211). Dicha prohibición proviene de la propia naturaleza del recurso de anulación de laudo, la cual, como explica el profesor Fernando Mantilla-Serrano (2005, p. 228): «impide la revisión del fondo de la controversia y se limita a la verificación de la no vulneración de aspectos formales; por ello la anulación se acerca más a un recurso extraordinario y formal que a uno de segunda instancia».

La no revisión del fondo del asunto ha quedado sentada en la jurisprudencia emitida por las dos salas comerciales. Así, tenemos que la Primera Sala Comercial, en el Expediente N.º 00022-2018, citando importante doctrina internacional, ha señalado lo siguiente:

PRIMERO: [...] El Precitado dispositivo legal [haciendo referencia al apartado 2) del artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1071] plasma el principio arbitral denominado de «Irrevisabilidad del Criterio Arbitral» por parte de la jurisdicción judicial-ordinaria y que según la doctrina: «Actualmente, existe unanimidad casi absoluta entre quienes han estudiado el recurso de anulación de laudo arbitral en afirmar que la regla más importante que rige –o por lo menos debe regir– este medio de impugnación del arbitraje es, sin duda, aquella que prohíbe al juzgador pronunciarse sobre el fondo de la controversia que fue resuelta en el arbitraje»¹³. Ello debido a que, el arbitraje –incluyendo a la anulación del laudo arbitral– se sustenta en el principio de mínima intervención judicial recogido en el artículo 3 del prenotado Decreto Legislativo en el sentido que: «En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga»¹⁴ [...]

SEGUNDO: Esta figura constituye un recurso extraordinario que se interpone ante el órgano jurisdiccional, cuyo objeto no es el de revisar el contenido del laudo, en cuanto al fondo del asunto materia de controversia, expedido por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinadas exigencias que la ley ha considerado indispensables para el buen fun-

[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

¹³ Alva (2011, p. 67).

¹⁴ Dispositivo legal que fue plasmado en similares términos en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: «En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga».

cionamiento del arbitraje. De este modo, el recurso de anulación «no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución»¹⁵ [...].

Asimismo, la Segunda Sala Comercial, en el Expediente N.º 107-2018, ha señalado:

QUINTO.- Así también, se debe delimitar el nivel de actuación del presente órgano jurisdiccional, el cual sólo puede pronunciarse revisando la validez del laudo por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, resolviendo la validez o la nulidad del laudo, estando prohibido bajo responsabilidad la revisión del fondo de la controversia, así lo señala el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071. Sobre el particular, es pertinente citar a Caivano¹⁶, quien refiere: “Cabe aclarar que la impugnación por nulidad (...) lo que procura es invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y en consecuencia, los medios de impugnación no resultan (...) en principio disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público. (...) se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión (...)”. Esto significa también, como precisa Boza¹⁷ que: “(...) las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles. La tarea de la Corte se limita, pues, a revisar la forma más no el fondo del asunto (...)”.

Es claro entonces que, a diferencia de una sentencia emitida en el marco de un proceso judicial, un laudo arbitral no es susceptible de ser apelado. Es decir, no puede cuestionarse el fondo de lo resuelto invocando un incorrecto análisis o valoración de los argumentos expuestos en el laudo. Si lo descrito se admitiese, se posibilitaría una forma de revocatoria encubierta, la cual es proscrita en un arbitraje. Así las cosas, el recurso de anulación solo procederá en los casos establecidos en el artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071.

¹⁵ Chocrón (2000, p. 211).

¹⁶ Caivano (1994, p. 10).

¹⁷ Boza (1990, p. 63).

2.2 Causal de anulación establecida en el inciso b) del apartado 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071

El inciso b) del apartado 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071 dispone que es causal de anulación: «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». Cabe indicar que, para que esta causal sea procedente, debe haber sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y este debe haber sido desestimado.

Veamos el contenido de esta causal que recoge tres supuestos:

1. El primer supuesto implica que una de las partes no fue notificada con la designación de un árbitro, lo cual podría afectar el derecho de una parte a formular recusación, en tanto que esta debe formularse tan pronto como sea conocida la causal: conocida la designación, se puede conocer la causal de recusación.
2. El segundo supuesto es un poco más amplio, pues hace referencia a que una de las partes no ha sido notificada debidamente con alguna actuación arbitral a lo largo del arbitraje, quizás un escrito postulatorio, alguna nueva prueba, alegatos, en fin, cualquier actuación arbitral; sin embargo, para efectos de la procedencia del recurso de anulación, la parte afectada deberá efectuar reclamo expreso ante el tribunal arbitral, y este deberá ser desestimado. En la práctica, cuando una de las partes formula un reclamo por indebida notificación, los tribunales arbitrales suelen corregir el defecto en dicha oportunidad a efectos de no incurrir en causal de anulación, por lo que vemos poco probable que un laudo llegue a anularse por esta causa.
3. El último supuesto está referido a que una de las partes no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos. Esta es una de las causales más utilizadas por la parte vencida para intentar anular o no reconocer un laudo; para ello, se suele invocar la afectación al derecho al debido proceso como continente del derecho a la defensa y a la prueba; asimismo, se utiliza la vulneración del deber de motivación del laudo.

2.3 Consecuencia establecida en el inciso b) del apartado 2) del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1071, antes de la entrada en vigor del Decreto de Urgencia N.º 020-2020

En los casos en que laudo sea anulado por la causal establecida en el inciso b) del apartado 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071, que contiene los tres supuestos previamente expuestos, el tribunal reiniciará el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

Vemos entonces que, en este caso, la norma favorece al arbitraje, esto es, se preservan las actuaciones arbitrales hasta el momento de la violación manifiesta del derecho de defensa, a efectos de que sea el mismo tribunal arbitral el que retome las actuaciones arbitrales y corrija la vulneración incurrida y emita un nuevo laudo atendiendo a las consideraciones expuestas por la sala comercial.

Como veremos seguidamente, esto ha cambiado en los arbitrajes en los que participa el Estado peruano.

3. ¿Qué implica la modificación?

En el inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1071, se señala que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho; así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Vemos así que este artículo responde a la pregunta: ¿qué puede ser materia de arbitraje?

En la última parte del artículo bajo comentario, se indica que pueden someterse a arbitraje las controversias que la ley autorice. En virtud de ello, actualmente en nuestro país, a través de distintas leyes, se reconoce al arbitraje como un mecanismo para resolver controversias entre el Estado y particulares en materias referidas a contratación estatal, telecomunicaciones, hidrocarburos, entre otras, en tanto existe una norma que así lo dispone. Es decir, el Estado peruano actúa como parte en arbitrajes de distinta índole debido a que ley así lo dispone.

Ahora, con el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, se ha efectuado una serie de modificaciones al Decreto Legislativo N.º 1071, tratando de regular algunas situaciones en los arbitrajes en los que el Estado es parte, una de ellas la referida a las consecuencias de la anulación de laudo.

Así, en la parte final del artículo 65 del referido Decreto de Urgencia se indica: «[...] En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su

caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario».

Entonces, tenemos que en los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, cuando un laudo sea anulado por la causal establecida en el inciso b) del apartado 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071, cualquiera de las partes está facultada a (i) solicitar la sustitución del árbitro que designó, o (ii) solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado. Analizaremos cada supuesto.

3.1 Solicitar la sustitución del árbitro que designó

La Ley de Arbitraje, en su artículo 30, regula la figura de la remoción indicando que cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o cuando, por cualquier motivo, no las ejerce dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción, se procederá conforme al procedimiento utilizado para la recusación.

Evidentemente, debe existir un impedimento valedero que justifique la solicitud de remoción, siendo la consecuencia lógica de la remoción del árbitro su sustitución por otro profesional que ejerza esta función.

Conforme a lo expuesto previamente, podemos concluir que la remoción es uno de los mecanismos utilizados para apartar a un árbitro y la sustitución es la consecuencia de este procedimiento. En ese sentido, tal como se encuentra plasmado en la modificación del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, debe precisarse que la sustitución *per se* no se encuentra regulada en este cuerpo de leyes, sino que se aplica como una consecuencia de la remoción; pese a ello, se entiende que la *ratio legis* de la modificación, a pesar de la confusión terminológica, es la de remover al árbitro del arbitraje.

Ahora, debemos hacer referencia a lo indicado en la exposición de motivos respecto a la sustitución de árbitros, donde se señala que las partes «[...] deberán analizar caso por caso la conveniencia o no de solicitar la sustitución del árbitro que designó, la modificación está orientada a ser aplicada en casos **en los que no se verifique la intención del árbitro que emitió el laudo anulado de corregir el error**» (el resaltado es nuestro).

El resaltado efectuado previamente nos causa preocupación, pues surge la interrogante: ¿cómo una parte podría evidenciar que el árbitro que emitió el laudo no tiene intención de corregir el error? Tangiblemente, resulta casi imposible, de-

bido a que ello solo se encuentra en la psique del árbitro, y vemos poco probable que un árbitro exteriorice su intención de no corregirlo. Entonces, volvemos al hecho de que solo procedería la sustitución como consecuencia de una solicitud de remoción cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, lo cual debe estar sustentado.

Por otro lado, otro punto discutible es que la modificación indique que «cualquiera de las partes podrá solicitar la sustitución del árbitro que designó». Entonces, ¿ello operaría solo en el caso en que nos encontremos ante un tribunal arbitral colegiado, donde cada parte tiene la posibilidad de designar a un árbitro? ¿Qué sucede si estamos ante un árbitro único designado por alguna institución arbitral? O ¿qué sucede si, por acuerdo arbitral, la designación de los tres árbitros está a cargo de una institución arbitral? ¿Acaso en dichos supuestos no aplicaría la sustitución como consecuencia de una remoción? Creemos que la falta de precisión en la modificatoria no impide que las partes puedan solicitar la sustitución de uno o todos los árbitros, no solo del que designó; siempre y cuando se compruebe que el árbitro está impedido de hecho o de derecho para ejercer su rol; creemos que no basta con la simple anulación del laudo.

3.2 Solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado

Según el artículo 28 del Decreto Legislativo N.º 1071, un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley. Evidentemente, quien formula una recusación debe presentar los medios probatorios que sustenten su solicitud, la cual será analizada y decidida según los hechos y las pruebas expuestas.

Aquí, surgen ciertas interrogantes respecto a la modificación. ¿En una recusación que tenga como sustento la anulación del laudo por afectación al debido proceso, nos estaríamos apartando del análisis de la imparcialidad o independencia? o ¿el hecho de que el laudo sea anulado por una afectación del debido proceso conlleva de por sí una apariencia de dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro? Creemos que no es lo uno ni lo otro: una recusación no puede proceder por el simple hecho de que el laudo fue anulado, debe acreditarse en el caso en concreto la falta de imparcialidad e independencia por encima del laudo anulado.

De otro lado, tenemos que la normativa arbitral es clara al indicar que no procede la recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el

transcurso de las actuaciones arbitrales; sin embargo, vemos que esto podría verse trastocado con la modificación del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1071.

En la exposición de motivos, se ha indicado que lo que busca esta modificación es evitar que, una vez anulado el laudo, sean los mismos árbitros que lo dictaron quienes retomen las actuaciones y lauden, muy probablemente, de la misma forma en la que ya lo hicieron previamente, debido a la tendencia que tendrían los árbitros de no contrariar sus propias decisiones.

Lo previamente expuesto es peligroso, pues las partes podrían interpretar que procedería la recusación por el simple hecho de que el tribunal arbitral ya emitió un laudo, como lo indicamos previamente, y por ello tiene un prejuzgamiento del caso. Nos preguntamos: ¿acaso ello no contravendría la disposición de que no procede una recusación basada en decisiones del tribunal arbitral? Con una recusación alegando simplemente la anulación del laudo, a fin de cuentas, lo que se pretende es que el tribunal arbitral deje de tener competencia por la decisión contenida en el laudo; esto implica: no me favoreció la decisión, por tanto, recuso el tribunal arbitral.

Es claro que nada de ello fue analizado en esta modificación, la cual solo busca otorgar la posibilidad a las partes de que sea un nuevo tribunal arbitral el que retome las actuaciones arbitrales, con la expectativa de que dicho tribunal pueda modificar la decisión que en un inicio fue desfavorable.

Esto nos lleva a la interrogante final: ¿esta modificación implica la generación de una apelación encubierta? Cuando se anula el laudo por la causal del inciso b) del apartado 1) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, muchas veces tenemos detrás de ello la afectación al derecho de la prueba o la afectación al deber de motivación. En estos supuestos, era el mismo tribunal arbitral el que corregía la afectación incurrida; sin embargo, al tener la posibilidad de constituir un nuevo tribunal arbitral, las partes bien podrían estar generando un tribunal arbitral de «apelación», contraviniendo la disposición legal de que el laudo es definitivo e inapelable.

4. Reflexiones finales

De todo lo expuesto previamente, tenemos que los operadores del arbitraje deberán ser muy cuidadosos con los efectos de esta modificación, pues podría generar un borrón y cuenta nueva, al estarse ante un nuevo tribunal arbitral luego de una anulación del laudo.

Cuando se formule una solicitud de sustitución y/o recusación en el marco de la modificación del artículo 65 del Decreto de Urgencia, en primer término,

serán los centros de arbitraje los que tengan la decisión en sus manos. Luego de ello, podrán ser las salas comerciales, mediante un recurso de anulación **UTQ55T** las que analicen estas solicitudes. Esperemos que tanto los centros como las salas comerciales evalúen estas solicitudes por encima del laudo anulado, analizando si, efectivamente, se tiene alguna situación de hecho o derecho que impida al árbitro ejercer su función, o si existe alguna duda justificada respecto a la imparcialidad e independencia.

Referencias

- Alva, E. (2011). *La anulación del laudo*. Lima: Palestra Editores.
- Boza, B. (1990). Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales extranjeros. *Themis Revista de Derecho*, (16), 61-65.
- Caivano, R. (1994). Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad. *Jurisprudencia Argentina*, (5869), 10.
- Chocrón, A. (2000). *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Mantilla-Serrano, F. (2005). *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel.

¡Necesitamos una medida cautelar!: notas sobre la regulación vigente en el Perú de medidas cautelares en arbitrajes de contratación pública

ANGELA CÁMARA CHUMBES

EMILY HORNA RODRÍGUEZ

Sumilla

Las autoras abordan las alternativas y problemas que enfrenta un contratista, en el marco de la regulación vigente, a fin de obtener medidas cautelares que garanticen la efectividad de un futuro laudo arbitral.

1. Introducción

La demora en el trámite de un proceso puede generar que la decisión final sea ineficaz para tutelar el derecho que se buscaba proteger. Para evitarlo, es posible solicitar medidas provisionales que cautelen los derechos hasta la emisión de la decisión final. En los arbitrajes iniciados al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado¹ (LCE)², no son extrañas las imputaciones de incumplimiento contractual, de penalidades, resolución del contrato, inminente ejecución de

¹ Nos referimos a la vigente Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N.º 30225, y a sus modificaciones, recogidas en el TUO aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, a las que nos referiremos como la LCE; y a su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y sus modificaciones, a las que nos referiremos como el RLCE.

² Según el artículo 223 de la vigente Ley, otros mecanismos son la conciliación y la junta de resolución de disputas –para el caso de ejecución de obras–. En el presente artículo, nos referiremos únicamente al mecanismo de arbitraje.

garantías, etc., que, una vez realizadas, siguen activando consecuencias negativas y altamente gravosas al contratista mientras se discute su legalidad.

La falta de una disposición que establezca que la entidad debe esperar al resultado del arbitraje³ e incentivos más bien alineados para que los funcionarios públicos actúen en perjuicio del contratista aun cuando no sea lo eficiente ni idóneo⁴, hacen necesario que el contratista solicite estas medidas con carácter de urgencia, a la espera de una decisión final que determine si la premisa sobre la cual actuó era o no correcta. De lo contrario, el laudo que finalmente se emita declarando, por ejemplo, que no hubo incumplimiento o que el contrato no fue válidamente resuelto no pasará de ser una victoria moral. La realidad podría haber cambiado y tornarse tan perjudicial que no estaríamos frente a una decisión realmente eficaz.

En el presente artículo, evaluamos las alternativas que tiene un contratista frente a estas situaciones. Como veremos, la cancha está inclinada a favor del Estado, mucho más ahora, a partir del Decreto de Urgencia N.º 20-2020, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 24 de enero de 2020 (DU 20-2020), que le garantiza una contracautela predefinida, en perjuicio del contratista, a quien se le impone una barrera infranqueable que vulnera su derecho a la tutela cautelar.

2. Alternativas para la obtención de una medida cautelar

Nos remitimos a la regulación de medidas cautelares de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N.º 1071, «Ley de Arbitraje», a falta de disposiciones sobre estas medidas en la LCE y el RLCE. Al respecto, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, numeral 1, establece que, una vez constituido, el tribunal arbitral puede, a pedido de parte, adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia del laudo. La Ley de Arbitraje no establece en qué momento se produce la constitución, pero podemos entender que «para ello será necesario

³ Incluso si existe una disposición en ese sentido, algunas entidades deciden continuar con la activación de consecuencias dañosas. Por ejemplo, el artículo 155, numeral 1, literal b, del Reglamento establece que «La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado». Sin embargo, no son extraños los casos en los que la entidad decide ejecutar esta garantía, frente a lo cual las entidades bancarias deben respetar la orden de ejecución, bajo responsabilidad.

⁴ No es desconocido que los funcionarios públicos, muchas veces atados de manos, actúan por temor a cuestionamientos que se puedan realizar por parte de la autoridad de control interno.

que todos los árbitros hayan sido nombrados, que las designaciones hayan sido aceptadas, y que hayan transcurrido los plazos para su recusación, sin que sea necesario el acto formal de su instalación» (Arrarte, 2011, p. 550). Teniendo en cuenta este hito, las alternativas son las siguientes:

2.1 Antes de la constitución del tribunal arbitral: el contratista puede evaluar dos alternativas

2.1.1 *Solicitar la medida ante el Poder Judicial*

Las medidas son solicitadas ante el Juzgado Subespecializado en lo Comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Si se pretende mantener el *statu quo* o alguna actuación –o falta de ella– por parte de la entidad, la ejecución de la medida se realizará con la notificación a la entidad, a fin de que cumpla con lo ordenado. Por tanto, el lugar del domicilio del demandado determinará la competencia.

Dado que la evaluación la realizará un juez, este tomará en cuenta las normas del Código Procesal Civil (CPC)⁵. Resaltamos lo siguiente, extraído de dichas normas⁶ y la práctica:

- La solicitud debe estar debidamente sustentada con los medios probatorios pertinentes e indicando claramente el tipo de medida que se pretende. Si se pretende mantener el *statu quo*, esto podría obtenerse a través de una medida cautelar de no innovar, regulada en el artículo 687 del CPC. En este caso, el juzgado exigirá acreditar: (i) inminencia de un perjuicio irreparable y (ii) dado que es una medida excepcional, explicar que otras no resultan aplicables⁷. Estos son requisitos más exigentes que los requeridos para otros tipos de medidas (como embargos)⁸.

⁵ Más adelante, sustentamos por qué son aplicables las normas del CPC.

⁶ Sugerimos ver los artículos 610 y 611 del CPC.

⁷ «Artículo 687.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley».

⁸ A la dificultad impuesta por la misma norma procesal se le suman dificultades externas que, lamentablemente, pueden cumplir un rol relevante. No es desconocido que, debido a lamentables casos de corrupción en obras públicas, existe una mayor resistencia a conceder medidas cautelares a los contratistas, aun cuando se trate de casos totalmente ajenos a esas denuncias.

También se encuentran previstas en el CPC, aunque con requisitos igualmente exigentes, medidas innovativas por las cuales «el Juez dicta medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda» o medidas que impliquen provisionalmente la ejecución de una sentencia (o laudo, en este caso). Asimismo, aun cuando no haya una específicamente regulada en el CPC, es posible solicitar una medida genérica adaptada a las necesidades del solicitante⁹. Por otro lado, es recomendable indicar qué tipo de actuaciones son las que la entidad debe abstenerse de realizar¹⁰ y plantear pedidos que respondan a escenarios alternativos, dependiendo de la situación que pueda presentarse en el momento de ejecutar la medida cautelar¹¹.

- Indicar: (i) las pretensiones que serán demandadas en el futuro arbitraje; sin perjuicio de que más adelante el petitorio de la demanda varíe. Debe poder apreciarse por qué el petitorio cautelar permitiría asegurar la eficacia de un eventual laudo que resuelva las pretensiones; y (ii) qué se requiere para la ejecución de la medida. Para la ejecución de medidas innovadoras, se notificará el concesorio a la entidad y a terceros de los cuales se requiera alguna actuación.
- El juzgado revisará el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) verosimilitud del derecho invocado; (ii) peligro en la demora; y (iii) proporcionalidad y adecuación. Además, deberá ofrecerse contracautela. Debe tenerse presente que, en la práctica, no es común conceder medidas cautelares fuera de un proceso, lo cual hace difícil la obtención de tutela y exige mayor cuidado.
- La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada. A pesar de ello, debido a la carga procesal, en el caso de los juzgados civiles con subespecialidad comercial de Lima, solo la calificación de la medida puede tardar alrededor de un mes, y se puede obtener la medida en un mes y medio o más tiempo. A diferencia de lo que sucedería con una

⁹ «Artículo 629.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva».

¹⁰ Por ejemplo, solicitar que se conceda una medida de no innovar, debiendo mantenerse el *statu quo* y, en consecuencia, se ordene a la entidad abstenerse de realizar actuaciones sustentadas en el incumplimiento que va a discutir en el arbitraje, tales como la imposición de penalidades, la ejecución de garantías, etc.

¹¹ Por ejemplo, si es inminente la imposición de penalidades, solicitar que cualquier monto retenido por esos conceptos no sea cobrado o, si fue cobrado, sea restituido.

medida dictada por un tribunal arbitral, los jueces tienen *ius imperium* y sus medidas suelen ser acatadas por terceros. Luego, la parte afectada podrá oponerse a la medida, aunque ello no suspende la ejecución.

- Según lo previsto en el artículo 47, numeral 5, de la Ley de Arbitraje, la medida cautelar queda caduca de pleno derecho: (i) si no hubiera iniciado el arbitraje¹² hasta 10 días después de ejecutada la medida; (ii) aun si ha cumplido con lo anterior, si el tribunal arbitral no se constituye dentro de los 90 días de dictada la medida, por lo que será esencial que el contratista inicie el arbitraje oportunamente, de modo que los plazos para nombramiento de árbitros, formulación de eventuales recusaciones, etc., no lo lleven al supuesto de caducidad. Constituido el tribunal arbitral, se le debe remitir el expediente.

2.1.2 Si el arbitraje es institucional, evaluar la posibilidad del árbitro de emergencia

Una alternativa más costosa¹³, pero rápida y bajo una evaluación apartada de las normas del CPC, es iniciar un procedimiento de árbitro de emergencia en los casos de arbitraje institucional¹⁴, sí así lo prevé la institución. Esta es una opción para la parte que no puede esperar a la constitución del tribunal, pues requiere tutela temporal y urgente. Para ello, se nombra a un árbitro especialmente designado para ese propósito.

A la fecha, se encuentra previsto para casos cuyos convenios arbitrales hayan sido celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de los reglamentos de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP¹⁵ (CARC PUCP), ambos vigentes desde 2017. No obstante, el primero exige, para los contratos celebrados por el Estado, que este haya dado un consentimiento expreso de utilizar el árbitro

¹² «Artículo 33.- Inicio del arbitraje. Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje».

¹³ Al ser un servicio ofrecido por la institución arbitral, se deberán pagar honorarios del árbitro de emergencia y gastos administrativos.

¹⁴ El árbitro de emergencia, al ser una figura reciente, no se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje que data del año 2008.

¹⁵ Nótese que, en el caso del CARC PUCP, el procedimiento fue regulado con posterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento, a través de una Directiva publicada en octubre de 2018, posteriormente reemplazada por una Directiva de enero de 2019.

de emergencia, lo que es –por lo menos hasta fecha– bastante inusual¹⁶; mientras esta disposición se mantenga, difícilmente veremos activado este procedimiento en casos de contratación pública. Por su parte, el CARC PUCP no establece esta limitación, y es suficiente que las partes se hayan sometido a sus reglas. Nos concentramos en este reglamento.

Aun si resultara aplicable, el contratista deberá considerar qué medidas que impliquen actuaciones de terceros que solo actúan en cumplimiento de órdenes de autoridades que tienen *ius imperium* (como es conocido que actúan varias entidades financieras) podrían no acatar la medida. El contratista podría obtener una medida inútil¹⁷. Considerado esto, resaltamos lo siguiente respecto de este procedimiento:

- El árbitro de emergencia es designado por el Centro de Arbitraje y no podrá ser parte del tribunal arbitral que resolverá la controversia. El árbitro evaluará la solicitud, que debe incluir las medidas requeridas y las razones que justifican el carácter de urgencia. Medidas destinadas a mantener el *statu quo* deberían poder ser concedidas por el árbitro de emergencia. Ni las reglas del CARC PUCP ni las de la CCL establecen más detalles sobre qué otros elementos serían evaluados para otorgar la orden, aunque, en el caso de la CCL, se vienen aplicando los requisitos previstos en su Reglamento de Arbitraje para medidas cautelares¹⁸. El Reglamento del CARC PUCP, por su parte, no establece requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar, ni tampoco lo hace la Ley de Arbitraje para las medidas cautelares, más allá de establecer la presentación de una garantía en calidad de contracautela, aunque en la práctica se aplican requisitos generales

¹⁶ El artículo 35, numeral 5, literal c, establece que no serán aplicables las disposiciones del árbitro de emergencia «si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro».

¹⁷ Una situación similar se presentaría si la entidad, aun siendo parte del arbitraje, solo decide acatar órdenes de un juez. En este caso, si bien consideramos que este tipo de situaciones podrían ser valoradas al fijar una condena de costos en el eventual laudo arbitral, no solucionarían el problema del contratista, que requiere de una medida urgente y debidamente cumplida por la entidad.

¹⁸ El artículo 34, numeral 2, literal a), establece «El daño que no pudiera ser adecuadamente reparado por un laudo que reconoce una indemnización si la medida cautelar no fuera otorgada y que tal daño sea sustancialmente mayor a aquel que pueda afectar a la otra parte en caso de ser otorgada; y b) La posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo de la controversia prospere. La determinación del Tribunal Arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzga ni condiciona, en modo alguno, cualquier determinación posterior a la que pueda llegar en el laudo». También requerirán de una garantía en calidad de contracautela, a la que nos referiremos más adelante.

para el otorgamiento de medidas cautelares. Esto se alinea con la práctica internacional, en la que se exigen requisitos adicionales similares a los requeridos para otorgar medidas cautelares¹⁹.

- La solicitud es puesta en conocimiento de la contraparte, a diferencia de lo que sucedería en un procedimiento ante el Poder Judicial. Luego, se prevé un plazo de 15 días hábiles desde emitida la orden que contiene la medida de emergencia para que el solicitante presente su solicitud de arbitraje. De lo contrario, la medida caduca. El tribunal, una vez instalado, puede revocar o modificar la orden.
- Las disposiciones del CARC PUCP establecen que el derecho de las partes de recurrir a un árbitro de emergencia no impide que soliciten medidas cautelares ante una autoridad judicial competente; no obstante, establece que la tutela cautelar judicial y las medidas de emergencia son excluyentes entre sí.

2.2 Luego de la constitución del tribunal arbitral

El tribunal arbitral, una vez constituido, es el competente para resolver pedidos de medida cautelar. La Ley de Arbitraje establece los tipos de medidas que pueden ser solicitadas, las cuales son bastante amplias. Incluyen mantener el *statu quo* y preservar elementos de prueba, si fuera necesario. Como señalamos, la Ley de Arbitraje no exige requisitos especiales para la concesión de medidas cautelares, aunque en la práctica suelen evaluarse el peligro en la demora, la verosimilitud en el derecho y la adecuación y proporcionalidad, como se exigiría para cualquier medida cautelar en el Poder Judicial²⁰.

¹⁹ «[...] most EAs (at least 49 out of 80 applications) applied the substantive criteria for the grant of interim measures in accordance with standards distilled from international arbitration practice [...] They identified the urgency criteria to be one of great practical significance, being a very common basis for the dismissal of EA applications. [...] In addition to the urgency criteria, the Task Force found that EAs considered (i) the likelihood of success on the merits, (ii) the risk of irreparable harm, (iii) the risk of aggravation of the dispute, (iv) the absence of prejudice on the merits, and (v) proportionality/balance of equities. EAs tended to evaluate which elements were relevant and what weight each factor should carry in light of the particular circumstances of the case» (McDougall, Satiya, & Candy, 2019).

²⁰ En la práctica internacional, por su parte: «Stated generally, most international arbitral tribunals require showings of (a) a risk of serious or irreparable harm to the claimant; (b) urgency; and (c) no prejudice on the merits, while some tribunals also require the claimant to establish a prima facie case on the merits, a prima facie case on jurisdiction, and to establish that the balance of hardships weighs in its favor. Considered more closely, and as detailed below, most arbitral tribunals also look to the nature of the provisional measures that are requested, and the relative injury to be suffered

En este caso, aplica la regla de que las medidas cautelares, antes de ser resueltas, se ponen en conocimiento de la contraparte, aunque el solicitante puede pedir que no se haga si ello puede poner en peligro la eficacia de la medida. Una vez ejecutada la medida cautelar, la parte afectada puede pedir la reconsideración de la decisión.

Nuestra Ley de Arbitraje confiere al árbitro facultades para ejecutar sus propias medidas, con el límite del uso de la fuerza pública, aunque si el árbitro considera, a su sola discreción, que requiere o es conveniente la asistencia de la fuerza pública, puede pedir colaboración del Poder Judicial; asimismo, en caso de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente.

3. Intentando encontrar una interpretación lógica a la modificación realizada por el DU 20-2020 al numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje: la contracautela «predefinida»

3.1 Lo que se regula en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje

El numeral en mención establece uno de los supuestos de colaboración judicial, que consiste en lo siguiente:

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

[...]

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia [...]. (Subrayado agregado)

El numeral antes citado ha sido previsto para establecer quién es el juez competente para dictar medidas cautelares, únicamente para la etapa previa a la cons-

by each party, in deciding whether to grant such measures. In particular, some provisional measures (e.g., preserving the status quo or ordering performance of a contract or other legal obligation) will typically require strong showings of serious injury, urgency and a prima facie case, while other provisional measures (e.g., preservation of evidence, enforcement of confidentiality obligations, security for costs) are unlikely to demand the same showings. It is also unclear precisely what sort of showing is required for the various elements of a request for provisional measures. The ICJ and some ICSID tribunals have suggested that serious injury must be “likely” to occur before the issuance of a final award, implying a requirement of a 50% or greater likelihood. A similar requirement is arguably implied by formulations in institutional rules requiring that provisional measures be “necessary,” rather than merely “appropriate”» (Born, 2014, p. 2471).

titución del Tribunal Arbitral. No existe ningún otro supuesto en que se habilite la intervención del Poder Judicial para la concesión de tales medidas. Una vez que se constituye el tribunal arbitral, será este el único competente para pronunciarse sobre tales aspectos, incluyendo la posibilidad de modificar, sustituir o dejar sin efecto las que se hayan concedido en el ámbito judicial²¹.

Ahora bien, ¿cuál es la norma que rige la actuación del juez en tal caso? ¿El CPC o la Ley de Arbitraje? Aunque sorprenda la respuesta, lo cierto es que, hasta la fecha, no existe una posición clara al respecto.

En efecto, por un lado, algunos autores consideran que el juez debe aplicar las reglas previstas en el CPC, que regula precisamente esta figura, en la medida en que las normas previstas en la Ley de Arbitraje no han sido establecidas para regular las medidas cautelares que dicta el Poder Judicial de manera previa al arbitraje (o, mejor dicho, a la constitución del tribunal arbitral) (Arrarte, 2011, p. 123). Otros autores opinan, en cambio, que debe regir la Ley de Arbitraje, con base en la prevalencia que le brinda su Décima Disposición Complementaria («Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil») (Amprimo-Plá, 2013, p. 44).

Definir esta cuestión no resulta para nada algo menor, ya que la posición que se adopte determinará los requisitos y el procedimiento que resultan aplicables para que el juez defina si se concede o no la medida cautelar. En esa línea, por ejemplo, si se opta por el CPC, la medida se concedería o rechazaría *inaudita altera pars* (artículo 637 CPC); se exigiría una contracautela (artículo 610 CPC); y, tratándose de una medida cautelar de no innovar (mantener *statu quo*), se requerirá acreditar un perjuicio irreparable (artículo 687 CPC). La Ley de Arbitraje fija como regla general que el afectado tome conocimiento del pedido y la contracautela como una potestad («pudiendo exigir» – artículo 47.1).

La cuestión es que la Ley de Arbitraje no brinda ninguna regulación específica sobre las medidas cautelares que dicta el Poder Judicial, como sí lo hace para la adopción y ejecución de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral (artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje). Lo único que se establece en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje es quién es el juez competente para conocer sobre la medida cautelar.

Atendiendo a ello, para efectos de lo que se refiere exclusivamente a las actuaciones judiciales, la Décima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje (DDC) ha previsto que sus disposiciones procesales prevalecen sobre las normas del CPC.

²¹ Numeral 1 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.

La solución de prevalencia está prevista para supuestos en los que existe una contradicción o antinomia, en este caso, entre una norma especial y una norma general. Dado que se presentan escenarios de intervención judicial en el arbitraje, la DDC establece qué disposiciones procesales son las que rigen y deberán aplicar los jueces en el marco de dicha intervención. No obstante, a diferencia de todos los demás supuestos de colaboración judicial (como son la actuación de medios probatorios, ejecución de medidas cautelares, ejecución del laudo y anulación de laudo²²), en el caso de la adopción de medidas cautelares por el Poder Judicial, la Ley de Arbitraje no ha previsto ninguna regulación especial. No se configura, por ende, ninguna contradicción que justifique una aplicación preferente de la Ley de Arbitraje para tal efecto.

Estando a ello y en la medida en que se trata de una actuación judicial que se presenta en el marco del arbitraje, en cuyo caso específico la Ley de Arbitraje no ha previsto ninguna disposición procesal especial, pero que, además, es una figura que sí se encuentra regulada en el CPC, se concluye que esta es la norma que resulta aplicable y debe regir la actuación de los jueces, cuando se trata de adoptar medidas cautelares previas a la constitución del tribunal arbitral.

Lo anterior no implica que el CPC sea supletoriamente aplicable al arbitraje. Por el contrario, este se rige, en todo momento, según sus propias reglas y principios (artículo 34.3 de la Ley de Arbitraje²³). Únicamente cuando se trata de la adopción de medidas cautelares ante el Poder Judicial de manera previa a la constitución del tribunal arbitral, resulta aplicable el CPC (actuación judicial no regulada por la Ley de Arbitraje).

Ahora bien, como adelantamos, el DU 20-2020 modificó el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje a fin de establecer la exigencia de una contracautela con requisitos específicos para casos en que la parte afectada con la medida es el Estado. Lo que se ha previsto es lo siguiente:

8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

2. [...]

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria

²² Artículos 45, 48, 68 y título VI de la Ley de Arbitraje, respectivamente.

²³ «Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. [...] 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral».

y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda. (Subrayado agregado)

Las cuestiones que surgen al revisar este párrafo son las siguientes:

- Por la ubicación, no podría hacerse una doble referencia al juez y tribunal arbitral, ya que es una disposición prevista para la adopción judicial de medidas cautelares, previa a la constitución del tribunal arbitral.
- Las normas procesales que regulan las medidas cautelares que dicta el Poder Judicial antes de la constitución del tribunal arbitral son las del CPC (las disposiciones de la Ley de Arbitraje no han sido previstas para cubrir este supuesto). A pesar de ello, la modificación ha sido realizada en la Ley de Arbitraje. Esto podría justificar que se considere especialmente aplicable el CPC, en lugar de la Ley de Arbitraje, en la medida en que es la norma procesal que regula específicamente las medidas cautelares fuera de proceso (636 CPC).
- No obstante, podría considerarse también que la modificación ha generado una antinomia entre la Ley de Arbitraje y el CPC (que no prevé una contracautela especial para el Estado), por lo que tendría que prevalecer la primera, con base en lo dispuesto en su DDC.
- La ubicación del párrafo agregado por el DU 20-2020 es la que determina su ámbito de aplicación. Por tanto, asumiendo la postura del punto anterior, se podría decir que la nueva medida solo resulta exigible cuando es el Poder Judicial el que dicta la medida cautelar, previo a la constitución del tribunal arbitral. La mención al «tribunal arbitral» podría asimilarse a la figura del árbitro de emergencia (Campos, 2020).

Nuestra revisión no podría estar completa si no hacemos referencia a la exposición de motivos del DU 20-2020 (EM), específicamente en lo que se refiere a la modificación materia de análisis. Lo que llama inmediatamente la atención es que se hace referencia a lo sucedido con los tres hospitales regionales de Junín, Cusco y Tacna, como supuesta justificación de la necesidad de modificar la Ley de Arbitraje.

En ese sentido, se indica que dichas obras fueron suspendidas «vía medidas cautelares que derivan de contratos que se ventilan a nivel arbitral». No obstante,

al revisar los antecedentes de tales obras, se pudo identificar que, en los tres casos, las medidas cautelares fueron otorgadas fuera de proceso arbitral, por el Poder Judicial²⁴. Se entiende la gravedad de la situación si, como hemos indicado, para dicha actuación judicial ni siquiera resulta aplicable la Ley de Arbitraje, en la medida en que la norma procesal que establece los requisitos es el CPC.

Sobre la base de esa –errada– premisa es que se defiende la propuesta de exigir una carta fianza como contracautela por un monto mayor o equivalente a la garantía de fiel cumplimiento, ya que eso iba a «desincentivar» el uso abusivo e indiscriminado de medidas cautelares, que –según la EM– generan elevadas pérdidas económicas al Estado y frenan la prestación de los servicios públicos, a través de la paralización de obras.

La contracautela cumple una función de garantía respecto a los posibles daños que se podría generar al afectado con la ejecución de la medida cautelar (613 CPC). Su propia naturaleza determina que deba existir una directa proporción entre la contracautela que se fija y los posibles daños cuyo resarcimiento se pretende garantizar con esta. Eso va a depender, como es evidente, de cada caso concreto. Al fijar un tipo de contracautela (carta fianza) con una cuantía mínima predeterminada (monto de la garantía de fiel cumplimiento), se genera un desbalance que rompe dicha proporcionalidad, ya que se deja de evaluar uno de los factores necesarios para su fijación (los posibles daños, el cual es sustituido por identificar si la parte afectada es el Estado), trasladándose toda la carga de esta especie de «garantía estándar» al que solicita la tutela cautelar, sin importar el tipo de medida cautelar que se solicita y su real afectación a la contraparte.

Desde esa perspectiva, podemos afirmar que el segundo párrafo agregado por el DU 20-2020 al numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje resulta manifiestamente inconstitucional, en la medida en que lo que en realidad implica el supuesto «desincentivo» es una barrera al ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar que forma parte de la tutela jurisdiccional (efectiva), reconocido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Como bien indica Priori: «no hay tutela jurisdiccional efectiva, allí donde no sea posible solicitar y obtener una medida cautelar», y, en ese sentido, indica que «cualquier acto del Estado expedido por cualquiera de sus órganos que lesione o

²⁴ Junín (Expediente N.º 14690-2018-70-1817-JR-CO-13) / Cusco (Expediente N.º 00023-2016-84-1001-JM-CI-01) / Tacna (Expediente N.º 5032-2019-5-1817-JR-CO-07). En el caso específico del hospital de Junín, el juez dispuso constituir como contracautela las propias cartas fianzas cuya ejecución había ordenado suspender, vía mandato cautelar.

amenace este derecho es un acto inconstitucional». Agrega, además, que «tampoco puede el legislador crear requisitos excesivos, cuyo cumplimiento determine que en la práctica sea imposible el ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar» (Priori, 2005, pp. 184-187). En tales supuestos, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el cual se sustenta en el artículo 51 del mismo texto normativo, el juez o árbitros se encuentran obligados a inaplicar disposiciones legales o de rango inferior a la ley que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

4. Conclusiones

Ante la necesidad de una medida cautelar, el contratista evaluará si es posible esperar a la constitución del tribunal arbitral. En caso no pueda esperar, puede: (i) acudir al Poder Judicial, el cual resolverá la solicitud a la luz de las normas del CPC. La desventaja es la demora en su trámite, pero es efectiva si se requiere la cooperación de terceros que no suelen acatar órdenes de árbitros (como entidades financieras); o (ii) si el convenio arbitral fue celebrado a partir del año 2017 y el arbitraje se rige bajo las reglas del CARC PUCP o la CCL, puede evaluar la conveniencia de un árbitro de emergencia. En el caso de la CCL, se requiere consentimiento expreso en el convenio arbitral para aplicar esta figura; sin embargo, en el CARP PUCP, no. Se trata de un procedimiento rápido, pero con un mayor costo, y en el que será necesario acreditar urgencia por la medida.

Con relación a la contracautela que se exige a partir del DU 20-2020, consideramos que existen elementos suficientes para limitar su ámbito de aplicación al supuesto de medidas cautelares que dicta el Poder Judicial antes de la constitución del tribunal arbitral. En ese marco, en el que rige el CPC, podría priorizarse esta norma a la Ley de Arbitraje, por ser la norma procesal que regula de manera específica las medidas cautelares fuera de proceso. En todo caso, si se considera que debe prevalecer la Ley de Arbitraje, la exigencia igual quedaría limitada a la fase previa antes indicada. Una última alternativa consiste en optar por aplicar el control difuso, debido a que el párrafo incluido en el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje resulta manifiestamente inconstitucional.

Referencias

- Amprimo-Plá, N. (2013). La tutela cautelar arbitral. *Revista Ius et Praxis*, (44), 59-79.
- Arrarte, A. (2011). Comentarios a los artículos 47 y Décima Disposición Complementaria y Final de la Ley de Arbitraje. En C. Soto & A. Bullard (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, tomo I (p. 550). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

- Born, G. (2014). *International commercial arbitration*. (2.^a ed.). Estados Unidos: Kluwer Law International. Recuperado de [https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2014-ch17?q=measures&source=International%20Commercial%20Arbitration%20\(Second%20Edition\)%2C%20Born](https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2014-ch17?q=measures&source=International%20Commercial%20Arbitration%20(Second%20Edition)%2C%20Born)
- Campos, H. (19 de febrero de 2020). *Pasión por el Derecho. La libertad de los árbitros para fijar la contracautela en los procesos arbitrales en los que el Estado es parte*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/libertad-arbitros-fijar-contracautela-procesos-arbitrales-estado-parte/>
- McDougall, A., Satija, P., & Candy, F. (15 de abril de 2019). *White & Case. ICC Task Force on Emergency Arbitrators Proceedings releases findings*. Recuperado de <https://www.whitecase.com/publications/alert/icc-task-force-emergency-arbitrator-proceedings-releases-findings>
- Priori, G. (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos contenidos y límites. *Ius et Veritas*, 15(30), 171-200.

Una introducción a las juntas de resolución de disputas y su tratamiento en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

JUAN DIEGO GUSHIKEN DOY

«Por la falta de un clavo fue que la herradura se perdió.
Por la falta de una herradura fue que el caballo se perdió.
Por la falta de un caballo fue que el caballero se perdió.
Por la falta de un caballero fue que la batalla se perdió.
Y así como la batalla, fue que un reino se perdió.
Y todo porque fue un clavo el que faltó».
Proverbio antiguo

Sumilla

En el presente artículo, se explica de forma introductoria la figura de la junta de resolución de disputas, analizando de manera conjunta la doctrina internacional y las disposiciones normativas en contrataciones con el Estado. Si bien en un primer momento un nuevo sistema de resolución de controversias puede generar escepticismo en sus futuros operadores, este debe desaparecer para poder mejorar los estándares de eficiencia en la resolución de conflictos, sumando a ello las funciones de asistencia constructiva y preventiva del conflicto, atribuciones que otros métodos de solución de controversias no tienen.

1. Introducción

En materia de construcción, por cada nuevo proyecto siempre van a existir disputas. Por lo que, al tenerse un escenario altamente conflictivo, y tomando en consideración que a mayor tiempo en la solución de la disputa mayor es el costo que asumen las partes involucradas, surge la necesidad de establecer soluciones rápidas para cualquier conflicto latente. El más mínimo error puede generar que se pierda el reino, es decir, la obra, debido a los múltiples intereses que tienen las partes que suscriben un contrato de construcción.

Resulta claro que, para el propietario, su deseo es obtener una obra a bajo costo, mientras que, para el constructor, su fin único es obtener la mayor utilidad posible con la obra que está dispuesto a ejecutar. Lo común de ambas situaciones se altera cuando, precisamente, surge un conflicto entre las partes, lo cual adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que, en el momento de cotizar un presupuesto para la construcción de una obra, no existe una partida específica para el manejo de un conflicto; únicamente se presupuesta el costo de la ejecución de la obra.

Ante dicha situación, puede surgir la siguiente pregunta: ¿de dónde se obtiene el presupuesto para afrontar el manejo del conflicto? Dicho presupuesto se obtiene del margen; es decir, de la ganancia. Y si no se quiere incurrir en costos que repercutan en la ganancia, el secreto es no tener disputas en la ejecución de la obra, lo cual es prácticamente imposible, o reducirlas al mínimo.

Para ello, se resaltan dos mecanismos en el momento de gestionar los métodos de resolución de disputas en el contrato de construcción.

El primero de ellos consiste en recurrir a los mecanismos convencionales de resolución de controversias, es decir, el conflicto puede ser encausado a un trato directo, conciliación, mediación, arbitraje o, en todo caso, se puede acudir a un proceso judicial.

En el caso peruano, nadie duda del rol preponderante del arbitraje en los contratos de construcción. Sin embargo, cuando se utiliza este mecanismo, los árbitros resuelven la controversia de manera posterior a la constitución del conflicto, lo cual puede generar que la obra se paralice total o parcialmente hasta que no se resuelva dicha controversia. No solo ello, sino que los árbitros designados para resolver la controversia no han visto con sus propios ojos el desarrollo de la obra desde sus inicios hasta el surgimiento del conflicto y, en caso las partes no hayan solicitado una inspección ocular al tribunal arbitral para verificar el estado de la obra o dicha inspección sea efectuada de oficio, estos nunca van a conocer la obra ni la controversia *in situ*.

Adicionalmente a ello, puede suceder que el arbitraje se dilate, lo cual causaría que no se arribe a una solución pronta para obtener una decisión final y no perjudicar los intereses de las partes y de los beneficiarios de la obra.

En ese sentido, se necesita de una buena gestión del proyecto, lo cual se traduce en un procedimiento rápido y eficaz que resuelva las disputas de manera paralela a la ejecución de la obra.

De esta manera, en el momento de celebrar un contrato, no solo se deben asignar los riesgos a las partes que lo suscriben, sino que, además, es necesario establecer mecanismos de solución de disputas adecuados que garanticen una efectiva estabilidad en dicho contrato.

Resulta preferible realizar los gastos necesarios de prevención (costos bajos) en su tiempo real o cuando la posibilidad de producirse algún conflicto aún se encuentra en estado latente; a que, una vez producida la controversia, se generen paralizaciones innecesarias de la obra, produciéndose gastos excesivos por remediar dicha situación, sin dejar de lado los métodos de resolución de conflictos en caso el mecanismo de prevención presente diversas dificultades en su aplicación o, de aplicarse, falle.

Por ello, es necesario que las partes adopten como mecanismos de prevención y resolución de controversias a las juntas de resolución de disputas en el caso de los contratos de construcción.

2. Las juntas de resolución de disputas

La junta de resolución de disputas constituye un panel de expertos técnicos y jurídicos elegidos por las partes para que acompañen toda la ejecución de la obra. Dicho panel se constituye en el momento de suscribir el contrato de construcción entre el propietario y el constructor de la obra.

Sobre ello, Reig (2003, p. 486) señala que el panel de expertos se encuentra compuesto por terceros neutrales a los que se denomina adjudicadores, los cuales deben estar informados regularmente de la marcha de la obra y realizar visitas al lugar de ejecución para completar esta información.

Por lo general, el panel de expertos se conforma desde el inicio de la obra, a lo largo del desarrollo del contrato de construcción, hasta el momento último de la entrega de la obra y pago de la liquidación. En ese sentido, las juntas de resolución de disputas desincentivan los reclamos infundados debido a que los adjudicadores están plenamente informados respecto del desarrollo de la obra, dado que conocen muy bien el contrato de construcción, sumado a que reciben de manera permanente toda la información proporcionada por ambas partes y

realizan visitas *in situ* en el lugar de la obra, lo que, sin duda, genera un contacto real tanto con las partes como con la obra en sí misma.

Es en el marco de lo señalado anteriormente que la junta de resolución de disputas aparece como una herramienta de administración que «obliga» a que las partes gestionen sus contratos más eficientemente y tengan un seguimiento técnico permanente de lo ocurrido en la obra.

A mayor profundidad, cabe afirmar que la junta de resolución de disputas ha sido diseñada para formar parte del sistema conflictual convencional para mejorar los estándares de eficiencia en la resolución de conflictos, agregándole las funciones de asistencia constructiva y preventiva del conflicto, atribuciones que el arbitraje o los árbitros no poseen por naturaleza.

Como se puede observar, existen dos campos de actuación para la junta de resolución de disputas: por un lado, un campo de prevención de controversias y, por otro lado, un campo de solución de las controversias, cuando el conflicto no se ha podido evitar.

Respecto al primer campo de actuación, Charrett (2009, p. 9) señala que el papel de la junta de resolución de disputas cumple con un formato flexible e informal para el desarrollo de reuniones y comunicaciones.

En este modo de prevención, los adjudicadores deben ser proactivos. Deben ser conscientes de los avances del proyecto y el potencial problema antes de que se convierta en conflicto, mediante la identificación, investigación y discusión de los problemas en una etapa temprana con el ánimo de no encarecer la solución de un conflicto.

Ello se explica en el hecho que, en las reuniones periódicas con la junta de resolución de disputas, las partes reseñan informes detallados sobre: la situación del proyecto, retrasos reales y potenciales, posibles variaciones, reclamaciones y/o problemas potenciales de preocupación, entre otros, por lo que es valioso que la junta de resolución de disputas promueva la comunicación entre las partes y ayude a evitar la generación de posiciones radicalmente opuestas e irreconciliables.

Asimismo, es una obligación de los miembros del panel el mantenerse al corriente sobre el avance del proyecto, así como sobre el surgimiento y desenvolvimiento de potenciales situaciones conflictivas inherentes a este, con el fin de tener un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos, sobre todo en aquellos casos en los que surja una controversia entre las partes (Estavillo, 2007). Para ello, se utilizan informes periódicos elaborados por las partes y reuniones periódicas (por lo general, trimestrales o cuatrimestrales) entre la

junta de resolución de disputas y las partes, usualmente en el lugar de los trabajos de la obra.

Respecto al otro campo de función de las juntas de resolución de disputas, los miembros de la junta actúan en una modalidad de resolución de conflictos. Esta se activa cuando existe una disputa que no se pudo evitar mediante la función de prevención, por lo que las partes contratantes tienen el derecho de someter el conflicto suscitado ante las juntas de resolución de disputas.

En este campo, los miembros de la junta de resolución de disputas actúan de manera más formal. Las audiencias en este campo son de carácter argumentativo y demostrativo, en las cuales los testigos pueden ser interrogados por la junta, entre otras funciones.

Asimismo, en este campo de acción, la junta de resolución de disputas, al final de cada disputa, tiene la función emitir un fallo respecto a la disputa derivada, la cual se denomina «determinación», y, dependiendo de los efectos vinculantes que las partes hayan pactado, esta puede ser calificada como una recomendación (no vinculante) o decisión (vinculante).

Cabe señalar que, si una parte está en desacuerdo con una determinación emitida por la junta de resolución de disputas, dicha parte es libre de llevar la referida disputa a un tribunal arbitral o judicial. Sin embargo, la parte vencedora tiene la ventaja de poder utilizar la determinación como futura prueba para un juicio o un arbitraje.

Si bien muchos consideran a las juntas de resolución de disputas como un método de solución de conflictos en tiempo real, la función principal de esta es ayudar a las partes a evitar conflictos, si es posible, o, de lo contrario, a encontrar una rápida, rentable y aceptable resolución de conflictos, al poder identificar tempranamente la aparición e implicancias de un conflicto entre las partes.

3. Las juntas de resolución de disputas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

En el Perú, existen un 1,4% de postores por proceso de selección, lo cual se traduce en una competencia casi nula. Ningún mercado puede producir resultados óptimos con un nivel bajo de competencia, y el sistema de resolución de controversias que se tiene que proponer, al ser un facilitador para la inversión pública y privada, no puede ser ajeno a esta realidad, considerando su relevancia. Por lo mismo, su regulación no debe ser ineficiente, dado que puede desalentar la productividad (Corrales, 2014).

La regulación de los futuros sistemas de resolución de controversias debe dirigirse a minimizar sus costos de transacción. Como bien señala Bullard (2013), si estos costos son muy altos, entonces no hay contratos. Y si no hay contratos, no hay transacciones. Si no hay transacciones, el bienestar de las personas se reduce.

Al respecto, el 11 de julio de 2014, se publicó la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, fue publicado el 9 de diciembre de 2015. La Ley de Contrataciones fue modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341 y el Decreto Legislativo N.º 1444. El Reglamento fue derogado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, y se publicó un nuevo reglamento mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225 y fue modificado por Decreto Supremo N.º 377-2019-EF y Decreto Supremo N.º 168-2020-EF.

En ellos, se puede apreciar que se han efectuado diversos cambios respecto a la anterior Ley de Contrataciones del Estado (el Decreto Legislativo N.º 1017). Uno de los cambios ha sido la regulación de las juntas de resolución de disputas como un mecanismo de solución de controversia durante la ejecución contractual.

Asimismo, si revisamos a la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 3626/2013-PE relativo a la Ley N.º 30225, esta señala que con la junta de resolución de disputas «busca lograr la pronta y óptima solución de controversias que posibilite alcanzar, en las mejores condiciones de oportunidad y costo, el objeto de la contratación, dado el interés público involucrado y el impacto social que su postergación puede generar en el bienestar de la población».

La filosofía detrás de la solución de controversias reseñada en el párrafo anterior se puede observar en el numeral 3 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice: «Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias».

Mediante el citado artículo, se estaría permitiendo la intervención de un tercero, la junta de resolución de disputas, para prevenir y resolver los problemas que pudieran presentarse en el marco de los contratos de construcción. En ese sentido, con esta nueva regulación, se busca maximizar el valor de los recursos públicos bajo un enfoque de gestión por resultados en las contrataciones, priorizando la ejecución del gasto con calidad (Rojas, 2014), otorgando más importancia a herramientas que puedan ayudar a conseguir el fin público y la satisfacción de una necesidad pública.

Sin embargo, la introducción de mecanismos legales al marco normativo no asegura la eficiencia del sistema de prevención y solución de controversias. Por ejemplo, en el caso de la regulación de la conciliación en contrataciones públicas, si bien dicho mecanismo se considera como uno expeditivo y económico, en contrataciones públicas es ineficaz e inoperante, y existen un 5% de casos conciliados, frente al resto de casos que se deriva a arbitraje (Kundmüller, 2012).

Por ello, tomando en consideración lo anteriormente señalado, procederemos a discutir sobre los pros y contras de esta nueva regulación en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Para poder establecer el alcance de la junta de resolución de disputas, es necesario interpretar de manera integral la normativa de contrataciones con el Estado.

En primer lugar, el artículo 246 del Reglamento vigente establece las actividades que una junta de resolución de disputas debe efectuar, dentro de las cuales se encuentran:

1. Emitir decisiones vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes.
2. Absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente son consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda.
3. Efectuar visitas periódicas a la obra en ejecución.
4. Otras que se establezcan en el contrato respectivo, así como en la Directiva correspondiente.

Al respecto, es positivo que el Reglamento prevea el mínimo de funciones que una junta de resolución de disputas deba realizar, que es la prevención y resolución de controversias. Ello debido a que el legislador permite que sean las partes las que establezcan las reglas adicionales para llevar a cabo una junta de resolución de disputas.

Por otra parte, el legislador ha establecido de manera expresa que las decisiones emitidas por la junta de resolución de disputas son vinculantes.

Esto es un acierto, pues es útil para una realidad de resolución de conflictos como en la que vivimos actualmente. Y es que, si otorgamos que la junta de resolución de disputas emita recomendaciones, lo más probable es que el funcionario público no tenga decisión de mando para poder utilizarlas en la ejecución de la obra, y ello es por el mero hecho del temor que existe a ser sancionado posteriormente por un órgano de control al aprobar un pago que proviene de una decisión no vinculante.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de una decisión vinculante? Sobre ello, debemos precisar que, en vista de que una ley dispone que las decisiones sean vinculantes para las partes, ello es compatible con el principio de legalidad que rige la Administración Pública. Ello quiere decir que los funcionarios no van a tener temor de acatar las decisiones emitidas por la junta de resolución de disputas. Al respecto, Meirelles (2008, p. 89), señala que en la Administración Pública no hay libertad ni voluntad personal. Mientras que en la administración particular es lícito hacer todo lo que la ley no prohíbe, en la Administración Pública solo está permitido hacer lo que la ley autoriza.

Así, tenemos que el artículo 250 del Reglamento establece el carácter vinculante de las decisiones, al señalar que son «de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación, desde el vencimiento del plazo para su corrección o aclaración, o una vez corregida o aclarada la decisión, de ser pertinente».

Es decir, las partes deben de cumplir con las decisiones emitidas por la junta sin demora en cuanto sean notificadas. Por ende, para el cumplimiento de su decisión no existe una posible sanción posterior por parte del órgano de control, en vista de que se debe de acatar lo emitido por la junta de resolución de disputas.

Ahora bien, si una de las partes no se encuentra de acuerdo con la decisión emitida, tiene que expresar su desacuerdo dentro de los siete días de notificada para poder someter dicha controversia a arbitraje, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 250. Sin embargo, sin perjuicio de que alguna de las partes haya manifestado su desacuerdo, estas permanecerán contractualmente obligadas a cumplir con la decisión de la junta de resolución de disputas.

Por otra parte, consideramos relevante que el propio legislador señala que las decisiones son vinculantes, dado que ello va a permitir un mejor manejo de los conflictos que podrían presentarse durante la ejecución contractual; y, por lo mismo, que las decisiones emitidas por la junta solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro de un plazo de 30 días hábiles luego de recibida la obra, de acuerdo con el cuarto párrafo del numeral 3 del artículo 213 del Reglamento.

No solo eso, sino que, además, ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la junta de resolución de disputas, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 250 del Reglamento. Con lo cual, inevitablemente, se estaría favoreciendo la continuidad de la obra.

Bajo la línea de continuidad, el legislador oportunamente ha establecido que las decisiones solo podrán ser observadas por un tribunal arbitral después de reci-

bida la obra; ello quiere decir que ninguna decisión podrá ser llevada a un tribunal arbitral durante la ejecución contractual y, además, respecto a dichas controversias, se debe plantear un arbitraje único, con lo cual se evitaría el problema de tener diversos arbitrajes por cuantas controversias existan.

Por otra parte, respecto a los alcances de la junta de resolución de disputas, el numeral 8 del artículo 45 de la Ley se señala expresamente lo siguiente: «En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta **todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma**» (énfasis nuestro).

Asimismo, el numeral 1 del artículo 243 del Reglamento establece que «[l]a Junta de Resolución de Disputas promueve que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente las controversias que surjan desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma».

De acuerdo con lo citado, el alcance de las juntas de resolución de disputas se limitaría a las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción de esta. Ello es positivo, puesto que se delimita el marco de acción de los adjudicadores.

Así, el legislador establece que las juntas de resolución de disputas brinden soluciones sobre disputas que puedan generar un retraso o una paralización en la ejecución de la obra. Permitirles realizar una revisión *in situ* del reclamo y sus causas generaría que «sólo controversias técnicas y económicamente relevantes sean definidas en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día de la construcción a los Dispute Boards» (Paredes, 2013, p. 85).

Con ello, se estaría evitando que todas las controversias surgidas en obra o las decisiones que emita la junta se deriven a arbitrajes de manera automática por las partes, buscando que el mecanismo sea efectivo.

Con lo cual, surgen las siguientes interrogantes: ¿la junta de resolución de disputas funciona como un mecanismo prearbitral? y ¿qué conflictos posteriores a la recepción de la obra no son analizados por la junta de resolución de disputas?

Respecto a la primera interrogante, el numeral 1 del artículo 251 del Reglamento establece que el agotamiento del procedimiento ante la junta de resolución de disputas, cuando este mecanismo haya sido pactado, es un presupuesto de arbitrabilidad, lo cual implica que el legislador no ha permitido a las partes acudir directamente al arbitraje sin haber agotado la vía del procedimiento prearbitral, que surge como una condición *sine qua non* del arbitraje, el cual solo está facultado para revisar y ejecutar las determinaciones de los adjudicadores.

Respecto a la segunda interrogante, la Ley¹ y el Reglamento² establecen de manera expresa cuáles materias no pueden ser revisadas por la junta de resolución de disputas:

- Las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales.
- Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República.
- Pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.

De lo anterior, dichas normas han establecido cualquier discusión sobre las materias que pueden ser vistas en una junta de resolución de disputas. En el caso de los adicionales (y, consecuentemente, con cualquier pretensión relacionada con ello), no existe criterio técnico que no permita que una junta pueda revisar la aprobación o ejecución de adicionales, puesto que la realización de estos resulta indispensable para cumplir con el objeto de la obra, y la que estaría en mejor posición para su análisis sería la junta. Únicamente, respecto a las pretensiones de carácter indemnizatorio, se puede entender la prohibición impuesta por el legislador, puesto que la indemnización no tiene un carácter técnico que influya en el desarrollo de la obra.

Otro tema que únicamente se analizaría en un arbitraje sería la responsabilidad por los vicios ocultos. Como lo señalan Castillo y Sabroso (2009, p. 98), recogiendo lo expuesto por la exposición de motivos del Código Civil, se entienden por vicios ocultos «la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización».

¹ Numeral 4 del artículo 45 de la Ley: «La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo».

² Numeral 3 del artículo 343 del Reglamento: «No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública».

En ese sentido, para que exista responsabilidad por los posibles vicios ocultos de la obra, estos tienen que ser preexistentes a la entrega de esta y se exteriorizan después de dicha entrega, pues «[s]i el vicio surge después de la transferencia, afecta a algo que ya pertenece al adquirente y en lo cual no tiene injerencia [sic] alguna el transferente» (De La Puente y Lavalle, 2007, p. 538).

Por su naturaleza, carecería de objeto mantener una junta de resolución de disputas para el análisis por posibles vicios ocultos de la obra cuando ya se cumplió con el fin para el cual se constituyó, que es la entrega de la obra en el plazo previsto y, a pesar de ello, además, sería excesivo para el adjudicador seguir cumpliendo sus funciones por un plazo adicional no menor de siete años, el cual es el plazo de responsabilidad establecido en el artículo 40 de la Ley.

Por otra parte, la Ley de Contrataciones del Estado señala que las partes pueden recurrir a una junta, de acuerdo con el valor referencial y demás condiciones previstas en el Reglamento.

Sobre ello, el numeral 4 del artículo 243 del Reglamento establece que las partes pueden acudir a una junta de resolución de disputas en aquellos contratos de ejecución de obra cuyos montos sean superiores a S/ 5 millones. Adicionalmente a ello, la junta de resolución de disputas puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes. Sin embargo, en caso de duda o falta de acuerdo entre las partes respecto al número de miembros, si el monto del contrato fluctúa entre S/ 5 millones y S/ 40 millones, la junta de resolución de disputas tendrá un miembro y, si el monto del contrato es mayor de S/ 40 millones, se compondrá de tres miembros.

Al respecto, el costo del proyecto no puede ser establecido como una justificación para el uso de una junta de resolución de disputas, al no existir un criterio técnico o jurídico mediante el cual se establezca un piso, puesto que son las partes las que están en mejor condición para determinar cuál es la mejor forma de resolver sus controversias, con lo cual ello deviene en arbitrario.

En esa línea, respecto al número de adjudicadores que deberían participar en una junta, el legislador ha establecido que las partes solo pueden designar a uno o tres miembros, sin la posibilidad de que quepa pacto en contrario. Si bien la intención del legislador para el establecimiento de un número de miembros descarta la posibilidad de que las partes pacten un número par de miembros, lo que previene la existencia de un posible *impasse* en caso los miembros no se pongan de acuerdo respecto de la disputa, consideramos que el establecimiento de un número fijo de miembros (1 o 3) implica un desconocimiento de la flexibilidad y adaptabilidad de la junta de resolución de disputas respecto de la administración

del contrato, así como también de las disputas que pueden aparecer. Las partes ya no podrían tener la libertad en la configuración de la junta de resolución de disputas, limitándose en la cantidad de adjudicadores.

Por ejemplo, pueden existir situaciones en las cuales las partes prefieran pactar una junta consistente en solo dos miembros, los cuales tienen que ser profesionales de dos disciplinas diferentes o para segmentos específicos para la ejecución de una obra compleja, lo cual no es posible bajo la normativa actual. O constituir una junta de resolución de disputas, la cual puede estar compuesta por un presidente y miembros *ad hoc*, los cuales apoyan al presidente dependiendo de las materias en discusión, las cuales pueden estar relacionadas con la infraestructura, el financiamiento o la *performance* de la obra (Chapman, 2011, p. 9).

Así, en la experiencia internacional, en el proyecto Channel Tunnel Rail Link, en el cual se constituyeron dos paneles, uno emitía decisiones respecto a disputas técnicas relacionadas con la construcción y el otro emitía decisiones respecto a temas financieros. No solo ello, para la construcción del Aeropuerto de Hong Kong se había designado a seis adjudicadores y un coordinador para que cubran todos los contratos celebrados para llevar a cabo dicha obra. Sin embargo, de esos miembros de la junta de resolución de disputas se elegía a uno o tres miembros, dependiendo de la naturaleza o complejidad de la disputa, para que emitan una decisión.

Dichos ejemplos constituyen una clara muestra de que limitar el número de adjudicadores puede contrarrestar la eficacia de la junta de resolución de disputas.

Por ello, se considera un error que el legislador haya establecido un número fijo para la designación de los miembros de la junta de resolución de disputas, puesto que esta no solo dependería del tipo de contrato, complejidad y naturaleza, sino también de los intereses de las partes.

El legislador ha preferido que, cuando la junta de resolución de disputas esté integrada por un miembro (o el presidente, en caso sea un tribunal), dicho especialista cuente con una profesión altamente técnica relacionada con obras (ingeniero o arquitecto), a diferencia de exigencia establecida para designar un árbitro único o presidente del Tribunal Arbitral (el profesional debe ser un abogado).

Sin embargo, el legislador no ha señalado con qué tipo de especialidad debería contar dicho especialista, o si el profesional debe contar con una colegiatura para el ejercicio de la carrera vigente, entre otras observaciones. Asimismo, podemos observar que el legislador ha tratado de establecer de manera general que el ingeniero o arquitecto debe contar con conocimiento de la normativa

nacional aplicable al contrato. Sin embargo, no se especifica tampoco el tipo de conocimiento jurídico con que debería contar dicho especialista. Interpretamos que el conocimiento debe estar relacionado no solo con el conocimiento de la regulación contractual y las normas públicas (Ley de Contrataciones y su Reglamento) aplicables, sino también con los principios generales del Derecho de la Construcción. A pesar de ello, consideramos que ello no es suficiente para contrarrestar los problemas que podemos encontrar en una ejecución de obra o en las reglas procedimentales que no vulneren los derechos de las partes, los cuales no necesariamente se circunscriben a la normativa de contrataciones con el Estado, motivo por el cual se debió elegir adjudicador único o presidente de la junta a un abogado.

Ahora bien, tenemos que la inclusión de los abogados como miembros de una junta de resolución de disputas ha sido cuestionada en diversas oportunidades, debido a que los miembros de la junta están obligados a tener conocimientos y experiencia en las obras, por lo cual los ingenieros deberían ser la opción habitual (Owen & Toterdill, 2008, p. 32) y se cree que dichos profesionales tienen una adicción a lo adversarial y van a querer legalizar los procedimientos de la junta de resolución de disputas en detrimento de la filosofía de esta, basada en la búsqueda de una solución armoniosa que preserve la relación entre las partes (Ong & Gerber, 2010, p. 8).

Sin perjuicio de ello, es necesario tomar en cuenta que los abogados que se designará como adjudicadores deben tener un conocimiento particular sobre la teoría técnica de las obras en construcción. Adicionalmente a ello, deben mostrar un gran interés en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con lo cual se reconoce que los abogados pueden desempeñar un papel positivo si sus talentos son canalizados adecuadamente para ayudar a la junta de resolución de disputas en su trabajo (Dettman, 2006, p. 3), no generando hostilidad entre las partes, ya que eso es incompatible con la naturaleza de la junta.

Si las partes, en el momento de presentar sus dudas, consultas o reclamos, utilizan argumentos jurídico-técnicos, un ingeniero adjudicador puede ayudar a entender las implicaciones de lo que se va descubriendo con base en los hechos que se están encontrando en el proyecto o la obra objeto de disputa.

Sin embargo, para abordar una disputa es necesario interpretar la información que es proporcionada por las partes. Ello es mejor con un abogado como adjudicador, que tiene un conocimiento en manejo de disputas y que pueda establecer los parámetros de legalidad bajo los cuales está permitido responder las consultas o resolver las disputas.

Como bien señala Chern (2008, pp. 111-112) «there is a good reason to consider them (the lawyers) for appointment as a member of a dispute board [...] by focusing on the procedural issues and provide, in particular, advice with regard to interpretation and legal points» (existe una buena razón para considerarlos [a los abogados] en el momento de designar a un miembro de una junta de resolución de disputas [...] el abogado se va centrar en las cuestiones procedimentales y va a proporcionar, en particular, el asesoramiento en materia de interpretación en los puntos legales).

Un beneficio adicional de tener a un abogado como miembro de una junta de resolución de disputas se deriva del hecho de que él puede encargarse de escribir las determinaciones, aterrizando la solución técnica con un parámetro de legalidad que tome en consideración las cláusulas contractuales y los principios jurídicos que rigen el contrato; con lo que las conclusiones y recomendaciones serán claramente articuladas.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que los abogados están entrenados en la forma de gestionar y presentar litigios complejos, permitiendo a todas las partes que cuenten con la oportunidad suficiente para presentar sus alegaciones y defensas. Por lo que las partes pueden considerar que un abogado en la junta de resolución de disputas puede ayudar a establecer y brindar mayor credibilidad y legitimidad a la actuación de esta (Dettman, 2006, p. 2).

Lo anterior es recogido en la práctica internacional. Por ejemplo, en Sídney, en el proyecto Desalination Plant Project, se utilizó una *dispute review board* en la cual explícitamente se establecía que el presidente de la junta tenía que ser un abogado principal de la Victoria Bar Association, quien debía contar con experiencia en Derecho de la Construcción y resolución de disputas. Otro ejemplo es, precisamente, aquel que ocurrió en el caso del Túnel del Canal de la Mancha, donde se establecía que el presidente de la junta también debía ser abogado.

Los abogados son reconocidos por sus habilidades de persuasión, y pueden desempeñar un papel útil en asegurar que la junta de resolución de disputas exprese sus opiniones de una manera que no solo aumente la probabilidad de que ambas partes acepten los resultados, sino que también facilite las relaciones armoniosas en curso entre las partes (Ong & Gerber, 2010, p. 12).

Un abogado puede asegurar que la determinación se base en el contrato y la ley para que las partes puedan estar seguros de que las conclusiones de la junta de resolución de disputas son un anticipo del posible resultado de un arbitraje o litigio, lo que aumenta la probabilidad de que dicha determinación sea aceptada.

4. Conclusiones

La junta de resolución de disputas surge como una respuesta técnica y creativa para ser utilizada mayormente en los contratos de construcción, tiene una mayor eficiencia para la resolución de problemas técnicos y/o jurídicos y se constituye en una mejor administración del contrato de construcción, con la finalidad de concluir la obra sin futuras controversias y generar los costos más bajos para las partes que suscriben el contrato.

Al haber entrado en vigor la Ley de Contrataciones del Estado, en la cual se reconoce la posibilidad de que las partes puedan acudir a una junta de resolución de disputas si lo consideran idóneo, la regulación en materia de juntas de resolución de disputas resulta positiva excepto en dos puntos: la regulación respecto al número de adjudicadores y la profesión que debe tener el presidente de la junta o el adjudicador único.

Dejando de lado los dos puntos mencionados, las juntas de resolución de disputas están destinadas a crecer en demanda y popularidad, al buscar una manera eficiente y amigable de terminar una controversia a lo largo de un proyecto de construcción.

Referencias

- Bullard, A. (7 de septiembre de 2013). Los zapatos de cartón de Ronald Coase. *El Comercio* (versión impresa). Recuperado de <http://goo.gl/0dANBQ>
- Castillo, M. & Sabroso, R. (2009). *El arbitraje en contratación pública*. (1.ª ed.) (vol. 7). Lima: Palestra Editores.
- Chapman, P. (2011). Dispute boards for major infrastructure projects. *Management Procurement and Law*, 162(1), 7-16. doi: <https://doi.org/10.1680/mpal.2009.162.1.7>
- Charrett, D. (2009). *Dispute boards and construction contracts*. The Victorian Bar Continuing Professional Development Program. Recuperado de https://fdic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf
- Chern, C. (2008). *Chern on dispute boards. Practice and procedures*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd.
- Corrales, J. (2014). *Conferencia en el Congreso Internacional de Derecho de la Construcción (Cidec)*.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general*. Tomo III. Lima: Palestra Editores.
- Dettman, K. (2006). What role should lawyers play in the dispute review board process? *Foundation Forum*, 10 (1), 4-10.
- Estavillo, F. (Octubre de 2007). Otros mecanismos de solución de controversias utilizados en proyectos de construcción. En *Arbitraje y solución de controversias en materia de construcción*. Seminario organizado por la Cámara de Comercio Internacional de México y el Centro de Arbitraje de México, Ciudad de México, México.

- Hafer, R. (2010). *Achieving «real time» resolution and prevention of disputes*. International Institute for Conflict Prevention & Resolution.
- Harbst, R., & Volker, M. (2006). ICC dispute boards rules: The civil law perspective. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 72(4), 310-319.
- Kundmüller, F. (2012). *Arbitration of government contracts in Latin America: Peru, the example to follow?* Recuperado de https://www.slideshare.net/limaarbitration/arbitration-of-government-contracts-in-latin-america-peru-the-example-to-follow?utm_source=slideshow02&utm_medium=ssemail&utm_campaign=share_slideshow_loggedout
- Mahnken, V. (2008). *ICC dispute board rules and the differences towards the Fidic DAB provisions*. [Diapositivas de PowerPoint]. Recuperado de https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/MahnkenDisputeBoards_EnglishVersion_Monaco-REV.pdf
- McMillan, D., & Rubin, R. (2005). Dispute review boards: Key issues, recent case law, and standard agreements. *The Construction Lawyer*, (25).
- Meilhac, M. (2007). ICC dispute board rules: Practitioners' views. (Entrevista a Bunni, Naël, Paul-A. Gélinas, Pierre Genton y Peter Wolrich. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 18(1).
- Meirelles, H. (2008). *Direito Administrativo brasileiro*. (34.ª ed.). Sao Paulo: Malheiros.
- Ong, B., & Gerber, P. (2010). Dispute boards: Is there a role for lawyers? *Construction Law International*, 5(4), 7-12.
- Owen, G., & Allione, R. (2011). Entrevista a D. Gwyn P. Owen y D. Romano Allione. *Tecniberia – Revista de la Ingeniería Española*, (29), 50-53.
- Owen, G., & Totterdil, B. (2008). *Dispute boards: Procedures and practice*. Londres: Thomas Telford Publishing.
- Paredes, G. (2008). Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de conflictos en construcción: un acercamiento a los *dispute boards*. *Revista Peruana de Arbitraje*, (8), 103-122.
- Paredes, G. (2013). *Dispute boards* y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? *Revista Arbitraje PUCP del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2.
- Podetti, H. (2004). *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Pryles, M. (2001). Multi-tiered dispute resolution clauses. *Journal of International Arbitration*, (18), 159-176.
- Reig, I. (2003). *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería* (tesis doctoral). Universidad de Valencia, Valencia, España.
- Rojas, M. (Julio de 2014). *Discurso de apertura de la Conferencia Regional sobre Dispute Boards – DRBF Regional Conference & Workshop*. Lima, Perú.
- Thompson, R. (1998). *Efforts to manage disputes in the construction industry: A comparison of the new engineering contract and the dispute review board* (tesis de maestría). Virginia Polytechnic Institute and State University, Virginia, Estados Unidos.

Epílogo

Sacar adelante esta publicación presentó muchísimos retos, algunos de los cuales ya han sido abordados: mantener los contenidos actualizados en un rubro en constante cambio, priorizar la calidad académica, identificar temáticas que sean útiles para los profesionales de las contrataciones con el Estado, entre otros. Todo lo anterior en medio de la crisis sanitaria, política y económica que atraviesa el Perú en los años 2020 y 2021.

A pesar de ello, los editores reiteramos nuestro compromiso con el aspecto humano que hace posible sacar adelante proyectos como este. En particular, estamos agradecidos con la Facultad de Derecho y el Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, por permitirnos hacer ajustes que permitieron lograr la equidad de género entre las autoras y autores de esta publicación.

Es en atención a este compromiso y agradecimiento con nuestras autoras, que queremos dedicar el epílogo de esta publicación a la memoria de Rita Sabroso Minaya†. Dada la reconocida trayectoria de Rita, esta sección le rendirá un homenaje a partir de las memorias preparadas por Jorge Ágreda y Mario Castillo.

Rita, te hacemos llegar un profundo agradecimiento por tu apuesta en este proyecto. A continuación, presentamos estas sentidas palabras en tu memoria.

En memoria de Rita Sabroso†

JORGE ÁGREDA ALIAGA

Rita Sabroso estuvo entre nosotros entre el 7 de diciembre de 1980 y el 19 de enero de 2021. Fue una gran mujer, esposa, árbitro, profesora, mentora, amiga, madre amorosa de cinco caninos, hermana e hija. Era humana y tenía defectos, pero ni el más grande de ellos era mayor que la más pequeña de sus virtudes.

Y sus virtudes eran muchas. Nombrarlas todas sería imposible, pero me quedo con una: la generosidad. Siempre pensaba en los demás, en lo que podía hacer por el otro, aun a expensas suyas, y es que siempre decía «si Dios me premia con algo, es mi deber ayudar a alguien más». Y así es como veía la vida y las oportunidades que esta le daba, como un deber de devolución, pero no como una obligación (y menos de aquellas de las que enseñaba en la Universidad), sino como una tarea que tenía que hacer y que disfrutaba haciendo. Los beneficiarios de la generosidad de Rita se cuentan no con una mano, sino con muchas.

Conocí a Rita en 1998, me enamoré de ella en 2006 y me casé con ella en 2013. Hay cosas que no entiendo, pero debo aceptar, y debo agradecer haberla conocido casi 23 años y estar casado con ella casi 8, porque eso siempre será mejor que no haberla conocido. Agradezco haber estado con ella, y haber sido feliz a su lado, aunque por tan poco tiempo.

Rita era una abnegada madre de sus hijos caninos: Ralph, Luba, Dana, Thor y Tyrion, a los que me ha encargado su cuidado y tranquilidad. Menos a Ralph, claro, que debe estar con ella, en el Cielo, corriendo y ladrando, feliz de tener a su mamá a su lado.

Rita era muy apegada a su familia. Primero, a su padre y abuela, con quienes también debe estar en el Cielo y en paz. Luego, a su madre, hermana y abuela, de quienes siempre se preocupó y para quienes siempre estuvo.

Sus alumnos, incontables jóvenes, vieron cómo una profesora les explicaba de manera fácil lo que parecía tan difícil; hacía concreto lo que era tan abstracto. Gran profesora de Obligaciones y Arbitraje, discípula de Felipe Osterling y de Mario Castillo, y que siempre decía: «abogado que no supiera de obligaciones no podría denominarse como tal». Estoy más que seguro de que la recuerdan con mucho cariño y admiración, porque no solo se dedicaba a impartir conocimiento, sino se preocupaba por el bienestar de sus alumnos. La admiraba profundamente por ello.

Su aporte al Derecho ha sido extenso, a pesar de la poca edad que tenía. Fue secretaria arbitral en incontables casos y se estaba convirtiendo en una referencia de árbitro en casos de Contratación Pública, habiendo sido designada en muchos casos de gran importancia en los últimos años. Su orden, su responsabilidad, su pulcritud, su sentido de equidad y de justicia la convertían en una árbitro modelo, una árbitro que cualquier parte quisiera tener.

Respecto de la Contratación Pública, Rita ha escrito importantes trabajos; lamentablemente, lo que iba a ser su obra más importante quedó truncada por su repentina e inesperada partida. Imagino que entre sus amigos y yo encontraremos la forma de poder darle un final a ese trabajo tan importante para la doctrina y práctica arbitral en el Perú.

En casa, uno suele querer dejar el trabajo en la puerta, pero a veces ello es imposible, y pude escucharla debatiendo apasionadamente sobre sus posiciones respecto de diferentes temas jurídicos. Era un placer oírla, pero sobre todo era muy fácil entenderla. Y con eso regreso a sus alumnos (pues yo mismo me considero uno de ellos). Creo que su aporte más grande ha sido precisamente la transmisión de conocimientos a través de las clases en las aulas (ya fueran presenciales o virtuales). Creo que Rita era más profesora que abogada, pues enseñar era lo que más disfrutaba.

«No importa de dónde vienes, sino adónde vas» era una frase que siempre utilizaba, como una regla de vida, en la que buscaba dar oportunidades a personas que, quizá sin muchos privilegios, pero con muchas ganas de salir adelante, se cruzaban en su camino. Y, así, su rol de mentora ha sido muy importante entre muchas personas. Su papel de profesora no terminaba en el aula.

Estas épocas tan difíciles han hecho imposible dar una despedida apropiada a nuestra Rita, y estoy seguro de que habría habido muchísimas personas dándole

el adiós. Sirva este pequeño texto como una pequeña despedida, como un «hasta pronto, gordita, ya nos volveremos a ver y a reír juntos», pero también como una promesa, a todos a quienes Rita quiso y quienes la quisieron, de que un día le daremos la despedida que se merece.

Y es como dice la canción, «en el final, el amor que te llevas es igual al amor que das». Y tú diste mucho amor, mi pequeña, y te llevas todo ese amor contigo. Te extraño y siempre te extrañaré, eres lo mejor que me ha pasado y aún no descifro cómo estar sin ti. Pero hay una misión para todos los que te quisimos: honrar tu memoria siendo generosos como tú. Y así será, te lo prometo.

Un beso al Cielo.

Jorge Ágreda Aliaga

Abogado

¡Grande, Rita!

MARIO CASTILLO FREYRE

Agradezco la oportunidad que me brinda la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico para rendir homenaje a Rita y a la importancia que ella tuvo y tiene en la vida de mi estudio de abogados y en la mía propia.

Hace 19 años, un día de diciembre, llamé a la señora María Ysimura, jefa de la Oficina de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para preguntarle si me podía dar los datos para contactar a estudiantes que habían destacado el semestre anterior en mi curso, a quienes quería invitar a practicar a mi estudio.

Ella me dijo que estaba encantada de darme la información, pero que me recomendaba a una chica que acababa de terminar, ese mismo día, de practicar con ella. Su nombre era Rita Sabroso Minaya. Bromeé con María, quien no dejaba de insistir en que la entrevistara, pues, me decía, se trataba de una excelente chica.

Dada mi confianza en María, le pedí que le dijera que asista al estudio la tarde siguiente, lo que así ocurrió.

La entrevista fue muy breve, de unos siete minutos.

Me impresionó su entusiasmo por practicar, además de su mirada, que transmitía curiosidad e inteligencia.

Y, desde ese momento, empezó a trabajar conmigo.

Ese tiempo coincidió con la época en la que yo incursionaba en el arbitraje, precisamente como árbitro y, qué duda cabe, Rita, desde ese momento, se convirtió en mi brazo derecho en esta materia, siendo secretaria arbitral en todos los procesos *ad hoc* en los que yo era designado presidente y asistiéndome en todos los otros casos.

Qué puedo decir de Rita en lo laboral, salvo que era una persona absolutamente ordenada y que sabía distribuir sus tiempos de manera matemática.

Era tan ordenada que resultaban frecuentes las ocasiones en las que me regañaba por no serlo tanto como ella; y, sin duda, ha sido la única persona a quien he tolerado que lo haga. Y aceptaba el «jalón de orejas» porque esos regaños estaban basados en el enorme cariño que me tenía y porque su objetivo era que las cosas funcionaran bien.

Ese orden determinó que Mónica Benavides Segura (pionera en estos temas) y yo estableciéramos en el estudio formatos de contratos, de escritos, de consultas y de laudos arbitrales, que siempre distinguieron, y siguen distinguiendo, aquello que era trabajado por nosotros.

Pero, independientemente de sus virtudes formales, Rita era alguien muy pero muy inteligente. Con ella, siempre tenía la satisfacción de que, en las discusiones sobre temas jurídicos, no eran pocos los temas en que me hacía cambiar de parecer. Esto es algo que siempre he valorado mucho, tanto en ella como en otros colegas que me acompañan en el ejercicio profesional, la mayoría de los cuales han sido mis alumnos en las aulas universitarias.

Rita también me acompañó en la docencia universitaria. Al principio, fue adjunta del doctor Felipe Osterling Parodi y mía y, con el paso de los años, fue convocada para dictar la cátedra de Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra casa de estudios.

Además, no hay que olvidar que Rita me acompañó en la fundación de la cátedra de Arbitrajes Especiales, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, curso que dictó varios semestres con enorme éxito; éxito que la acompañaba también en su curso de la Universidad Católica. Sus alumnos la consideraban una excelente profesora.

En los últimos años, Rita ejercía la función de árbitro en numerosos procesos en diversos centros de arbitraje. No cabe duda de que era uno de los árbitros más prestigiosos del medio, lo que me daba muchísimo gusto y orgullo.

Solo tenía 40 años y, en la mitad de su vida que compartió con nosotros, me había acompañado también como coautora en ocho libros (cuatro de ellos integrantes de la Biblioteca de Arbitraje) y en múltiples artículos que escribimos sobre Derecho Civil y Arbitraje.

Qué más se puede pedir de un abogado a esa edad. Ella lo había conseguido todo y lo reunía todo.

Lamentablemente, este virus tan peligroso e invisible, le quitó la vida en no más de 20 días.

Debo transmitir la incredulidad que tenemos todavía todos quienes trabajamos con ella. Para nosotros, Rita siempre estará presente. Sin duda, su recuerdo, sus enseñanzas y sus libros van a hacer que ella nunca nos deje.

La Biblioteca de Arbitraje dedicará uno de sus futuros volúmenes a rendir homenaje a nuestra querida Rita. Allí escribiremos todos quienes, en los más diversos aspectos, compartimos la vida profesional y académica con ella.

Lima, junio de 2021

Sobre los autores

Andrés Talavera Cano – editor

Profesor contratado a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho e investigador del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Es máster en Derecho (LL. M.) en Comparative and International Dispute Resolution por la Queen Mary University of London (Inglaterra). Becario Chevening, Clase 2018. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios adicionales en Arbitraje Comercial Internacional, Introducción al Derecho Americano y Derecho Comparado, como parte del programa de intercambio estudiantil con la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison (Estados Unidos).

Monica Nuñez Salas – editora

Profesora contratada a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho e investigadora afiliada al Centro de Estudios sobre China y Asia-Pacífico y al Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Dirige la Clínica de Gestión Ambiental de la misma universidad. Tiene un título de Máster en Gestión Ambiental (M. E. M.) de la Universidad de Yale, School of the Environment (Estados Unidos), donde estudió como becaria Fulbright (2016-2019). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Zita Aguilera Becerril

Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo, magíster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid y con Maestría en Derecho Administrativo y Regulación de Mercado por la Universidad de Piura. Socia del Estudio Ehecopar (asociado a Baker & McKenzie International). Especialista en contratación pública, arbitraje, derecho administrativo y control gubernamental. Ha sido asesora de Presidencia y especialista legal en el Consejo Superior de Contrataciones del Estado (ahora OSCE). Árbitro y miembro de la Junta de Resolución de Disputas y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

Karina Alvarado León

Abogada de profesión. Magíster en Gerencia Pública, especialista en Contrataciones Públicas en la Universidad de Lima. Con curso de especialización en Arbitraje en Contrataciones con el Estado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Planificación Estratégica (Universidad del Pacífico). Con cursos de especialización en Programación Multianual y Formulación de Proyectos e Inversiones Públicas – Invierte.pe (Universidad del Pacífico). Con estudios culminados en la Maestría de Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con curso en Arbitraje en la Universidad de Lima. Autora de *El manual de compras públicas*. Docente en la PUCP, ESAN y la UPC. Ha dictado cursos en materia de Contrataciones Públicas en la Universidad de Lima, la Universidad Continental y diversas instituciones público-privadas.

Raicza Arrunátegui Salazar

Abogada por la Universidad de Lima. Asociada de Miranda & Amado. Su práctica profesional se concentra en Derecho Administrativo, Contratación Estatal y Regulatorio. Ha participado en la asesoría de entidades del sector público y empresas privadas, así como en el patrocinio de estas en procedimientos administrativos sancionadores.

Angela Cámara Chumbes

Abogada por la PUCP con estudios en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones por la American University Washington College of Law (2020) y la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico (2018); así como en Derecho Internacional por el Center for American and International Law (2017). Asocia-

da principal del Área de Litigios y Solución de Controversias del Estudio Echeopar, asociado a Baker & Mckenzie International; miembro de Peruvian Young Arbitrators, Arbitral Women, Young Ogemid y Young ITA. Adjunta de docencia del curso de Valoración de la Prueba del Programa de Segunda Especialidad de la PUCP.

Carla De los Santos López

Asociada del Área de Litigios del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada con mención especial, con estudios de especialización en Arbitraje en la American University – Washington College of Law, y en Derecho de la Construcción en la Universidad Pacífico. Con amplia experiencia en arbitrajes de contratación pública y comerciales. Es socia fundadora de la Asociación de Jóvenes Árbitros Peruanos, cuya finalidad es hacer del arbitraje una comunidad promoviendo las buenas prácticas arbitrales.

Juan Diego Gushiken Doy

Magíster en Derecho de la Construcción por la Universidad de Melbourne. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjudicador acreditado. Árbitro acreditado ante diversas instituciones. Conciliador extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH). Profesor de los cursos de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos de la Maestría de Derecho Civil de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (UNSCH).

Emily Horna Rodríguez

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefa del Área de Litigios y Arbitrajes del Estudio Santiváñez Abogados. Embajadora de Arbitrator Intelligence para la región Latinoamérica. Cuenta con estudios de posgrado sobre Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversiones por la American University Washington College of Law (WCL) y por el Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS). Actualmente, se encuentra cursando la Diplomatura en Contratos y Litigios Internacionales por la Universidad Austral, Argentina. Es miembro de las asociaciones Peruvian Young Arbitrators, Arbitral Women, CEA-40, Young Icsid, Young ITA y Young Ogemid.

Katty Mendoza Murgado

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresada de la Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC); con estudios en la Maestría de Derecho Procesal y Solución de Conflictos en la misma casa de estudios. Especialista en contrataciones públicas y árbitro incorporada en diversos registros de árbitros. Actualmente, además de actuar como árbitro, dirige Arbitre Soluciones Arbitrales, empresa dedicada a asumir secretarías arbitrales en arbitrajes *ad hoc*.

Willy Pedreschi Garcés

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Miranda & Amado. Egresado de la Maestría en Regulación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Su práctica profesional se concentra en las áreas de Derecho Administrativo y Regulatorio. Ha ejercido docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y participado como expositor en eventos académicos relacionados con el área de especialidad, así como en la publicación de artículos en revistas de Derecho.

Salomé Reynoso Romero

Abogada por la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo, candidata a magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de especialización en Arbitraje Nacional e Internacional, Resolución de Conflictos, Derecho Civil Patrimonial y Contrataciones con el Estado. Se desempeñó por más de siete años como secretaria arbitral y asesora legal del Centro de Arbitraje de la PUCP. Actualmente, se desempeña como árbitro independiente y asesora legal externa corporativa de la empresa Organica Industries en Dubái.

José Rosales Rodrigo

Maestro en Derecho de la Empresa y abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor universitario en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho en el Capítulo de Arbitraje. Árbitro en procesos arbitrales *ad hoc* e institucionales en materia de contratación estatal en las principales instituciones arbitrales del país. Consultor independiente en materia de arbitraje, contratación estatal, derecho de la construcción y derecho civil patrimonial.

Rita Sabroso Minaya†

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, graduada con mención «Sobresaliente». Miembro del Observatorio Inmobiliario Mercantil PUCP. Profesora de Derecho Civil en la PUCP. Fue profesora de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Con estudios en la Maestría de Investigación Jurídica y en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la PUCP. Árbitro en el RNA-OSCE, CCL, CARC-PUCP y Registro Nacional de Negociaciones Colectivas del MTPE (sector privado). Autora de diversos libros y artículos sobre arbitraje y derecho civil.

Alfredo Soria Aguilar

Integrante de la Nómina de Árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Amcham, entre otras instituciones arbitrales a nivel nacional. Inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE. Profesor de Contratación con el Estado y Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la UPC y la Universidad del Pacífico. Autor de diversos artículos acerca de contratos, derecho arbitral y contrataciones con el Estado.

Sergio Tafur Sánchez

Maestría en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado por la Universidad de Lima. Con más de 25 años de experiencia como abogado litigante en diversos arbitrajes nacionales e internacionales. Ha sido presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad en Cofopri. Actualmente es socio principal y gerente general en Tafur Asesores y Consultores.

Luis Yamada Alpiste

Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Especialista en contrataciones con el Estado del Grupo Telefónica.

Martín Zecenarro Flores

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con más de 20 años de experiencia en consultoría en proyectos de inversión pública y priva-

da, asesoría en APP, compras estatales, gestión pública, derecho administrativo y regulatorio, derecho de la competencia, protección al consumidor, derecho concursal y propiedad intelectual. Actualmente, se desempeña como socio a cargo de la práctica legal en Moore Perú, firma miembro de Moore Global.

José Zegarra Pinto

Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Master Business Administration (USIL). Abogado graduado con mención «Sobresaliente» por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP. Profesor en la Universidad ESAN (Instituto de Desarrollo Económico). Árbitro del OSCE, PUCP, Mintra y PCM (árbitro territorial). Ha sido secretario académico de la Facultad de Derecho de la PUCP (2004-2008) y profesor en las Facultades de Derecho y Gestión y Alta Dirección de la PUCP. Consultor en Gestión Pública y Contrataciones del Estado.