

## ENTREVISTA AL PROCURADOR DEL MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN, FERNANDO VIDAL MALCA



Fernando Vidal Malca, procurador público del Ministerio de la Producción.

*Esta entrevista fue realizada por el equipo de investigación del Centro de Formación y Capacitación de la PGE. Agradecemos al procurador Vidal Malca por su buena disposición para responder a nuestras preguntas y para proponer una apreciación amplia sobre el trabajo que desempeña, poniendo de relieve la importancia del principio de colaboración a la luz de los destacados resultados obtenidos por el despacho a su cargo en los últimos años.*

### **1. ¿Qué casos se suelen abordar en la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción?**

La Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción ejerce defensa jurídica en controversias derivadas de la ejecución de contratos de bienes, servicios y obras, celebrados con el Ministerio de la Producción

y sus organismos públicos ejecutores, especializados técnicos y programas. En materia arbitral, las principales controversias giran en torno a los siguientes tópicos: resoluciones de contrato, denegatoria de ampliaciones de plazo, aplicación de penalidades, liquidaciones de obra, entre otros. Cabe señalar que, la mayoría de las controversias se ubican dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aunque también tenemos procesos arbitrales, en menor cantidad, que escapan a dicha legislación y se enmarcan dentro del Código Civil.

## **2. Para los casos mencionados, ¿considera que es útil el principio de colaboración entre procuradurías? ¿La aplicación de este principio le ha dado buenos resultados a la procuraduría que usted dirige?**

El principio de colaboración entre procuradurías es clave dentro del sistema de defensa jurídica del Estado, a efectos de compartir información sobre pronunciamientos jurisdiccionales relativos a procesos y procedimientos que mantienen identidad, esto es, que tienen características similares, a cargo de una o más procuradurías públicas.

Un claro ejemplo de lo señalado lo tenemos en un caso emblemático para nuestro sector. Un centro de arbitraje y árbitro único se avocaron al conocimiento de una causa pese a que el convenio arbitral determinaba que la conociera otro centro de arbitraje, e inmediatamente se dictó una medida cautelar arbitraria y lesiva a los intereses del Estado. Como consecuencia de la aplicación del principio de colaboración, pudimos conocer que otra procuraduría pública tiene un caso en el que se identifica la misma problemática, ante el mismo centro de arbitraje, la misma secretaria técnica del centro de arbitraje e incluso el mismo secretario arbitral. Ello nos permitió afianzar la denuncia penal que presentamos ante el Ministerio Público y que el fiscal a cargo considere adecuadamente los hechos submatéria, al no tratarse de un caso aislado.

Otro ejemplo se observa cuando invocando dicho principio, solicitamos información a otras procuradurías sobre la existencia de procesos vinculados o iniciados contra los árbitros designados en los procesos arbitrales en los que ejercemos defensa, a efectos de valorar su idoneidad en su designación dentro del arbitraje y, de ser el caso, presentar alguna recusación en su contra.

Como se puede apreciar, el principio de colaboración nos ha generado muy buenos resultados. Mantenemos coordinación permanente con varias procuradurías a nivel nacional, brindándonos apoyo mutuo en la tramitación de los procesos y procedimientos a nuestro cargo. Existe mucha apertura y receptividad de los colegas procuradores y de sus equipos para atender el apoyo que se les solicita. Nuestro despacho, en reciprocidad, igualmente colabora en la atención de los encargos que nos tienen a bien proponer.

Ahora bien, el principio de colaboración no se limita o agota a la materia arbitral, evidentemente. En nuestra experiencia, ha sido igualmente utilizada en materia judicial, principalmente en lo concerniente a participación en audiencias, vistas y diligencias en general, presentación de escritos, entrevistas con magistrados, entre otros, cuando se trata de ejercer defensa en lugares en los que no contamos con abogados contratados y se nos dificulta trasladarnos por motivos presupuestales. Con ello se evita, además, que se generen gastos a las entidades por concepto de pasajes y viáticos.

El principio de colaboración entre procuradurías públicas, qué duda cabe, fortalece el sistema de defensa jurídica del Estado.

### **3. ¿Cuáles son las recomendaciones de la Procuraduría del Ministerio de Producción para mejorar la colaboración e intercambio de información entre procuradurías?**

Considero que debería existir un mecanismo más ágil para concretizar la colaboración e intercambio de información entre procuradurías. Sería óptimo poder contar con una plataforma electrónica que permita a las procuradurías públicas estar interconectadas, en línea, de manera tal que los requerimientos sean conocidos y atendidos rápidamente.

A través de dicha herramienta electrónica igualmente se puede compartir información acerca de experiencias, positivas y/o negativas, que se hayan tenido respecto de las actuaciones de jueces, fiscales, árbitros, centros de arbitraje, etc. Como ya lo hemos indicado, nos ha pasado que, intercambiando información con otras procuradurías, advertimos que hemos atravesado por situaciones similares, lo que nos permite potenciar nuestras estrategias de defensa.

Asimismo, considero que sería útil que, a través de la Procuraduría General del Estado, se convoque a reuniones periódicas con la participación de los procuradores públicos o abogados del área de arbitraje, a fin de intercambiar experiencias, problemáticas, así como exponer casuística.



Equipo de la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción. De izquierda a derecha: Diana Merino Obregón, abogada; Claudia Pamela Velarde Salazar, analista legal; Jhony Francisco Zamora Limo, procurador público adjunto; y, Fernando Vidal Malca, procurador público.

---

#### **4. En los casos arbitrales que abordan desde su procuraduría, ¿recurren a otros procesos como el penal, civil y constitucional? ¿Por qué es necesario ello?**

Así es. Tenemos un caso arbitral, del que ya hice mención anteriormente, en el que, ante el avocamiento indebido de un centro de arbitraje y un árbitro para conocer de una controversia, pese a que la cláusula arbitral señala como competente a otro centro de arbitraje, y ante el dictado de una irregular medida cautelar lesiva a los intereses del Estado; más allá de los recursos interpuestos al interior del propio proceso arbitral, como parte de nuestra estrategia defensiva hemos recurrido a la justicia constitucional (proceso de amparo), así como a la justicia penal (denuncia por la presunta comisión de los delitos contra la administración pública en la modalidad de cohecho pasivo específico, y el delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad genérica), a efectos de revertir la situación desfavorable a los intereses de nuestra representada y que se sancione a los responsables. Igualmente, se puso en conocimiento de lo acontecido a la Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a efectos de que actúen sobre el particular en el marco de sus competencias.

Asimismo, en otro proceso arbitral, ante la evidente falsedad de las certificaciones de dos cartas notariales a través de las cuales la contratista alega haber apercibido y luego resuelto un contrato de obra suscrito con el Estado, hemos interpuesto denuncia penal por la presunta comisión del delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad genérica, así como demanda civil de nulidad de acto jurídico, en la medida que se ha evidenciado que el personal de la notaría involucrada nunca se constituyó en el domicilio de nuestra representada. De igual modo, se ha presentado la correspondiente denuncia administrativa ante el Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima.

Como vemos, existen casos en los que la estrategia de defensa debe ser interdisciplinaria.

### **5. ¿Cuál es su opinión sobre la figura del árbitro de emergencia? ¿Cuáles considera son las falencias de su regulación?**

Mi opinión sobre la figura del árbitro de emergencia no es *per se* desfavorable, dado que, considero, se constituye como una importante herramienta procesal para obtener un pronunciamiento rápido, técnico y especializado ante un pedido cautelar, evitando de esta manera tener que recurrir ante un juez, con la sobrecarga, demora y demás inconvenientes que aquejan al sistema de administración de justicia estatal, más aún cuando este tipo de controversias muchas veces revisten aspectos técnicos complejos.

No obstante, es conocido que en algunos casos se ha venido haciendo un uso incorrecto o indebido de dicha herramienta, cuando se dictan mandatos cautelares carentes de sustento fáctico y jurídico que en buena cuenta generan la paralización de obras de alto contenido social, tales como la construcción de hospitales, carreteras, colegios, entre otros.

Esa mala *praxis* viene generando que muchas entidades opten por excluir la aplicación del árbitro de emergencia a través de un acuerdo de las partes contenido en sus cláusulas arbitrales; sin embargo, si bien esta medida viene resultando efectiva para evitar que la entidad pueda ser sorprendida con una medida cautelar irregular, considero que la utilidad del árbitro de emergencia debiera ser mejor regulada y así pueda cumplir su objeto; por ejemplo, incorporando en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, el requisito de la especialización en materia de arbitraje, contrataciones del Estado y derecho administrativo, así

como encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, de la misma forma que se requiere para el caso de los árbitros designados por la entidad y los árbitros únicos. Ello podría determinar un mayor control en la designación de profesionales que ejercerán la labor de árbitro de emergencia.

En síntesis, no considero que sea un problema de la figura procesal en sí, sino de cómo viene siendo aplicada por algunos operadores jurídicos. Ahora bien, si se quiere buscar una solución legislativa a los pronunciamientos jurisdiccionales en general que afectan la ejecución de importantes obras públicas, quizás el tema pase por modificar la Ley de Contrataciones y su Reglamento a efectos de establecer que en las controversias que planteen los contratistas respecto de las decisiones de las entidades públicas de resolver contratos de obra, no se dé la posibilidad de que Estas presenten pretensiones tendientes a paralizar la obra.

Efectivamente, podría regularse en la Ley de Contrataciones del Estado que los cuestionamientos formulados en sede arbitral por los contratistas a las decisiones de las entidades de resolver los correspondientes contratos de obra, de ninguna manera implicará que la obra se detenga. La entidad debe continuar con la ejecución de la misma (saldo de obra) a través de otro contratista. En caso el arbitraje iniciado por el contratista en el que impugna la resolución de contrato dictada por la entidad le fuese favorable, únicamente tendría derecho a una indemnización por la utilidad no percibida, pero de ninguna manera debería dársele la posibilidad al contratista de paralizar la obra. El interés general de la sociedad debe primar sobre los intereses individuales de los contratistas.

## **6. En la actuación de la procuraduría que usted dirige, ¿cuáles considera que son buenas prácticas o estrategias?**

En nuestra oficina las buenas prácticas pasan por lo siguiente:

a. Mantener una coordinación estrecha con las entidades a quienes representamos, en particular con sus áreas jurídicas y técnicas, sosteniendo reuniones de coordinación para intercambiar información relevante y puntos de vista, así como participar conjuntamente en audiencias y diligencias arbitrales.

b. Designar árbitros probos y con experiencia en las materias jurídicas y técnicas en controversia. En esa misma línea, velar porque los co-árbitros

igualmente reúnan dichas calificaciones. De no ser así, presentamos los mecanismos que nos permite la normatividad aplicable para cuestionar la idoneidad de los árbitros.

c. Recurrir a centros de arbitraje que brinden las garantías necesarias para un adecuado desarrollo de los procesos arbitrales. En este punto, venimos participando activamente en la elaboración del convenio arbitral, de conformidad con lo previsto en la segunda disposición complementaria y final del Decreto de Urgencia N.º 020-2020, no solo proponiendo el centro de arbitraje sino también estableciendo disposiciones sobre el trámite del proceso.

d. Hemos impartido lineamientos mediante documentos oficiales a las entidades a quienes representamos sobre la oportunidad del envío de solicitudes a nuestro despacho para el inicio de acciones en sede arbitral sobre materias controvertidas enmarcadas en plazos de caducidad previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los cuales han sido los siguientes:

i) En caso se haya dispuesto que el plazo de caducidad para someter a solución de controversias sea de treinta (30) días hábiles conforme a lo previsto en la ley y reglamento aplicables: se deberá remitir los informes y documentación completa y debidamente sustentada máximo al décimo sexto día hábil (día 16) de iniciado el cómputo el plazo de caducidad previsto en la normativa de Contrataciones del Estado.

ii) En caso se haya dispuesto que el plazo de caducidad para someter a solución de controversias sea de quince (15) días hábiles conforme a lo previsto en la ley y reglamento aplicables: se deberá remitir los informes y documentación completa y debidamente sustentada máximo al octavo día hábil (día 8) de iniciado el cómputo el plazo de caducidad previsto en la normativa de Contrataciones del Estado.

Coadyuvando de ese modo con la labor de defensa jurídica que tiene nuestro despacho, dado que, brinda mayor orden y tiempo para la revisión oportuna de la documentación remitida por nuestras representadas, pudiendo inclusive requerir información o documentación adicional, de ser el caso, y analizar la mejor estrategia aplicable al caso en particular.

e. Propiciar constantes reuniones con el área arbitral de la procuraduría, a efectos de intercambiar ideas, brindar soluciones jurídicas ante las diversas problemáticas que se presenten en el ejercicio de la defensa,

evaluando la mejor estrategia a aplicar para el caso en particular, la cual se puede ir adecuando en el curso del arbitraje.

### **7. En su procuraduría, ¿cuáles son los casos emblemáticos que llevan o han llevado a cabo?**

En materia arbitral podemos mencionar dos casos, ambos concluidos con resultado favorable para el Estado.

El primero, que involucró un monto de más de cinco millones de soles, versó sobre penalidades aplicadas por la entidad ante un incumplimiento obligacional de la empresa contratada en mérito de un convenio celebrado entre las partes, habiéndose logrado después del desarrollo de una defensa que involucró participación del personal técnico de la entidad como de la defensa de la procuraduría; que el tribunal arbitral declare la validez de las penalidades y el derecho de la entidad de cobrarlas, lo que se ha podido efectivizar a través de la ejecución de cartas fianzas y de medidas cautelares dentro de un proceso ejecución de laudo arbitral.

El segundo fue aquel en el que logramos obtener que el tribunal arbitral ordene a la contratista pagar una indemnización de más de tres millones de soles, como consecuencia de los daños irrogados como consecuencia de la declaratoria de invalidez de la resolución de contrato efectuada por el contratista y la validez de la resolución de un contrato efectuada por la entidad. Así, al tratarse de un contrato de obra, se reconoció a la entidad el derecho de ser resarcido por partidas valorizadas y no ejecutadas, partidas ejecutadas deficientes, partidas de reconstrucción o reparación de deficiencias constructivas, elaboración de expediente técnico de saldo de obra, así como gastos notariales, viáticos, de vigilancia y de supervisión de la obra. Este resultado se obtuvo también, como resultado del desarrollo de una estrategia que involucró la participación de personal técnico de la entidad, así como de la defensa de la procuraduría pública.

### **8. De estos casos emblemáticos, ¿considera usted que alguna estrategia debería ser conocida por las otras procuradurías?**

Efectivamente, en el primer caso emblemático al que hice referencia, relativo a penalidades, utilizamos una estrategia defensiva que nos dio muy buen resultado y que considero se puede replicar en otras procuradurías.



Para ello, es necesario realizar una breve descripción del caso: la empresa señalaba que las penalidades aplicadas por nuestra representada se realizaron de mala fe y así lo plasmó en su pretensión, dado que refería que el incumplimiento obligacional que se le imputaba no era tal en la medida que, entre otros argumentos, la entidad le habría dado una orden para que precisamente no cumpla con la aludida prestación. Al respecto, cabe precisar que, la obligación que debía cumplir la empresa no solo estaba recogida en el convenio suscrito con la entidad, sino que también se encontraba prevista en una resolución ministerial, es decir, tenía carácter normativo.

Ante ello, vía reconvenición, presentamos pretensiones de corte declarativo a efectos de que el tribunal arbitral declare, valga la redundancia, entre otros, que las normas del ordenamiento jurídico involucrado, entre ellas la resolución ministerial antes aludida, son normas de obligatorio cumplimiento y, por ende, no cabe pacto en contrario, es decir, las partes no pueden disponer si se aplican o no los preceptos normativos del ordenamiento aplicable; y que en todo caso, de existir un acuerdo de voluntades sobre el particular, este sería nulo de pleno de derecho por, insistimos, ir en contra del texto expreso de una norma legal. Dichas pretensiones fueron declaradas fundadas por el tribunal arbitral, logrando con ello neutralizar la tesis de defensa de la empresa sobre una alegada orden de la entidad para que no cumpla con un término del convenio.

Considero que presentar pretensiones declarativas de este tipo, que recojan aspectos centrales de nuestros argumentos de defensa, son convenientes para poner de relieve los que deben ser los reales temas de discusión al interior del arbitraje.

## **9. ¿Qué ideas finales nos puede dejar sobre el trabajo realizado por la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción?**

La procuraduría pública viene destacando en los últimos años por el alto porcentaje de casos ganados, como consecuencia de la conformación de equipos de trabajo por especialidades (áreas civil, penal, laboral, contencioso administrativo, arbitral y emblemáticos), los cuales se evidencian en los pronunciamientos judiciales que se han tenido durante la gestión de los ministros que han estado a cargo de la cartera de Producción, conforme a lo siguiente:

**Tabla 1**

*Porcentaje de éxito de la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción en los pronunciamientos judiciales durante la gestión de los ministros que han estado a cargo de la cartera de Producción, entre abril 2016 y noviembre 2022.*

<b>Ministro</b>	<b>Periodo</b>	<b>Porcentaje de éxito</b>
Piero Ghezzi Solís	Abril a julio 2016	70%
Bruno Giuffra Monteverde	Julio 2016 a mayo 2017	90%
Pedro Olaechea Álvarez-Calderón	Mayo a diciembre 2017	92%
Lieneke Schol Calle	Enero a marzo 2018	89%
Daniel Córdova Calle	Abril 2018	91%
Raúl Pérez-Reyes Espejo	Mayo 2018 a febrero 2019	93%
Rocío Barrios Alvarado	Marzo 2019 a julio 2020	86%
José Salardi Rodríguez	Agosto a octubre 2020	78%
José Chicoma Lúcar	Noviembre 2020 a julio 2021	78%
Iván Quispe Apaza	Agosto a septiembre 2021	91%
José Rogger Incio Sánchez	Octubre 2021	83%
Jorge Luis Prado Palomino	Noviembre 2021 a noviembre 2022	81%

En materia arbitral ello se refleja en que en el período del 2019-2022, las obligaciones arbitrales por cobrar por parte de nuestro portafolio ascienden a la suma de S/10'538,737.60; mientras que, las obligaciones arbitrales por pagar ascienden a la suma de S/2'104,853.90.