

# Mesa Redonda

## «Luces y Sombras del Arbitraje en Contrataciones del Estado»\*

Alexander Campos Medina\*\*  
Alan Carlos Alarcón Canchari\*\*\*  
César Guzmán-Barrón Sobrevilla\*\*\*\*  
Derik Latorre Boza\*\*\*\*\*  
Marco Antonio Martínez Zamora\*\*\*\*\*  
Sandro Espinoza Quiñones\*\*\*\*\*

### Resumen:

El presente evento gira entorno a algunos aspectos relevantes respecto al arbitraje en contratación pública, tales como la no arbitrabilidad de adicionales de obra, la presentación de una medida cautelar ante una sanción administrativa y la corrupción en arbitraje en contrataciones del Estado. La discusión se enmarca, además, en el panorama de la nueva Ley de Contrataciones del Estado.

### Palabras clave:

Arbitraje – Contrataciones del Estado – Adicionales de obra – Medida cautelar – Corrupción

### Abstract:

The present event talks about some relevant aspects in arbitration on public procurement matter, such as additional the non-arbitrability of additional provisions, the use of interim measures against administrative penalties and corruption of arbitration on public procurement matter. The discussion is done in the frame of the new Public Procurement Law.

### Keywords:

Arbitration – Public procurement – Additional provisions – Interim measure – Corruption

\* El presente texto es una transcripción del evento realizado el día 11/06/2015 en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organizado por la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Se agradece a María Alejandra Espino Layza por haber participado como presentadora en la presente Mesa Redonda. El vídeo de este evento puede ser encontrado en: <http://bit.ly/MesaRedonda44>

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Nueva York. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Socio de Campos / Abogados en Infraestructura.

\*\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría de Derecho de la Empresa. Procurador Público del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

\*\*\*\* Abogado y Magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\*\*\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Ciencia Política. Superintendente Nacional de SUCAMEC. Fue Presidente y Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado.

\*\*\*\*\* Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Aseguramiento Universal en Salud y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el período 2002-2005. así como socio principal de MZ Consultores. Presidente del Tribunal de Disciplina de la Policía Nacional del Perú. Ex miembro y actual Consejo de Honor de Derecho & Sociedad.

\*\*\*\*\* Asociado del Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de post grado en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión en Washington College of Law – American University. Miembro del Consejo de Apoyo Institucional de la Asociación Civil Derecho y Sociedad

## PRESENTACIÓN:

### DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):

Antes que nada agradecer a la asociación civil Derecho & Sociedad conjuntamente con el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, que han organizado esta mesa con tres importantes temas muy interesantes para discutir.

Antes de entrar a analizarlos, me ha tocado elaborar la introducción de esta mesa y voy a realizarla a partir de un reciente informe de la Contraloría General de la República que analiza los arbitrajes y laudos emitidos desde el año 2003 al año 2013. Este informe, que nos va a ayudar para el análisis de los temas a debatir, analiza 2796 laudos, de los cuales podemos sacar importantes conclusiones.

En primer lugar, este informe indica que el Estado pierde el 70% de sus arbitrajes, el privado gana el 27% y sólo el 3% de los conflictos terminan en conciliación. Por otro lado, respecto a la cuantía que el privado ha pretendido durante todos estos años, tenemos que esta asciende, aproximadamente, a la suma de 2,300 millones de soles. ¿Cuánto ha ganado? 1,120 millones de soles. Es decir, casi el 50% de los arbitrajes que se inician son ganados por el privado.

Otro dato interesante es que este informe analiza cuáles son las principales materias que demanda el privado, siendo la indemnización la principal materia a demandar. Solamente en indemnización se han otorgado 123 millones de soles y esta materia está contabilizada como el 17% del global de materias a discutir en un arbitraje.

Otro dato importante que brinda este informe es que el Estado decide arbitrar *Ad Hoc* en un 62% y solamente en un 38% opta por un arbitraje institucional. Pero lo curioso de este dato es que a partir del año 2010 ha habido un crecimiento promedio anual en el cual el Estado ha decidido ir por un arbitraje institucional y no *Ad Hoc*. De esta manera, del año 2010 al 2013 el número de arbitrajes institucionales ha crecido en un 46% del promedio anual, siendo que en el año 2010 se realizaron alrededor de 110 de estos arbitrajes, los cuales llegaron a ser 340 en el año 2013.

La razón de por qué el Estado decide hoy día ir a un arbitraje institucional y ya no a un arbitraje *Ad Hoc*, resulta bastante curiosa. Afortunadamente el día de hoy nos acompaña el Dr. César Guzmán Barrón, quien es el encargado del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, y nos ayudará a analizar las razones de por qué se han generado estos porcentajes.

También se puede observar que son 595 las entidades que participan en arbitrajes a nivel nacional. En el referido informe de la Contraloría, se ha elaborado un *ranking* de cuáles son las entidades que más arbitran en el Perú, siendo que el primer puesto se lo lleva PROVIAS NACIONAL y el tercer puesto se lo lleva el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, «MTC»). Tenemos la suerte que el día de hoy contamos con el Procurador Público de este Ministerio que defiende ambas entidades, por lo que tiene vasta experiencia y nos podrá compartir alguna de ellas. Solo por si les genera curiosidad, el segundo lugar se lo lleva SEDAPAL.

Pero luego de exponer estos porcentajes sería bueno analizar, a grandes rasgos –pues ello les corresponde a los ponentes– por qué el Estado pierde el 70% de los arbitrajes. Considero que existen varias causales que son materia de discusión en grandes debates académicos y que incluso las podemos analizar según la etapa de la contratación pública.

La primera causal que se señala es que el privado termina en un arbitraje debido a un expediente supuestamente defectuoso que generó una suerte de adicionales, lo cual configura, quizás, una de las materias más controvertidas en lo que arbitraje en contratación pública se refiere.

Otra de las causales que se señalan es el reducido número de postores que existen, con lo cual baja la calidad de la obra o servicio y, consecuentemente, sube el precio del mismo, lo que acarrea una serie de inconvenientes en el transcurso de la ejecución de la obra o el servicio. Únicamente para graficar esta situación, a partir de la información brindada por el OSCE, el promedio de postores ha decaído de manera paulatina. Así, en el año 2008, los postores eran 2.1 en promedio; en el año 2009, 1,8; en el año 2010, 1,6; en el año 2011, 1,5; y, en el año 2012, llegó a ser 1. Ello puede configurar una de las causales por las cuales tenemos tantos arbitrajes en el Perú, el no existir una correcta relación calidad – precio.

Ahora bien, asumamos que se llega a celebrar el contrato y empieza la gestión contractual. En esta etapa, una de las causales que también se señala es la supuesta deficiencia del funcionario público para administrar contratos y, en realidad, en mi experiencia profesional, eso es lo que sucede. Lamentablemente no es común que en el rubro de administración contractual se solicite informes legales externos, y la administración pública no ha advertido que un informe legal que puede ser obtenido incluso por 3 UIT de manera directa, puede significar un ahorro de millones de soles para el Estado. A pesar de ello, no es una práctica común.

No obstante, supongamos que no estamos frente a funcionarios que no saben o que no tienen la capacitación suficiente, sino que estamos ante funcionarios que hacen bien su trabajo, son conscientes de la contratación pública y tienen toda la buena voluntad de conciliar con el privado cuando le corresponde el derecho. Lamentablemente, esta es otra traba pues según el informe de la Contraloría, solamente el 3% de las controversias terminan en conciliación. Ello, evidentemente, se debe a un temor por parte de los funcionarios públicos de ser perseguidos, incluso penalmente, por haber conciliado sin una «debida justificación».

Lamentablemente en este informe de la Contraloría, que invito a revisar, no se señala en sus recomendaciones nada respecto a qué es lo que se debería hacer respecto a este rubro. Así, ese 3% se ha convertido en tres líneas de su última recomendación: *«si el problema es la gestión de las obras y compras, debería fomentarse la conciliación para evitar mayores costos propios del arbitraje»*. Este es todo el análisis que hace la Contraloría General de la República respecto a cómo restarle el temor al funcionario público para que, de esta manera, llegue a conciliar.

Pero, asumamos que no se pudo conciliar y llegamos a un arbitraje. ¿Cuál es el primer problema que se presenta en un arbitraje? Generalmente son dos los más críticos: (i) se señala que no hay una correcta designación de árbitros en cuanto a capacidad y ética profesional; y, (ii) las procuradurías públicas, a nivel nacional, no están capacitadas y no entienden todavía el arbitraje. El problema se agrava si a ello le sumamos un alto nivel de corrupción.

Según Transparencia Internacional, de 107 países, el Perú ocupa el veinteaño lugar respecto al grado de corrupción. Lamentablemente no vemos hoy en un día en la nueva normativa de contratación pública un mecanismo que ataque este nivel de corrupción. Actualmente, en el Decreto Legislativo N° 1017, se hizo un intento de crear una suerte de sanción administrativa a los árbitros, independientemente de la crítica –al menos personal– que no debería tratarse a un árbitro como un funcionario público. El día de hoy la normativa ha creado un Consejo de Ética, el cual está constituido por un representante del miembro de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Justicia. ¿Cómo va a funcionar este Consejo? No tenemos una idea clara todavía, pero al menos existe una intención de reducir los niveles de corrupción presentes en el arbitraje.

Sin embargo, luego de este análisis de por qué el Estado pierde el 70% de los arbitrajes, quisiéramos

saber si es que estas deficiencias están siendo subsanadas o no en la nueva ley de contrataciones. La primera observación que podemos realizar de esta ley es que cada vez se «sobre regula» el artículo de solución de controversias. La primera pregunta que nos hacemos es: ¿Acaso es necesario tener un mecanismo o un procedimiento arbitral paralelo al que establece la ley de arbitraje para la contratación pública?

Si analizamos las preocupaciones del legislador, podemos apreciar que estas giran en torno a cinco materias: (i) la existencia de un plazo de caducidad, (ii) la existencia de un orden de prelación, entre la verificación del derecho público y el privado, lo que inclusive generó una causal de anulación vigente pero que –por suerte– con la nueva ley se está retirando, (iii) la especialidad de los árbitros, (iv) la imparcialidad e independencia de los árbitros a partir de esta comisión de ética que aún no sabemos cómo va a funcionar; y, (v) la publicidad de los laudos. Respecto a este último punto, el informe de la Contraloría recomienda que no solo los laudos sean públicos, sino también las actuaciones arbitrales, lo cual será materia de debate hoy día.

Por último, existe la preocupación por parte del legislador que ciertas materias no sean arbitrables hoy en día en la contratación pública. Sobre el particular no me voy a pronunciar, pues será materia de discusión de los ponentes.

Entonces, a partir de estas preocupaciones, nos preguntamos si es que la normativa actual ha considerado la siguiente premisa: El Estado tiene la posibilidad de optar por diferentes mecanismos directos ante un incumplimiento contractual sin tener que recurrir a un arbitraje, como las penalidades, la ejecución de garantías de cumplimiento, de entrega de materiales; pero el privado tiene como único mecanismo para poder hacer vales sus derechos, el arbitraje.

Siendo esto así, podemos reflexionar respecto a si esta nueva ley de contrataciones públicas considera o analiza al privado como lo que es: Un colaborador del Estado. Decimos un colaborador en razón a que el privado, mal que bien, realiza la labor que el Estado por sí solo no puede hacer y, en teoría, el Estado debería acudir en la ayuda de su colaborador cuando tenga problemas o no pueda hacer valer su derecho. De esta manera resulta enriquecedor analizar, en esta mesa redonda, si la nueva ley protege al privado como un colaborador o si, por el contrario, lo considera como un «enemigo».

Dentro de este análisis, vamos a tocar tres puntos centrales: primero, acerca de la normativa contractual sobre materia arbitrable; segundo,

sobre las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales que suspenden sanciones administrativas, entre ellos el Tribunal de Contrataciones del OSCE –por suerte hoy día nos acompañan dos ex vocales de este Tribunal–; y, por último, analizaremos el nivel de corrupción a todo ámbito, tanto a nivel del funcionario público del Estado, procuradores públicos, árbitros, contratistas y abogados del contratista.

## **RONDA DE PREGUNTAS:**

### **Primer tema: La normativa contractual sobre materia arbitrable**

#### **DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

El anterior articulado de la Ley de Contrataciones con el Estado señalaba la imposibilidad de someter a arbitraje la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar, o no, la ejecución de prestaciones adicionales de obra. En la nueva ley de Contrataciones del Estado se introduce, adicionalmente, la imposibilidad de someter a arbitraje las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indemnizaciones derivadas de la no aprobación de los adicionales de obra. En ese sentido, ¿se podría decir que estamos ante una norma que busca evitar que la desaprobación de los adicionales de obra pueda ser encubierta por enriquecimiento sin causa y, por tanto, sea sometido a arbitraje configurando así un fraude a la ley; o, por el contrario, estamos ante una norma que afecta el derecho de la empresa contratista al reembolso eficiente del dinero adicional invertido en la obra?, ¿No es acaso el aumento de situaciones no pasibles de ser sometidas a arbitraje una forma de desvirtuar este medio de resolución de conflictos?, ¿Son dichos impedimentos una forma legítima de defender los intereses del Estado o son una manera inapropiada de suplir una ineficiente defensa del mismo en el proceso arbitral?

#### **DR. ALEX CAMPOS:**

Para no hacerlo tan denso yo les voy a contar dos historias, que son dos casos de la vida real. Voy a reservarme los nombres porque son confidenciales, pero les aseguro que todo lo que les voy a contar es estrictamente cierto.

En el año 2000 un contratista suscribió un contrato antes de la emisión de la Ley N° 26850 (que fue la primera que reguló el arbitraje) a quien la Contraloría le denegó un adicional importante. Dado que el contrato no contaba con una cláusula arbitral, el contratista recurre a su estudio de abogados, el cual con ayuda de opiniones técnicas, llega a la conclusión que la Contraloría estaba profundamente equivocada, tanto legal como

técnicamente, y decide iniciar una acción civil de indemnización contra la entidad y la Contraloría.

Ocho años después, año 2008, el caso seguía en primera instancia. Todo transcurría con normalidad hasta que este mismo contratista ganó una concesión en Proinversión para realizar una APP (un proyecto de infraestructura). Lo citaron para la firma del contrato al mediodía; sin embargo, a las 9 de la mañana del mismo día, recibe una notificación que señalaba que se había suspendido la firma del contrato. Cuando averiguaron el motivo, resulta que a las 8:59 de la mañana –un minuto antes– había llegado un oficio de la Contraloría en el cual, literalmente, señalaba que ese contratista estaba impedido de contratar con el Estado porque tenía pendientes con el mismo. Cuando Proinversión le pidió explicaciones al contratista, este le presentó una copia del proceso y pudo demostrar que él era el demandante, que alegaba la vulneración de su derecho, que la Contraloría estaba equivocada y que, por tanto, no tenía ningún impedimento. Esto, además, de que en las bases tampoco constaba impedimento alguno y, en todo caso, si es que existía un impedimento, este debió aplicarse para quienes tenían juicios en contra –lo cual, incluso, es discutible pues una cosa es que seas parte de un proceso judicial y otra muy diferente es que pierdas el juicio–. Sin embargo, la Contraloría se mantuvo «en sus trece» y a las 4:59 de la tarde de ese día, el contratista se vio forzado a desistirse de su proceso de indemnización, debido a que el valor que tenía en juicio –más aun cuando después de ocho años ya estaba más que desilusionado del Poder Judicial peruano– era menor al valor de la concesión. Luego de desistirse, pudo firmar el contrato de concesión a las 11 de la mañana del día siguiente, eso es un caso de la vida real y es nuestra primera historia.

Segunda historia, año 2015. Me reservaré nuevamente los nombres, es un caso en el que se discutió un adicional no aprobado por la Contraloría en un arbitraje; en el cual, además de otras razones, se alegó una excepción de arbitrabilidad de la materia. Se citó a funcionarios de la Contraloría con la finalidad de que participen en el arbitraje realizando declaraciones. Yo tuve la oportunidad de ser el abogado del contratista así que realice la siguiente pregunta al funcionario: «Señor funcionario de la Contraloría, ¿me puede usted decir cuál es el procedimiento ante una equivocación de parte de la Contraloría?, pues todos somos humanos y nos podemos equivocar». Ante ello, el funcionario de la Contraloría responde: «Efectivamente, hay un procedimiento, nosotros nos equivocamos, ¿cómo corregimos? emitimos una fe de erratas y corregimos cualquier error material que se haya producido.»

Frente a ello, le respondí: «Sí, pero yo no me refiero a los errores materiales, que efectivamente

se corrigen mediante fe de erratas, me refiero a errores de fondo». Entonces, el funcionario público responde: «No entiendo, ¿cómo que errores de fondo?». «En efecto», –le respondí– «errores de criterio en aplicar la norma», y el funcionario público responde: «Señor, nosotros no cometemos errores al momento de aplicar la norma, porque el criterio que tenemos es el único posible.»

Les cuento esas dos historias, ¿por qué? Porque en esta intención de prohibir existe una mezcla de dos cosas. Por un lado, la Contraloría no quiere llevar sus decisiones ni al arbitraje, ni al Poder Judicial, ello en razón a que este órgano sabe que los contratistas no se van ir al Poder Judicial, pues es como jugar de visita en La Paz, con todas las condiciones adversas –puede ser legítimo que un país pueda jugar en altura, pero la verdad es que las condiciones no son las mejores–. Por otro lado, lo que ha existido es esa convicción visceral, por parte de los funcionarios de la Contraloría, de que estos nunca se equivocan y, como no se equivocan, no hay cómo cuestionar sus decisiones.

Entonces, lo que existe es un intento de poner los problemas por debajo de la alfombra y como van existiendo demandas que van siendo cada vez más creativas, el artículo que prohíbe los adicionales va incrementándose e incrementándose y lo así seguirá siendo. Recordemos que el primer artículo que prohibió el arbitraje de los adicionales se encuentra en la Ley N° 27885, Ley General de la Contraloría del año 2002. Trece años después, seguimos discutiendo el tema de la arbitrabilidad de los adicionales al tratar el criterio de enriquecimiento sin causa y la indemnización.

Esto es engegucerse, el problema no está ahí. El problema en contratación pública es sencillo, desde mi punto de vista al menos, es doble. El primer problema es que la normativa respecto a este tema es mala y cada vez la hacen peor. La norma no solo es mal, es pésima y somos los abogados quienes tenemos que hacer un *mea culpa*, pues es muy mala porque la hacemos los abogados. ¿Qué podemos saber los abogados –si no hemos construido ni un lego– para ponernos a regular lo que un funcionario público técnico tiene que hacer o no en un determinado caso? La ley es mala, es técnicamente pésima, pero las seguimos remendando como si fuera buena.

Segundo problema, lo quiera o no la Contraloría, este órgano es el principal responsable de un incentivo a los funcionarios públicos para no hacer nada. ¿Por qué sólo se concilia en un 3%? Fácil, porque si concilias vas a tener el problema que alguien te va a cuestionar. Por el contrario, si no concilias, nunca nadie te va a cuestionar. Sería ideal que desde el inicio hasta el final de la obra el interés del funcionario público este totalmente

alineado al interés de la entidad y al interés del proyecto.

El problema es que apenas ingresa la Contraloría esos intereses comienzan a desviarse y cada uno empieza a remar por su propio bote. El técnico piensa: «No me voy a enfrentar a una norma que no me queda clara, que no tiene sentido». De esta manera cuando un técnico, por ejemplo un ingeniero administrador contractual ve la norma, se da cuenta que la norma es incorrecta –los abogados no nos damos cuenta porque leemos y pensamos que está bien– y analiza la posibilidad de cumplir la norma aun cuando sea incorrecta, decidirá cumplirla pues si cuestiona la norma se arriesga a que la Contraloría cuestione su argumento. En este momento los intereses se desalinean, y una vez que se desalinean nunca más se vuelven a alinear y, por lo tanto, tenemos una norma que es muy mala y un órgano auditor que incentiva un desalineamiento de intereses entre lo que es mejor para el proyecto y lo que es mejor para el funcionario público.

#### DR. ALAN ALARCÓN:

Siguiendo la metodología de Alex, también les cuento un caso. Este era un hospital que lastimosamente había sido afectado por un sismo, por lo que tenía que realizarse una refacción. Lamentablemente, el proceso de reconstrucción del hospital fue pésimo; se hizo a suma alzada, cuando tenía que haberse hecho a valores unitarios. Como parte de la propuesta económica del postor que ganó se encontraba, por ejemplo, cambiar las puertas de las áreas de emergencia del hospital –es decir, colocar nuevas puertas–, por la suma de 5,000 soles. Se le dio la Buena Pro, el contratista llega al lugar, empieza a remover los escombros, retira la puerta antigua, coloca la nueva puerta y va al Estado a solicitar un adicional. «¿Cuál es el adicional, señor contratista?» a lo que el contratista responde: «Es que tenía que sacar la puerta antigua». Ante ello el Estado responde: «Pero cuando planteaste tus costos se supone que si vas a colocar una puerta, y sabes que este hospital estuvo en inoperatividad, tenías que haber valorizado también el retiro de la puerta que estaba derruida.» Entonces el contratista señala: «Bueno, pero no está, los 5,000 soles corresponde únicamente a colocar una puerta nueva y el hospital no está en esas condiciones, lo sabías desde el inicio.» Entonces, enriquecimiento sin causa.

Son esos ejemplos, y hay muchos respecto de los cuales podemos conversar, de cómo es que en determinadas circunstancias, esto no ocurre necesariamente ni por culpa del contratista ni por culpa de la entidad, es la obra misma la que

tiene sus propias vicisitudes. Es la obra misma la que tiene sus propias características, las cuales conllevan a un determinado momento en el cual tienes que ejecutar una actividad que no estaba en el expediente técnico.

De esta manera, el expediente técnico no tiene toda la posibilidad de suponer lo que vas a encontrar en una ejecución de una obra, eso es casi imposible. Normalmente un expediente técnico debería costar entre el 2 hasta el 4,5 % del total de una obra. Por ejemplo, la línea 2 del Metro de Lima fue adjudicada en 5,700 millones de dólares con un examen de pre-factibilidad –ni siquiera con un expediente técnico por el proceso constructivo mismo de la obra–, de 5,700 millones de dólares, el estudio de pre-factibilidad costo 6 millones de soles, ni el 1% de lo que cuesta hacer un expediente técnico. ¿Se imaginan la cantidad de problemas que van a aparecer en la obra?

De hecho les comento que cuando se evaluó la etapa previa a la liberación de áreas, había que liberar el área en el Patio Callao para el Ramal 4 del Metro de Lima actualmente en ejecución. Cuando fuimos a evaluar la zona nos dimos con la sorpresa de que nadie, absolutamente nadie del Estado, ningún consultor técnico, había ido a tocarles la puerta y, claro, en un plano frío –sin determinación de lo que hay dentro de un inmueble–, se decía hay que expropiar toda esta zona, alrededor de 220 mil metros cuadrados. Esos predios eran Coca Cola, Backus, Altomayo, la familia Saba y una serie de empresas adicionales, cada una de estas empresas tenía un contrato por los próximos 5 años. Cuando hicimos una evaluación del tema, calculando *grosso modo*, iba a suponer un gasto de aproximadamente 700 millones de dólares y el presupuesto de toda la línea era de 450 millones de dólares para expropiaciones. Era imposible que solo en el patio de taller tuviera ese nivel de gasto. Por cierto, al día de hoy, esa idea inicial de un expediente técnico no adecuadamente llevado adelante, ya ha sido modificada y hay otro escenario para ese patio de taller.

Les contaba esta historia porque no solo el expediente en sí mismo tiene esas vicisitudes, la obra en sí misma tiene esas vicisitudes y hay que asumirlas porque lo más importante para el Estado no es el adicional o el enriquecimiento sin causa o la discusión legal que podamos tener en esta mesa. Lo más importante –y en tanto tengamos eso como objetivo– es la obra. Necesitamos un metro, hay que construir un metro, no puedes perder ese objetivo pues, de lo contrario, nos vamos a enfrascar en una discusión bizantina legal que será muy interesante a nivel académico pero que no solucionará el problema.

Por lo que, cuando se emiten este tipo de normas en donde se estipula que los adicionales de obra o

el enriquecimiento sin causa ya no van a ser materia arbitrable no solamente perjudica al contratista, sino también a la propia entidad pública porque pierdes un mecanismo a través del cual puedes solucionar problemas. Si tienes un contratista que está haciendo una obra en un lugar alejado del Perú y, de pronto, el puente que cruza el río, que es el único acceso al pueblo, se cae, el único al que tienes a la mano es al contratista. Entonces, como Estado le dirás que ponga un puente de metal y que luego le pagarás. Ello en razón a que tienes (i) una comunicación cortada con la población, (ii) a los niños que están de un lado que no pueden regresar de su colegio porque no pueden cruzar el río, (iii) a las familias heridas luego de un sismo pues por eso se cayó el puente. No tienes otra alternativa como funcionario público que decirle al contratista: «Coloca el bendito puente y luego me cobras», ¿cómo cobrará? ya lo veremos en su momento.

En consecuencia, queda claro que prohibir, *per se*, el adicional y el enriquecimiento sin causa como materias arbitrables genera problemas para el contratista y a la entidad. La Procuraduría Pública –a la que represento– no tiene ningún inconveniente en discutir el enriquecimiento sin causa, bajo ciertos parámetros, por ejemplo, que no tenga lucro. Pues, la finalidad del enriquecimiento sin causa es restituir las prestaciones de un lado para otro, es decir, la inversión del contratista que pasó a ser de la entidad tendrá que ser restituida por esta. Por lo que no tendría que haber lucro debido a que esta inversión no tiene un origen contractual, el lucro ya lo has ganado válida y legítimamente en función a la adjudicación del contrato.

Si hay una actividad necesaria fuera del contrato, discutámosla. ¿Invertiste más?, habrá que devolvarte ese dinero y todo lo que ello suponga para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato. No obstante, de ahí a obtener lucro, discutámoslo pero ¿por eso prohibirlo? Lamentablemente, ha habido tribunales arbitrales que han estado dictando enriquecimientos sin causas de una manera desproporcionada y esta norma, así proyectada, es una norma reactiva. Es la respuesta, si se quiere, de un Estado que se ha visto afectado por este tipo de laudos en que se concedieron enriquecimientos sin causa a contratistas, en algunos casos, de manera indebida y enfatizo en algunos casos, porque en otros sí existió sustento para reconocer y restituir esos montos.

Entonces no pueden pagar «justos por pecadores». Una norma de esta naturaleza lo único que logra es perjudicar a todos; y cuando me refiero a todos es porque eventualmente no tendremos como sociedad una obra a disposición.

**DR. MARCO MARTÍNEZ:**

En realidad uno de los problemas, como bien ya se ha señalado, es la vocación reactiva del Legislador de las más recientes modificaciones al Régimen de Contratación Pública, que lejos de pensar el tema con visión de conjunto y con miras a un régimen que equilibre los intereses de los distintos partícipes del Sistema, ha venido respondiendo de modo reactivo, mediante parches normativos que han desdibujado totalmente los objetivos iniciales que dieron origen al Régimen de Contratación Estatal.

En efecto, cuando en el año 1997 cuando se creó el Régimen de Contratación Pública en la forma que lo conocemos, es decir como un todo que integra todas las adquisiciones a título oneroso que efectúa el Estado ya sea se trate de bienes, servicios u obras, la intención no sólo era loable, sino necesaria. Se trataba de abrir mercado, generar competencia, conseguir un mejor uso de los siempre escasos recursos públicos y fomentar el desarrollo y promoción de nuevos empresarios, todo ello mediante una mejor y más eficiente distribución del ingreso público. Partíamos entonces de un mercado cerrado en el que cada entidad pública tenía una especie de registro u universo propio, en el que con frecuencia se contrataba con los amigos o grupos limitados y, en los que consecuentemente existían muy pocos proveedores (casi como ahora); el impacto positivo se sintió de modo notorio durante los primeros años, de modo tal que parecía que todo caminaba hacia los objetivos establecidos: Efectivamente, las modificaciones iniciales como el primer reglamento de 1998; la modificación de 2001, que es la que estableció como obligatorio el arbitraje; la de 2004, en la cual tuvimos la suerte con Derik de participar, fueron cambios que buscaron mejorar y facilitar tanto la aplicación de la norma, como el crecimiento de postores.

Sandro se quedó corto cuando desarrollo las estadísticas porque parten desde el año 2008. En el año 2005 habían 3.5 postores por proceso en promedio, éramos segundos en Sudamérica después de Chile, el cual tenía varios años más impulsando su régimen de compras públicas. Actualmente estamos en la cola, hemos ido cayendo sostenidamente y estamos en 1,1 con riesgo, este año, a pasar a negativo.

Recientemente, en un caso que era muy importante para el desarrollo de una región del Sur de país, que no es una de las recientemente cuestionadas, la Contraloría de la República, revisó un contrato de los pocos de envergadura que había sido adjudicados en un año determinado y no paró hasta preguntarle a cada proveedor, a cada persona que había firmado cualquier

documento del proceso, a cada trabajador y a cada interviniente directo o indirecto, si el documento en el que se establecía su participación era falso o verdadero. Cuando le respondían que no volvían a preguntar y exigía acreditar la veracidad, hasta que uno de ellos se cansó y dijo: «El documento es falso». Se dijo adiós a un contrato que iba a incorporar grandes extensiones agrícolas, imputando de paso al Comité Especial que este había generado un grave perjuicio al Estado por haber declarado un ganador. Totalmente absurdo, más aún porque era la tercera vez que se convocaba y no había postores, pues era una obra difícil.

No obstante, no solo pensemos en una obra, ni en los casos más grandes en los cuales señalamos que hay importancia en el arbitraje. Pensemos en lo siguiente: un proveedor pequeño, un MYPE, el cual vende sillas a una entidad (asumamos que las sillas llegan a la menor cuantía –sino estaríamos en la altísima compra directa que la quieren seguir subiendo–), y hay una huelga de por medio. Le aplicarán una penalidad a pesar que la causa es justificada puesto que el funcionario no quiere tener problemas con el control, más aun si es una municipalidad. Si estamos cambiando de año y cambiando de administración, es más fácil decir que no a decir que sí.

¿Qué mecanismo le queda a ese proveedor? Actualmente podría decirse el arbitraje. Lamentablemente, si bien en el 2004 se impulsó la creación de Tribunales Arbitrales Permanentes que eran tribunales que veían casos pequeños a costos accesibles sobre el modelo «SUSALUD» actual, hoy en día no se han implementado esta clase de tribunales y ese proveedor pequeño se va a quedar rumiando contra el sistema. Luego no nos quejemos de los conflictos sociales, ni de la falta de legitimidad del Estado durante los años siguientes.

En mi opinión, la última reforma rescatable fue la del año 2004, después de esta, las reformas han sido persecutorias debido a que han reforzado la posición de una parte desbalanceando la posición de la otra utilizando el famoso «hay veces», el cual detesto. Cuando legislan señalan: «hay veces (...)». Hay veces ¿cuánto es?, ¿uno, diez? Es decir, cuando no tenemos indicadores serios, esta norma se vuelve anecdótica. Las doce tablas romanas fueron más serias para hacer una modificación normativa ya que han realizado una recopilación de información incorrecta, sobre todo por cómo la realiza la Contraloría. Resulta interesante que en el 70% de los casos, el resultado sea adverso, pero si cruzamos esta información con los estudios de la Pontificia Universidad Católica del Perú que señala que hay un 25% de casos que no se han arbitrado, así ya estamos en un 50% el cual, aparentemente, refleja un resultado equilibrado. Estos casos no

se han arbitrado porque son casos evidentes, hay instituciones que optan por el arbitraje para el pago de liquidaciones consentidas, lo cual es un absurdo, incluso con resolución no pagan. Cabe señalar que no solo estamos hablando de municipalidades, ni regiones, sino también de alguna dependencia del gobierno central.

En realidad, las entidades tienen varios mecanismos: pueden resolver el contrato, ejecutar las garantías a solo requerimiento, anular el contrato, mandar el caso contra el Tribunal de Contrataciones del Estado. Entonces, cuando este sistema se crea, se trató de promocionar el ingreso de proveedores que, más que proveedores, se interesen por contratar con el Estado y vean ciertas garantías mínimas. Nadie va a decir que las partes son iguales, las partes son manifiestamente desiguales en un contrato administrativo, es evidente que la parte del Estado es la parte más fuerte –al menos en lo que son prerrogativas legales–. ¿Quién constituye garantías?, ¿No es la entidad, no es cierto?, ¿Quién puede anular el contrato? Evidentemente no es el contratista.

Los últimos cambios han ido desequilibrando el tema y generando desbalances en el contexto, aunque inicialmente no podamos percatarnos de ello. Por ejemplo, en el año 2009 cuando se prohíbe arbitrar adicionales, al comienzo parecía interesante porque efectivamente el funcionario por no tomar la decisión prefería que sea un árbitro quien decida y sea quien apruebe el adicional. Y ¿qué teníamos? obras paradas porque la Contraloría dice que no se puede ejecutar el adicional hasta que esté aprobado, con gastos generales –posiblemente acreditados pero con gastos generales– encareciendo la obra hasta que el tribunal decida si el adicional iba o no.

Entonces lo que se dijo es: «No, que el funcionario decida». Pero, ¿qué nos dice el artículo 52 de la ley? que la entidad o aprueba el adicional o resuelve el contrato. Es decir, si no lo aprueba y es necesario, no me da una gran salida, no es una norma pro contrato. Qué es lo único que hay que pensar, ¿cómo se hace un contrato?, ¿cómo evitamos tener 8 hospitales con 14 contratos resueltos que fue lo que sucedió el año pasado? Son 8 hospitales menos que vamos a tener en el país y nos va a pasar lo que pasó en la época del guano, que los recursos estuvieron ahí pero luego desaparecieron y nos quedamos, nuevamente, «en la misma de antes.»

Por tanto, siempre tenemos que ver el bosque. En mi opinión, si la norma sigue siendo tan reactiva como lo es, nos vamos a quedar con menos postores y, además, no van a ser los mejores, porque los mejores van a pensar en mirar otros rumbos, dedicarse a otros temas y no sumergirse en un problema innecesario.

#### DR. DERIK LATORRE:

Gracias, Sandro, gracias también a la asociación civil Derecho & Sociedad. Se ha dicho ya mucho y, de repente, queda poco de que hablar. Quisiera hacer el intento de ver las cosas desde la perspectiva de quien es, normalmente, visto como el malo, como el ineficiente, como el corrupto, etc. Tuve la suerte de liderar un equipo de asesoría en materia de arbitrajes en PROVIAS Departamental en el año 2005, y me encontré con una historia que puede ser leída desde el otro lado que ha venido siendo leída por Alex y quizás Marco.

La primera sorpresa se dio en un arbitraje que me asignaron en su fase final; recibí el laudo en el segundo o tercer día de trabajo en esta institución. Revisé el laudo y me encontré con la sorpresa que se estaba ordenando que se paguen montos referentes a conceptos que no correspondían a las materias controvertidas propiamente. Realicé las consultas con los equipos de obras, con los miembros del equipo de asesoría legal y, al hacer un análisis rápido, llegamos a la conclusión que se estaba volviendo a cobrar alrededor de 140,000 soles que ya se habían pagado por disposición de un laudo anterior. –

Evidentemente en ese momento, desde un punto de vista estrictamente arbitral, veía que no había nada que hacer. No se trataba de elaborar una corrección, una reconsideración, no había ningún recurso legalmente establecido en la norma que establezca una salida para este caso. Bueno, asumí el riesgo de lanzar una mezcla de todos estos temas con alusiones precisas de que se estaba generando un perjuicio al Estado, pues se estaban duplicando los pagos. Los árbitros recogieron este argumento –no recuerdo si en una aclaración, rectificación, etc.– y se dedujo ese monto de lo dispuesto por pagar. Esto refleja dos cosas desde mi punto de vista, regresando al informe de la Contraloría antes mencionado: coincido en que es el primer estudio hecho en la Contraloría con data, con información empíricamente recogida y, por tanto, con toda la seriedad del caso. Las conclusiones de este informe establecen que el Estado pierde el 70%, lo cual no parece un resultado muy favorable. Debería realizarse un análisis más a fondo respecto a (i) qué es lo que gana el Estado en arbitrajes, (ii) si tiene alguna significación económica o si se trata de controversias puramente jurídicas; y, (iii) qué es lo que pierde el Estado.

En este mismo informe se indicó, como una de las conclusiones, la existencia de una deficiencia en la gestión de las contrataciones. Resulta evidente en razón a un constante cambio de personal en el sector público, por la carencia de una carrera pública administrativa, por la falta de capacidades de muchos de los funcionarios y servidores, en



suma, no hay una capacidad de gestión. Con un cambio de gobierno se rotan tantos puestos que la morfología de ese Estado es absolutamente distinta al cabo de un tiempo.

Pero, al mismo tiempo, este informe señala por ejemplo, que en cuanto a pérdidas, estas ascendían a más de 2,300 millones de soles y las condenas, que ascendían a 1,200 millones de soles, tampoco reflejan buenos resultados. Esto quiere decir que en un arbitraje, por lo general, uno plantea pretensiones por encima de las normales; en términos del Dr. Guzmán-Barrón, se plantean las posiciones y finalmente lo que se otorgará será lo más cercano al interés real. Un viejo dicho dice: «Quien pide poco, está loco». Entonces ese otro indicador es el que, en lo particular, no me dice mucho.

Ahora, en el propio informe de la Contraloría hay una mención que resulta contradictoria, pues se señala que existen problemas en la gestión de los contratos y en las capacidades de los funcionarios pero, al mismo tiempo, establece que hay una necesidad de avanzar en los mecanismos de publicidad del arbitraje. Quisiera centrarme en este cambio. Los mecanismos de publicidad de arbitraje se introdujeron hacia el año 2004 con la reforma normativa porque en esa época –espeluznante desde mi punto de vista– decían que el arbitraje era confidencial pues solo era de interés de las partes involucradas en él. En mi opinión, ello resultaba extraño porque todo lo que se cuestionaba en los arbitrajes eran recursos del Estado, nuestros impuestos y este arbitraje incidía en esos recursos públicos. Se trabajó tanto respecto a este tema que se pudo avanzar en la publicidad de los laudos en el ámbito doméstico.

Por su parte, en el ámbito internacional había, a su vez, una discusión muy parecida. El caso era el arbitraje comercial internacional en el que muchas veces se veían involucrados contratistas con Estados y, por otro lado, lo que se empezó a denominar arbitraje en inversiones extranjeras. Se entendió que ambos arbitrajes tenían naturaleza totalmente distinta. Así, en el caso de arbitraje en materia de inversiones extranjeras, el componente público era muy significativo. Bajo esta premisa, tenían que trabajarse problemas de publicidad propios del arbitraje público entre Estados y del arbitraje internacional público.

En este sentido, Alex hizo referencia al juego en altura en Bolivia. Este país insignificante en la geografía internacional, en el orden internacional económico, tuvo un arbitraje en inversiones en materia de agua potable y este país logró, digamos, generar un quiebre en el arbitraje de inversiones que dio lugar a la modificación de las

normas y a la inclusión de criterios de publicidad y transparencia en el ámbito del arbitraje en inversiones extranjeras.

#### **DR. CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN:**

La verdad les agradezco mucho esta oportunidad de haber sido coorganizador con la asociación Derecho & Sociedad de este evento. El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, también tiene un estudio de laudos que se hizo entre los años 2012 a 2013 y, a pesar que sería muy largo comparar el estudio de la Contraloría con el estudio que ha hecho esta Universidad, quisiera señalar solo algunos de estos contrastes.

En primer lugar, este estudio demostró que el Estado no siempre pierde y que el Estado, en el 30% de los casos pierde 0, es decir no pierde nada. Asimismo, en nuestro estudio, se señala que en el 43% de los casos, el Estado solo pierde el 7% de lo demandado, es decir si sumamos treinta más cuarenta y tres estamos en el 73% de porcentaje donde el Estado o no pierde o pierde muy poco. Por tanto, la información que indica que el Estado siempre pierde es absolutamente equivocada.

En segundo lugar, en el estudio de la Contraloría, que coincidentemente va por el mismo camino que el nuestro, se desarrollan las causales por las que el Estado pierde y, en efecto, como bien se ha señalado en la introducción, las razones por las que el Estado pierde en un 70% radican en que, en principio, no debió llegar a un arbitraje de haber existido eficiencia de parte del Estado. Por ello, tenemos que hablar de la eficiencia del Estado y, además de ello, de la conciliación.

Nosotros también contamos en la PUCP, en particular en nuestro Centro, con un centro de conciliación, por lo que somos testigos de los casos en los que el Estado va a firmar «no acuerdo» y son pocos los casos en los que llegan a un acuerdo, evidentemente por todo lo que ya se dijo, por todo el tema vinculado a la Contraloría, el temor a la famosa pregunta –yo he sido funcionario público 23 años– «preguntado diga, asustado responda». Eso es lo que nos suele pasar: llega una auditoría y nos controlan todo, entonces el temor es no tomar decisiones y, ante esa situación, nos vemos en la necesidad de trasladar al arbitraje lo que no debería ir.

Pero, adicionalmente, respecto al periodo de ejecución de la obra, la nueva Ley de Contrataciones con el Estado, que aún no ha entrado en vigencia y no sabemos cuándo entrará, incluye lo que se denomina como Junta de Resolución de Disputas. Este es un proceso por medio del cual, en lugar de que el funcionario público tema decidir, traslada

la decisión al llamado adjudicador. Así, durante el proceso de ejecución de la obra, el adjudicador decide por aquel. Ello implica la inclusión de una cláusula dentro del contrato con una intervención que le permita decidir durante la ejecución de la obra. Con lo cual tenemos obras terminadas a tiempo, menos costos y sólo el costo que significa tener adjudicadores durante ese periodo. ¿Hay resultados en el mundo?, los hay. ¿Qué esperamos?, que se reglamenten, el proyecto del reglamento que no es un mal proyecto, es un buen proyecto en este campo y, lamentablemente, el camino está en las decisiones que debe tomar el gobierno actual.

Otro tema que me parece importante señalar –y creo que todos lo han dicho– es que en nuestro país estamos acostumbrados a regular en función al «sinvergüenza», regulamos en función a quien hace mal uso del sistema. Entonces buscamos sancionarlo prohibiendo las cosas. ¿Qué se prohíbe?, los adicionales de obra. ¿Por qué?, porque realizan un mal uso de los adicionales de obra. ¿Qué se quiere prohibir ahora con el artículo 45.1 en el tercer párrafo?, el enriquecimiento sin causa, lo cual me permite realizar la siguiente pregunta: ¿Por qué el enriquecimiento sin causa?, ¿qué se quiere prohibir?, porque se hace un mal uso del enriquecimiento sin causa.

En el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos tenemos laudos en los cuales no se han aceptado enriquecimientos sin causa, respecto a este tema existe una controversia –no de casos sino, más bien, académico–, de si el enriquecimiento sin causa es arbitrable o no.

La respuesta depende de si se entiende como parte del contrato o no. ¿Si no forma parte del contrato es arbitrable?, me parece que alguno de ustedes ha mencionado –a mi parecer de manera acertada– que no forma parte del contrato y si no forma parte del contrato, no es arbitrable. Pero, supongamos que nos ponemos de acuerdo en que sí es arbitrable; la pregunta inmediata es ¿por qué se prohíbe?, entonces iríamos al artículo 2.1 de la ley de arbitraje que dice expresamente lo siguiente: «Pueden someterse a arbitraje las materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o tratados internacionales los autoricen». En este artículo no se estipula la posibilidad de regular supuestos de prohibición, por tanto, no debería existir norma que prohíba la arbitrabilidad de un supuesto. Entonces, la prohibición del enriquecimiento sin causa sería un mal uso del *ius imperium* del Estado. El Estado ya utilizó este poder, para opinión de muchos, de manera inadecuada al prohibir que una materia sea arbitrable aun cuando debería serlo.

En esa medida nosotros creemos que sí hay

arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en base a dos razones. Primero, en la medida en que convengamos que, aun cuando no forme parte del contrato, sea una materia arbitrable; y, segundo, no se puede prohibir porque legalmente no lo autoriza la propia Ley de Arbitraje en el artículo 2.1 que he leído.

Por otro lado, respecto a la pregunta de si acaso el aumento de situaciones que no pueden ser sometidas a arbitraje era una forma de desvirtuar este medio de resolución de conflictos, en mi opinión, no se trata de desvirtuar la función arbitral, sino que se limita lo que es arbitrable y nada más. Asimismo, respecto a la pregunta si dichos impedimentos son una forma legítima de defender los intereses del Estado o son acaso una manera inapropiada de suplir una ineficiente defensa de este en el proceso arbitral, creemos que de alguna manera va por el segundo camino.

Quisiera añadir que nuestro país, tal vez el único en el mundo, tiene una legislación de arbitraje obligatorio para contrataciones en el Estado, por tanto, tenemos una experiencia absolutamente distinta al resto. Es cierto que en nuestro país extrañamente –y contrario a lo que pasa en el mundo– el 30% de los arbitrajes son institucionales y el 70% son *Ad Hoc* ¿Por qué sucedió?, porque en 1996 y 1997 habían solo dos centros de arbitraje, el de la Cámara de Comercio de Lima, que en ese momento tenía 7 arbitrajes, y otro llamado CEARCO, que tuvo el honor de fundar, pues en esta etapa recién empezaba a funcionar el arbitraje.

Entonces, la escasez de centros de arbitraje hizo pensar al Estado que el camino era el arbitraje *Ad Hoc*. Ello continuó en el tiempo, pero ello ha cambiado, hoy día hay centros de arbitraje más allá del que tenemos en esta Universidad. Si ya existen centros, el porque nos quedamos con el arbitraje *Ad Hoc* es una pregunta que quedará en el tintero, pues respecto a la transparencia y a la necesidad de la publicación de los laudos, los centros de arbitraje pueden ofrecer esa transparencia, lucidez en los términos de poder conocer de cerca cómo se llevan los procesos y, además, demuestra cómo el mal uso del sistema no tiene que ser objeto de calificación.

Ahora, el cómo la Contraloría puede intervenir y evitar que esto siga sucediendo es un tema difícil. En mi opinión, creo que el primer paso ha sido extraordinario al realizar un estudio del nivel que han elaborado y con la objetividad alcanzada. Pero, el siguiente paso es ser una Contraloría concomitante, es decir, paralela a los procesos que se llevan adelante. Para ello, se tendría que optar por el proyecto de ley modelo de las funciones de la Contraloría que tiene la Comisión de las Naciones Unidas sobre el derecho mercantil internacional

–que alguna vez nosotros expusimos en Costa Rica y este lo tomó como modelo–. Tendría que analizarse qué se está haciendo en el modelo de este país en materia de Contraloría, buscar nuevas formas de ejercer la función contralora y no ser parte ni desarrollar el temor que tienen los funcionarios públicos de tomar decisiones frente a lo que le puede pasar, siendo la función de la Contraloría paralela, a nosotros nos parece fundamental.

No podemos manejar los arbitrajes con transparencia, ni controlar las decisiones de aquellos que llevan casos a arbitrajes que no deberían realizarse si es que no tenemos funcionarios públicos que puedan tomar decisiones libres y si, como señala la Ley de Contrataciones en la primera etapa, no se regula y controla en función de resultados en vez de controlar en base a la equivocación del funcionario. Es decir, si existe la posibilidad de emitir un informe técnico y legal que acredite que la decisión tomada por el funcionario público es una decisión que va a generar mejores resultados para la entidad estatal, ese informe debería ser fundamento suficiente ante cualquier auditoría que mañana diga: «¿Usted porque cedió?», «Cedió señor porque gracias a ello, el Estado perdió 10 en lugar de perder 100».

#### **DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Luego de estas participaciones nos damos cuenta que todos estamos de acuerdo en que la normativa ha fallado en esta prohibición. Aun me quedo con la curiosidad respecto a ¿Cuál creen que va a ser el impacto económico?, ¿Cuáles serían los mecanismos para poder contrarrestarlo?, ¿Cuáles son los mecanismos para evitar terminar en el Poder Judicial?

#### **DR. ALEX CAMPOS:**

Todos podemos encontrar casos de arbitrajes que han sido mal llevados, ya sea por corrupción, por negligencia o por ignorancia. La pregunta que yo efectúo es: ¿el Poder Judicial es mejor, es especializado, es rápido y no es corrupto? Evidentemente no, los mismos problemas presentes en el arbitraje, se encuentran también en el Poder Judicial e inclusive agravados.

La única razón por la cual la intención de la Contraloría es la de llevar los procesos al Poder Judicial es porque quiere jugar en la Paz, quiere una barrera de acceso. Por cada «lobo corrupto» se puede sacar 1000 sentencias corruptas. Se indica que los árbitros son ignorantes y no saben de derecho administrativo, al respecto señalo con todo respeto, en el derecho aplicable al contrato de obra pública hay dos cosas: primero está el

contrato eminentemente civil y, segundo, se encuentra el elemento público administrativo, es decir, el derecho contractual y administrativo deben integrarse de alguna forma. Ante aquel que sepa cómo integrarlos, «yo me quito el sombrero», porque resulta muy complicado poder integrar esos dos regímenes que traen consigo premisas totalmente diferentes.

Esto me lleva a dos reflexiones muy importantes: La primera respecto al tema de las mesas, existe un porcentaje menor de controversias que no se van a resolver ni en mesa ni en arbitraje por tratarse de materias en las cuales el derecho administrativo y el derecho contractual no son compatibles, eso no lo resuelve un adjudicador, ni lo resuelve un árbitro pues es un problema muy complejo de resolver y yo estimo que ese tipo de controversias no son menores, calculo que más o menos el 20% del contrato presenta el problema en el que no calza la dimensión administrativa con la dimensión contractual. En la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción queremos trabajar en una suerte de protocolo en la contratación de obra pública, es decir no cambiar la ley sino trabajar con ciertos principios. Si los principios de la contratación privada se aplican a la contratación de obra pública no habrá congruencia, porque la lógica de la Ley de Contrataciones con el Estado dejó de ser, hace mucho tiempo, un código o compendio de construcción pública y se ha convertido en un reglamento de funcionarios públicos.

La segunda reflexión gira en torno al enriquecimiento sin causa, sobre esta materia hay un punto muy interesante. Si se observa la jurisprudencia de la Sala Comercial de la Corte Superior sobre anulación del enriquecimiento sin causa, se puede apreciar una línea argumentativa –con la cual no estoy totalmente de acuerdo, pero positivamente existe una línea– que establece que en aquellos laudos arbitrales en los cuales se reconoce un enriquecimiento sin causa debido a la existencia de la obra en sí misma a pesar que la ley estipule que no se debe realizar la obra y esta se realiza, deben ser anulados. Esos laudos han sido anulados porque esconden la razón por la cual la obra se realizó a pesar de la prohibición de la ley pues nadie sabe porque se realizó la obra. El problema del enriquecimiento sin causa, que para mí es arbitrable, es realmente complejo cuando se presenta un contratista y tiene una muy buena explicación del porqué la obra se ejecutó a pesar de que no contaba con la aprobación expresa. Este momento es cuando el sistema se vuelve más interesante.

¿Cuál es el impacto de que entren en vigencia estas dos normas? El primero es que los abogados se ponen más creativos, hay más trabajo para los abogados y para los árbitros; y, el segundo es

sobre los anticipos: los contratistas saben ejecutar sus obras –y no son tontos–, hoy en día existen muchos reclamos constructivos que quedan estancados y nunca reclaman porque son temas menores. ¿Qué va a hacer el contratista cuando se le niegue la obra, de un millón de dólares, debido a la Contraloría? Va a buscar un millón de soles y va a presentar otro reclamo que no tenga ese problema, se va a compensar. ¿Quieren convertir el sistema de contratación pública en esa lucha por prever la denegación de un adicional a pesar de que exista una muy buena razón pues está ejecutado? Eso entorpece el sistema e incrementa la complejidad de la administración.

#### **DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

En muchas ocasiones se ha visto que la entidad está de acuerdo con la existencia de un adicional de obra de parte del contratista, sin embargo, ambos –contratista y entidad– terminan peleándose contra la Contraloría quien, ni siquiera, es parte del contrato.

#### **DR. ALAN ALARCÓN:**

En efecto, no es inusual la situación que Sandro ha explicado. Es factible que la entidad ejecutora concluya que el adicional solicitado es perfectamente procedente, no obstante, envía el expediente a la Contraloría General de la República y este órgano podría tener una posición totalmente distinta.

Lo que ocurre el día de hoy es que solo queda impugnar la decisión de la Contraloría ante el Poder Judicial, con lo cual ningún adicional ni el enriquecimiento sin causa va a poder ser sometido a arbitraje, generando –como ha comentado Alex– una aumento en el nivel de conflictividad ya no solo por el adicional, sino también por aquello que se intente compensar.

Así, el contratista ha tenido la oportunidad de poder presentar su adicional. Si corresponde y la Contraloría lo aprueba entonces perfecto, del mismo modo, si existió un enriquecimiento sin causa era factible discutir si hubo lucro o no mediante el balance de lo que se había gastado en la obra. Pero, cuando estas dos materias están proscritas de arbitrabilidad por una disposición legal reactiva, lo que se va a generar es que el contratista va a sobredimensionar otros costos y, entonces, cuando una maquinaria que en principio tenía una productividad de 10 se elevó a 12 por una necesidad de la obra, habrá un sobre costo que se deberá reconocer. Ante ello, el Estado se negará, pues en el presupuesto se estableció una productividad de 10, mientras que por su lado, el contratista indicará que la productividad es 12, entonces se producirá un arbitraje respecto

a aquello que se puede discutir y un juicio respecto al adicional. De esta manera, El Estado y el contratista actuarán de manera conjunta contra una decisión de la Contraloría, es decir, el Estado va a ir contra sí mismo, pues lo que realmente se busca es la ejecución de la obra.

Como se puede observar, vamos a llegar a un escenario absurdo e incongruente, en el cual el Estado demanda a la Contraloría y el contratista participará como coadyudante. No solamente estaremos dentro de este escenario de conflictividad absurda sino que, además, vamos a tener uno o varios arbitrajes, en los cuales el contratista tiene una restricción a obtener lo que considera, para él, el costo real de la obra pues termina reclamándolo en otros arbitrajes. En otras palabras, por evitar un arbitraje vamos a ocasionar más arbitrajes y vamos a terminar en un sinsentido en el Poder Judicial. Eso es lo que va a suceder si se persiste en mantener una norma de esa naturaleza.

El enfoque del informe de la Contraloría es, lamentablemente, bastante situacional respecto de lo que acontece, no alcanza una salida basada en la experiencia. Sandro comentaba que respecto a la conciliación el informe le dedicó únicamente dos líneas en la parte final.

No hace mucho tomé conocimiento de que una entidad pública, la cual tenía que ejecutar una actividad de limpieza pública, por un tema de responsabilidad de sus funcionarios no había prorrogado el contrato de limpieza con la empresa. Se retomó el contrato bajo la Ley de Contrataciones del Estado, pero había un periodo de tiempo en el cual se había brindado el servicio sin contrato. La contratista y el Estado deciden firmar un convenio arbitral y llevar a arbitraje la controversia de saber cuánto costo el servicio prestado durante el lapso en el cual no hubo contrato, independientemente de la responsabilidad de los funcionarios por no haber tenido la diligencia de revisar los contratos y evitar la interrupción del servicio. Lo que la Contraloría señaló, en este caso, es que debió ser resuelto por el Poder Judicial, que los funcionarios incorrectamente suscribieron un convenio arbitral puesto que si no hay contrato no hay arbitraje.

Eso es absurdo, el arbitraje es como un arma de fuego que la puede usar un delincuente para asaltarte o un policía para defenderte. Dicho de otra manera, el arbitraje es inocuo, dependerá de qué manera lo uses o bajo que circunstancia se utilice. En ese caso en particular, era perfectamente posible que la entidad suscribiera un convenio arbitral para solucionar ese problema en particular, sin embargo, la Contraloría recomienda conciliar, que se encuentre una salida pero cuando la encuentran la cuestionan inmediatamente aun cuando ni siquiera se había resuelto el problema

de fondo, pues ese arbitraje recién empezaba. Lo que se iba a discutir eran solamente los costos, pues los derechos ya habían sido conciliados.

Debemos tener en consideración que las soluciones deben darse pero, como funcionario público, hay que tener la suficiente templanza y capacidad para justificar una decisión. El arbitraje y el enriquecimiento sin causa no son conceptos negativos *per se*, sino que dependerán de cómo sean utilizados, asimismo, nunca debe olvidarse que lo principal es que la obra se realice.

#### **DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Esta última exposición me hizo recordar un caso en el cual el Ministerio de Transportes había aprobado una ampliación de plazo, posteriormente se dio una inspección por parte de la Contraloría y a través de un informe expresó que nunca debió haberse dado esa ampliación de plazo. Luego la entidad, evidentemente con temor, emitió una nueva resolución contradiciendo la ampliación de plazo, denegándola, y llevó el caso a un arbitraje citando a la Contraloría, quienes nunca aparecieron. Entonces a veces estamos en un entrapamiento en el cual la Contraloría recomienda pero no ayuda a ejecutar el contrato de obra de la mejor manera.

#### **DR. MARCO MARTÍNEZ:**

Soy menos optimista que mis compañeros. En el contexto de la nueva Ley de Contrataciones con el Estado, si es que llega a entrar en vigencia, tiene una serie de aspectos bastante cuestionables, arcanos muchos de ellos o incompresibles bajo el contexto actual: Por ejemplo, el valor referencial va a ser reservado; la proscripción de toda forma de reconocimiento de mayores trabajos, que se desarrolló como consecuencia de la prohibición de arbitrar adicionales en el año 2009 se buscó una salida en alguna parte y la incidencia a mayores medidas de presión sobre los proveedores, que seguramente generará ventajas en aquellos que tienen mejor acceso a una defensa legal, pero afectará a aquellos que no la tienen o les resulta más oneroso. En fin, esperemos que el Reglamento, que viene llevando un considerable tiempo de análisis y desarrollo reflexivo, pueda paliar los efectos más discutibles de la nueva reforma.

Sabemos que PROVIAS Nacional, como una entidad sería y responsable, procurará conservar todos los contratos que se encuentren bajo su ámbito como la mayor parte del Gobierno Central seguramente. Pero la mayor parte de los contratos no se suscriben a dicho nivel. Imaginemos que estamos en el escenario de una región o municipalidad, aquí cuando se requiere un adicional pero no lo quieren aprobar, y el contratista sabe que no lo puede reclamar ni por enriquecimiento sin causa,

ni por abuso de derecho, ni por otra figura más, se va a resolver el contrato pues así lo establece la ley. Adiós contrato, adiós expectativas y bienvenida a una nueva oportunidad perdida.

Bajo este contexto solo será necesario probar que el adicional es necesario para que efectivamente tenga la razón, no va a ganar nadie porque se va a paralizar la obra generando mayores costos pues, como todos saben, cuesta más reiniciar una obra que empezarla. Si la Nueva Ley de Contrataciones sigue por este camino, el panorama será bastante crítico, no lo digo por las instituciones sino por el grueso de administraciones, no porque sean malas sino porque hay una gran rotación de personal sumado al desconocimiento. Por ejemplo, en las municipalidades existe una frecuencia de cambio y, con la entrada en vigencia de la norma que prohíbe la reelección de funcionarios, nos encontramos bajo un contexto de constante enseñanza y desconocimiento por parte de la administración.

En conclusión, la perspectiva sobre la nueva ley es bastante pesimista pues consideró que lo que va a ocasionar es la resolución de los contratos, el desinterés progresivo de los postores serios y lo que va a suceder es que vamos a volver al esquema de 1997, donde nadie quería ser proveedor del Estado. Los amigos de los funcionarios eran los proveedores y los niveles de corrupción e ineficiencia se encontraban por las nubes. Es el caso del año 2006 ante las normas que permitía la adjudicación masiva e inmediata, ¿qué obra no se adjudica a al 90%?, hoy en día ¿qué obra se adjudica al 90%?

La crisis de proveedores del Estado se ha puesto más crítica cada vez que se han colocado más reglas y más impedimentos, a medida que el contrato administrativo se va volviendo más administración y menos contrato, más propia de un Estado Autoritario antes que de un Estado Social de Derecho. Entonces tenemos que pensar si efectivamente queremos este modelo, o habrá que presionar a los privados para que postulen – ya falta poco para eso–, o decir que es una gran suma alzada y en caso de algún riesgo habrá que asumirlo. ¿Cuántos van a estar interesados en estos proyectos? El nivel de conflictividad va a ser tan alto que la mayor parte de la administración va a estar encargada de solucionar el conflicto que de establecer contratos.

#### **DR. DERIK LATORRE:**

Creo que el arbitraje es algo sumamente importante, útil y valioso pero que requiere ser cuidado. No se trata de negar cualquier crítica al arbitraje sino ver cómo está funcionando e identificar cuáles son sus debilidades —las

cuales son muchas—. Por ejemplo, un laudo por enriquecimiento sin causa sin sustento alguno, ¿podría ser declarado nulo?, ¿cómo?, ¿con las causales que tenemos? ¿Cómo se defiende una parte que sufre una decisión abusiva y arbitraria de los árbitros?, ¿con el recurso de nulidad?, ¿le es suficiente?

De esta manera, es claro que el arbitraje tiene debilidades y tenemos que cuidar el arbitraje, protegerlo, mejorarlo y regularlo adecuadamente, sin generar sobre-regulación, pero tampoco infra-regulación. La Contraloría General de la República tiene una posición interesante a partir de este informe, en un diagnóstico bastante ambicioso que al mismo tiempo sigue impulsando esta exclusión de materias que pueden ser discutidas en un arbitraje. Entonces el arbitraje no es el problema, el problema es la gestión de los contratos, que los adicionales no son arbitrables, que el enriquecimiento no sea arbitrable. Respecto a este punto discrepo con el doctor Guzmán-Barrón, en que la ley puede decir claramente qué es arbitrable o no dentro del contrato. Independientemente de que la ley pueda estipular esta restricción, como lo ha hecho, en mi opinión me parece una cuestión totalmente vana el haber excluido el tema de adicionales, del enriquecimiento sin causa, más aun con lo que ha señalado Marco. Seguramente el equilibrio económico financiero de los contratos tampoco podrá ser discutido en un arbitraje, en consecuencia, esto aparece como una carrera para negarle más espacio al arbitraje.

En esa línea, creo que tenemos que hacer una mirada más crítica del arbitraje, por ejemplo, yo defendía a PROVIAS y me asignaron un caso en el cual estábamos en un arbitraje con el contratista ejecutor de la obra y el problema central se encontraba en los errores presentes en el expediente técnico. Se consultó al proyectista, quien dijo que no había errores, y perdimos el arbitraje porque el tribunal arbitral resolvió que los problemas en el expediente técnico eran errores. Luego nos fuimos a un arbitraje contra el proyectista para decirle que en el arbitraje anterior el tribunal señaló que este había cometido errores, ante ello, alegó que no tenía errores y el laudo arbitral le dio la razón al proyectista. Entonces, era una locura, lo único que me quedó claro es que la entidad pública, utilizando los conceptos de Alex, era una «piara de burros» impresionante.

Pero creo que no es así, Bullard dice que uno de los grandes problemas del arbitraje es la incapacidad de defensa del Estado, sobre este punto no estoy del todo de acuerdo ni en desacuerdo. Desde mi punto de vista hay que mejorar la capacidad de defensa en el arbitraje pero no creo que PROVIAS, una de las entidades con mejores recursos humanos en el país y una de las entidades que

más dinero ha perdido en arbitraje, tenga una defensa del nivel de una Municipalidad Distrital de un pueblo alejado.

Entonces ¿qué problemas generan que PROVIAS Nacional y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones sean las entidades que más pierdan en arbitraje? Eso yo lo dejaría como una interrogante a resolver.

#### **DR. ALAN ALARCÓN:**

La respuesta es sencilla: PROVIAS Nacional y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones cuentan con el 53% del presupuesto nacional de inversión pública. Ustedes juntan a todas las entidades del Estado y no llegan ni a la mitad de PROVIAS Nacional, por eso ésta termina pagando más que todas las entidades juntas en arbitrajes. La mejor comparación sería sumar todo lo que pierde el sector público a nivel nacional y recién allí lo podríamos comparar con PROVIAS Nacional; esa es la respuesta y es bastante sencilla.

#### **DR. GUZMÁN-BARRÓN:**

He podido observar dos enfoques. Por un lado, el enfoque del bosque y, por otro, el enfoque del árbol. El enfoque del bosque, que más que nadie es el que Alex presenta, señala que la ley vigente es terriblemente pésima y que la nueva ley, que aún no entra en vigencia, es peor, Marco se suma a este planteamiento con conocimientos técnicos y legales señalados de manera pertinente. En este enfoque se olvida un tema que me gustaría abordar, y es que el régimen de contrataciones del Estado no es solamente la Ley de Contrataciones, sino que el Estado también contrata bajo otros regímenes que no están sujetos a esta ley. Nadie ha analizado cómo funciona el arbitraje en esos otros regímenes, sin embargo, sí tenemos experiencia en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos en casos que han acudido de estos regímenes. Entonces, la pregunta es: ¿En esos otros regímenes es posible discutir el enriquecimiento sin causa?, ¿es posible discutir los adicionales?, ¿ingresa la Contraloría para evitarlos? Mi respuesta en principio es negativa.

Entonces, ¿por qué no evaluar esos otros regímenes?, ¿por qué el Estado debe estar dividido en sub tipos de regímenes incluso cuando los recursos provienen de cooperación técnica donde se celebran los contratos bajo el modelo FIDIC? Cabe señalar que bajo ese modelo se incluye a la junta de resolución de disputas, bajo otra formulación y que nosotros, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, le hemos puesto un nombre de lo más curioso: Conciliación Decisoria, también establecimos un reglamento para estos casos, pues van entidades estatales

con problemas que no están reguladas por el Estado. En consecuencia, mi primera pregunta es la siguiente: ¿Por qué no revisamos la Ley de Contrataciones del Estado *vis-a-vis* con estos otros regímenes que regulan las contrataciones con el Estado y que están funcionando acertadamente?

Incluso otro régimen que vale la pena analizar es cuando ingresa Proinversión a la celebración de contratos, donde hay participación del Estado, cuya formulación no es mediante un expediente técnico que mira el detalle sino mira el resultado y que permite a lo largo del proceso conseguir un resultado adecuado y que, por tanto, no hay problema cuando se habla de adicionales o enriquecimiento sin causa porque estos se dan en la práctica y en el día a día. ¿Por qué no podemos mirar estas otras opciones que también están sujetas a arbitraje, que tienen fórmulas distintas que están funcionando y que no han sido analizadas aun cuando son dignas de ser analizadas y que, seguramente, mis compañeros, aquí en el panel, conocen mejor que yo?

Por otro lado, señalaba Derik que no estaba de acuerdo conmigo en la interpretación que se daba al artículo 2.1. Esa es una vieja discusión de la doctrina del derecho en si podemos regular mediante una ley, bajo el *ius imperium* del Estado, lo que es o no es arbitrable. Lo que a nosotros nos parece ilógico es que por ley se prohíba aquello que es arbitrable. ¿Por qué lo que es arbitrable decidimos expresamente por ley que no lo sea más? Es simplemente el uso del *imperium* de la ley, evidentemente la ley puede, pero la cuestión es si debe. Insistiría que en el proceso de ejecución de la obra exista una junta de resolución de disputas para resolver en el día a día los problemas cotidianos.

Es muy largo de explicar en este momento pero en el Perú ya tenemos dos grandes obras de infraestructura donde hay una junta de resolución de disputas. Se trata de obras de gran dimensión donde este sistema está funcionando.

**Segundo tema: Medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales, entre ellos el Tribunal de Contrataciones del OSCE, que están dejando en suspenso sanciones administrativas**

**DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

En suma, sobre el primer punto, todos concluimos que la norma es ineficiente y para la siguiente ocasión citaremos a alguien de la Contraloría para que ejerza su descargo.

Pasamos a la segunda pregunta: A nivel judicial, y en menor medida en el ámbito arbitral, se vienen dictando medidas cautelares con el fin de

suspender sanciones de inhabilitación impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado – órgano administrativo que forma parte del OSCE–, este hecho pone en debate los alcances de las medidas cautelares que pueden imponer los árbitros y sus eventuales límites. En su opinión, ¿Cuáles considera que deberían ser los límites de las medidas cautelares que dicten los árbitros en el marco de un proceso bajo su competencia?, ¿considera que dentro de tales límites se encuentra la posibilidad de suspender sanciones impuestas por un órgano administrativo, específicamente el Tribunal de Contrataciones del Estado? En caso este de acuerdo en que un árbitro si se encuentre habilitado para dictar medidas cautelares, ¿qué estrategia o cambio legislativo considera que deba realizarse para evitar un eventual exceso en la competencia de la función arbitral?

**DR. ALEX CAMPOS:**

Explicemos el problema. Lo que está pasando es que ha habido una serie de inhabilitaciones referidas al tema de veracidad y firma de contrato. Frente a la Administración –OSCE entre otras– era usual utilizar las técnicas de préstamo de cartón y préstamo de currículo e incluso se presentaba el mismo profesional con dos postores, pues un profesional en busca de trabajo firmaba documentos en blanco y los dejaba en diversas empresas, eso era una realidad. En razón a ello es que subieron la valla del principio de veracidad, en el Tribunal, hasta convertir este principio prácticamente en una norma objetiva, yo diría casi nazi. Es decir, el postor podía probar que no tenía forma de saber que la información era falsa, sin embargo, de igual forma lo sancionaban porque aplicaban a raja tabla el principio de veracidad bajo el cual si el documento era falso no había como contradecirlo. Esta situación desencadenó un sinnúmero de inhabilitaciones, y como la inhabilitación no solo te arrastra a ti, como empresa, sino también a los administradores responsables y a todas las empresas del grupo, hubo una reacción muy fuerte.

Ante esto, los contratistas y postores encontraron dos soluciones: la primera, es la de solicitar una medida cautelar ante el Poder Judicial mediante una acción contenciosa administrativa y, la segunda, es que por alguna razón tengan abierto un tema arbitral vinculado al contrato y agreguen una pretensión que incluya una medida cautelar.

Hubo otro caso –del que vamos a hablar más adelante– que trató sobre la resolución contractual que estaba en arbitraje y para el tribunal no era posible iniciar el proceso sancionatorio a pesar de que estaba en arbitraje y no estaba resuelta. Lo que sucedió es que nuevamente surgió un problema de integración entre lo que es el derecho contractual –lo que dice el contrato y las discusiones que hay

en su interior– y una cláusula arbitral que está diseñada para resolver estos inconvenientes con un problema de tipo administrativo. Entonces nos preguntamos ¿tienen los tribunales arbitrales facultades para suspender vía medida cautelar una sanción administrativa de OSCE? No, no la tienen, ya que el sistema no está diseñado para eso y, además, implicaría volver a confundir la dimensión contractual con la dimensión administrativa.

Se puede estar en desacuerdo con la decisión de la inhabilitación pero evidentemente es una resolución que tiene un matiz y un caris administrativo que debe ser discutido y resuelto conforme a su naturaleza. Lo que corresponde es iniciar la acción contencioso administrativa, pues lo que se discute no es la dimensión contractual, que es la que está diseñada para discutirse en un arbitraje, sino que se está discutiendo una cuestión administrativa y, por tanto, se debe seguir esta naturaleza toda vez que el sistema legal administrativo –es decir, la acción contencioso administrativa– está diseñado y preparado para eso. Puede haber casos absolutamente abominables pero eso, al igual que en los casos de enriquecimiento sin causa, no faculta a aplicar, a tabla rasa, el principio del derecho y someter un tema administrativo vía arbitraje.

Exactamente el mismo problema que el adicional, ya que por un caso extraordinario, abominable para el derecho, no se le puede dar competencia al tribunal arbitral para decidir suspender los efectos de algo que es claramente un acto administrativo.

Volviendo al tema del principio de veracidad, a mi parecer muy importante, el sistema arbitral está colapsado ya que no existen suficientes profesionales: árbitros, secretarios arbitrales, miembros del tribunal, etc. Es decir, faltan profesionales de todo tipo, tanto es así que OSCE, quien supuestamente es el especialista al día de hoy para resolver una recusación, se demora ocho meses. Solo en la designación del árbitro se demora aproximadamente dos meses, y esto solo si dicho árbitro acepta, de lo contrario si no acepta se requerirán dos meses y medio más debido a que las asignaciones en OSCE se dan por «paquetes», en consecuencia, se tiene que esperar al siguiente paquete no porque quieran hacer las cosas así sino porque los servicios están totalmente colapsados. Frente a ello, ¿qué hacemos para descongestionar el sistema?, subimos la valla del principio de veracidad, como tenemos poco tiempo para averiguar lo que ha pasado, y el plazo es draconiano, de manera conjunta con el tribunal hacemos que la valla sea tan alta que le pasamos el problema al Poder Judicial.

Por lo tanto, cuando viene una medida cautelar todos decimos: «Corruptos, compraron la medida

cautelar, ¡publicación!». Otra cuestión que me parece totalmente absurda, e incluso ofensiva, es que saquen tu certificado de habilitación y le pongan una nota a pie de página señalando lo siguiente: «Señor, por si acaso esta habilitación esta expedida al amparo de una medida cautelar». Esto es una falta de respeto contra el Poder Judicial, pues si yo tengo una opinión y el Poder Judicial tiene una opinión diferente, debemos respetar la opinión del este último y discutirla en el Poder Judicial. Emitir un certificado de habilitación manchado es como decir: «En caso de duda, este certificado lo he emitido contra mi voluntad y mi reserva, asimismo, esto ha podido ser producto de un acto de corrupción de un juez», solo falta consignar estas palabras en el certificado de habilitación. Como en todo, hay profesionales que son inhabilitados absurdamente y otros que son inhabilitados por razones fundamentadas, así como se ejecutan medidas cautelares por el distrito judicial de Atalaya y hay medidas cautelares ejecutadas por el juez correspondiente, «no podemos mezclar papas con camotes».

#### **DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Gracias Alex. Alan, primero, ¿estás de acuerdo con que un tribunal emitir una medida cautelar suspendiendo una sanción? Y, luego, ¿cuáles serían las acciones que puede tomar el Estado?

#### **DR. ALAN ALARCÓN:**

Bueno, desde mi punto de vista, un tribunal arbitral no puede emitir una medida cautelar contra una resolución sancionatoria del OSCE, ello no puede suceder. Y, cambiando el punto de vista explicado por Alex, también existe un tema procesal. Si entendemos que la medida cautelar es provisional, al ser una medida que implica un adelanto de juicio respecto de una pretensión principal, quiere decir, entonces, que la cuestión principal va ser conocida por la misma instancia que concedió la medida cautelar y el árbitro no va a conocer la invalidez de la sanción que ha impuesta el OSCE con lo cual, procesalmente, tampoco tiene sentido que expida una medida cautelar suspendiendo los efectos de una sanción del OSCE, por una razón bastante sencilla: no va a conocer el tema de fondo de la sanción, discutirá la responsabilidad contractual y todo lo que ello implique –y a partir de lo cual el contratista podrá ir al Poder Judicial–, pero este árbitro o tribunal no va a analizar la validez o invalidez de la resolución del OSCE. Por lo cual, procesalmente, está impedido de conseguir una medida cautelar en este contexto.

Ahora, respecto a las sanciones emitidas recientemente por el OSCE, lo que ha ocurrido es que efectivamente hay una escasez de ingenieros,



desde el punto de vista de nuestra entidad, y lo que en la práctica o mala práctica ha sucedido es que un mismo ingeniero puede estar a nivel nacional, según la propuesta técnica del contratista, en una hora determinada en tres lugares distintos en un mismo día. De esta manera, el ingeniero está en Tumbes, Tacna y Madre de Dios simultáneamente. Entonces, cuando se revisa la documentación administrativa resulta que el ingeniero Juan Pérez, quien había sido propuesto por el contratista en su expediente técnico, está firmando tres documentos al mismo tiempo en tres lugares distintos del Perú. Definitivamente aquí existe una falsedad genérica sobre la declaración misma del ingeniero. Esta situación ha generado serios problemas a los contratistas, pues en la práctica se da una delegación de funciones, de parte del ingeniero, a los asistentes o ingenieros adjuntos. Así, en el final o en el intermedio, estos asistentes le llevaban la documentación al ingeniero quien terminaba firmando todo. Esta situación no debería ocurrir bajo ningún contexto y es allí donde el OSCE interviene.

Ahora, les quiero contar un caso que nos ocurrió a nosotros, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en donde un contratista había tenido una situación parecida a la que les he contado, que por cierto alegaba fuerza mayor. En este caso se trataba de un cambio de ingenieros. El contrato señalaba, expresamente, que no podía haber un cambio de ingeniero, entonces si tú proponías a Juan Pérez como ingeniero, él tenía que continuar hasta el final de la obra, no podía cambiar. Resulta que, al final de la obra, al ingeniero le ofrecieron una mejor remuneración en otra obra y decidió irse por lo que el argumento del contratista era el de fuerza mayor, «yo no tengo porque retener al ingeniero, por tanto, no soy responsable de que Juan Pérez se haya ido».

En este arbitraje, el Estado terminó ganando el proceso arbitral por este motivo, entre otros, y en razón a ello el OSCE emitió una sanción. ¿Por qué hablamos de medidas cautelares irregulares?, permítanme dar un paso más adelante, en este caso la obra era en la sierra del Perú y la medida cautelar que suspendía la sanción impuesta por el OSCE fue extendida por un Juzgado de la selva: Sucede que cuando enviamos al abogado de la Procuraduría Pública –quien se demoró tres días y medio en llegar a la zona– para que lleve un escrito de oposición a la medida cautelar, en el camino denunció penalmente a la magistrada que nos había mandado esta medida cautelar que suspendía una sanción del OSCE y cuando llegó el abogado se comunicó con nosotros y nos dijo que el problema estaba solucionado. Frente a ello, le preguntamos si habían admitido el escrito, debido a que nos preocupaba la expiración del plazo, y el abogado nos respondió diciendo que no nos

preocupáramos. Entonces, pensamos que solo era cuestión de esperar que la otra parte impugne, no obstante, el abogado nos dijo que no, que en ese acto la jueza había declarado consentida la resolución que declaraba fundada nuestra oposición, por lo que le respondimos diciendo que ello era imposible pues ni siquiera se había notificado el escrito de oposición que estábamos presentando. Al solicitarle una explicación más detallada, el abogado nos comunicó con la magistrada quien nos informó que al enterarse que la habíamos denunciado penalmente, estaba dejando sin efecto todo lo actuado, que no nos preocupáramos. Sin embargo, cuando llegó el abogado le pregunté el entretelón de lo ocurrido y resulta que se había producido una situación completamente irregular, pues la medida cautelar presentada por el contratista nunca fue entregada en el Juzgado mismo, sino que la habían enviado por correo electrónico a la jueza quien, junto a su secretario, se notificaba a sí misma como si fuera la abogada de la otra parte. En realidad nadie estaba litigando en ese Juzgado, todo era *online*, algo absolutamente irregular en el Poder Judicial.

Las medidas cautelares contra resoluciones sancionatorias del OSCE las van a encontrar en los lugares más inverosímiles, al revisar el artículo de Sandro, efectivamente están en Huamanga, en Atalaya y también en Loreto Caballococha, además de otros lugares de la selva. Entonces, ¿qué es lo que está sucediendo? En la práctica, lo que ocurre es que el Estado necesita, desde mi punto de vista, impedir que estas situaciones se sigan dando.

Les cuento un caso adicional. Tenemos un problema que ha sido analizado desde varios puntos de vista y a la fecha no encontramos salida. El OSCE abre un proceso administrativo sancionador contra la empresa «X» por un incumplimiento en el que ha incurrido, lo cual fue confirmado por PROVIAS Nacional, le ganamos el proceso arbitral a la empresa, llega al Tribunal de Contrataciones del Estado y el OSCE considera que no hay falta y que, por tanto, pese que al Estado ha ganado el arbitraje no hay responsabilidad del contratista por las razones que fuesen.

Seguidamente, la empresa se presenta a una siguiente licitación, nosotros le decimos: «Pero a usted yo ya no quiero verlo nunca pues ha incumplido un contrato, le gané en un arbitraje, se ejecutó la fianza y todavía tiene la «desfachatez» de otra volverse a presentar». El contratista nos responde alegando que aun el OSCE no lo había sancionado y que estaba en la libertad de presentarse a la licitación. ¿Cuál fue la alternativa que encontramos?, fue la de establecer que frente a la siguiente decisión del OSCE que absuelva a alguien a quien nosotros consideremos responsable, administrativamente,

la cuestionaremos a través de un proceso contencioso administrativo. Pues consideramos que la decisión del OSCE fue incorrecta y estamos legitimados para defender a nuestra entidad de esos contratistas.

Lamentablemente, ello no ha sido posible, hasta ahora, pero en algún momento esto tiene que cambiar. La Corte Superior de Justicia de Lima ha resuelto que no tenemos legitimidad para obrar pues la potestad sancionatoria es exclusiva del OSCE por lo que tenemos que aceptar que en la siguiente licitación se presente el mismo contratista, debemos aceptarlo, venderle las bases y darle la prórroga si eventualmente corresponde pues, como Ministerio de Transportes y Comunicaciones, no tenemos legitimidad para cuestionar una decisión del OSCE. Este problema no tiene solución aún.

#### **DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Gracias Alan, quizás Marco como ex vocal del Tribunal de Contrataciones sería interesante analizar, a aparte de lo que vas a comentar, ¿qué acciones tendría que tomar el OSCE, quien es finalmente el principal perjudicado ante estas medidas cautelares?, ¿por qué están dejando sin efecto sus propias sanciones? y ¿cuáles vendrían hacer las vías idóneas?

#### **DR. MARCO MARTÍNEZ:**

Esta discusión no es reciente. Ya en el año 2002 llegó una medida cautelar de un tribunal arbitral pidiendo la suspensión de una sanción. Al respecto, coincido con Alex y con Alan en que, efectivamente, una sanción impuesta ya no puede ser suspendida. Asimismo, coincido en que existe una sanción definitiva por lo que una medida cautelar no podría ir contra esta.

Pero no es el único tema. Desde mi punto de vista, considero que tenemos que ver el bosque completo ya que hay una persecución, a niveles increíbles, contra los proveedores, no solo analizar la sanción mayor a tres meses. No se está evaluando ni la responsabilidad, ni el dolo, ni las ganas de falsificar. Estamos frente a una falta de diligencia de aquel que no ha verificado adecuadamente la información respecto a sanciones, inclusive, se encontraban por debajo de los tres meses. Se sancionaba, aproximadamente, una de cada cuatro o una de cada tres denuncias. Siempre pueden existir errores pero se entendía que siempre había cierto grado de razonabilidad. Hay una relación interesante en la cual un proveedor no firmó un contrato porque en lugar de ofrecer 8,000,000 de soles ofreció 8 soles, el tribunal –en el año 2006 o 2007– lo encontró razonable, con lo cual yo concuerdo. Pero lo que ha pasado es que

ha habido un crecimiento exponencial de la dureza de los criterios que se utilizan para sancionar, así, entre dos interpretaciones estamos seguros que van a tomar la más crítica. Estas sanciones sacan a cualquier empresa del mercado, peor aún, en base a una responsabilidad objetiva, esto es crítico y, en mi opinión, la respuesta a la pregunta no sería qué es lo que tiene que hacer el OSCE contra una cautelar, pues tiene que cumplirla al ser un órgano administrativo.

En el año 2002, estábamos –como Tribunal de Contrataciones– indignados con una medida cautelar pero teníamos que cumplirla, es parte del Estado de Derecho ya que prohibir una cautelar es como prohibir un proyecto peregrino y creo que no es la mejor manera pues «los justos estarían pagando por pecadores». Estas medidas extrañas –me refiero a las judiciales– existen, tienen un número limitado al estar contabilizadas por el OSCE, felizmente, este órgano las publica. Actualmente creo que están en «ciento algo», esto versus 8,000 sancionados, no es algo masivo. Sin embargo, esto nos lleva a otro problema, aparentemente en esta superposición de poderes el mismo tribunal actual, en los últimos dos o tres años, ha empezado a intervenir en las funciones arbitrales, interpretando desde el ámbito administrativo, sobre materias que resultan o no arbitrales o, peor aún, sobre los efectos de los laudos respecto de sus propias decisiones.

En mi opinión, una sanción impuesta no puede ser revocada por una medida cautelar. Pero este tema nos lleva a irnos más allá, ¿qué es lo que está pasando con una contratación pública?, la respuesta es que tenemos pocos postores, sabemos que hay cada vez menos y los estamos inhabilitando, más aun considerando que se inhabilita no solo a la empresa sino también a sus accionistas, cuando tienen 5%, representantes, apoderados. Por ejemplo, se modificó la interpretación respecto hasta dónde alcanzaba el impedimento, hay un artículo que estipula que el impedimento debe perseguir hasta el pariente del funcionario.

Según la ley de la materia, el OSCE o CONSUCODE, durante años interpretó que la ley de la materia era el Código de Ética de la función pública, es decir, cierto grado de influencia o participación. Hace poco una empresa salió del mercado porque resulta que el empresario exitoso tenía un medio hermano que no conocía y que lo habían inhabilitado de por vida de la institución en la cual prestaba servicios de limpieza. ¿Dónde está el problema?, ¿cuándo se rompió el equilibrio? Yo recuerdo el caso del año 2002 por que nos generó una gran indignación. ¿Qué ha pasado para que se multipliquen?, es algo que tenemos que seguir analizando.

**DR. DERIK LATORRE:**

Bueno, quiero contarles que yo absolví a un muerto en un proceso administrativo sancionador. Una entidad pública inició un proceso sancionador contra una empresa debido a que no había suscrito el contrato y la razón por la que no se había suscrito era porque el representante había muerto. Entonces pensé que estábamos frente a un hecho inevitable y, por tanto, una imposibilidad física y hasta jurídica de no poder suscribir el contrato; yo absolví al muerto, eso es lo importante.

En efecto, es un sistema perverso el de las sanciones, pero el Tribunal de Contrataciones que tenemos hoy en día es un tribunal bastante interesante y si hay algo que se le pueda criticar es que cumplan rígidamente la ley. Respecto a este punto, también quisiera referirme al caso de las inhabilitaciones masivas, a veces absurdas, como el caso en el cual la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y ESAN fueron inhabilitadas mientras que otras universidades quedaron «libres y coleando» para contratar con el Estado.

Lo cierto es que también existen casos en los cuales las prácticas de los proveedores son, por completo, fraudulentas. ¿Qué hacemos con un proveedor que es detectado por presentar algún documento o información falsa o inexacta? Por ejemplo, cuando el proveedor le pide el favor a un fabricante europeo de mandar un documento en tal sentido pues ha hecho una declaración falsa «porque aquí en el Perú se acostumbra eso», entonces «como me están sancionando por ello quisiera que me ayudes». El proveedor comunicó esto a la entidad ¿Qué hacemos con este caso? No es muy razonable. Al respecto, quisiera destacar que, en mi opinión, no creo que la ley hoy discutida sea peor que las anteriores; creo que tiene aspectos que destacar. Por ejemplo, por primera vez una ley regula de manera específica la obligación de efectuar una auditoría por gestión de resultados, esto es muy importante, ojalá se aplique de manera efectiva.

Otro caso, igualmente importante, es la responsabilidad objetiva, el cual es gravísimo. Uno presenta un expediente con 2,000 folios y en el folio 753 encuentran que había un señor que declaró haber terminado secundaria en un colegio cuando había terminado en otro, no es que falseó la información sino que no precisó el colegio en que ha terminado. La propuesta fue descalificada y, además, el proveedor va a ser inhabilitado. Esta responsabilidad objetiva habría que revisarla, pero lo cierto es que esta nueva norma sí hace una distinción. ¿Es lo mismo no suscribir un contrato por ciertas causales como infracción, a presentar documentación falsa o inexacta?, ¿qué

infracciones son más graves? La ley, que ojalá entre en vigencia diría yo, contempla por primera vez la gravedad de esta infracción de afectación del principio de presunción de veracidad como algo más grave que, por ejemplo, la no suscripción de un contrato; y, por otro lado, esta misma ley reconoce el derecho de los proveedores en determinadas situaciones de desistirse de su propuesta.

Esto último resulta importante también. Claro, yo presenté una propuesta, señores, porque mi fabricante me dijo que los televisores de tal tipo me los iban a entregar. Pero luego hubo una sobredemanda de algún lado y el fabricante me dejó plantado. No puedo suscribir el contrato y, encima, me van a sancionar. Si yo presentara esa situación como una causal para desistirme de mi propuesta me libraría y facilitaría las cosas a la entidad.

En conclusión, considero que hay muchas aristas a ser analizadas y, en la misma línea que mis colegas, creo que hay un procedimiento establecido claramente para el cuestionamiento de las decisiones administrativas que no suspende la ejecución y que, por lo tanto, deberían respetarse. En este sentido, creo que el tribunal, hoy en día, no está acatando esas medidas cautelares, lo cual también destaco pues pese a que los árbitros están insistiendo en algunos casos con estas medidas cautelares, el Tribunal de Contrataciones está haciendo caso omiso de estas decisiones. Lo que, en respaldo de su potestad sancionadora, es positivo. Y pone en evidencia el exceso de ciertos árbitros de pretender dejar en suspenso decisiones administrativas respecto a las que no tienen competencia.

**DR. CESAR GUZMÁN-BARRÓN:**

Bueno, creo que me sumo a la postura de todos en el sentido que es un exceso el hecho que los árbitros puedan aceptar medidas cautelares en proceso administrativos sancionadores, pues esa potestad pública debería verse solo en ese campo y no en el campo del arbitraje.

Ahora se habla de sanciones objetivas y formales, y de una voráginde de estas sanciones. Así, nosotros, la Pontificia Universidad Católica del Perú, hemos sido objeto de eso. Durante un año, la universidad –que tiene 42 unidades– no pudo participar en un proceso de contrataciones del Estado porque una unidad se equivocó en un tema de forma y las otras 42 unidades, incluida la nuestra, no pudimos participar en ningún proceso. Hemos llegado a excesos inadecuados y deben ser revisados; en ese aspecto, estoy de acuerdo con lo comentado.

Asimismo, quisiera comentar sobre la demora en las recusaciones, analizada por Alex. Desde

mi punto de vista existe un tema importante en torno a los artículos 52 y 62 de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado: la labor del OSCE es subsidiaria porque la entidad pública no tendría por qué intervenir donde el sector privado atiende eficientemente. Por ello, creo que el regular este rol subsidiario ha sido una buena decisión y entiendo que en el reglamento se está materializando. Esto quiere decir que el embalse que existe de procesos arbitrales, de designaciones de árbitros y de recusaciones, podría superarse si el rol subsidiario permitiera que este tipo de procesos puedan ser llevados adelante por otros centro de arbitraje en el país. La Ley de Arbitraje tiene un buen camino en la institucionalización del arbitraje, para que sea más institucionalizado que el arbitraje *Ad Hoc*.

Por último, sobre las medidas cautelares y quien las adopta, nosotros estamos aprobando, en la modificatoria del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, la figura del árbitro de emergencia para adoptar una medida cautelar antes de que se inicie el proceso arbitral. En este sentido, esta medida cautelar será aprobada por un árbitro designado especialmente para ello, para evitar ir al Poder Judicial.

**DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Quisiera acotar que las medidas cautelares generan debate a nivel constitucional pues hubo un caso en el cual se emitió una medida cautelar por parte de un árbitro suspendiendo una sanción emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE a un Consorcio (en un arbitraje llevado entre ambos consorciados), e inmediatamente el OSCE inició una acción de amparo para dejar sin efecto esta resolución cautelar. Siendo esto así, el juez constitucional tuvo que analizar dos cosas: Primero, por un lado, tenemos un precedente vinculante «Cantuarías», que nos dice que ningún juez puede intervenir en el curso del arbitraje, por tanto, si el Juez Constitucional declaraba procedente la acción de amparo del OSCE, estaría yendo contra dicho precedente; y, por otro lado, existe otro precedente «María Julia», que establece que cualquier tercero que se vea perjudicado en sus derechos constitucionales, puede presentar una acción de amparo contra el laudo arbitral. Sin embargo, el caso concreto gira en torno a una resolución y no un laudo, aun así, el juez aceptó el amparo y dejó sin efecto la medida cautelar. Se debate hoy en día si es necesario la procedencia del amparo arbitral cuando el tercero se vea afectado no por un laudo, sino por resoluciones distintas a aquel, como las que conceden medidas cautelares.

**Tercer tema: Análisis del nivel de corrupción tanto a nivel del funcionario público, del Estado, de árbitros, de contratistas, y de los abogados de los contratistas.**

**DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Sobre arbitraje y malas prácticas, citando un caso concreto, en el año 2012 la Secretaría Nacional de Descentralización, a través de un informe realizado por la Agencia Española para la Cooperación Internacional para el Desarrollo, determinó que en Junín hubo 72 casos de procesos arbitrales sobre paralización de obras y conservación del monto dado en adelantos, pese al poco avance. Sumado a ello, a pesar de la investigación reciente de impacto mediático, se ha corroborado niveles de corrupción a nivel judicial, registral y arbitral.

**DR. ALEX CAMPOS:**

Primer punto: el caso Orellana no ha desnudado problemas arbitrales, sino registrales, porque la institución es la que legitimó que estos procesos arbitrales no influyan en este caso. El primer problema es el de los abogados. Si bien hay un modelo de árbitro, ¿cuántos abogados en el país serían capaces de firmar una declaración pública suscribiendo un compromiso de que van a respetar las reglas de la IBA<sup>1</sup>?, creo que muy pocos. Segundo punto, existen laudos que no tienen el más mínimo sentido; ¿qué es esto?, es una gran ignorancia o una gran corrupción.

La norma de contrataciones tiene dos grandes partes, por un lado, licitaciones y, por otro, concurso. Cuando digo que la norma es un desastre me refiero a las de ejecución, la norma ha generado un sistema *cuasi* penal- administrativo con comisiones de ética y ha desincentivado que lo buenos árbitros no quieran renovar su registro dado que estos no quieren someterse a un sistema que parece elaborado estrictamente punitivo y gris. Es por ello que nadie en su sano juicio quisiera afrontar estos obstáculos pues nadie lo respaldará. Existen desincentivos muy fuertes para una buena parte de árbitro probos y eso deja espacio para otro tipo de árbitros, lo cual no deberían suceder porque el sistema ha colapsado toda vez que ha creado una perspectiva unidimensional. Sin embargo, como al final se necesitan árbitros, se coloca a cualquier persona que terminan siendo malos árbitros.

**DR. ALAN ALARCÓN:**

Para mí el tema Orellana no solo era registral sino arbitral. En un laudo recientemente expedido,

1 International Bar Association.

un supervisor sostenía un perjuicio económico cuando nosotros, como representantes del Estado –Ministerio de Transportes y Comunicaciones–, no veíamos ningún perjuicio ni razón de incumplimiento y aun así perdimos ese arbitraje. El razonamiento del tribunal arbitral para ordenar el pago de una indemnización fue que el consorcio supervisor demandante, a quien el Estado le había resuelto el contrato ocasionándole un supuesto impedimento económico para poder seguir contratando, pudo haber participado en 10 procesos de selección de consultoría para brindarle este servicio al Estado, la suma que habría obtenido de haber contratado en estos 10 procesos ascendía a 47 millones, según el laudo el lucro debía ser el 10%, es decir, habría tenido una pérdida de 4 millones 700 soles supuestamente dejados de percibir por esta resolución del contrato. Como el consorcio no iba a ganar los 10 procesos necesariamente, el tribunal arbitral aplicó una deducción y le dió 2 millones 800 soles. No podíamos creer lo que estábamos leyendo, pues se había ordenado pagar una indemnización por un supuesto lucro cesante cuando ese contratista ni siquiera había participado en aquellos 10 procesos de selección y menos presentado propuesta técnica alguna. Evidentemente la discusión se vincula a los fundamentos de esa decisión como afectación al debido proceso, actualmente dicho laudo se encuentra en el Poder Judicial quien actuando de manera correcta, debería anular esta decisión.

Hay que cuidar el arbitraje, hay que «lavarle la cara» al arbitraje y creo que hay medidas concretas que deberían efectuarse. En primer lugar, se debería redimensionar la confidencialidad del arbitraje, pues resulta ilógico resguardar toda la etapa arbitral –aunque hay algunas actuaciones procesales que no tienen por qué saberse–, la confidencialidad debería ser la excepción. Lo que existe es una extrapolación de conceptos del derecho privado al derecho público y aquello no necesariamente debería ser así, como en el caso de la confidencialidad, nosotros tenemos laudos arbitrales en la página web desde el año 2013, la confidencialidad debe estar reservada para los privados y no para aquellos litigios que lleva el Estado, sobre todo en los que se está reclamando algo. La transparencia evita la corrupción, el Estado necesita una apertura total respecto de sus procesos arbitrales, respecto a este punto, debemos resaltar que no existe un registro de laudos en concesiones. Cuando hicimos una expropiación del aeropuerto, se proyectaba la realización del proyecto para el 2017 pero, en base a diversos laudos, tuvimos limpio el campo tres años antes; nunca pisamos el Poder Judicial. ¿Esos

laudos donde lo registramos? Hay dispersión de laudos y estos propician corrupción, pero hay un mecanismo bastante eficaz para registrar todos los laudos, debido a que todos, en principio, llevan a cabo el arbitraje a través de un procurador público, este dará cuenta a sus superiores por lo que un el Consejo de Defensa Jurídica del Estado podría estar encargado de tener todos los laudos compilados, es decir, debidamente registrados.

En segundo lugar, respecto a las sanciones de los árbitros, estoy en desacuerdo con este Nuevo Código de Ética desde el punto de vista conceptual. Si estas en club, quien te debe sancionar es ese club, de igual manera, si se está en el Poder Judicial, te debe sancionar la OCMA<sup>2</sup>; en otras palabras, te deben sancionar tus pares ¿Quién debería sancionar a los árbitros?, pues ellos mismos. Sin embargo, ocurren supuestos en donde hay una causal de recusación bastante clara, como cuando el árbitro ha sido abogado de la empresa que lo ha designado y ha ocultado tal información y, de pronto, el árbitro apenas toma conocimiento de que se tiene esa información de su trabajo en la empresa y renuncia inmediatamente al tribunal arbitral ¿de acuerdo a ley? Sí, en principio. Pese a que se está incurriendo en un acto impropio para un árbitro, basta su renuncia para que no haya sanción alguna, por tanto, se propicia corrupción pues independientemente a la renuncia del árbitro, debería resolverse la recusación. La Ley de Arbitraje la hicieron árbitros, por eso existe esa disposición normativa que permite la renuncia del árbitro e impide que haya una sanción ante una inconducta, la cual debería ser revisada.

#### **DR. MARCO MARTÍNEZ:**

La principal pregunta de la noche es la siguiente: ¿Queremos un Perú próspero, que avance? Esto no solo tiene que ver con lo arbitral, sino con Poder Judicial, registros públicos y todas las instituciones. El caso Orellana desnudó algo que se discutía pero no había suficiente evidencia de parte del Estado. ¿Cómo mejorar los índices?, primero, proseguir una ronda con énfasis persecutorio y otro con énfasis promotor. Soy partidario de que el arbitraje sea público y con total transparencia; no tiene por qué reservarse, inclusive, el seguimiento del proceso, pues no debería haber nada que temer; creo que es mejor la transparencia puesto que el árbitro vive de su reputación. La Ley de Arbitraje no es mala, pero hay un detrimento progresivo de la norma y eso va en contra de mis propios principios porque esta norma es decididamente persecutorio; por otro lado, respecto al Reglamento, hubo un momento en el cual se llegó a incluir, o al menos hubo la intención, una transitoria de un colegio

2 Oficina de Control de la Magistratura.

de árbitros sin un interlocutor, alguien a quien empoderar para a su vez poderle exigir sobre las deficiencias detectadas.

Hoy en día existen problemas respecto a registros públicos y al Poder Judicial, pero ¿quién toma medidas por los árbitros? Por eso es necesario un interlocutor que, realmente, asuma la consecuencia de actuar como otorongo, pero debe existir alguien que sirva de representante en una sociedad civil y que puedas tomar medidas contra él. ¿Cuál es el mecanismo?, bueno, eso habría que ver. Algo que me parece inaudito es que el proyectista sea supervisor, debido a que son defensores de que no existan adicionales, ni problemas; por tanto, pienso que la transparencia llevará a laudos sorprendentes.

Seguramente los defensores del pensamiento autoritario, seguirán insistiendo en aumentar las sanciones, limitar la esfera de libertad de la actividad jurisdiccional y quizás aún seguir aumentando la esfera de prohibiciones y restricciones, para luego preguntarse por qué cada vez tenemos menos proveedores. La autorregulación no es la única solución, ni la panacea, pero sino involucramos a los propios actores del Sistema en la solución de nuestros problemas más apremiantes, no tendremos ni una solución seria, ni duradera en el mediano y largo plazo.

#### **DR. DERIK LATORRE:**

El tema Orellana es un caso interesante sobre una red público-privada de corrupción y que muestra la fragilidad del arbitraje para ser instrumento de esta. La corrupción, es cierto, ha estado presente siempre en la sociedad. En este caso, Registros Públicos aprobó una norma donde se estipulaba que los registradores debían cumplir los laudos arbitrales y no podían cuestionarlos ni observarlos. Esto no se debió a una «sacada de vuelta» de la ley, sino que incidía en un aspecto que establece la propia Ley de Arbitraje y que garantiza la eficacia del laudo, pues era de aplicación inmediata.

Por otro lado, no creo en que los propios árbitros nos vayamos a regular en el arbitraje, es decir, en la autorregulación. Al igual que cualquier ser humano, los árbitros requieren mecanismos de control; cuestiono mucho la Nueva Ley de Contrataciones debido a que fija un esquema basado en un Comité Ético, *ad honorem*, sin un rol muy claro. Lo que corresponde es reflexionar con mucha racionalidad y preguntarnos ¿por qué los árbitros no pueden incurrir en prevaricato?, ¿tienen algún título nobiliario que los hace impunes frente a esa posibilidad?

Otro concepto resaltante es el carácter intocable del laudo. Así, la Nueva Ley de Arbitraje eliminó una causal de nulidad del mismo, a mi parecer importante, que es la de nulidad del laudo por afectación del orden público nacional. Se mantuvo la causal referida a la afectación del orden público internacional pero no el nacional, hasta ahora no existe justificación alguna de la eliminación de esta causal.

Finalmente, en mi opinión, la ventaja de la publicidad del arbitraje es central pero en esta nueva ley, no se permite que la notificación se realice por el SEACE<sup>3</sup>. A pesar de que la Contraloría General de la República señale el cumplimiento de este procedimiento, he podido observar que, en realidad, no se está cumpliendo. Esta era una posibilidad enorme de modernizar el arbitraje y de hacer efectiva la publicidad de los laudos, pero no se tuvo la decisión de avanzar.

#### **DR. CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN:**

Hacia algunos años, la Pontificia Universidad Católica del Perú se aventuró a ser uno de los centros de conciliación, hoy tenemos 17,000 conciliadores.

Si imaginamos un árbol, es como coger los frutos pero no la raíz, porque la raíz es el fondo, es la ética. Les garantizo que la ética es muy difícil de regular pero, al final, dependerá de cada uno. Cuando hablamos de corrupción, hablamos de malas prácticas, muchos árbitros no saben qué sanciones aplicar cuando verifican un tema de corrupción en un laudo; los que trabajan en contrataciones, desde la licitación pública, se presenta esa posibilidad.

En el caso del arbitraje quisiera señalar algunos elementos: (i) el sistema de defensa nacional cambió la ley y, «de la noche a la mañana», modificaron todo imponiendo a los procuradores la defensa del Estado cuando existían entidades, que ejercían esa función, que subcontrataban a grupos de abogados especialistas en defensa del Estado; (ii) ¿cómo designo a árbitros? Sencillo, elaboro una directiva dentro del sistema de defensa del Estado que imponga criterios puntuales. Pero, qué es más fácil, fiscalizar de manera individual, o crear cinco o seis centros de arbitraje, bien constituidos, que hagan esa labor. En razón a ello es que estoy de acuerdo con la sección de la Ley de Contrataciones donde se explica que se debe acreditar a través de una regla de transparencia.

La publicidad es algo primordial, algo muy positivo del Reglamento en proyecto es que se ha

3 Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

incorporado las reglas IBA. Otro punto importante es el conocimiento del proceso a través de la confidencialidad del arbitraje en relación a su publicidad y, por tanto, un equilibrio de transparencia. La discusión es sobre ética y valores, solo mejoraremos el día en que nos replanteemos, sobre este tema.

**DR. SANDRO ESPINOZA (MODERADOR):**

Gracias, doctor César. Para terminar, voy a contar un caso concreto que lo está llevando el Centro de la PUCP, el cual resulta bastante interesante pues se fundamenta en doctrina internacional sobre el tema de corrupción. Se trata de un contrato entre una empresa estatal

y una entidad pública en el cual se acusan que sus ex funcionarios quisieron «repartirse la torta», debido a que la obra solo llegó al 16% de ejecución cuando se había pagado el 70%, los ex funcionarios están no habidos. En el caso se presenta una reconvención sustentando la no arbitrabilidad de la materia por constituir objeto ilícito en base a la doctrina internacional «de las manos limpias». Esta doctrina señala que no puedes reclamar un derecho si es que deviene de actos de corrupción. En mi experiencia personal, es la primera vez que advierto que invocan dicha doctrina, al menos a nivel local, por lo que será interesante ver cómo lo resuelve el tribunal arbitral a cargo. Veremos cómo termina este caso y agradezco enormemente a los ponentes. 📄