

RELATORÍA

I Congreso Nacional de Arbitraje en Contrataciones con el Estado

| Ponentes | Fecha | Mesa |
|--|-------------|--|
| Daniel Cuentas Pino Ana Velásquez De La Cruz Giuseppi Vera Vásquez Wuandy Vargas Guevara | 25 de marzo | Mesa 1: "Buenas prácticas en la gestión de obras públicas" |
| Úrsula Caro Tumba Roberto Benavides Pontex Ahmed Manyari Zea | 25 de marzo | Mesa 2: "Arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en obras públicas" |
| Kepler Panduro Palacios Isabel Andrade Villavicencios María del Carmen Padilla Ortega Fernando Castañeda Portocarrero | 26 de marzo | Mesa 3: "Centros e instituciones arbitrales ¿qué saber?" |
| Giorgio Schippa – Petra Alessandra Cocchella Costa Nelly Patricia Quispe Condori Alejandro Arrieta Pongo | 26 de marzo | Mesa 4: "Compras públicas y arbitraje" |
| Renzo Zarate Miranda Antonio Corrales Gonzáles Carol Apaza Moncada Alessandro Vergel Pérez Palma | 26 de marzo | Mesa 5: "Compras públicas" |
| Iván Ugarte Casafranca Sandro Espinoza Quiñones Karla Gaviño Masías Rodrigo Freitas Cabanillas | 26 de marzo | Mesa 6: "Arbitraje como mecanismo de resolución de obras públicas" |

Los días 25 y 26 de marzo de 2024, se llevó a cabo el “I Congreso Nacional de Arbitraje en Contrataciones con el Estado”, en el marco de la ceremonia de conmemoración por el “Día del Procurador Público”.

La actividad académica tuvo como objetivo principal presentar la importancia del arbitraje en las contrataciones públicas, brindando a los operadores del SADJE una visión objetiva de su aplicación en el Perú.

A continuación, se presentará un resumen de la información compartida durante cada una de las ponencias que se realizaron en el congreso nacional.

Mesa 1: “Buenas prácticas en la gestión de obras públicas”

El primer ponente de la mesa fue Daniel Cuentas Pino, quien abordó el tema *“Pautas para adoptar un enfoque colaborativo en la ejecución de obras públicas”*. Conforme a lo mencionado por Cuentas, el enfoque colaborativo implica la gestión contractual, anteponiendo el interés integral del proyecto y empleando las mejores prácticas de la industria. No obstante, señaló que en el Perú existen tres causas principales que impiden una gestión colaborativa de las obras públicas: a) la alta conflictividad en el sector de construcción, b) los problemas que enfrenta la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE) y los múltiples cambios que experimenta la norma, y c) la gestión presupuestal.

A pesar de ello, el ponente consideró que existen cuatro elementos que podrían contribuir a desarrollar un enfoque colaborativo. El primer elemento se encuentra en la propia LCE, en específico, en los principios de la ley; el segundo elemento es la función consultiva de las Juntas de Resolución de Disputas (JDR); el tercero es el Modelo de Información de construcción (BIM, por sus siglas en inglés), un aplicativo que facilita el seguimiento de las obras y que posibilita medir todo tipo de variación monetizada; y, finalmente, el cuaderno de obras electrónico, que permite la transparencia de la información consignada, con el cual se podrían absolver consultas sin la necesidad de llegar a un conflicto.

La segunda ponente fue Ana Velásquez De La Cruz, quien expuso el tema *“El Fideicomiso Público en la Ley de Contrataciones Públicas, una herramienta para la gestión financiera eficiente de una obra pública”*. La ponente inició su presentación explicando en qué consiste el fideicomiso. Asimismo, señaló que esta figura, incorporada a la LCE en el 2021, ha traído múltiples beneficios para el Estado, tales como la capacidad de fiscalizar el patrimonio destinado para el fin u objeto para el que fue constituido; garantizar que los adelantos se utilicen exclusivamente para la ejecución de la obra contratada; garantizar la transparencia y evitar el riesgo de malversación de fondos. Finalmente, Velásquez llegó a la conclusión de que el fideicomiso es una herramienta eficiente para prevenir riesgos y gestionar el gasto público.

El tercer ponente fue Giuseppe Vera Vásquez, quien presentó el tema *“¿Cómo impacta la forma en la que se encuentran reguladas las contrataciones con el Estado en el arbitraje?”*. Vera destacó la falta de regulación que existe respecto a cómo se pacta el establecimiento de un arbitraje y los lugares donde se llevará a cabo. Para abordar esta problemática, el expositor considera que se debe emitir una norma que requiera que los convenios mencionen específicamente el centro o los centros de arbitraje que podrán intervenir.

La última ponente fue Wuandy Vargas Guevara, quien expuso sobre “La Conducta de los Centros de Arbitraje”. En primer lugar, estableció que la ética en los centros de arbitraje implica la aplicación justa y consistente de las reglas y procedimientos establecidos, así como la gestión transparente de los recursos y la toma de decisiones imparciales. La ponente sugirió que todos los centros de arbitraje deberían contar con una estructura uniforme o similar entre ellos, debido a que gestionan recursos estatales, arbitrajes y JRD. Además, señaló que, aunque los centros no pueden ser sancionados penalmente, cualquier hecho ilícito debe ser abordado en el ámbito penal, centrándose en las personas involucradas. Finalmente, reflexionó sobre la importancia de un estudio más profundo sobre la ética en los centros de arbitraje, de manera que se asegure el cumplimiento de la normativa correspondiente y la permanencia de aquellos que estén debidamente regulados.

Mesa 2: “Arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en obras públicas”

La primera ponencia de la segunda mesa estuvo a cargo de Úrsula Cano Tumba, quien expuso el tema “Prestaciones adicionales y reducciones de obras”. La ponente indicó que la LCE permite realizar modificaciones a los contratos, las cuales pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes involucradas. Asimismo, destacó la importancia de que estas modificaciones estén alineadas con el propósito original del contrato, asegurando así la satisfacción efectiva y oportuna del interés público que motivó su celebración, y optimizando el uso de los recursos públicos. Sin embargo, señaló que dichos cambios pueden generar controversias debido a la falta de claridad en la normativa respecto a las excepciones, la finalidad del contrato o el significado del equilibrio financiero. Por último, la expositora concluyó enfatizando la importancia de cumplir los requisitos establecidos en la norma, ya que la finalidad de una modificación contractual no es desnaturalizar el contrato original ni perjudicar a alguna de las partes.

La segunda ponencia fue realizada por Roberto Benavides Pontex, la cual llevó por título “*Apuntes sobre la SAP en contratos de obra*”. El ponente mencionó que existen más de 30 regímenes de contrataciones y que la LCE establece un marco general. Considerando esto, Benavides destacó que solo hay tres causales para ampliar el plazo en un contrato de obra, citando el caso de las lluvias u otros fenómenos naturales como circunstancias adicionales. Respecto a las formalidades de plazo, Benavides le recordó a la audiencia que el supervisor cuenta con 5 días hábiles para su evaluación, mientras que la entidad cuenta con 15 días. Además, durante su ponencia, se abordaron opiniones relevantes emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE) sobre este tema. Entre ellas, el tiempo con el que la entidad cuenta para pronunciarse sobre la conformidad de extender el plazo y la presentación de copias de la solicitud.

Finalmente, la última presentación titulada “*Solución de controversias en obras públicas*” estuvo a cargo de Ahmed Manyari Zea. El ponente destacó las innovaciones en los mecanismos de solución de controversias, como la introducción de la Junta de Resolución de Disputas (JRD). Manyari explicó que la JRD tiene tres funciones: (a) la función preventiva, la cual busca prevenir y/o resolver los conflictos que surgen desde el inicio del plazo de ejecución de la obra, hasta la recepción total de la misma; (b) la función consultiva, que permite a la JRD emitir opiniones no vinculantes; y (c) la función decisoria, mediante la cual es posible emitir decisiones vinculantes respecto a las controversias planteadas por las partes. Manyari resaltó que la inclusión de la JRD permite la gestión temprana de las

controversias durante la ejecución de proyectos, gracias a su conocimiento directo de las circunstancias que originaron los conflictos, lo cual contribuye al ahorro de tiempo y recursos de las partes.

Mesa 3: “Centros e instituciones arbitrales ¿Qué saber?”

La primera ponencia de la tercera mesa fue llevada a cabo por Kleper Panduro Palacios, con los temas “*Competencia de los Centros Arbitrales*” y “*La cláusula arbitral patológica*”. El ponente profundizó en el marco regulatorio peruano del arbitraje y resaltó dos normas fundamentales: el Decreto Legislativo N.º 1071 y la Ley N.º 30225, las cuales son la base para la competencia de los centros arbitrales en el país. Además, el expositor profundizó en el concepto de “cláusula arbitral patológica”, que se aborda en el artículo 7 del Decreto Legislativo N.º 1071 y en el artículo 226 del reglamento de la Ley N.º 30225. Al respecto, mencionó que una cláusula arbitral patológica es aquella que, debido a defectos en su redacción o en la forma en la que se establecieron, no logra reflejar adecuadamente la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje. Además, Panduro destacó que uno de los requisitos específicos para desempeñarse como árbitro, en el marco de los arbitrajes en contrataciones del Estado, es estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del Estado (RENACE).

La segunda ponencia, titulada “*Contenido de los reglamentos de los centros arbitrales*”, estuvo a cargo de Isabel Andrade Villavicencio. En su exposición, enfatizó en la importancia de los reglamentos en el ámbito del arbitraje, subrayando que cualquier violación a los mismos podría resultar en la anulación del laudo emitido. Asimismo, resaltó la intervención del OSCE, por emitir lineamientos destinados a la acreditación de los centros arbitrales, pese a que esta iniciativa no prosperó debido a limitaciones presupuestarias. Andrade también mencionó las dificultades presentes en algunos procesos arbitrales, como la negativa por parte de ciertos centros de arbitraje de recibir escritos, lo que obstaculiza el desarrollo fluido de los procedimientos. Asimismo, abordó el fenómeno de los arbitrajes *express*, que surgen de manera repentina sin contar con una reglamentación adecuada y tarifas justas. En cuanto a los reglamentos de las instituciones arbitrales, señaló que estos contemplan aspectos esenciales, como el reglamento interno, el código de ética, el reglamento procesal arbitral y el tarifario. Por último, destacó la próxima implementación de sanciones para los centros de arbitraje como parte del nuevo proyecto de la LCE, con el objetivo de asegurar su correcto funcionamiento y el cumplimiento de las normativas establecidas.

La tercera ponencia fue realizada por María del Carmen Padilla Ortega, la cual llevó por título “*Los alcances del principio de competence-competence*”. La expositora destacó cómo este principio confiere al tribunal arbitral la capacidad de decidir sobre su propia competencia, permitiéndole pronunciarse sobre su jurisdicción y resolver cuestiones sustantivas y procesales. Este principio es ampliamente reconocido en el ámbito internacional del arbitraje, junto con otros como la independencia y la separabilidad de la cláusula arbitral, e implica que la competencia solo se cuestiona en relación con la existencia del convenio arbitral. Por su parte, el principio de independencia, establecido en el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se aplica tanto al Poder Judicial como al arbitraje, de conformidad con lo señalado en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje. Esto implica que cada tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre cualquier aspecto formal relacionado con la controversia a tratar. Finalmente, el principio de separabilidad establece

que el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. Estos principios fundamentales del arbitraje no solo sirven como guía para el ejercicio de la jurisdicción arbitral, sino que también fortalecen su eficacia y legitimidad como mecanismo de resolución de conflictos.

La última presentación estuvo a cargo de Fernando Castañeda Portocarrero, quien abordó el tema “Las similitudes y diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial”. En primer lugar, precisó que ambos ejercen jurisdicción; es decir, el poder de impartir justicia. Sin embargo, mencionó que también poseen diferencias significativas. Una de las principales diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial, radica en que el primero puede decidir no conocer el caso, mientras que el último debe conocer la demanda y analizar hasta los aspectos formales de la misma, para luego, en caso corresponda, declarar su inadmisibilidad o improcedencia. El expositor destacó la tendencia en los centros de arbitraje de adoptar estándares jurídicos para asemejarse a esta práctica del Poder Judicial, aunque los reglamentos de cada centro pueden variar, debido a que, en términos generales, estos reglamentos confieren poder discrecional a la institución para decidir no conocer el caso y estas decisiones suelen ser inimpugnables. En este contexto, el ponente resaltó la necesidad de establecer criterios uniformes claros que protejan la integridad y la reputación del arbitraje, con el objetivo de garantizar un proceso justo y eficiente.

Mesa 4: “Compras públicas y arbitraje”

La primera ponencia estuvo a cargo de Giorgio Schippa-Petra, quien abordó el tema “Arbitraje y Juntas de Resolución de Disputas”. El expositor enfatizó en la importancia de comprender el convenio arbitral, que surge del principio de autonomía de las partes. Este principio permite que la competencia sea transferida de los tribunales ordinarios a un tribunal arbitral. Ello es fundamental para establecer las reglas que regirán la solución de la controversia. Asimismo, el ponente señaló que los principios rectores del arbitraje, tales como la autonomía de la voluntad, la imparcialidad e independencia, son determinantes para la selección adecuada de los árbitros. Otros principios importantes en el arbitraje son la celeridad, flexibilidad, separabilidad del convenio arbitral y el principio de kompetenz-kompetenz. El expositor también, detalló el proceso arbitral, el cual inicia con la constitución del tribunal arbitral y la fijación de reglas y costos. Luego se procede a la etapa postulatoria del arbitraje, seguida de la audiencia y la emisión del laudo arbitral. Cabe resaltar que cualquiera de las partes puede interponer recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo en sede arbitral. Finalmente, una vez concluido el proceso arbitral, las partes pueden interponer recurso de anulación contra el laudo ante el Poder Judicial, de requerirlo.

La segunda ponencia estuvo a cargo de Alessandra Cocchella Costa, con el tema “¿Dónde se deben arbitrar las controversias derivadas de las compras públicas?”. La ponente mencionó que para montos menores a 5 millones de soles se puede recurrir a arbitrajes *ad hoc*, mientras que para montos mayores, a arbitrajes institucionales. Asimismo, explicó la diferencia entre ambos. En el primero, el proceso es conducido por las partes y los árbitros, mientras que en el segundo, el arbitraje es administrado por una institución regida por reglamentos y disposiciones predeterminadas. No obstante, Cocchella mostró su preocupación al señalar que no existen requisitos mínimos para la creación de centros de arbitraje, lo cual disminuye la seriedad del proceso. En ese sentido, la expositora concluyó

que es necesario establecer una lista de entidades acreditadas por el Estado para reducir la proliferación de centros arbitrales y proporcionar así un marco más claro y seguro para la resolución de disputas.

La tercera ponencia estuvo a cargo de Nelly Patricia Quispe Condori, quien explicó el tema “La caducidad en la Ley de Contrataciones con el Estado”. Quispe señaló que la caducidad implica la pérdida del derecho material por inactividad de su titular. Asimismo, dentro del proceso arbitral, la caducidad se utiliza como un mecanismo de defensa previo. La expositora también abordó la noción y los plazos de caducidad en la LCE. Al respecto, destacó que la ley no define a esta institución jurídica, pese a ello, la norma establece plazos de caducidad. El plazo general vence antes de la fecha de pago final, mientras que el plazo específico es de 30 días hábiles para solicitar la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados y liquidación del contrato. Finalmente, la expositora mencionó que estos plazos de caducidad otorgan seguridad jurídica respecto a los reclamos que se pueden producir en un contrato.

La última exposición estuvo a cargo de Alejandro Arrieta Pongo, quien abordó la pregunta “¿Cómo ganar arbitrajes?” Al respecto, el expositor señaló que la mayoría de casos se pierden por la forma en la que se inicia y ejecuta el expediente. Arrieta subrayó la importancia de incluir en el análisis costo-beneficio, la responsabilidad del titular de la entidad. Asimismo, destacó que los procuradores, quienes están encargados de la defensa de los intereses del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 47 de la Constitución, no cuentan con el mismo tiempo de preparación que la contraparte privada. Esto es importante porque los intereses del Estado coinciden con los de la persona humana, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución. En ese sentido, con la finalidad de alcanzar el fin supremo del Estado, el ponente concluyó su participación con una propuesta que articula diversos aspectos, entre los cuales está incluido el componente técnico.

Mesa 5: “Compras públicas”

En la primera ponencia, Renzo Zarate Miranda abordó el tema “Arbitraje de Emergencia”. Resaltó que el arbitraje de emergencia, en particular, se distingue por ciertas características clave, como su aplicación automática en ciertas circunstancias, los plazos para su designación, así como la confidencialidad y la jurisdicción concurrente que lo caracterizan. Además, señaló las ventajas que ofrece esta modalidad, como la especialización de los árbitros y la rapidez en la resolución de disputas, lo cual es fundamental en situaciones críticas que requieren una solución expedita. Por último, enfatizó la importancia de una regulación adecuada para garantizar que esta herramienta se utilice de manera transparente y ética.

La segunda ponencia estuvo a cargo de Antonio Corrales Gonzales, quien analizó el “*Marco normativo especial sobre arbitraje en compras públicas*”. El ponente reflexionó sobre el panorama de este tipo de arbitraje, resaltando su carácter a nivel nacional y la limitada participación de otros países que utilizan este mecanismo para resolver conflictos vinculados a las adquisiciones gubernamentales. Se subrayó la necesidad de avanzar en la implementación de un sistema de acreditaciones arbitrales, debido a la proliferación de instituciones arbitrales, que superan los 208 centros. Corrales resaltó el significativo número de contratos celebrados por el Estado peruano, cuyo monto representó un 13.36% del PBI en

2023, lo que augura un aumento en la frecuencia de casos de arbitraje en compras públicas. Asimismo, abordó también los aspectos relacionados con los tipos de arbitraje, el rol del árbitro según la LCE, así como el proceso arbitral y sus implicaciones legales, incluyendo la cláusula arbitral y la importancia de la intervención de las procuraduría públicas en la redacción de los convenios arbitrales.

La tercera ponencia estuvo a cargo de Carol Apaza Moncada, quien expuso sobre el tema “Ampliación de plazo y algunas consideraciones”. La ponente destacó que estas solicitudes solo proceden cuando están debidamente justificadas, como en casos de aprobación de costos adicionales o cuando se presenten retrasos no imputables al contratista. Señaló que la penalidad por retraso es un mecanismo coercitivo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y es aplicada automáticamente en caso de incumplimiento injustificado. No obstante, el contratista tiene a su disposición diferentes mecanismos para enfrentar los retrasos, como la ampliación de plazo para evitar penalidades, la acreditación objetiva de la no imputabilidad del retraso y la justificación del mismo. En esa línea, destacó que existen directrices de la Dirección Técnico Normativa - OSCE y el Tribunal Fiscal, que establecen la necesidad de acreditar fehacientemente los gastos derivados de las ampliaciones de plazo.

El último ponente, Alessandro Vergel Pérez Palma, abordó el tema “Excepciones y objeciones al arbitraje ¿Bifurcar o no bifurcar?”. El ponente destacó que, según el artículo 54 de la Ley de Arbitraje, el tribunal puede decidir la controversia en un único laudo o en varios laudos parciales (bifurcación). Respecto a las excepciones u objeciones, señaló que, según el artículo 229 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, se resuelven al finalizar la etapa postuladora y antes de fijar los puntos controvertidos del proceso. Ahora bien, señaló que la bifurcación puede ocurrir, por ejemplo, cuando se resuelve en un primer momento las excepciones y posteriormente se aborda el fondo del asunto. Cuando ello sucede y una de las partes decide interponer un recurso de anulación contra un laudo parcial para abordar una excepción u objeción, tal decisión solo puede ser impugnada una vez que se haya emitido el laudo definitivo que resuelve la totalidad de la controversia.

Mesa 6: “Arbitraje como mecanismo de resolución de obras públicas”

La primera ponencia estuvo a cargo de Iván Ugarte Casafranco, con el tema “Sanciones por incumplimiento”. Ugarte inició su ponencia señalando que las penalidades son sanciones económicas impuestas al contratista debido a incumplimientos contractuales. Asimismo, mencionó que estas penalidades tienen una doble finalidad: (a) disuasiva, para incentivar al contratista a cumplir sus obligaciones, y (b) resarcitoria, para compensar el perjuicio causado por el incumplimiento. El expositor destacó dos tipos de penalidades: la penalidad por demora en el plazo de ejecución y otras penalidades, según lo indicado en los artículos 162 y 163 del Reglamento de la LCE. Por ello, señaló que es importante clasificar los contratos según su ejecución, ya sea continua o periódica, con la finalidad de aplicar las penalidades de manera adecuada. Finalmente, el ponente concluyó que las sanciones deben superar en costo al beneficio obtenido por el incumplimiento del contratista, de esta manera se asegura la efectividad disuasiva y resarcitoria de la penalidad.

En la segunda ponencia, Sandro Espinoza Quiñones, abordó el tema “*La resolución contractual en contrataciones públicas*”. El ponente destacó que la resolución contractual se

justifica cuando se incumplen obligaciones esenciales, las cuales se caracterizan por su reciprocidad y razón de ser. La reciprocidad implica que la esencialidad de la obligación viene determinada por su carácter interdependiente respecto de las obligaciones de la otra parte. En relación a la razón de ser, es la obligación que, sin su existencia, el contrato deja de ser tal y se convierte en otro, como señala la Opinión N.º 027-2014/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE. Finalmente, el expositor indicó que el Código Civil se aplica de forma supletoria en ciertos casos de resolución contractual, debido a que la LCE no puede abarcar todos los escenarios. En ocasiones, la solución se encuentra en la aplicación supletoria de esta norma para la gestión de contratos y la prevención de arbitrajes.

La tercera ponencia estuvo a cargo de Karla Gaviño Masías, quien desarrolló el tema “*Obras públicas paralizadas y el arbitraje*”. La ponente resaltó que la paralización de obras públicas, principalmente en regiones como Cusco, Puno y Lima, es un problema persistente, especialmente en proyectos a cargo del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y las municipalidades. Gaviño mencionó que se suele señalar a los arbitrajes como uno de los motivos detrás de la paralización de obras; frente a ello, sostuvo que el arbitraje en sí mismo no conduce necesariamente a la parálisis de las obras, sino que va a depender de la materia que se discute en sede arbitral. En esa línea, hizo mención al proyecto de ley de contrataciones con el Estado, propuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas, el cual pretende abordar aspectos como los límites del arbitraje *ad hoc* y la regulación de medidas cautelares para evitar la paralización o retraso de obras públicas.

Por último, el ponente Rodrigo Freitas Cabanillas desarrolló el tema “*Cláusulas arbitrales patológicas en la contratación pública*”. El expositor destacó la presencia común de una cláusula de solución de controversias en los contratos con el Estado, conocida como convenio arbitral. Sin embargo, resaltó una problemática inherente cuando en esta cláusula no se designa el centro de arbitraje, lo que genera un convenio defectuoso que menoscaba el control sobre el adecuado desarrollo del arbitraje. Este vacío podría dar lugar a complicaciones como la elección de un centro de reputación dudosa, sin código ético ni lista de árbitros, sesgando potencialmente el proceso a favor de una de las partes. Frente a esto, Freitas propuso una solución concreta: la modificación de las bases estandarizadas del OSCE para incluir el centro de arbitraje en las cláusulas de solución de controversias. Además, recomendó la creación de una directiva que establezca requisitos mínimos para los centros de arbitraje que aspiren a llevar a cabo arbitrajes con el Estado.



Participantes del I Congreso Nacional de Arbitraje en Contrataciones con el Estado.