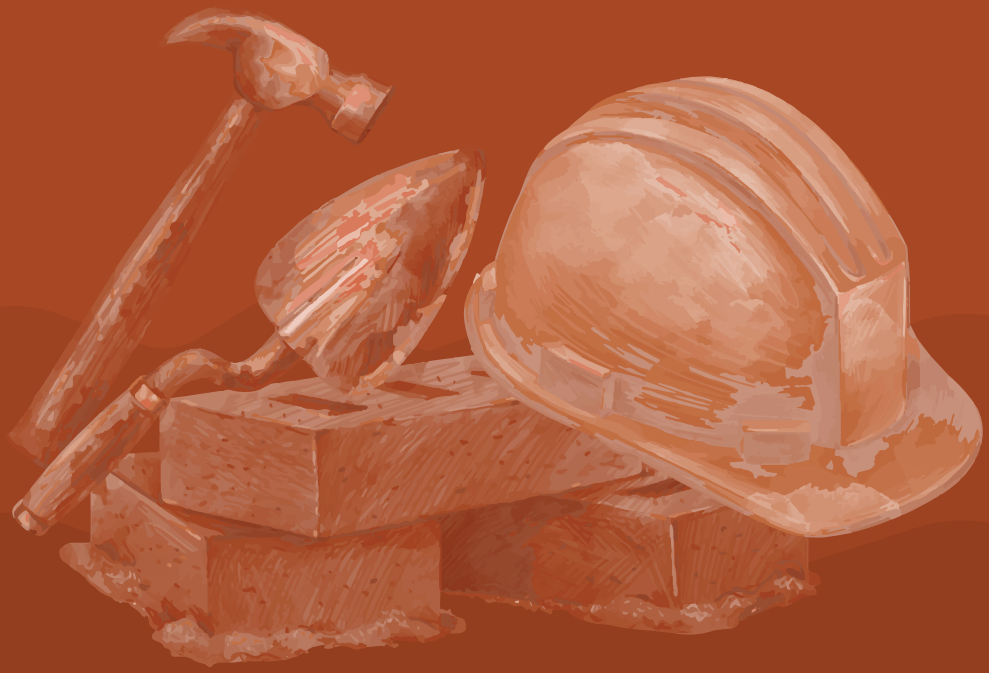
IUS ET VERITAS

DERECHO DE LA CONSTRUCCIÓN



66

EDICIÓN SESENTA Y SEIS


et veritasius et veritasius et veritasius

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS



Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Diego Cabeza Urquiaga y Malú Cruzalegui Solari
Diagramación por Tarea Asociación Gráfica Educativa

La Revista se terminó de digitalizar en diciembre de 2022.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en LATINDEX. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. De esta manera, somos la primera Asociación de estudiantes de Derecho del Perú cuya revista está indexada.

Asimismo, contamos con la indexación oficial en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja. De esta manera, la calidad de la Revista IUS ET VERITAS queda acreditada por uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra, además, indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

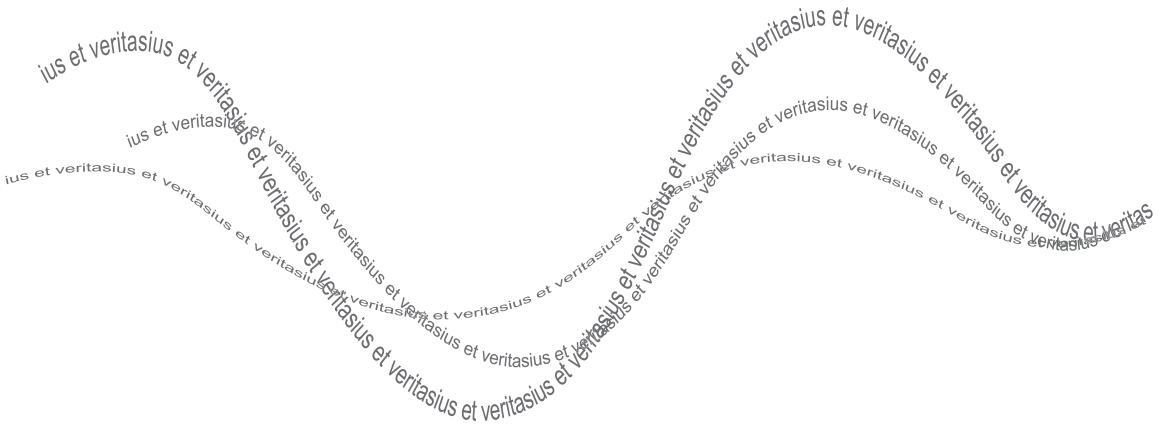
La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a a Información Científica para la Innovación del Concytec.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av.Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: http://iusetveritas.com / http://ius360.com

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden acercarse a nuestra oficina en el campus universitario o enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com
No existe ninguna restricción con relación a la extensión de los trabajos, ni a su diagramación. Sin embargo, se recomienda una extensión de 20 páginas en fuente Arial 11, a espacio simple. Agradecemos todo envío sin comprometernos a publicarlo.

La Asociación IUS ET VERITAS no se solidariza necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.


ius et veritasius et veritasius et veritas

Equipo editorial

Editor General

Sebastián Castro Quiñonez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
scastro@iusetveritas.com

Equipo Editorial

Adriana Camila Rojas Choquehuanca, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
arojas@iusetveritas.com
Aymar Sotomayor Zumarán, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
asotomayor@iusetveritas.com
Daniela Scotto Sheen, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
dscotto@iusetveritas.com
Lucía Guadalupe Unzueta Zari, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
lunzueta@iusetveritas.com
Luciana Brenda Chávez Gálvez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
lchavez@iusetveritas.com

Comité Editorial

María del Carmen Boldó Rosa, Universitat Jaume I (Castellón de la Plana, España)
boldo@uji.es
Enrique Varsi Rospigliosi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@ulima.edu.pe
Eugenia Silvia Ariano Deho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
Milay Burgos Matamoros, Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)
mburgosm@derecho.unam.mx
Mônia Clarissa Hennig, Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)
moniah@unisc.br
Guillermo Boza Pró, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
boza.g@pucp.edu.pe
Jaime Pintos Santiago, Universidad a Distancia de Madrid (Madrid, España)
jaime.pintos@udima.es
José Ugaz Sánchez-Moreno, Benites, Vargas y Ugaz Abogados (Lima, Perú)
jugaz@bvu.pe

Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto.romboli@unipi.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Miluska Orbegoso Silva, Universidad de la Américas Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu
Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@mafirma.com.pe
Marianella Ledesma, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.pe

Índice

Artículos

Superando una vieja enemistad: El principio de Legalidad, la Lex Constructionis y la supletoriedad coactiva en los contratos de Obra Pública
Christian Collantes **11**

Controversias sobre la ampliación de plazo en el marco de la obra pública
Leandro García **24**

Una primera aproximación a los Contratos de Supervisión de Obra en Proyectos Públicos
Juan Carlos Morón y Sherin Limas **42**

El éxito de trabajar en conjunto: prácticas colaborativas recomendadas al diseñar un contrato de construcción
Silvia Otárola y Paula Silva **54**

Inversiones en ambiente a través del mecanismo de Obras por Impuestos
Gabriela Villanueva **64**

Una revisión de la regulación de Obras por Impuestos en materia de solución de controversias y Dispute Boards
Carlos Tapia **78**

Razones por las cuales se debe preferir el régimen de contratos de Asociación Público Privada - APP a los Acuerdos de Gobierno a Gobierno - G2G en el Perú
Humberto Sheput **90**

El back charge en los contratos de construcción
Wálter Vásquez **102**

Contratos Estándares Internacionales de Construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de Contrataciones del Estado
Juan Carlos Medina **137**

El riesgo de financiamiento en la ejecución de infraestructura pública a través de contratos NEC 3 opción F
Ameth Ugarte y Alexandra Porcel **149**

El aftermath de la victoria de David ante Goliat: A propósito de la ejecución de laudos en los arbitrajes entre inversor-Estado
Alonso Bedoya **166**

Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas
Darío Rodríguez **178**

El Cuarto Pleno Casatorio Civil vs. los Plenos Jurisdiccionales: desencuentros, contradicciones, e incertidumbre. Necesitamos un nuevo pleno casatorio sobre la posesión precaria
Alan Pasco **194**

La regulación del Cannabis Medicinal en el Perú **215**
Carlos Loayza

Errores probatorios en materia tributaria **236**
César Dávila

Reflexiones sobre la posición del Tribunal Constitucional peruano respecto a los intereses moratorios en materia tributaria
Luis Durán y Hugo Arbieto **259**

Miembros ordinarios y ordinarias 2023 - 1

Consejo Directivo:

Directora Ejecutiva:	Valery Nicole Barriga Salvatierra
Director de Publicaciones:	Sebastián Castro Quiñonez
Director de IUS 360:	Pedro André Fernández Bautista
Director de Investigación Académica:	Juan Victor Holgado Holgado
Directora de Imagen Institucional:	Sandra Tamara Arenas Masías
Director de Gestión Institucional:	Michel André Gutiérrez Rivas
Directora de Recursos Humanos:	Paola Alejandra Huarcaya Candela
Directora de Eventos:	Daniela Alejandra Coronado Carranza
Directora de Desarrollo Social - SIEMBRA:	Constanza Hidalgo Pedemonte Mercedes
Director de Cursos:	José Luis Manrique Barthé
Directora de Financiamiento:	Camila Alejandra Medina Aquize
Directora de Podcast y Multimedia:	Zenayda Nayely Díaz Pérez

Publicaciones:

Lucía Guadalupe Unzueta Zari	Adriana Camila Rojas Choquehuanca
Daniela Scotto Sheen	Luciana Brenda Chávez Gálvez
Aymar Sotomayor Zumarán	

IUS 360:

Antuanet Arait Choque Medina	Francesca Escobedo Chuiso
Aixa Daniela Chegne Cortez	Gabriel Marcelo García Long
Álvaro Marcelo Chaman Aragonez	Jorge Daniel Otayza Goicochea
Pedro Rodrigo Grández Quispe	Leine Meza Lazo

Investigación Académica

Elizabeth Nicole Flores Veliz	Yuvys Andrea Martínez Calle
Mariafernanda Katherine Cárdenas Morales	Kiara Nieva Manrique

Imagen Institucional:

Ashely Valverde Gutierrez	Fara Daniela Parihuaman Cubillas
Fernando Gabriel Espejo Ramos	Hania Cárdenas Peña
Nicolle Alexandra Velásquez Oré	Thayra Luna Marroquín
Andrea Sofía Córdova Lungching	

Gestión Institucional:

Luis Angel Toralva Valverde	Xiomara Aguirre Merino

Recursos Humanos

Andrea Belén Gómez La Rosa	Abigail Condori Acevedo
Alexandra Victoria Quiquia Rodríguez	

Eventos

Ana Lucía García Benites	Dayra Celeste Vasquez Sánchez
Julio Velásquez Rivera	Milene Leonor Pariona Rojas
Camila Shigueto Herrera	

Desarrollo Social - SIEMBRA

Alexander Fidel Huamaní Ortiz	Daniela Beisaga Aldazabal
Brenda Sofía Guevara Martínez	Lesly Roxana Monsalve Salamanca
Miguel Francisco Hurtado Guzmán	Vania Isabel Mendoza Castillo

Cursos:

Jean Harold Atencio Alania	Valeria Caruajulca Paredes
Sergio Adriano Jiménez Solis	Yahaira Sthefanny Mendoza Taboada
Jano Jhair Nuñez Martínez	Perla Solange Bullón Flores

Financiamiento:

Silvana del Carmen Cubas Pereyra	Camila Alejandra Medina Aquize
Diego Armando Mollinedo Barreto	María Fernanda Quilcate Ramírez

Podcast y Multimedia:

Christ Ximena Quispe Aquino	Ronald Sebastián Yaipén Polo
Adeli Anthonella Ríos Calla	

veritasius et veritasius et veritasius et

veritasius et veritasius et veritasius et

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.001

Superando una vieja enemistad: El Principio de Legalidad, la Lex Constructionis y la supletoriedad coactiva en los contratos de Obra Pública(*)(**)

Overcoming an old enmity: The principle of legality, the Lex Constructionis and the coercive supplementation in public construction contracts

Christian Collantes Rojas(***)
Steck, Tapia, Collantes Abogados (Lima, Perú)

Resumen: En el presente trabajo, el autor pretende evidenciar, a través de casos concretos, que la costumbre en el sector construcción (Lex Constructionis) se encuentra cada vez más inmersa en la Administración Pública. Ello al punto de ser reconocida como fuente normativa supletoria en los contratos de obra pública por la propia Ley de Contrataciones del Estado, superando la idea de que la costumbre no tiene cabida en el Derecho Público. Asimismo, el autor sostiene que la costumbre en la industria de la construcción no ha vulnerado en modo alguno el principio de legalidad que rige los contratos de obra pública, sino que, por el contrario, la ha nutrido y fortalecido en beneficio del interés público y de los administrados, quienes son, finalmente, los usuarios finales de la infraestructura pública.

Palabras clave: Contrataciones del Estado - Principio de Legalidad - Lex Constructionis - Construcción - Obra Pública - Supletoriedad del Código Civil

Abstract: In this article, the author intends to demonstrate, through specific cases, that the custom in the construction sector (Lex Constructionis) is increasingly immersed in the Public Administration, being recognized as a supplementary regulatory source in public works contracts, by the State Procurement Law. Overcoming the idea that the custom does not has a place in public law. Likewise, it seeks to demonstrate that the responsible and reasonable importation of custom in the construction industry has not violated in any way the legality that governs public works contracts, but, on the contrary, has nurtured and strengthened it, in benefit of the public interest and of the contract administrators, who are, ultimately, the end users of the public infrastructure.

Keywords: State Contracting - Principle of Legality - Lex Constructionis - Construction - Public Works

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 2 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 25 de mayo de 2023.

(**) La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno su opinión profesional como árbitro/adjudicador en ningún caso concreto, ni la opinión de la entidad privada para la cual presta sus servicios profesionales.

(***) Abogado Magna Cum Laude por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Postgrado en Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversión por la American University Washington College of Law. Miembro Asociado en International Centre for Dispute Resolution, Young and International. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (ALDEC). Socio fundador en Steck, Tapia, Collantes Abogados. Árbitro y adjudicador. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3944-025X. Correo electrónico: ccollantes90@gmail.com.

1. Introducción

La internacionalización del sector construcción ha dado cabida a un creciente desarrollo en la elaboración de diversos principios de orientación para la contratación o contratos tipo (los que se constituyen como verdaderos "códigos contractuales"), protocolos y guías de buenas prácticas, entre otros estándares internacionales. Estos son utilizados para la elaboración de ingeniería y ejecución de obras de infraestructura, en principio privadas, pero que actualmente se vienen implementando, con éxito, para la ejecución de infraestructura en servicios públicos, tales como aeropuertos, centrales hidroeléctricas, colegios, hospitales, defensas ribereñas, teatros, complejos deportivos, etcétera.

En el Perú, la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE) no siempre resultó suficiente o idónea para afrontar la ejecución de proyectos complejos de infraestructura en ttérminos de eficiencia (plazo y costo), tecnología y calidad. A manera de ejemplo, tenemos que, hasta la aparición del denominado "concurso oferta", las obras públicas eran entregadas bajo un sistema tradicional; es decir, que la entidad entregaba a un contratista constructor un expediente técnico de obra completo, elaborado por un consultor y asumiendo responsabilidad por ello. Sin embargo, este sistema tradicional de contratación es solo uno de los muchos sistemas de entrega de proyecto (Project Delivery System o "PDS", por sus siglas en inglés) que se emplean en la industria de la construcción.

Este ejemplo evidencia una clara limitación en la gestión contractual en cada proyecto de infraestructura, pues impide una eficiente asignación de riesgos durante la ejecución de una obra pública. Ello trae como consecuencia el surgimiento de controversias que serán resueltas, en principio, por juntas de resolución de disputas y, seguidamente, en la vía arbitral con los costos que ello conlleva. Mientras tanto, la satisfacción efectiva y oportuna del interés público, es decir, las necesidades de los administrados quedan relegadas.

Ciertamente, y consciente de sus propias limitaciones, la LCE reconoce determinados regímenes especiales de contratación, así como exoneraciones en su aplicación. Es precisamente en estos espacios en los que la LCE no tiene cobertura, que el Estado peruano ha adoptado una política más flexible que ha permitido licitar y ejecutar obras de infraestructura pública a través de convenios Gobierno a Gobierno, la utilización de contratos tipo internacionales, la importación de modelos y estándares de otras realidades (Common Law), y el aprovechamiento del *Know How* de contratistas internacionales. Estos modelos contractuales, protocolos, estándares y guías, reconocidas y utilizadas por los operadores del sector construcción e ingeniería, constituyen las denominadas "reglas del arte" del sector construcción, "costumbre del sector construcción" o Lex Constructionis.

Teniendo en cuenta este contexto, el presente trabajo se propone evidenciar que la Lex Constructionis se encuentra cada vez más inmersa en la Administración Pública, superando la vieja idea de que la costumbre del Derecho Común no tiene cabida en el Derecho Público. La importación responsable y razonable de las mejores prácticas y estándares internacionales reconocidos en la industria de la construcción no ha vulnerado en modo alguno la legalidad que rige los contratos de obra pública, sino que, por el contrario, la ha nutrido y fortalecido en beneficio del interés público.

Para tal fin, sustentaremos, en primer lugar, hechos que evidencian que la práctica de construcción es anterior al Estado y la Ley. En segundo lugar, abordaremos al contrato de obra pública bajo nuestro ordenamiento jurídico. En tercer lugar, analizaremos a detalle la interacción vigente entre la LCE y el Derecho Privado, a través de casos prácticos para, posteriormente, determinar el grado de incidencia y reconocimiento de la costumbre en el sector construcción (Lex Constructionis) y de obra pública, bajo lo que denominaremos "supletoriedad coactiva". Finalmente, expondremos nuestras conclusiones acerca del orden de prelación normativo que, consideramos, es el que se debe observar cuando se interprete, resuelva una controversia o incertidumbre derivado de un contrato de obra pública.

2. La obra antes de la Ley: Qué es la Lex Constructionis o costumbre del sector construcción

Como cuestión previa, cabe aclarar que al utilizar en este trabajo el término "obra" hacemos alusión específica a la ejecución y entrega de una obra material inmueble, es decir, a una obra de infraestructura (Collantes, 2023, p. 572). Desde hace más de siete mil años, antes de la existencia de cualquier legislación y del Estado mismo, proyectar y ejecutar obras ha sido una de las principales actividades ejecutadas por el hombre. Como señala Podetti "el hombre se ha dado a conocer desde sus orígenes por medio de sus obras" (2004, p. 2). Cuando por primera vez

un hombre requirió el auxilio de otro para construir o cuando este le fue prestado y aceptado, nacieron los acuerdos para realizar en común una obra.

Posteriormente, se establecieron, explícita o implícitamente, las primeras reglas para ordenar y facilitar dicha cooperación. Aquí, fue probablemente donde surgieron los primeros contratos innominados: "*Do ut des"* (doy para que des) y *"Do ut facias"* (doy para que hagas)*, "Facio ut des"* (hago para que me des) y *"Facio ut facias"* (hago para que me hagas). Las culturas más primitivas influyeron en las sucesivas y así transmitieron sus conocimientos, técnicas constructivas y normas sobre el particular. Por ejemplo, con el Código de Hammurabi (2150 a.C.) aparecieron las primeras normas legales relacionadas a la actividad de construcción, sobre la base del concepto causa-efecto, determinando un régimen de responsabilidad (Kramer, 2010).

Lo expresado hasta aquí evidencia que la actividad de construir obras, públicas o privadas, así como la implementación y transmisión de las buenas prácticas para su ejecución, existen desde mucho antes de que el Estado licite, contrate y ejecute obras como hoy las conocemos. El uso adquirido por la práctica frecuente y generalizada en el tiempo de técnicas constructivas por parte de los comerciantes en el sector construcción dio origen a la costumbre en este sector.

La costumbre en general, indistintamente de "la plaza" o sector económico, es la más antigua fuente del Derecho y debe ser comprendida como el conjunto de actos reiterados en el tiempo, de manera uniforme y en circunstancias similares, que son reconocidos socialmente con un cariz de obligatoriedad. Además, debe ser coherente con el orden público y la moral.

En nuestro país, con relación a la administración de justicia, la Constitución Política establece como principio de la función jurisdiccional no dejar de administrar justicia ante el vacío o deficiencia de la Ley. En tal caso, señala expresamente nuestra Carta Magna, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Constitucionalmente, entonces, la costumbre es reconocida como fuente del Derecho.

Así, en relación a la costumbre, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente No. 047-2004 AI/TC (2006), cita lo siguiente:

> Respecto del derecho consuetudinario la doctrina apunta que: Hay (...) una segunda categoría de normas que se expresan siempre como prácticas sociales y nunca en forma de enunciados lingüísticos escritos y publicados; son, en consecuencia, normas eficaces por definición, y en ese sentido existentes; también pueden gozar de validez cuando reúnan determinadas condiciones exigidas por el sistema jurídico, pero no ha de ser necesariamente así. Esto significa que determinadas prácticas o usos sociales; en suma, que determinados hechos son susceptibles de crear normas, de generar obligaciones (cuando menos, de exteriorizarlas), de manera que quien se aparte de los mismos puede padecer una consecuencia análoga a la que sufriría quien desconoce el mandato contenido en una prescripción legal; tales prácticas o usos reciben el nombre de costumbre o, mejor, de Derecho consuetudinario (p. 42).

Ahora bien, cuando el Estado considera que determinada costumbre debe tener carácter general, límites, y contar con su respaldo, la hace Ley. Por ello, la costumbre en el derecho privado no puede ni debe ser entendida del mismo modo que en el derecho público, específicamente en el derecho administrativo. Esto se debe a que constitucionalmente nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. No obstante, existen casos excepcionales, como es el caso del régimen especial de la LCE, en el que la propia Ley autoriza a la costumbre como fuente supletoria, dentro de la categoría de derecho privado, conforme detallaremos más adelante.

La costumbre en la industria de construcción es denominada y reconocida internacionalmente como Lex Constructionis, y está integrada por un conjunto de pautas, modelos e instituciones contractuales, que han sido desarrollados en el comercio internacional para maximizar la eficiencia, tecnología y calidad en los contratos de ejecución de proyectos de construcción pública y privada. A diferencia de la rigidez inherente a las normas legales, más aún las de Derecho Público, la Lex Constructionis se nutre y actualiza constantemente a través de la práctica de los operadores del sector (propietarios, contratistas, subcontratistas, supervisores, residentes, inspectores, gerentes de obra, financistas, proyectistas, asociaciones internacionales de cooperación y financiamiento, gremios de ingenieros, cámaras de construcción, entre muchos otros), lo que constituye su principal ventaja.

Por ello, ante la palpable insuficiencia de las legislaciones de los Estados en materia de contratación de obra pública para abordar una industria tan dinámica y compleja técnicamente, se ha impulsado y reconocido

la ejecución de infraestructura pública a través de una relación de larga data con el *Soft Law* del sector construcción: Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales para la Construcción de Plantas Industriales (1988), Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional de UNIDROIT (1994), los contratos de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores - FIDIC: Banco Multilateral de Desarrollo o Libro Rosa (1957, 2005 y 2010), Libro Amarillo (1963), Libro Plata o de llave en mano (1999), entre otros; los New Engineering Contracts - NEC (1993). Algunos de estos contratos estandarizados, que son parte del Soft Law, y ajenos al Ordenamiento Jurídico Peruano, han sido utilizados exitosamente para la ejecución de infraestructura privada y pública. Actualmente, inclusive son fuente en los contratos de obra pública bajo el régimen de la LCE porque ella misma así lo autoriza.

3. Ordenamiento Jurídico Peruano y Obra Pública bajo la LCE

Respecto al régimen de obra pública de la LCE, la Constitución Política del Perú de 1993 establece en su artículo 76 el marco constitucional para la contratación de bienes, servicios y obras por parte de las Entidades de la Administración Pública, indicando que las entidades están obligadas a seguir los procedimientos que establezca la "Ley de la materia" para tal efecto con la finalidad de garantizar el uso correcto de los recursos públicos, así como promover la libre competencia y concurrencia de postores.

La "Ley de la materia" para tal efecto es la Ley 30225 (LCE) y su Reglamento. A fin de cubrir sus requerimientos de bienes, servicios y obras, la Administración Pública debe observar los procedimientos establecidos en la LCE tanto para la etapa de planeamiento, como para las etapas de selección para la adjudicación de la buena pro, ejecución del contrato y solución de controversias. Así, encontramos que el Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado sobre el carácter especial de la regulación en contratación pública en la sentencia recaída en el expediente 020-2003-AI/TC, donde expresa que "La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una *especial regulación* que permita una adecuada transparencia en las operaciones" (2004, fj.11).

No obstante, esta "especial regulación" a la que alude el Tribunal Constitucional (la LCE) no ha establecido una definición de "contrato administrativo", no ha marcado distancia alguna con el "contrato privado", ni ha establecido la existencia de un régimen de exorbitancia y prerrogativas unilaterales del Estado frente a su contraparte privada. Ciertamente, una Ley, especial o general, no tiene por finalidad establecer definiciones, sino determinar presupuestos de hecho jurídicamente relevantes a los cuales asignarle consecuencias legales. Sin embargo, a nuestro entender, la razón de esta "omisión" de distinción y deliberado silencio obedece a una cuestión práctica y trascendental: aunque toda norma tenga la vocación de ser plena (suficiente para abarcar todos los presupuestos de hecho de la materia regulada), no lo es. Por ello, requiere de la complementariedad y/o la supletoriedad de otras normas para cubrir aquello que por sí misma no puede.

Por ello, si existe un vacío en el contrato suscrito entre la entidad y el contratista, y la LCE también adolece de una laguna o vacío para un supuesto de hecho específico, podrá aplicarse otras normas ajenas a ella, a su reglamento e, inclusive, al Derecho Público. Lo anterior es en virtud de lo establecido imperativamente por la propia LCE.

Al revisar en estricto el criterio de prelación normativa establecido en la LCE(1), se aprecia que la Constitución Política del Perú, las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo General y de derecho público son supletorias a ella y su Reglamento. Asimismo, se establece que las normas de derecho privado son supletorias a las de derecho público, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas de la LCE y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de estas. Se precisa, además, que este orden de prelación es de Orden Público, es decir, de obligatorio cumplimiento y que no admiten pacto en contrario. Esto es a lo que denominaremos la "supletoriedad coactiva" de la LCE.

Sobre la oportunidad de aplicación de

(1) Sobre el particular, se puede revisar el artículo 45.10 y Primera Disposición Complementaria Final de la LCE, así como la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la LCE.

(2) Por ejemplo: Opinión No. 107-2012/DTN, Opinión No. 130-2018/DTN, Opinión No, 065-2019/DTN, Opinión No. 001-2020/DTN, Opinión No. 099 - 2022/DTN.

las normas de derecho público y de derecho privado existen sendas opiniones[2] emitidas por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE en ejercicio de su función administrativa consultiva[3]. Contrariamente a lo que determinado sector de la doctrina ha sostenido, consideramos que, aunque la redacción no sea la más feliz, existe congruencia en estas opiniones.

Concretamente, el OSCE ha determinado que las normas de derecho público tendrán cabida supletoriamente en la fase de actos preparatorios y procedimiento de selección en la medida que la relación jurídica existente entre la Entidad y los postores es la de Administración-administrado. Piénsese, por ejemplo, en el registro de participación de los proveedores en el procedimiento de selección o en la interposición de un recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado para impugnar la adjudicación de la buena pro. En estos casos, los proveedores son considerados administrados.

Caso distinto es el de la fase de ejecución contractual, pues, una vez adjudicada la buena pro, el postor ganador cambia su estatus jurídico a contratante. En una relación jurídica contractual (esto es, una vez adjudicado y suscrito el contrato, o 'perfeccionado' en los términos de la LCE), las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General no gozan de la misma preponderancia respecto a las normas de Derecho Privado.

No escapa de nuestro análisis la controversia acerca de si determinadas decisiones de una Entidad de la Administración Pública, en el marco de un procedimiento administrativo interno, durante la ejecución de un contrato, deben ser considerados actos administrativos y, en consecuencia, susceptibles de ser enmarcados bajo las normas de derecho público. De hecho, la reciente Opinión No. 099 - 2022/DTN determina que la supletoriedad del Código Civil a la ejecución contractual no afecta ni excluye, cuando corresponda, la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General a las actuaciones internas de las Entidades previas a la toma de decisiones durante la etapa de ejecución contractual. Es decir, que regirían cuando corresponda las normas de Derecho Público a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

Superada esta cuestión, cabe analizar la aplicación supletoria de las normas de Derecho Privado durante la etapa de ejecución contractual bajo el régimen de la LCE. Por una cuestión didáctica, analizaremos en primer término la aplicación supletoria de las normas del Código Civil; no obstante, advertimos que, cuando del contrato de obra se trata, la costumbre es fuente de mayor jerarquía en el orden de normas supletorias respecto de este cuerpo normativo, cuestión que desarrollaremos posteriormente.

4. La supletoriedad coactiva del Código Civil: Casos concretos

Ha quedado sentado que, en respeto irrestricto del principio de legalidad, existe un orden de prelación establecido por la propia LCE y su Reglamento: (i) contrato, (ii) LCE y su reglamento, (iii) normas de derecho público y (iv) normas de derecho privado.

Debe resaltarse que, al ser estas normas de Orden Público, se produce una "supletoriedad coactiva"; es decir, que el intérprete del contrato debe integrarlo en el orden de prelación establecido por Ley, inclusive, frente a alguna omisión en el texto contractual o un pacto en contrario sobre el orden de prelación.

En este punto, resulta importante recordar que el contrato (sea público, sea privado) no está integrado únicamente por la voluntad de las partes (*express terms*), sino por fuentes heterónomas que se incorporan a este por voluntad de la Ley (*implied terms*). Siendo ello así, bajo el régimen de la LCE (artículo 116.1 del Reglamento), el contrato está integrado también por los documentos del procedimiento de selección (bases integradas por las consultas y observaciones de los postores, la oferta ganadora, términos de referencia, entre otros documentos), así como los derivados que establezcan derechos y obligaciones tanto para la Entidad como para el contratista[4].

Ello es relevante, pues pone de manifiesto que el contrato bajo la LCE obliga a las partes no solo en cuanto a su clausulado en el documento que lo contiene, sino que además las obliga respecto a todas las consecuencias legales que se deriven según de la LCE y su

(3) Al respecto, *véase* Cassagne (2013).

(4) En la práctica comercial internacional de construcción, las cláusulas tipo "*contract definition and ranking clauses*" o "*Documents constituting the agreement"* son utilizadas, recurrentemente, para listar los documentos contractuales y técnicos, de forma que se determina un orden de prelación para su interpretación en caso de vacíos o incompatibilidades entre estos (Fontaine y Flip, 2013, p. 153).

Reglamento, lo que incluye, supletoriamente, a las normas de derecho público y a las normas de derecho privado.

Ahora bien, la aplicación supletoria del derecho privado, y más específicamente, del Código Civil en los contratos públicos no es un tema de que deba engendrar recelo ni mucho menos asombro, pues su reconocimiento viene de larga data y por la más autorizada doctrina. Sobre el particular, Diez-Picasso y Gullón (1980) señalan lo siguiente:

> Este carácter de Derecho común que el Código Civil posee queda reflejado en el actual artículo 4.3 según el cual "las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes". Ello significa no solo que el Código es el cuerpo supletorio de los demás textos y cuerpos legales que pueden contener normas de derecho privado [...], sino que también es supletorio respecto de los textos y cuerpos legales que contengan normas de Derecho público [...] (p. 77).

Dentro de la doctrina italiana, Roppo (2019) refiere lo siguiente:

> (...) Contrariamente al pasado, hoy la jurisprudencia reconoce que las reglas citadas se aplican también al Estado contratante. De este modo el Derecho Privado de los contratos es en verdad -plenamente, sin las reservas y las ambiguedades del pasado- un derecho "común" a los operadores particulares y públicos (p. 82).

Bajo la misma línea, dentro de la doctrina nacional, al comentar el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil Peruano, Rubio (2008) indica que

> El texto indica que las normas del Código Civil son supletorias dentro de las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes. [...] La aplicación supletoria significa que, en la medida en que aquellas otras leyes no hayan sido consideradas determinadas soluciones necesarias, entonces podrá aplicarse las que contienen las normas civiles (p. 154).

De lo expuesto, puede afirmarse categóricamente, y sin perjuicio de la supletoriedad coactiva establecida por la LCE, que nuestro Código Civil también "proyecta" su fuerza normativa (Torres, 1990) a otras ramas del derecho, como lo es el derecho público y, más específicamente, el régimen de contrataciones del Estado, en determinada etapa del proceso de contratación.

Siendo ello así, la pregunta que cae de madura es ¿Qué tan recurrente es la aplicación supletoria de las normas de Derecho Privado y, específicamente, del Código Civil Peruano bajo la LCE y su reglamento?

La respuesta es contundente: La aplicación supletoria del Código Civil es moneda corriente. Ejemplo de ello lo encontramos en la práctica arbitral. Así, en el banco del OSCE[5], podemos encontrar abundantes laudos[6] en los que se aprecia la supletoriedad coactiva sobre diversas cuestiones ante la ausencia de cobertura legal de la LCE y su Reglamento, sin contar si quiera la basta doctrina especializada en derecho civil citada por los tribunales arbitrales, y que a continuación listamos solo de manera enunciativa y no limitativa:

Tabla 1

La supletoriedad del Código Civil peruano bajo la LCE

Algunos casos de aplicación supletoria del Código Civil peruano en la LCE					
1314	Imputabilidad por diligencia	1362	Buena fe	1774.2	Aviso de defectos y/o fallas
1315	Fuerza mayor	1363	Relatividad de los contratos	1775	Aprobación escrita de variaciones
1321	Resarcimiento por daños y perjuicios	1426	Excepción de incumplimiento	1786	Receso ad nutum
1327	Deber de mitigación de daños	1427	Excepción de caducidad de término	1954 y 1955	Enriquecimiento sin causa
1329	Presunción de culpa leve	1428 y 1430	Resolución del contrato	201 y ss.	Error
1330	Carga de la prueba, dolo y negligencia grave	1440	Excesiva onerosidad de la prestación	219 y ss.	Nulidad y anulabilidad
1338	Mora del acreedor	1774.1	Plazo razonable	1242	Intereses

Fuente: elaboración propia

(5) Al respecto, *véase* http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/arbitraje1.asp

(6) Muestra de laudos en los últimos cinco años:
Expediente S-120-2019/SNA-OSCE. Laudo emitido el 9 de marzo del 2023. Aplicación del artículo 1331 del Código Civil (Inejecución de obligaciones), numerales 49, 54, 55 del laudo.

Quizás la referencia más sencilla de lo expuesto es que la LCE y su Reglamento, como muchas otras normas de otros sectores, alude a la consecuencia legal del resarcimiento/ indemnización para diferentes presupuestos de hecho; siendo que, para su operabilidad, resulta indispensable la aplicación supletoria de los estándares de responsabilidad civil recogidos por el Código Civil. A manera de ejemplo, tenemos los artículos 166.2 y 176.8 del Reglamento de la LCE vigente que amparan el resarcimiento a favor del contratista en caso de que esta parte haya sufrido daños como consecuencia de los incumplimientos de la Entidad. Sin embargo, la operabilidad de este resarcimiento (test de responsabilidad civil: capacidad del agente, antijuricidad, factor de atribución, nexo causal y daño) reposa sobre las normas del Código Civil peruano.

Así, el intérprete que deba resolver sobre el reconocimiento de un resarcimiento derivado del incumplimiento de una obligación (sea contractual, sea legal) bajo el régimen de la LCE no tiene margen alguno de elección: dispone únicamente de las normas del Código Civil peruano para resolver la controversia o incertidumbre en cuanto exista un vacío y no exista incompatibilidad. Lo anterior es en virtud de la supletoriedad coactiva de la LCE.

Ahora bien, habiendo determinado ya la supletoriedad coactiva del Código Civil al régimen de contratación pública peruano, es momento de preguntarse lo siguiente: ¿Qué tan supletorias son las normas del capítulo de obra del Código Civil Peruano a las normas que rigen la contratación de obra pública bajo la LCE? ¿Serán realmente las normas de obra privada del Código Civil las normas supletorias por excelencia de las normas de obra pública de la LCE? Consideramos que la respuesta es negativa.

Contrariamente a lo que se piensa, las normas de obra privada del Código Civil son el último eslabón a tener en cuenta al interpretar y suplir alguna laguna específica del contrato de obra, siendo que, primero, se debe acudir a la costumbre (Lex Mercatoria), a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias del caso.

Para afianzar esta posición, conviene primeramente analizar qué tan arraigada está la costumbre del sector construcción (Lex Constructionis) en nuestras normas de Derecho Público, siempre dentro del marco de las normas vinculadas a la ejecución de infraestructura pública.

5. ¿Jugando a las vencidas? Ley y Costumbre

Proveer de infraestructura pública en el país, y en general, en Latinoamérica, sigue siendo una tarea compleja. Cerrar la brecha de infraestructura requiere no solo de mayor inversión, sino de reformular la manera cómo se planifica, desarrolla y opera la infraestructura.

Una regulación firme y que responda de manera eficiente a la complejidad técnica que requiere una industria tan dinámica como la de construcción, es clave. Sin embargo, nuestra LCE ha sufrido, y sufre, constantes modificaciones, muchas veces no trascendentales y coyunturales, que afectan la predictibilidad y seguridad jurídica que requiere el sector.

A pesar de ello, el sector público y privado han hecho sinergias para actualizar el marco normativo vigente en contratación pública, a través de la importación y utilización de prácticas y estándares reconocidos internacionalmente en el sector de construcción e ingeniería.

Hasta hace algunos años, era impensable la utilización de metodologías, costumbres, formatos y estándares internacionales en nuestro régimen de contratación pública debido a la aversión al cambio, a nuestra idiosincrasia, que es muy distinta a la de los países regidos bajo el sistema del Common Law, siendo la más recurrente una alegada vulneración al principio de legalidad.

Hoy, por el contrario, esa realidad ha cambiado. A continuación, listaremos algunos ejemplos que evidencian que, a través de las propias normas de Derecho Público, como vehículo, se ha reconocido, importado y aplicado, la costumbre en la industria de la construcción o Lex Constructionis:

Expediente S-042-2019/SNA-OSCE. Laudo emitido el 17 de junio del 2022. Aplicación del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, numeral 40 del laudo.
Expediente S-035-2015/SNA-OSCE. Laudo emitido el 15 de diciembre del 2021. Aplicación del artículo 1361 (obligatoriedad de los contratos), numeral 204 del laudo. Aplicación del artículo 1971 del Código Civil (Inexistencia de responsabilidad), numeral 333 del laudo. Expediente S-046-2018-SNA/OSCE. Laudo emitido el 22 de diciembre del 2020. Aplicación del artículo 1315 (Caso fortuito o fuerza mayor), numeral 115 del laudo. Aplicación del artículo 1322 del Código Civil (Daño moral), numeral 210 del laudo.
Expediente S-136-2017/SNA-OSCE. Laudo emitido el 4 de noviembre del 2019. Aplicación de los artículos 2003 y 2006 (Caducidad), numeral 6.25 del laudo.

- El 7 de setiembre del 2019, mediante Decreto Supremo No. 288-2019-EF, se publicó los "*Lineamientos para la contratación del servicio de consultoría que proporcione soporte especializado para la gestión de inversiones, programa de inversión o cartera de inversiones*". Más conocidos como PMO (Project Management Office).
- El 8 setiembre del 2019, mediante Decreto Supremo No. 289-2019-EF, se publicó las "*Disposiciones para la incorporación progresiva de BIM en la inversión pública*", el famoso Plan BIM, recientemente actualizado (marzo, 2023) en su versión 2023.
- El 23 de enero del 2020, mediante Decreto de Urgencia 021-2020 y el Reglamento del 22 de mayo del 2020, Decreto Supremo No. 119-2020, se establece el modelo de ejecución de Inversiones Públicas a través de Proyectos Especiales de Inversión Pública. El precitado dispositivo, en su artículo 7 autoriza la aplicación de modelos contractuales de uso estándar internacional (Lex Constructionis), elaboradas por organizaciones internacionales especializadas y que respondan a las necesidades actuales de la industria de la construcción, como lo son los contratos FIDIC, NEC y ENAA.

  La LCE hizo lo propio y reconoció la utilización de prácticas y modelos internacionales reconocidas en el sector construcción, para la ejecución de obras de infraestructura pública (artículo 212.2 del Reglamento).

Recientemente, el 31 de diciembre de 2022, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial No. 318-2022-EF/54 por la que se dispuso la publicación del nuevo Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado y su Exposición de Motivos(7) en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas. Entre sus principales novedades respecto del tema que nos ocupa, se encuentra la incorporación del concepto de "estrategia de contratación". A través de esta "estrategia de contratación", se busca que la Entidad evalúe el procedimiento de selección que utilizará, qué sistema de entrega de proyecto es el más beneficioso y eficiente en base a los riesgos que desee asumir, entre otros puntos.

La evaluación del sistema de entrega de la obra (Proyect Delivery System) es un concepto recogido del derecho anglosajón, el cual consiste en la determinación del propietario, en este caso, de la Entidad acerca de cómo interactúan los diversos agentes que formarán parte de la ejecución del proyecto. La Entidad definirá quién es responsable para cada fase del proyecto (Diseño conceptual, ingeniería de detalle, la construcción, procura y puesta en marcha).

Es importante resaltar la premisa de que cada obra tiene su propio ADN. Cada obra es irrepetible. Por ello, en la medida de que ninguna obra es igual a otra, resulta ineficiente estandarizar los procesos de selección o reducirlos a uno o dos sistemas de entrega de proyecto, aun cuando hubieran sido exitosos. Tal como indica la exposición de motivos del Proyecto de Ley de la LCE, cada sistema de entrega de proyecto se caracteriza por una distribución específica de riesgos y obligaciones de cada agente que interviene en su ejecución, lo cual permite no solo distinguirlos entre sí, sino identificar al más eficiente de acuerdo con las características de cada proyecto. Al abrir el espectro a distintos sistemas de entrega de proyectos, como el diseño y construcción, y sus modalidades, el gerenciamiento de riesgos en el diseño y la construcción, así como los contratos colaborativos o de alianza, se puede aspirar a lograr una contratación pública mejor, más eficiente y eficaz (Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, 2023).

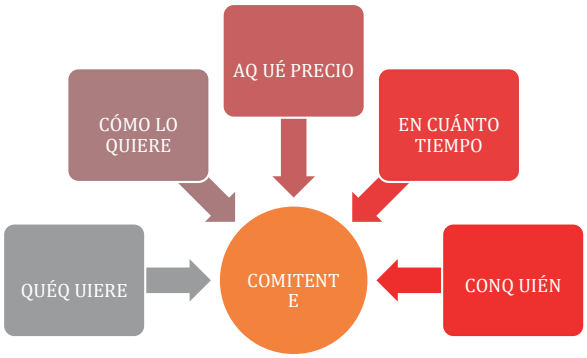
Ahora bien, si la elección del sistema de entrega del proyecto responde a la pregunta de ¿Qué quiere el propietario?, la pregunta inmediata será ¿Cómo materializa esa elección? La respuesta a esta última interrogante la encontramos en el contrato, que es el mecanismo a utilizar por excelencia, para la adecuada asignación de los riesgos.

Recordemos que, quien determina la obra (de infraestructura) es el comitente. En obra pública, el comitente es la Entidad y es ella quien determina qué quiere (la necesidad de construir una infraestructura en específico), cómo lo quiere (el sistema de entrega de proyecto que utilizará, lo que incluye el tipo de contrato), a qué precio desea contratar y la forma de determinar el precio (precios unitarios, suma alzada, sistema mixto, entre otros), el plazo de ejecución de la obra, y finalmente, con quién contratará (es quien determina el proceso de selección a utilizar y a quién adjudica la buena pro). Estas

(7) Al respecto, *véase* https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4012063/exposicion_motivos_py_ley_contrataciones_estado.pdf.pdf?v=1672495877

decisiones, trascendentales todas, recaen en cabeza de la Entidad y son ajenas a la esfera de control del contratista. Para mejor ilustración:

Figura 1
Determinación de la obra por el comitente (Entidad)



Fuente: elaboración propia

Sin embargo, el contrato de construcción en general, y el de construcción pública (obra pública) en particular, es un contrato complejo, de largo aliento y redactado usualmente por abogados e ingenieros de diversas especialidades, por lo que es natural encontrar que muchas de las contingencias que se presentan durante la ejecución de obras complejas no estén previstas en la Ley (Collantes, 2023) o sean "a la medida" del proyecto y sus peculiaridades. Por ello, como indicamos al inicio de este trabajo, la propia Ley prevé regímenes especiales de contratación, exoneradas de la aplicación del régimen general de la LCE y su Reglamento.

Esto último ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente No. 020-2003-AI/TC, que señala lo siguiente:

> En consecuencia si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisiciónn, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública (…) (2004, fj.19).

Nótese que el máximo intérprete de la Constitución reconoce que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de contratación, siendo una condición *sine qua non* que estén previstos por ley. Este es el punto medular de nuestra tesis: la ley es un vehículo idóneo para recoger la Lex Constructionis, por supuesto, siempre que exista ausencia de normas de Derecho Público sobre la materia y que no exista incompatibilidad con la norma especial que se pretende suplir. Prueba de ello es la prelación normativa autorizada por la LCE.

Siendo ello así, consideramos un gran aporte del nuevo Proyecto de Ley de la LCE, la incorporación de la regulación de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción: los principales contratos estandarizados de ingeniería y construcción (FIDIC y NEC) tienen en sus guías fórmulas a la medida de cada sistema de entrega de proyecto. Esta "estrategia de contratación" (elección del Proyect Delivery System y determinación del contrato) permitirá una eficiente asignación de los riesgos en la justa medida de las características y particularidades de cada obra. Todo esto bajo la simple lógica de que es más eficiente adecuar un contrato a las necesidades particulares de una obra que distorsionar una obra para que "calce" en un contrato o un esquema legal excesivamente rígido.

Ese mismo razonamiento se sigue respecto de la costumbre en la industria de la construcción y las codificaciones en obra pública: es más eficiente recoger, responsablemente, las mejores prácticas del sector (Lex Constructionis), actualizando y mejorando la LCE, que reforzar la rigidez de una norma de espaldas a una realidad a la que debería dotar de seguridad jurídica.

Ahora bien, además de los casos expuestos en esta sección, en los que la costumbre del sector construcción ha sido recogida expresamente por la Ley, resulta pertinente listar algunos ejemplos concretos de interacción costumbre-LCE, en los que la costumbre del sector construcción (Lex Constructionis) es de aplicación cotidiana, en algunos casos más que en otros, en los contratos de obra pública, a pesar de que no existe ninguna regulación expresa sobre el particular:

a) Situaciones en las que la costumbre del sector construcción (Lex Constructionis) es incompatible (mandato contradictorio), pero ha generado la revisión y/o actualización de la LCE: se encuentra

pendiente de aprobación/publicación en el reciente Proyecto de LCE el análisis del sistema de entrega de proyecto (Proyect Delivery System). Es decir, el estudio y elección del sistema de contratación más adecuado para asignar los riesgos, a requerimiento de las necesidades del comitente o propietario, por ejemplo: los contratos de gerencia (at risk o at agency), alianza o colaborativo, híbridos, EPC o EPCM. Esta práctica del Common Law a la fecha resulta incompatible con las modalidades de contratación bajo el régimen de la LCE.

b) Situaciones en las que la costumbre del sector construcción (Lex Constructionis) es de uso cotidiano en la ejecución de obra pública pese a su falta de regulación en una Ley: utilización de metodologías de análisis de atraso, cronograma y ruta crítica, del concepto de holgura, del concepto de aceleración inferida, del concepto de pérdida de productividad.

c) Situaciones en las que la costumbre del sector construcción (Lex Constructionis) es de uso complementario en la ejecución de obra pública pese a su falta de regulación en una Ley, pero que encuentra reticencia de aplicación durante la etapa de solución de controversias: metodologías de cálculo de pérdida de productividad (milla medida, línea base, etcétera), time at large (Peak effect) en presupuestos de omisión de regulación sobre ampliación de plazo, Concurrent Delay.

d) Situaciones en las que la costumbre del sector construcción (Guías completas) son de uso aceptado durante la ejecución de obra pública pese a su falta de regulación en una Ley, y al menos referencialmente, durante la etapa de solución de controversias: Protocolo de Delay & Disruption de la Sociedad de Derecho de la Construcción del Reino Unido, las prácticas recomendadas de la AACE, la guía de los fundamentos para la dirección de proyectos (gestión de costos, recursos humanos y calidad), Guía PMBOK del Proyect Management Institute, códigos y normas NFPA (sistemas de protección contra incendios), entre otros.

A pesar de lo expuesto, consideramos que existe un gran reto pendiente, pues no siempre será suficiente el uso de guías y estándares internacionalmente aceptados en la industria o reconocer legalmente a la Lex Constructionis vía Ley, pues lo realmente importante es que los operadores que la emplearán puedan estar a la altura de las nuevas herramientas legales a su disposición. ¿Un funcionario público que siempre ha contratado bajo el sistema tradicional se encontrará apto para responder a la pregunta de qué sistema de proyecto es el idóneo para una obra en particular? Aunque la respuesta pueda resultar desalentadora, consideramos que la solución está en la constante capacitación de todos los operadores involucrados en el sector, pero dicho análisis escapa del alcance de este trabajo.

En lo que nos ocupa, el nuevo Proyecto de Ley también establece un orden de prelación, en su Primera Disposición Complementaria Final, siendo que destaca la prevalencia de la LCE y su reglamento sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables, salvo en el caso de los contratos estándar que se regulan conforme lo establecido por las partes. Es decir, en aquellos casos en los que la estrategia de contratación determine la utilización de contratos estándar de construcción, estos contratos tipo prevalecerán por sobre las propias normas de la LCE y su Reglamento (con excepción de los límites establecidos para las prestaciones adicionales de obra y la intervención de la Contraloría General de la República).

6. Supletoriedad coactiva en el contrato de obra pública

Como primera cuestión, debemos diferenciar los criterios de especialidad y de jerarquía normativa. El criterio de especialidad no elimina la vigencia simultánea de la norma general y la norma especial, muy por el contrario, la presupone. Dicho de otro modo, la norma general seguirá vigente, aplicando a todos los presupuestos de hecho no previstos en la norma especial, cada cual vigente en su ámbito (Tafur, 2021).

El criterio de jerarquía normativa, en cambio, tiene fundamento constitucional (supremacía de la Constitución) y se traduce en la prevalencia de una norma sobre otra. Este criterio es la base del control difuso reconocido a los árbitros por el Tribunal Constitucional.

Dicho esto, la supletoriedad coactiva de la LCE ha sido determinada en base a un criterio de especialidad. En virtud de este criterio, entonces, es posible que una norma general complemente aquello no previsto en un presupuesto de hecho cubierto, parcialmente, por una norma especial. En la sección anterior, analizamos a manera de ejemplo la operabilidad del resarcimiento/indemnización prevista en la LCE, a través del Código Civil. En el mismo ejemplo,

podríamos recurrir al Código Civil para determinar la resolución del contrato por imposibilidad de incumplimiento declarada por un tercero (árbitro), en la medida de que la LCE solo ha regulado la posibilidad de resolución contractual invocada por alguna de las partes.

En los precitados ejemplos, se aprecia nítidamente la función de la supletoriedad coactiva establecida por el legislador: la LCE, como cualquier otra norma, no puede ni debe limitarse a una interpretación literal, renunciando a los criterios de interpretación jurídica. Por ello, para dotarla de sentido y eficacia plena, autoriza la aplicación supletoria de las normas de derecho público y de derecho privado.

Ahora bien, luego de haber analizado y expuesto el marco legal vigente, determinando el grado de incidencia y reconocimiento de la costumbre en el sector construcción (Lex Constructionis), es momento de delimitar con toda claridad cuál es, a nuestro entender, el orden de prelación vigente y los límites existentes entre la Lex Constructionis y el principio de legalidad bajo el regimen de la LCE, así como la supletoriedad específica de aplicación al contrato de obra pública.

Así, en estricto respeto del orden de prelación establecido en la LCE y su Reglamento, segmentaremos dos grupos de normas de aplicación supletoria al contrato de obra pública. En primer lugar, tenemos a las normas de derecho público, a la cual denominaremos orden de prelación de primer nivel. No existe mayor controversia respecto del orden de prelación en este segmento.

Seguidamente, resulta pertinente descender al siguiente escalón (normas de Derecho Privado) de aplicación luego de perfeccionado el contrato a efectos de determinar la existencia de una nueva cadena de prelación normativa (a la cual denominaremos orden de prelación de segundo nivel). Debemos determinar a qué normas del Derecho Privado debemos acudir cuando las normas de Derecho Público (orden de prelación de primer nivel) son insuficientes.

Este es un análisis que debe realizarse sin miedos ni reparos, partiendo de la premisa que el propio legislador establece que la LCE y su Reglamento, como cualquier otra norma, no es perfecta y necesita integrarse de otros elementos legales.

Al hacerlo, podrá advertirse con facilidad que, contrariamente a lo que se piensa, cuando del contrato de obra se trata, las normas del capítulo de obra del Código Civil son el último eslabón para tener en cuenta al interpretar y suplir algún vacío contractual, siendo que primero se debe acudir a la costumbre (Lex Mercatoria), y, seguidamente, a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias del caso.

Ello es así, pues en nuestro Ordenamiento Jurídico la costumbre constituye una fuente de mayor importancia que el denominado Derecho Común (Código Civil). Las normas de Derecho Privado, que no se limitan únicamente al Código Civil, determinan que se aplican primero los usos y, solo a falta de ellos, resulta aplicable el Derecho Común. Sobre el particular, y como bien han advertido Tovar y Ferrero (2020), aunque el Código Civil Peruano derogó varias disposiciones normativas, no derogó ni modificó ciertos artículos del Código de Comercio.

Es el caso del artículo 2 del Código de Comercio cuando establece que los actos de comercio, sean o no comerciantes quienes los ejecuten y estén o no especificados en el Código, se regirán por las condiciones establecidas en él, y, en su defecto, "por los usos de comercio observados en cada plaza". Seguidamente, expresa que, a falta de ambas reglas (el Código de Comercio y los usos), los actos de comercio se regirán por el Derecho Común. Es decir, para el Código de Comercio, norma del Derecho Privado, los usos prevalecen sobre las normas del Derecho Común (léase sobre el Código Civil).

Asimismo, al analizar el capítulo del contrato de obra del Código Civil, se observa que el artículo 1774 (obligaciones del contratista), en concordancia con el Código de Comercio, ubica como fuente supletoria inmediata del contrato de obra a la costumbre, no a las disposiciones del capítulo de obra del Código Civil. A saber: "El contratista está obligado: 1. A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre".

Entonces, válidamente podemos sostener que, cuando el intérprete llega al orden de prelación de segundo nivel (normas de derecho privado), el Código de Comercio y el Código Civil, normas de derecho privado, privilegian a la costumbre como fuente de integración para complementar el alcance de las obligaciones del contratista en defecto de lo pactado por las partes en el contrato de obra.

Ahora, siguiendo la escala de análisis de las normas de Derecho Privado (orden de prelación de segundo nivel), en concordancia con el artículo 1148 del Código Civil peruano (plazo y modo de obligaciones de hacer, aplicable a los contratos de obra privados),

se aprecia que, ante la falta de un uso o costumbre para integrar el alcance de las obligaciones del contratista, el intérprete debe auxiliarse en la naturaleza de la obligación asumida por aquél y a las circunstancias del caso. Tanto la "naturaleza de la obligación" como "las circunstancias del caso" deben ser leídas de conformidad con el principio de buena fe, esto es, tomando en consideración la conducta leal que el comitente y contratista deben observar a fin de no defraudar la confianza generada en la respectiva contraparte (Collantes, 2023).

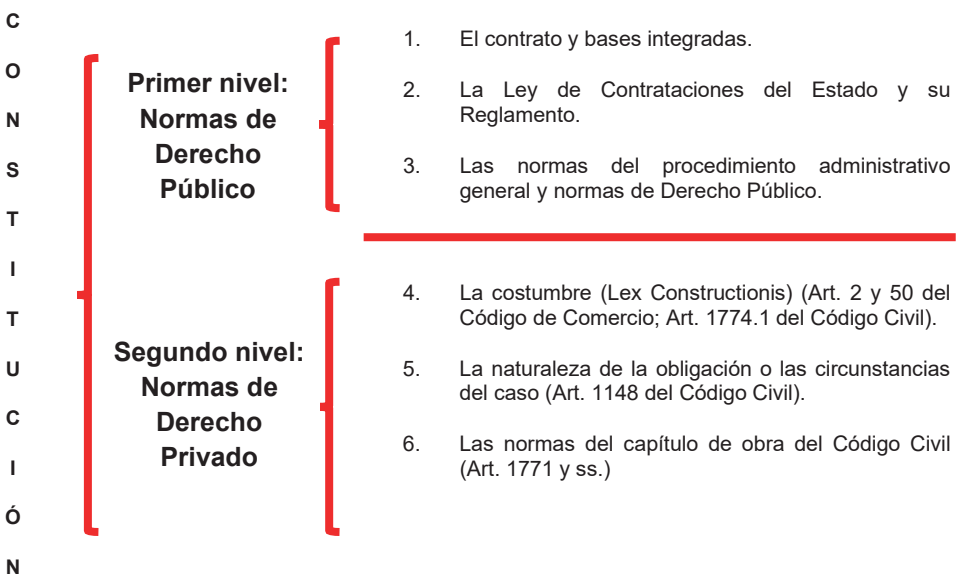
Entonces, las normas de Derecho Privado (Código de Comercio y Código Civil) determinan que, de existir un vacío o deficiencia en el contrato de obra (privado), debe suplirse con la costumbre y, en su defecto, acudir a la naturaleza de la obligación y circunstancias del caso. Solo si ello no fuera posible para cubrir el vacío legal, se debe acudir a las normas dispositivas del capítulo de obra del Código Civil (Art. 1771 y ss.)

Por lo expuesto, en virtud de lo autorizado por el artículo 45.10 y Primera Disposición Complementaria Final de la LCE, así como la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la LCE, todas normas de Orden Público (mandatorias), el precitado orden de prelación de segundo nivel (normas de derecho privado) debe engranarse al orden de prelación de primer nivel (normas de derecho público). La supletoriedad coactiva de la LCE estará integrada por este elenco de normas de primer y segundo nivel.

Para mejor ilustración de lo expuesto, presentamos el siguiente esquema de los niveles y subniveles del orden de prelación que deben aplicarse al contrato de obra pública, bajo el principio de supletoriedad coactiva autorizado por la LCE:

Figura 2

Supletoriedad coactiva en el contrato de obra pública bajo el régimen de la LCE



Fuente: elaboración propia

Cabe precisar que la propia LCE ha establecido que las controversias derivadas de los contratos de obra pública se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, en primer lugar. No obstante, consideramos que las garantías constitucionales que irradia nuestra Carta Magna lo hacen de forma integral, en cualquier nivel y subnivel del orden de prelación expuesto, aunque la norma no refiera ello explícitamente.

Asimismo, vale resaltar que el esquema propuesto no excluye, en modo alguno, los supuestos de aplicación supletoria del Código Civil Peruano en la LCE reseñados en la sección cuarta de este trabajo (resarcimiento, excesiva onerosidad, fuerza mayor, mitigación de daños y un largo etcétera), que se integran en el segundo nivel de prelación de supletoriedad (normas de Derecho Privado).

7. Conclusiones

La costumbre del sector construcción (Lex Constructionis), en virtud de la Ley, se erige como un elemento integrador en los contratos de obra pública. Este elemento integrador tiene mayor jerarquía respecto de las normas privadas del Código Civil. La industria de la construcción, y específicamente de obra pública, ha puesto de manifiesto que la importación y aplicación responsable de la Lex Constructionis permitirá la ejecución de infraestructura pública de forma eficiente en términos de precio, plazo y calidad.

En cualquier caso, y como reflexión final, consideramos que se ha superado aquella vieja enemistad que recitaba que la legalidad de las normas de derecho público y la costumbre o Lex Constructionis eran incompatibles. Muy por el contrario, consideramos que, bajo el régimen vigente de la LCE, ambas pueden coexistir bajo una relación de supletoriedad coactiva. Con reglas claramente establecidas, es posible fortalecer la institucionalidad de las normas de contratación pública a través de la Lex Constructionis. Por el contrario, optar por regulaciones cambiantes, deficientes o meramente coyunturales, así como acudir a la importación irresponsable o desmedida de normas de otras realidades, sin un análisis técnico y jurídico serio que las compatibilice, únicamente conllevará al fraccionamiento y debilitamiento de nuestro régimen de contratación pública.

Referencias bibliográficas

Collantes, C. (2018). *El dilema del "Complejo de Adán" y la Ley de Contrataciones del Estado.* IUS 360. https://ius360.com/privado/arbitraje/el-dilema-del-complejo-de-adan-y-la-ley-de-contrataciones-delestado/

Collantes, C. (2023). *Nuevo Comentario al Código Civil Peruano* (Vol. 11). Instituto Pacífico.

Diez-Picazo, L., & Gullón, A. (1980). *Sistemas de Derecho Civil*. Tecnos.

Fontaine, M., & Filip, D. (2013) *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas.* Thomson Reuters.

Kramer, S. (2010). *La historia empieza en Sumer.* Alianza Editorial S.A.

Podetti, Humberto. (2004) *Contrato de Construcción*. Editorial Astrea.

Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado. (31 de diciembre del 2022). Diario Oficial El Peruano.

Roppo, V. (2019). *El Contrato.* Gaceta Jurídica.

Rubio, M. (2008). *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tafur, S. (2021) El orden de prelación de las normas aplicables en la contratación estatal: hacia dónde puede llevarnos esta premisa. En Núñez. M & Talavera. A (Eds.), *Contrataciones del estado. Perspectivas desde la práctica del Derecho* (pp. 73-ss.). Fondo editorial Universidad del Pacífico.

Torres, C. (1990). *Aplicación supletoria de las normas del Código Civil. Tratado de Derecho Civil* (Vol. 1). Universidad de Lima.

Tovar, M., & Ferrero, V. (2020). *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.002

Controversias sobre la ampliación de plazo en el marco de la obra pública(*)

Controversies about the extension of time within the framework of public Works

Leandro García Valdez(**)
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima, Perú)

Resumen: En el presente trabajo, el autor desarrolla una bitácora del estado de las controversias sobre ampliaciones de plazo en el marco de la obra pública. En primer lugar, expone los aspectos generales de dicho remedio legal. En segundo lugar, comenta las principales controversias suscitadas en los procesos arbitrales, a partir del contraste entre la posición que suelen tener algunas entidades públicas para denegar una ampliación de plazo, frente a lo regulado en la norma, lo desarrollado por la doctrina y lo resuelto en laudos. Ello con el objetivo de verificar el asidero de lo señalado por las entidades públicas.

Palabras clave: Contrataciones del Estado - Arbitraje - Obra Pública - Ampliación de plazo

Abstract: In this paper, the author presents a logbook on the current state of controversies related to requests for extension of time in the framework of public works. Firstly, the general aspects of this legal remedy are explained. Secondly, the main controversies arising in arbitral proceedings are commented on, based on the contrast between the position that some public entities usually take to deny an extension of time, as opposed to what is regulated in the law, what is developed by doctrine and what is resolved in arbitral awards. The aim is to verify the basis of what is stated by public entities.

Keywords: State Procurement - Arbitration - Public Works - Extension of time

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 24 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 20 de mayo de 2023.

(**) Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima, Perú). Postgrado en Derecho Administrativo y Arbitraje por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho de la Construcción, así como en Contratación con el Estado por ESAN, Graduate School of Business. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción, Young International Arbitration Group e International. Árbitro. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9466-4673. Correo electrónico: leandro.garciaval@gmail.com.

1. Introducción

Una de las controversias más recurrentes en el ámbito de la obra pública es sobre las ampliaciones de plazo. Usualmente, ocurren eventos que retrasan o paralizan la ejecución de los trabajos, lo que impide que la obra concluya dentro del plazo pactado.

Ante tales circunstancias, si el evento generador del retraso o paralización no es atribuible al contratista, este solicitará una ampliación de plazo. Dicha solicitud es revisada por la supervisión y resuelta por la entidad pública. Si esta última deniega el plazo, es donde comienza el conflicto, el cual, dependiendo de la regulación de la cláusula de solución de controversias, se seguirá un procedimiento escalonado o directamente se recurrirá al arbitraje para controvertir la decisión denegatoria.

A pesar de ser una de las controversias más recurrentes, verificamos que muy poco se ha escrito sobre ella y, en general, sobre la casuística en contratación pública. Desde nuestro punto de vista, es necesario investigar sobre este asunto, ya que nos permite trazar el sentido interpretativo que los operadores le dan a la normativa aplicable.

En nuestro caso, luego de varios años patrocinando arbitrajes sobre ampliaciones de plazo, hemos identificado algunos argumentos comunes utilizados por las entidades públicas para denegar el plazo al contratista. Por ello, en este artículo, analizaremos dichos argumentos comunes para comprobar si tienen asidero o no, así como el tratamiento que recibieron a nivel arbitral.

La regulación sobre ampliaciones de plazo ha sido esencialmente la misma en las últimas dos décadas, salvo algunos matices. De esta manera, si bien este artículo hace referencia a la norma vigente[1], sus argumentos son plenamente válidos para las controversias con la normativa anterior.

2. Aspectos generales de la ampliación de plazo

Junto con el alcance y el costo, el tiempo es uno de los elementos fundamentales de todo proyecto. Así, un contratista se compromete a ejecutar una obra en un plazo determinado. Así, si ocurre un evento que genera un retraso o paralización, y ello impide culminar la obra dentro del plazo convenido, se aplicará el remedio legal correspondiente.

El remedio aplicable dependerá de quién ha generado el retraso o la paralización. Si el responsable fue el contratista (y se encuentra en el supuesto regulado en el artículo 203[2] del Reglamento), este deberá presentar un calendario acelerado para ajustar sus actividades al plazo inicialmente convenido. De esta forma, tendrá que incorporar mayores recursos o trabajar más horas para alcanzar el hito o hitos contractuales. En ese caso, será el contratista quien asumirá los costos de dicha remediación.

Si el retraso o la paralización fue generado por la entidad pública, por un caso fortuito o una fuerza mayor (y se cumplen otras condiciones adicionales), corresponderá aplicar la ampliación de plazo, ya que el retraso será excusable para el contratista, tal como es aceptado pacíficamente por la doctrina legal y técnica. Por ejemplo, Hinze (2021) señala lo siguiente: "Cuando el contratista se retrasa por una razón que no es culpa suya, el contratista debe considerar solicitar una extensión de tiempo del contrato (…)"[3].

Por su parte, la AACE, en la Práctica Recomendada No. 29R-03 (Análisis forense de cronograma), sostiene lo siguiente:

> Un retraso del propietario es cualquier evento causado por este, o cuyo riesgo le ha sido asignado exclusivamente. Si el retraso del propietario está en ruta crítica, en ausencia de otros tipos de retrasos simultáneos, al contratista se le concede tanto una prórroga de tiempo del contrato como indemnización por daños y perjuicios relacionados con la demora[4].

---

(1) Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley) y el Decreto Supremo 344-2018-EF, aprueban el Reglamento de la Ley 30225 (en adelante, el Reglamento).

(2) "Artículo 203. Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra
1. Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente. En caso de retraso injustifi cado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra".

(3) Traducción libre de: "When the contractor is delayed for a reason that is not his or her own fault, the contractor should consider requesting an extension to the contract time".

(4) Traducción libre de: "An owner delay is any delay event caused by the owner, or the risk of which has been assigned solely to the

A nivel legislativo, también se sigue ese criterio. Así, el artículo 34 de la Ley establece lo siguiente: "El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual"[5].

La finalidad de la ampliación de plazo es el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, en tanto no existe ninguna justificación para que un contratista asuma las consecuencias negativas de un evento que no le es atribuible, menos aún si este fue generado por la entidad pública.

Al respecto, Gandolfo (2016) explica lo siguiente:

> No hay razón valedera alguna para retacearse a un proveedor lo que en justicia le corresponde como consecuencia de la extensión del plazo de la prestación más aun cuando se produce no por deficiencias suyas ni por causas imputable de cualquier forma a él. Si tiene que quedarse más tiempo y tiene que incurrir en mayores costos directos e indirectos, pues no hay otra alternativa que pagarle. Lo contrario, rompe el equilibrio económico financiero del contrato y alienta la excesiva onerosidad de la prestación.

El mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato no es una opción o algo facultativo para las entidades públicas, sino una obligación de rango legal proveniente del principio de equidad, conforme al inciso i) del artículo 2[6] y el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley[7]. Como contracara, constituye un derecho del contratista reclamar la restauración de dicho equilibrio a través de una ampliación de plazo.

El detalle y procedimiento de la ampliación de plazo se encuentra regulado en el artículo 197 y 198 del Reglamento. Sin perjuicio de ello, en términos prácticos, para que proceda de una ampliación de plazo, un contratista debe cumplir con requisitos de forma (procedimentales) y de fondo, los cuales describimos en los siguientes cuadros:

Tabla 1
Requisitos de forma para ampliaciones de plazo

Requisito de forma (procedimental)	
Escenario general: Anotación en el cuaderno de obra el inicio y final de las circunstancias que a criterio del contratista determinen ampliación de plazo y, de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Escenario particular: Tratándose de mayores metrados en contratos a precios unitarios, el residente anota en el cuaderno de obra el inicio de la causal, luego de la conformidad emitida por el supervisor, y el final de esta a la culminación de los trabajos.	Numeral 198.1 del artículo 198 del Reglamento
Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista (o su representante legal) solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, con copia a la entidad pública, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.	

Fuente: elaboración propia

owner12. If the owner delay is on the critical path, in the absence of other types of concurrent delays, the contractor is granted both an extension of contract time and additional compensation for delay related damages".

(5) En el ámbito privado, el artículo 1316 del Código Civil corrobora que el deudor no asume las consecuencias negativas del retraso derivado de un evento que no ha ocasionado: "La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure (…)".

(6) "Artículo 2. Principio que rigen las contrataciones
Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación. (…)
i) Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general".

(7) "Artículo 34. Modificaciones al contrato
34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad".

Tabla 2
Requisitos de fondo para ampliaciones de plazo

Requisito de fondo	
Sustento legal: Acreditación que las circunstancias que determinan ampliación de plazo se subsumen en algunas de las siguientes causales: - Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. - Cuando es necesario el plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. - Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.	Artículo 197 del Reglamento
Sustento técnico: Acreditación de la modificación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación de plazo.	

Fuente: elaboración propia

La procedencia de una ampliación de plazo otorga el derecho al contratista al cobro de los mayores costos directos y mayores gastos generales variables directamente vinculados a la ampliación, conforme el artículo 199 del Reglamento.

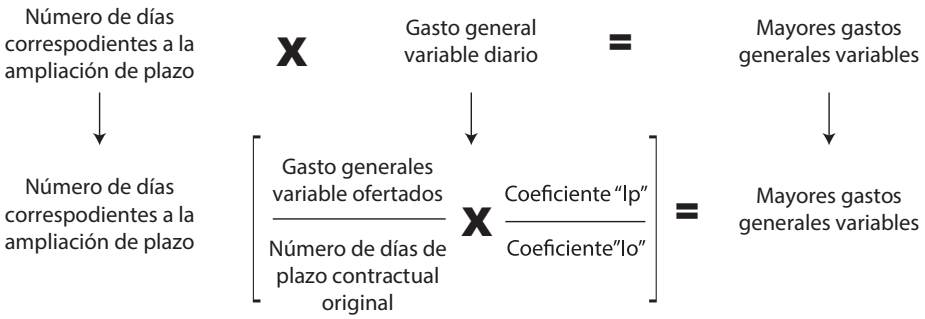
En el caso de los costos directos, se pagarán los debidamente acreditados y que forman parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista.

En el caso de los mayores gastos generales variables, encontramos dos escenarios. Si la ampliación de plazo es generada por un retraso, la cuantificación de dichos gastos generales variables se determinará en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario.

Según el artículo 200 del Reglamento, el gasto general variable se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual original, ajustado por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

A modo ilustrativo, la fórmula antes descrita se expresa del siguiente modo:

Figura 1
Fórmula de mayores gastos generales variables



Fuente: elaboración propia

En cambio, si la ampliación de plazo es generada por una paralización total de la obra, da lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista.

¿Y si nos encontramos ante una paralización parcial de la obra? El artículo 199 no regula expresamente este caso. No obstante, su efecto no puede ser el mismo que el de la paralización total. Por ejemplo, si ejecutamos una carretera cuya distancia va desde el Km. 00+000 al Km. 35+200, una paralización parcial puede afectar del Km. 20+000 al Km. 24+500, es decir, el contratista estará imposibilitado de ejecutar solo las partidas ubicadas en ese sector afectado, mas no de todas las demás partidas de la obra. Tal

circunstancia genera un retraso, en tanto las partidas recién serán ejecutadas cuando el sector afectado sea liberado. Por lo tanto, la cuantificación de los mayores gastos generales variables se determinará en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario.

En esa misma línea, la Opinión No. 017-2014/DTN del 29 de enero del 2014, la cual, si bien hace alusión a la normativa anterior, resulta pertinente lo señalado en su numeral 3.3:

> (…) si bien la normativa de contrataciones del Estado no se refiere expresamente al término 'paralización parcial', de la definición de "atraso" señalada en el párrafo anterior, se desprende que la paralización de alguna actividad o partida (mas no de todas), solo constituiría un atraso, generándose los mismos efectos económicos.

3. Casuística en materia de ampliación de plazo

3.1. Alcance de las pretensiones sobre una solicitud de ampliación de plazo

En nuestra experiencia en la preparación y en la revisión de demandas, verificamos que hay una estructura común de petitorio para solicitar una ampliación de plazo:

- Se solicita la ampliación de plazo como pretensión principal.
- Se solicita el pago de los mayores gastos generales como pretensión principal en algunos casos y accesoria a la pretensión principal, en otros.
- Se solicita la nulidad del pronunciamiento denegatorio de la ampliación de plazo como pretensión principal en algunos casos y accesoria a la pretensión principal, en otros.

Quisiéramos centrarnos en la pretensión vinculada a la nulidad del pronunciamiento denegatorio. Las entidades públicas desarrollan sus fundamentos en dicho pronunciamiento. Por lo tanto, si el contratista demuestra que tales argumentos carecen de sustento fáctico, jurídico o técnico, dicho pronunciamiento deberá ser declarado nulo.

Ahora bien, ¿la entidad pública podría durante el proceso arbitral plantear muchas más razones para la denegatoria de la ampliación de plazo que las descritas en su pronunciamiento denegatorio? Consideramos que no, ya que el alcance de la pretensión vinculada a la nulidad del pronunciamiento denegatorio está circunscrita a los argumentos vertidos en dicho documento y no en otros.

Una entidad pública no puede "subsanar" los errores o inconsistencias de su pronunciamiento denegatorio en el proceso arbitral. En todo caso, dicha circunstancia confirmará la insuficiencia de sus fundamentos.

> En efecto, las entidades públicas, según el artículo 198 del Reglamento, tienen el plazo de quince (15) días hábiles (plazo de caducidad) para pronunciarse sobre la solicitud de ampliación de plazo del contratista. Así, todos los argumentos que justifican la denegatoria deben estar señalados en el pronunciamiento y dentro de dicho plazo.
>
> La norma no le faculta a la entidad pública a subsanar su resolución denegatoria, ni tampoco a emitir una posterior. Por esto, es la entidad pública quien debe asumir las deficiencias de su propio pronunciamiento. Cualquier argumento adicional utilizado por la entidad pública en el proceso arbitral deviene en extemporáneo.
>
> La entidad pública debe ser diligente al momento de emitir su pronunciamiento (aprobando o denegando una ampliación de plazo) y no solo limitarse a replicar lo señalado por la supervisión, en tanto como institución del Estado está obligada a motivar sus decisiones, conforme el numeral 4 del artículo 3[8] y el numeral 6.1 y 6.3 del artículo 6[9] de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

(8) "Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos
(…)
4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

(9) "Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
(…)

3.2. Acerca de la anotación en el cuaderno de obra

Uno de los argumentos utilizados por las entidades públicas para denegar una ampliación de plazo está referido a que el contratista no anotó en el cuaderno de obra el inicio del impacto de las partidas críticas, o que la anotación de inicio de dicho impacto no coincide con la anotación del inicio de las circunstancias que da lugar a la ampliación de plazo.

Para verificar el asidero o no de dicho argumento, es necesario diferenciar tres conceptos a partir de la lectura del artículo 197 y 198 del Reglamento:

- Causal de ampliación de plazo.
- Inicio de la circunstancia que a criterio determinen la ampliación de plazo.
- Inicio del impacto de las partidas críticas.

El artículo 197 del Reglamento regula tres causales de ampliación de plazo, es decir, tres supuestos de hecho, los cuales tendrán que ser subsumidos con el hecho, en este caso, el inicio de la circunstancia que a criterio del contratista determinen la ampliación de plazo. Ello quiere decir que el contratista verificará si la ocurrencia de un evento de reproduce en la hipótesis contenida en alguna de las tres causales de ampliación de plazo.

Por ejemplo, si durante la ejecución de la obra ocurren lluvias intensas generadas por el ciclón Yaku (en adelante, el Caso Yaku), tendremos que verificar en cuál de las causales se subsume dicho evento.

Preliminarmente, examinemos el evento. A primera vista, es razonable pensar que es un caso fortuito(10), en tanto si bien se produjo en temporada húmeda, la presencia del ciclón Yaku aumentó exponencialmente la intensidad de las lluvias. Ello no solo pudo generar daños en la infraestructura, sino también en los accesos, por lo que habría una imposibilidad real de obtener materiales, de trasladar al personal, entre otras contingencias. A raíz de dicho evento, la obra pudo verse paralizada.

En ese contexto, luego de haber identificado el evento generador de la paralización, tenemos que subsumirlo en el supuesto de hecho regulado en el artículo 197 del Reglamento

Luego de haber identificado los dos primeros conceptos, revisemos qué entendemos por inicio del impacto de las partidas críticas. Para ello, tenemos que definir qué es la ruta crítica. Preliminarmente, debemos tener en cuenta que un contratista por la complejidad que tiene una obra divide su ejecución en actividades. La ruta crítica es la concatenación de las actividades con una relación principio fin, en donde la afectación de una de ellas implicará la afectación de las sucesoras.

Nos explicamos con el siguiente ejemplo: Digamos que para la ejecución de una obra tengo que ejecutar tres actividades. El plazo total de la obra es de diez (10) días calendario. Así, el contratista planifica la ejecución de la actividad No.1 en tres (3) días calendario (24 de abril del 2023 al 26 de abril del 2023), la No. 2 en cuatro (4) días calendario (27 de abril del 2023 al 30 de abril del 2023) y la No. 3 en tres (3) días calendario (1 de mayo del 2023 al 3 de mayo del 2023). Siendo el 3 de mayo del 2023 la fecha de término planificada de la obra.

Si las lluvias intensas generadas por el ciclón Yaku impiden que el contratista inicie la ejecución de la actividad No. 2 en nueve (9) días calendario, es materialmente imposible que la obra termine en los diez (10) días calendario inicialmente pactados. Así, la paralización no solo afecta la actividad No. 2, sino también a su sucesora, en tanto durante los nueve (9) días calendario tampoco podrá ejecutar el contratista la actividad No. 3.

La ruta crítica está conformada por la actividad No. 1, 2 y 3, en donde la afectación de cualquiera de ellas varía el plazo total de la obra. En el ejemplo, la obra no terminará el 3 de mayo del 2023, sino nueve (9) días calendario después.

Ahora bien, en este caso, el contratista tuvo que anotar el día en el comenzó las lluvias generadas por el ciclón Yaku, esto es, el 27 de abril del 2023. Dicha fecha coincide con el momento en el que se afectó la actividad No. 2. No obstante, hay situaciones en donde la anotación de las circunstancias que da lugar la ampliación de plazo no coincide con el momento en el que comienza a afectarse partidas críticas.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto(…)."

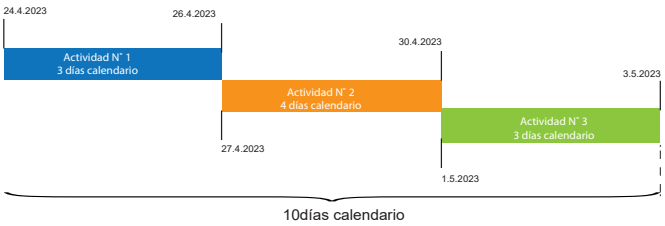
(10) Con más detalle se tendrá que evaluar bajo la normativa civil, específicamente del Artículo 1315, el cual regula lo siguiente: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

Tabla 3
Análisis de la causal del Caso Yaku

Circunstancias que da lugar la ampliación de plazo (hecho)	Causal de ampliación de plazo (supuesto de hecho)
Intensas lluvias generadas por el ciclón Yaku	Inciso a) del artículo 197 del Reglamento: Paralización por causas no atribuibles al contratista

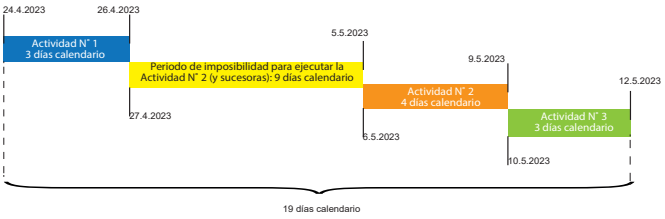
Fuente: elaboración propia

Figura 2
Plazos de ejecución de obra del Caso Yaku



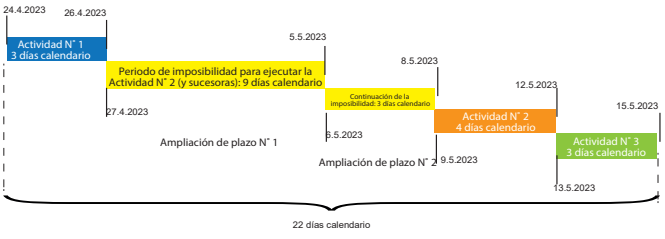
Fuente: elaboración propia

Figura 3
Impacto del ciclón en plazos de ejecución de obra del Caso Yaku



Fuente: elaboración propia

Figura 4
Ampliaciones de plazo en el Caso Yaku



Fuente: elaboración propia

Este es el caso (sin ser el único) de una ampliación de plazo parcial. Modifiquemos un poco nuestro ejemplo anterior. Las lluvias intensas generadas por el ciclón Yaku no terminaron en nueve (9) días calendario, sino en tres (3) días calendario adicionales. El contratista anotó en el cuaderno de obra la fecha de corte de la Ampliación de Plazo No. 1 el día 9; no obstante, el evento recién concluyó tres (3) días después, por lo que anotó en dicho día el fin de las circunstancias, lo que dio lugar a la Ampliación de Plazo No. 2, la cual es continuación de la Ampliación de Plazo No. 1.

En el caso de la Ampliación de Plazo No. 2, la anotación de inicio de las circunstancias será el 27 de abril del 2023. No obstante, la afectación de la actividad No. 2 no será en la misma fecha que la Ampliación de Plazo No. 1, ya que la afectación de dicha ampliación ya fue solicitada (9 días calendario desde el 27 de abril del 2023 al 5 de mayo del 2023). La Ampliación de Plazo No. 2 tomará como inicio de su afectación el 6 de mayo del 2023 hasta el 8 de mayo del 2023 (3 días calendario). De tal forma, recién se podrá iniciar la ejecución de la actividad No. 2 el 9 de mayo del 2023 y culminar la obra el 15 de mayo del 2023.

De ese modo, la Ampliación de Plazo No. 2 tiene una fecha distinta de anotación de inicio de las circunstancias que da lugar la ampliación de plazo y del inicio del impacto de las partidas críticas, lo cual es lógico, en tanto el periodo previo impactado ya fue solicitado por la Ampliación de Plazo No. 1. Así, el plazo solicitado en cada ampliación toma en consideración la afectación de las partidas críticas y no la fecha de inicio y fin de la anotación de las circunstancias que dan lugar la ampliación de plazo.

Por lo tanto, las entidades públicas yerran al denegar una ampliación de plazo al confundir los tres conceptos antes desarrollados:

- Lanotación del inicio de las circunstancias que da lugar la ampliación de plazo hace referencia al evento.
  Las entidades públicas vulneran el artículo 198 al exigir más información en dicha anotación, como si se tratase de la solicitud de ampliación de plazo, en donde

sí se detalla el periodo de afectación de la ruta crítica, entre otra información.

- La causal de ampliación de plazo es el supuesto de hecho, en el que tendrá que aplicarse la subsunción del evento. El artículo 197 del Reglamento regula tres supuestos de hecho.
- Inicio del impacto de las partidas críticas hace referencia a la afectación del plazo total de la obra. Este detalle será sustentado en la solicitud de ampliación de plazo, conforme el artículo 198 del Reglamento, el cual señala que "el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, con copia a la Entidad".

En suma, no existe ninguna obligación del contratista de anotar el momento que comienza a afectarse las partidas críticas ni tampoco debe necesariamente coincidir dicha fecha con la fecha que se anota el inicio de las circunstancias.

En esa misma línea, la Opinión No. 170-2016/DTN del 25 de octubre del 2016, la cual, si bien hace alusión a la normativa anterior, resulta pertinente con respecto a lo señalado en su numeral 2.1.3 y 2.1.6:

> Como se aprecia, independientemente de la causal invocada, el contratista debía solicitar, cuantificar y sustentar su solicitud de ampliación del plazo dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho o circunstancia invocada como causal, para que resultara procedente. En este punto, es importante tener en consideración que no siempre la ocurrencia de un hecho o circunstancia por sí misma generaba la afectación de la ruta crítica sino que dicha afectación se podía derivar de los efectos que dicho hecho o circunstancia producían en la obra. Por ejemplo, la lluvia (hecho) por sí misma no genera un atraso o paralización en la ejecución de la obra, sino que son sus efectos en la obra (en el terreno o en los materiales, por ejemplo) los que finalmente podían generar un atraso o paralización en la ejecución de la obra. Esta precisión debía ser considerada por las partes para determinar la conclusión del hecho o circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo y para cuantificar el número de días por el que debía ser ampliado el plazo de ejecución de la obra. (…) Finalmente, es importante señalar que para cuantificar la ampliación del plazo de ejecución de obra se debía determinar el tiempo en días en que las actividades que forman parte de la ruta crítica fueron afectadas. Para ello debía tenerse en consideración la duración del hecho o circunstancia invocado como causal y aquellos efectos derivados de estos que hubieran afectado la ruta crítica de la obra. De esta manera, la duración del hecho o circunstancia invocado como causal no necesariamente debía ser igual al periodo por el cual debía ampliarse el plazo.

Asimismo, si bien el fundamento 7.80 y 7.81 del laudo del expediente arbitral No. 2250-212-19-PUCP del 5 de agosto del 2022[(11)] hace referencia al reglamento anterior, comprende un criterio plenamente aplicable a la norma vigente:

> 7.80. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral advierte que el art. 170 del REGLAMENTO DE LA LCE no específica ni exige que el inicio de la circunstancia a anotar sea o deba ser el de la afectación de la o las partidas comprometidas; existiendo la posibilidad de que el evento anotado por el contratista coincida o no con el momento de la afectación. Dicho de otra manera, la norma no exige que la anotación del inicio de la causal será válida siempre que aquello que se anote sea el momento preciso en que inicia la afectación en la ejecución. Lo importante será dejar constancia en el cuaderno de obra del inicio de los hechos detonantes, que posteriormente justificarán la invocación de la causal (recogida en el art. 169 del REGLAMENTO DE LA LCE) que motive una solicitud de ampliación de plazo.
>
> 7.81. Importa mencionar que la anotación del inicio de circunstancias, que no necesariamente coincidan con el inicio de la afectación, no imposibilita la identificación del origen de esta última, ni de su cuantificación. Sin embargo, corresponderá al contratista desarrollar estos detalles y proporcionar el sustento fáctico, jurídico y técnico pertinente en su solicitud de ampliación de plazo; así como corresponderá a la Supervisión y Entidad emitir sus consideraciones al respecto.

Además, el fundamento 78 del laudo en mayoría del expediente arbitral No. 147-

(11) Las partes fueron Obras de Ingeniería S.A.C y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Los árbitros fueron Juan Espinoza, Sergio Tafur y Francisco Avendaño.

2016-CCL del 2 de noviembre del 2020[12], el cual, si bien hace referencia al reglamento anterior, su criterio es plenamente aplicable a la norma vigente:

> 78. De este modo, en tanto la conducta exigida por la norma es la anotación de la circunstancia que puede dar lugar a una ampliación del plazo de ejecución de la prestación, mas no la anotación de la afectación a la ruta crítica, como parece ser la postura de Provías Nacional, no hay mérito alguno para considerar que ese presupuesto formal no se ha cumplido con la anotación efectuada en el asiento Nro. 482 del cuaderno de Obra. Ello es así por cuanto la afectación a la ruta crítica tiene múltiples criterios de evaluación, lo cual no necesariamente tiene igual relación con el evento del cual proviene, si no que está relacionado con la necesidad del plazo, avances actualizados, etc.

En consecuencia, la anotación del inicio de las circunstancias en el cuaderno de obra se refiere al evento generador de retraso y no al momento en el que comienzan a afectarse partidas críticas. Además, la fecha de anotación de inicio de las circunstancias, dependiendo del caso, puede coincidir o no con la fecha en la que comienzan a impactarse partidas críticas. De esta forma, la posición asumida por algunas entidades públicas no tiene asidero.

3.3. Programa con el que se analizará la solicitud de ampliación de plazo

Algunas entidades públicas a través de los años han tenido un comportamiento incongruente con respecto a cuál es el programa de ejecución de obra vigente a utilizar para solicitar una ampliación de plazo. Así, en algunos casos, denegaron una ampliación de plazo, porque el contratista utilizó el calendario acelerado; en otros casos, la denegaron, puesto que el contratista no utilizó el calendario acelerado. Es decir, para algunas entidades públicas el calendario acelerado reemplazaba al programa anterior y se convertía en el vigente.

A modo de ejemplo, tenemos dos resoluciones contradictorias de una misma entidad pública (el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional), que con la Resolución Directoral No. 102-2020-MTC/20 del 31 de enero del 2020[13] otorgó parcialmente una ampliación de plazo a un contratista, luego que este sustentara con el "Calendario de Avance de Obra vigente y acelerado":

Figura 5

Resolución Directoral No. 102-2020-MTC/20

Que, la Oficina de Asesoría Jurídica ha emitido el Informe N° 177-2020-MTC/20.3 de fecha 31.01.2020, a través del cual concluye en base a la opinión técnica emitida por la Dirección de Supervisión a través del Memorándum Nº 508-2020-MTC/20.16 e Informe N° 24-2020-MTC/20.16.1.JGZR, se tiene lo siguiente: ***i)*** El Contratista presentó la Ampliación de Plazo de Obra N° 01 al Contrato de Obra por 55 días calendario, por la causal *"Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista"*; ***ii)*** Respecto al aspecto formal, se tiene que el Contratista identificó como inicio de causal lo anotado en el Asiento N° 127 (10.12.2019) y como cese de causal a través del Asiento N° 154 (09.01.2020) del Cuaderno de Obra; asimismo, la solicitud de Ampliación de Plazo (10.01.2020) cumplió con el plazo establecido para su presentación, esto es 15 días siguientes de concluida la circunstancia invocada; consecuentemente, el Contratista cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 201 del Reglamento; ***iii)*** Referente al aspecto de fondo, se ha acreditado la causal invocada: "*Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista*", prevista en el numeral 1 del artículo 200 del Reglamento, ocasionada por una interferencia de red de desagüe clandestina que impide la construcción del acceso izquierdo del Puente Chupuro, hecho que afecta la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente (partidas movimiento de tierras y pavimento). Y, que tomando en cuenta los metrados de las partidas críticas, los rendimientos por día, y el Calendario de Avance de Obra vigente y acelerado, se afecta la ruta crítica en 9 días calendario, el cual es necesario para la culminación de la Obra; y, ***iv)*** Resulta PROCEDENTE EN PARTE la Ampliación de Plazo de Obra N° 01, por 9 días calendario, con reconocimiento ¡de mayores gastos generales variables; toda vez que cumple con lo establecido en los artículos 200 y 201 del Reglamento; trasladándose la fecha de término de la Obra del 12.01.2020 al 21.01.2020; y, como consecuencia de la Ampliación de Plazo otorgada al Contratista, corresponde otorgar la Ampliación de Plazo N° 01 al Contrato de Supervisión por 9 días calendario, al amparo de lo dispuesto en el artículo 202 del Reglamento, trasladándose su término de la etapa de supervisión de la Obra del 12.01.2020 al 21.01.2020;

Fuente: Plaforma de Búsqueda de Resoluciones del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional

(12) Las partes fueron Obras de Ingeniería S.A.C y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Los árbitros que votaron en mayoría fueron Hugo Sologuren y Eduardo Devoto.

(13) Esta resolución, como otras emitidas por la entidad pública, está disponible en el siguiente buscador: http://gis.pvn.gob.pe/transparencia/Resoluciones/index.htm

Por otro lado, la misma entidad pública, con la Resolución Directoral No. 3585-2019-MTC/20 del 31 de diciembre del 2019, denegó una ampliación de plazo, porque el contratista la sustentó utilizando el calendario acelerado:

Figura 6
Resolución Directoral No. 3585-2019-MTC/20

Que, el Especialista en Administración de Contratos de la Dirección de Supervisión, a través del Informe N° 034-2019-MTC/20.16.VAVB de fecha 30.12.2019, que cuenta con la conformidad del Jefe del Responsable de Supervisión de Infraestructura obras de Puentes de la mencionada Dirección, así como con la conformidad de la referida Dirección expresada en el Memorándum N° 7071-2019-MTC/20.16, señala, entre otros, lo siguiente: (i) La supervisión solicita la ampliación de plazo N° 02 en merito a lo establecido en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado invocando la causal **1. *Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista*** por la falta de liberación y reubicación de las interferencias existentes (postes de telefonía) ubicada en los Puentes Tablachaca I y Tablachaca II, identificados e incluidos en el Expediente Técnico Obra: "Construcción Puentes por Reemplazo en Ancash Junín" Obra 2, en merito a una obligación contractual establecida en los términos de referencia y que ya han sido retirados por la Empresa prestadora de servicios de telefonía (Bitel), asimismo durante la ejecución de la obra se han identificado postes de energía eléctrica (sin servicio) que fue instalado por la Municipalidad Distrital de Santa Rosa, la cual mencionan que su instalación fue posterior a la aprobación del expediente técnico, toda esta situación impidió la ejecución de la obra originando retrasos en la partida "Excavación para Estructuras en Material Común en Seco"; (ii) Al respecto la supervisión para el análisis de la afectación de la causal al programa de ejecución, toma en consideración el calendario acelerado con fecha de término 10.01.2020, lo cual es incorrecto, dado que el cronograma que debió considerar es el **Calendario Contractual vigente,** establecido en el primer párrafo del artículo 201 del Reglamento;

Fuente: Plaforma de Búsqueda de Resoluciones del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional

Previo a comprobar cuál de los argumentos usados tiene asidero, cabe recordar que el artículo 198 del Reglamento regula (como en el caso de los reglamentos anteriores)[14] que el contratista solicitará, cuantificará y sustentará su ampliación de plazo "siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente."

El Anexo No. 1 del Reglamento define al programa de ejecución de obra vigente en los siguientes términos:

> Es la secuencia lógica de actividades constructivas que se realizan en un determinado plazo de ejecución; la cual comprende solo las partidas del presupuesto del expediente técnico, así como las vinculaciones que pudieran presentarse. El programa de ejecución de obra se elabora aplicando el método CPM y es la base para la elaboración del calendario de avance de obra valorizado.

Ahora bien, al inicio de la ejecución de la obra, hay un programa de ejecución de obra vigente, que es el adjunto al contrato y que dio lugar a su celebración. No obstante, dicho programa puede verse modificado, por ejemplo, con el otorgamiento de ampliaciones de plazo, lo que lleva a la actualización del programa conforme el artículo 198 del Reglamento. Así, ese programa actualizado se "convierte" en el nuevo programa de ejecución de obra vigente, con el que se pedirán, de ser el caso, la subsiguiente ampliación de plazo.

La ampliación de plazo es un remedio legal que surge ante un escenario de retraso no atribuible al contratista, entre otras causales regladas en el artículo 197 del Reglamento. Cuando el retraso es imputable al contratista[15], la entidad pública le ordena la presentación de un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, conforme el artículo 203 del Reglamento. Justamente, en ese contexto, muchas entidades públicas consideraban que este calendario acelerado se convertía en el nuevo programa de ejecución de obra vigente.

No obstante, esta interpretación únicamente resultaba aplicable en los reglamentos anteriores y no en el vigente, porque el legislador (seguramente informado sobre esta problemática) dispuso en el artículo 203 del Reglamento lo siguiente respecto el calendario acelerado:

> Dicho calendario se toma en cuenta solo con fines del control de los avances físicos reprogramados de la obra y no para el análisis de afectación de la ruta crítica con fines de trámite de ampliaciones de plazo, para cuyo caso se considera el último calendario actualizado vigente.

Esa prescripción no existía en los reglamentos anteriores, por lo que la única fuente de interpretación eran las opiniones del OSCE y los pronunciamientos arbitrales. Respecto de los primeros, tenemos la Opinión No. 203-2016/DTN del 23 de diciembre del 2016, la que en su numeral 2.3.2 señala lo siguiente:

> De conformidad con lo expuesto, se infiere que el calendario acelerado de obra reemplazaba al calendario de avance de obra que se encontrara vigente, el cual podía ser, el calendario presentado para la suscripción del contrato- adecuado a la fecha efectiva del inicio de la obra- o aquel remitido como consecuencia de la última ampliación de plazo otorgada, según fuera el caso.

(14) Decreto Supremo 350-2015-EF (y sus modificatorias) y el Decreto Supremo 184-2008-EF (y sus modificatorias).
(15) El artículo 203 del Reglamento refiere lo siguiente: "(…) cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha".

En ese mismo sentido, la Opinión No. 084-2019/DTN del 22 de mayo del 2019 indica lo siguiente en su numeral 3.2:

> 3.2 En el marco de lo dispuesto en el artículo 205 del anterior Reglamento, el nuevo calendario -que contemplaba los trabajos acelerados- reemplazaba al último calendario de avance de obra que había estado vigente; no obstante, no eximía al contratista de la responsabilidad por demora injustificada, ni era aplicable para el cálculo y control de reajustes.

A partir de la lectura de las opiniones citadas, se podía interpretar que el calendario acelerado se "convertía" en el nuevo programa de ejecución de obra vigente y que reemplazaba al programa inicial (el contractual) o al programa actualizado (derivado de la procedencia de la última ampliación de plazo).

En esa misma línea, el fundamento 5.1.147 del laudo del proceso arbitral No. 2736-108-20-PUCP del 16 de diciembre del 2022[16] refiere lo siguiente:

> La Entidad sostiene que el calendario que debió utilizar el Contratista para determinar la afectación a la ruta crítica debió ser el calendario de obra inicial, y no así el calendario acelerado. Para sustentar ello esencialmente sostiene que: (i) la existencia de un calendario acelerado se debió precisamente a retrasos en los que ya había incurrido el contratista, y por ende no sería coherente que se pretenda utilizar este para sustentar una ampliación de plazo, pues ello sería convalidar el retraso en el que ya había incurrido el Consorcio y, (ii) es recién luego que se acepte una ampliación de plazo que la normativa (art. 201 del RLCE) impone la exigencia de modificar el calendario inicial.

Este colegiado no comparte la posición de Provias, esencialmente por las razones siguientes: (i) el artículo 205° del RLCE señala claramente que en caso de retraso injustificado, cuando se presenten las condiciones allí previstas, el supervisor podrá exigir un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos que permita garantizar el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto; (ii) siendo ello así, dicho calendario acelerado es aquel conforme al cual se continuará ejecutando la obra y por tanto vincula no solo al contratista sino a la propia Entidad quien deberá velar a su vez por su cumplimiento; (iii) en tal sentido a fin de poder conocer si existe una afectación a la ruta crítica del programa de ejecución vigente, resulta coherente que ello se realice sobre la base del calendario acelerado teniendo en cuenta que este pasó a convertirse en el programa de ejecución de obra vigente, esto es, conforme al cual es exigible que se realicen los trabajos, independientemente que su presentación haya obedecido a algún atraso previo por parte del contratista; (iv) asumir lo contrario, llevaría una situación que a criterio de este Tribunal resultaría absolutamente ilógica, esto es, que se exija al contratista que a efecto de sustentar una afectación al ruta crítica utilice una programación que ya ha sido sustituida conforme a un mecanismos previsto en la propia normativa o, lo que es más extremo, simplemente sostener que por que hay un calendario acelerado el contratista ya no podrá solicitar ninguna ampliación de plazo por situaciones que no le son atribuibles, pues ya habría incurrido en retraso injustificado.

Como se aprecia, en el caso de los reglamentos anteriores, habían pronunciamientos que justificaban razonablemente la posición de un contratista que presentaba su solicitud de ampliación de plazo usando el calendario acelerado; del mismo modo, que una entidad pública aprobara una ampliación de plazo usando dicho calendario. Dicha interpretación no es aplicable con el Reglamento vigente, quien lo prohíbe expresamente Artículo 203.

3.4. Acerca de la criticidad de las partidas afectadas

Un argumento utilizado por algunas entidades públicas para denegar ampliaciones de plazo está referido a que cuando la norma alude a la afectación de la ruta crítica, únicamente incluye a aquellas partidas que eran críticas en su origen.

De la lectura de Artículo 197 y 198 del Reglamento, se evidencia que únicamente se hace referencia a la afectación o modificación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. Así, no existe una distinción respecto de que las partidas afectadas sean críticas o no en su origen.

Así, es aplicable el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, que significa que, ahí en donde la ley no establece distinción, no resulta viable distinguir.

Es más, la interpretación de una norma no puede tener como resultado la restricción de un derecho. Todo lo contrario, la interpretación debe procurar su optimización, conforme el aforismo *odiosa sunt restringida*.

(16) Las partes fueron el Consorcio Puentes Regionales y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Los árbitros fueron Sergio Tafur, Lissete Ortega y Fernando Macías.

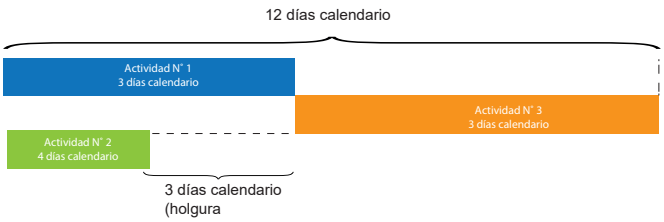
Sobre esta forma de interpretación, es relevante lo desarrollado en el fundamento 285 del laudo del proceso arbitral No. I526-2018 (ad hoc) del 6 de diciembre del 2021[17]:

> 285. Justamente, como señala el aforismo 'Odiosa sunt restringida', cuando corresponde interpretar una norma jurídica o cláusula contractual, es pertinente limitar el alcance de su interpretación si dicha disposición restringe derechos, o ampliarla si, en cambio, otorga derechos.
>
> 2. Proc. Aforismo por virtud del cual se prohíbe la interpretación restrictiva o desfavorable de la ley y se permite, en cambio, la interpretación extensiva cuando es favorable o beneficiosa.

De esta manera, interpretar que para solicitar una ampliación de plazo se debe afectar partidas críticas en su origen genera una restricción indebida al derecho de los contratistas, más aún cuando dicha restricción no está regulada en la normativa.

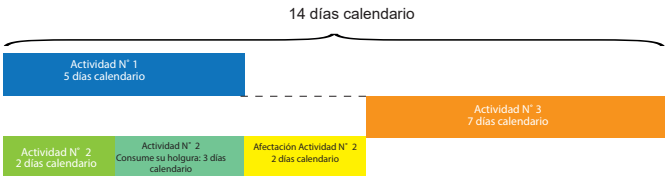
Desde la perspectiva técnica, una partida que no es crítica en su origen puede afectar el plazo total de ejecución de la obra cuando pierde su holgura. Es decir, el periodo "extra" que tiene una actividad para ejecutarse, sin que dicho retraso modifique el programa de ejecución de obra vigente.

Figura 7
Plazos de ejecución de las actividades No. 1, 2 y 3



Fuente: elaboración propia

Figura 8
Impacto de retraso en plazos de ejecución de las actividades No. 1, 2 y 3



Fuente: elaboración propia

Por ejemplo, tenemos tres actividades. La actividad No. 1 tiene que ejecutarse en 5 días calendario. Dicha actividad tiene una relación principio- fin con la actividad No. 3, la cual tiene un plazo de ejecución de siete (7) días calendario. Conforme hemos explicamos anteriormente, si se afecta la actividad No. 1, la No. 3 también se verá afectada, porque son partidas críticas. Por su parte, también tenemos la actividad No. 2, la cual no es crítica y tiene un plazo de ejecución de dos (2) días calendario.

Como se aprecia, la actividad No. 2 tiene una holgura de 3 días calendario. Así, el contratista podría retrasarse en 3 días calendario sin que ello afecte el plazo total de la obra. No obstante, si se consume la holgura (los 3 días calendario) y tiene un retraso de 2 días calendario adicionales, dicho retraso sí afectará la actividad No. 3.

Ello quiere decir que una actividad que tiene holgura puede convertirse en crítica, en tanto ocurra un evento que consuma su holgura.

Si la entidad pública es responsable del retraso de la actividad No. 2, y por ende de su impacto como de las sucesoras (actividad No. 3), corresponderá que se otorgue el plazo por ello. Cabe precisar que el plazo ampliado no podrá incluir el periodo de la holgura (tres (3) días calendario), porque el plazo solo podrá ser ampliado por el periodo en que se afectó del plazo total de la obra, esto es, dos (2) días calendario.

A modo complementario, es pertinente lo descrito en el laudo del proceso arbitral No. 2694-66-20-PUCP del 20 de julio del 2021[18], el cual explica desde su fundamento 9.72 al 9.76 cómo una partida no crítica (en ese caso, filtro de presa) puede volverse crítica cuando pierde su holgura y como consecuencia de ello afectar el plazo total de la obra:

> 9.72. Respecto a la ruta crítica: la ruta crítica es la secuencia de actividades conectadas que conduce del principio

(17) Las partes fueron el Consorcio Nuevo Olmos y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Los árbitros fueron Marcela Radovic, Eric Franco y Juan Pinto.
(18) Las partes fueron el Consorcio Riego Collpa y el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural. La árbitra única fue Salomé Reynoso.

del proyecto al final del mismo; si cualquier actividad de la ruta crítica dura más de lo previsto o empieza en una fecha posterior a la prevista, el proyecto en su conjunto se demorará el mismo plazo de la demora o duración excesiva.

9.73. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado otorga al contratista el derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución de obra cuando se produzcan situaciones ajenas a su voluntad −principalmente, atrasos y/o paralizaciones− que afecten la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, con la finalidad de extender el plazo de ejecución de obra y, de esta manera, reparar y equilibrar las condiciones inicialmente pactadas o adecuar el plazo de ejecución de obra a las modificaciones del contrato ordenadas por la Entidad.

9.74. Una actividad es crítica cuando no se puede cambiar sus instantes de comienzo y finalización sin modificar la duración total del proyecto. Las actividades críticas no tienen holgura, pero ¿qué pasa si es que una actividad sin ser parte de la ruta crítica, por la indefinición de su ejecución sobrepasa el término de finalización de la obra?, ¿entonces se convierte en crítica?

9.75. La holgura total de una actividad es el tiempo que se puede retrasar una actividad sin cambiar la fecha de finalización del proyecto, si se pierde esta holgura y se estima que la finalización de la partida se hará en fecha posterior a lo indicado en el Cronograma vigente de la obra, entonces se convierte en crítica. Todas las actividades que tienen holgura cero deben estar en una ruta crítica, mientras que ningún evento que tiene holgura mayor que cero puede estar en una ruta crítica.

9.76. En el caso particular, respecto a la partida de Filtro de Presa sí se perdió la holgura de 12 días, por tanto se convierte en ruta crítica, debido a que no hay un margen entre el tiempo esperado y el tiempo límite, pues según el Cronograma de Avance de Obra Vigente la obra debía concluir el 5 de abril de 2020, sin embargo ante la indefinición de la cantera por causa no atribuible al contratista, la Partida de Filtro se volvió crítica, extendiendo su conclusión fuera del plazo establecido como fecha final de la obra.

De ese modo, una partida que inicialmente no es crítica, si pierde su holgura por eventos imputables a la entidad pública, se puede volver crítica y, como consecuencia de ello, cualquier retraso más allá de la holgura consumida impactará en el plazo total de la obra. De este modo, la posición asumida por algunas entidades públicas no tiene asidero.

3.5. El estado de adelanto de una obra al momento de solicitar una ampliación de plazo

Una de las razones más sorprendentes por las que una entidad pública deniega el plazo a un contratista se debe a que considera que el plazo requerido no es necesario, porque se encuentra adelantado.

Consideramos que dicho argumento no tiene asidero, puesto que lo que realmente se busca con la negativa al plazo es sancionar a un contratista diligente, ya que lo deseable es que un contratista ejecute la obra con un cierto nivel de adelanto como mecanismo de prevención ante cualquier dificultad futura que reduzca el ritmo de trabajo.

Es más, el hecho que un contratista esté adelantado se puede deber a su exitosa administración contractual, que le permitió optimizar sus eficiencias al planificar mejor la secuencia constructiva, distribuir mejor sus frentes de trabajos, utilizar tecnologías como el *Building Information Modelling*, entre otras variables propias de su gestión interna.

Asimismo, el Artículo 197 y 198 del Reglamento no establece como restricción para solicitar una ampliación de plazo el estado de adelanto (incluso tampoco de retraso) de la obra, ya que el análisis de la ruta crítica se realiza sobre la base del programa de ejecución de obra vigente, el que considera el periodo de ejecución de las actividades pactados.

De ese modo, la entidad pública estaría incorporando nuevos supuestos ajenos a la normativa para restringir los derechos del contratista, lo que contraviene el principio de legalidad y el principio legítimo del poder, en tanto su actuación devendría en arbitraria, conforme el numeral 1.1 y 1.17 del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General[19].

(19) "Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."
(…)

Más allá del aspecto legal, deberíamos preguntarnos lo siguiente: ¿Amparar la posición de la entidad pública antes descrita incentiva a los contratistas a aplicar sus mejores técnicas para optimizar la ejecución de la obra? ¿Qué es lo realmente deseable en el marco de la obra pública? Desde nuestro punto de vista, lo deseable es incentivar la ejecución de la obra de la forma más eficiente posible, como es el caso de la situación de adelanto.

Por ejemplo, en algunos contratos privados, se incentiva económicamente al contratista que culmina la obra en un plazo menor al programado, ya que eso le permite al comitente a utilizar la infraestructura. En el ámbito público, ello también debería ser deseable, en tanto mientras más pronto culmine la obra, su público objetivo podrá utilizarla y satisfacer su necesidad, lo cual es concordante con el principio de eficacia y eficiencia, regulado en el inciso f) del artículo 2 de la Ley, los que sostienen que las entidades públicas deben garantizar "la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas".

Al respecto, el fundamento 2.3.1.9 del laudo del proceso arbitral No. 3345-2015-CCL del 3 de mayo del 2018[(20)] desarrolla lo siguiente:

> (…) es en cada momento específico del trabajo que el Contratista puede advertir, de acuerdo a las capacidades del personal o condiciones de la labor, adelantar el trabajo en ciertas partidas para compensar los retrasos que puedan existir en otras.
>
> En otras palabras, para este Tribunal Arbitral, si bien existen parámetros marcados para la ejecución de las labores por parte del Contratista, el hecho que se adelante en la labor de ciertas partidas es una manifestación de la diligencia que tiene para la realización de la obra a la que se ha obligado.
>
> Y es que, como todos podemos entender, no todo lo que se planifica hacer se logra efectivamente en la realidad, pues distintos elementos pueden contribuir o a acelerar el trabajo, como a retrasar las labores; por ello, si las condiciones son adecuadas, resulta lógico que el Contratista priorice el trabajo en ciertas partidas, dejando de lado de otras, ello, siempre que respete los avances mínimos proyectado que se encuentran expresados en el Diagrama de Gannt.
>
> Esta actuación diligente de adelantar partidas por parte del Contratista no limita su derecho a solicitar una ampliación de plazo.

En tal sentido, el hecho que una obra se encuentre adelantada no restringe el derecho del contratista para solicitar la ampliación de plazo. La entidad pública debe limitarse únicamente a exigir al contratista el cumplimiento de los requisitos de forma (procedimentales) y de fondo regulados en el artículo 197 y 198 del Reglamento.

3.5. Relación de la ampliación de plazo y la penalidad por mora

Cuando una entidad pública verifica que la obra ha sido terminada en una fecha posterior a la pactada por causas imputables al contratista, aplica la penalidad moratoria por los días de retraso. Siendo ese el tenor del artículo 162 del Reglamento: "En caso el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso".

No obstante, puede ocurrir que la discordancia entre la fecha de término contractual y la fecha de término real se deba a la denegatoria de ampliaciones de plazo. Ahora bien, ¿el hecho que se haya denegado ampliaciones de plazo implica necesariamente que respecto el plazo denegado deba aplicarse penalidad moratoria? Opinamos que no hay una respuesta única, ya que es necesario analizar cada caso en concreto, pues el efecto de denegatoria de una ampliación de plazo no es equiparable al de la penalidad moratoria, en tanto ambos remedios legales tienen distinta naturaleza.

Sobre ello, el numeral 3.1 y 3.3 de la Opinión No. 143-2019/DTN del 22 de agosto del 2019, el cual, si bien analiza un reglamento anterior, resulta aplicable su criterio:

> 3.1 El artículo 133 del Reglamento- referido a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación- es aplicado al contratista, ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones a su cargo; mientras que el artículo 140 del

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder. - La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general."

(20) Las partes fueron el Consorcio Vial El Arenal- Punta Bombón y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Los árbitros fueron Enrique Palacios, Alberto Montezuma y Diego Zegarra.

> Reglamento es aplicado por el contratista para solicitar la ampliación de plazo pactado en el contrato por las causales previstas en el Reglamento. En ese sentido, la aplicación de la penalidad por mora y la solicitud de ampliación de plazo son figuras jurídicas distintas, las cuales tienen procedimientos particulares e independientes.
>
> (…)
>
> 3.3 Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía el contratista acredite de manera objetiva de dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad.

La denegatoria de una ampliación de plazo únicamente acredita que la obra se encuentra atrasada. En cambio, la penalidad moratoria no solo reconoce el escenario de retraso, sino también que dicho retraso es injustificado[21]. De ese modo, una denegatoria de ampliación de plazo solo confirma uno de los dos requisitos para la imposición de la penalidad moratoria.

Una ampliación de plazo puede denegarse por el incumplimiento de requisitos de forma (procedimentales) o por presentar un calendario incorrecto. ¿Algunos de estos escenarios implica necesariamente que el retraso era atribuible al contratista? Desde nuestro punto de vista, no.

Por lo tanto, la entidad pública no puede asumir (acríticamente) que la denegatoria a una ampliación de plazo por razones distintas a la acreditación del retraso imputable al contratista sea fundamento suficiente para penalizarlo, ya que uno de los requisitos de la penalidad moratoria justamente es la acreditación del retraso injustificado al contratista.

Al respecto, el numeral 3.1 y 3.2 de la Opinión No. 089-2020/DTN del 14 de septiembre del 2020, el cual, si bien hace referencia al reglamento anterior, su razonamiento es aplicable a la norma vigente:

> 3.1. Aun cuando la solicitud de ampliación del plazo contractual de una obra fuera desestimada por incumplir el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista podía solicitar la no aplicación de penalidad por mora siempre que cumpliera con acreditar, de modo objetivamente sustentado, que el retraso en la ejecución del contrato no resultaba imputable a él. En ese contexto, si dicho retraso calificaba como justificado al amparo del último párrafo del artículo 133 del anterior Reglamento, no correspondía la aplicación de la penalidad por mora.
>
> 3.2. Si en marco de un arbitraje se hubiera resuelto ratificar la decisión de la Entidad de no aprobar la ampliación de plazo contractual por haberse incumplido el procedimiento establecido en el artículo 170 del anterior Reglamento, el contratista igual podía aplicar lo dispuesto en el artículo 133 del anterior Reglamento, a efectos de acreditar -de modo objetivamente sustentado- que el retraso en la ejecución del contrato no resultó imputable a él, y solicitar a la Entidad la no aplicación de penalidad por mora, al calificar dicho retraso como justificado.

Asimismo, resulta interesante lo desarrollado en el numeral 7), 8) y 9) del laudo del proceso arbitral ad hoc del 9 de marzo del 2015[22], el cual, si bien describe la normativa anterior, su criterio es aplicable a la norma vigente:

> 7) Cuándo puede incurrirse en demora?
>
> (i) Cuando el proveedor no solicitó la ampliación de plazo por el diferimiento del plazo de cumplimiento de la prestación o,
>
> (ii) Cuando el proveedor si solicitó la ampliación de plazo por el diferimiento del plazo de cumplimiento de la prestación, pero la solicitud de ampliación de plazo es denegada.
>
> En ambos casos, sin duda HAY DEMORA.
>
> 8) Sin embargo, la conjunción de ambos requisitos (retraso y ausencia de justificación en el retraso) guarda coherencia y razonabilidad con el establecimiento de la penalidad por mora, que busca desalentar conductas del Contratista que motiven una dilación del contrato, más allá del límite expresamente contemplado en el contrato o en sus

(21) En el ámbito privado se comparte esa posición. El artículo 1343 del Código Civil desarrolla lo siguiente: "Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario".

(22) Las partes fueron Global Med Farma S.A.C y la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud del Ministerio de Salud. Los árbitros fueron Elvira Martínez, Mario Silva y Humberto Flores.

sucesivas ampliaciones de plazo, siendo que no toda demora genera mora.

9) De ello queda claro que no puede penalizarse a un proveedor por retrasos inexistentes o, por retrasos que aun siendo ciertos y verificables, no sean imputables al Contratista, sino que obedecen a hechos de la Entidad o de terceros.

De lo contrario, se perdería el elemento constitutivo que define la naturaleza de tal consecuencia pecuniaria, que no es otra que sancionar un atraso que el Contratista estuvo en aptitud de evitar, bajo su propia esfera de dominio.

10) Llegados a este punto, estamos en condiciones de distinguir las siguientes figuras (…):

(i) En la figura de la "ampliación de plazo": Si la Entidad concede una ampliación de plazo, entonces el plazo inicial del contrato se extiende en el mismo número de días conferido, por lo que en dicho intervalo no puede hablarse de retraso contractual alguno, por lo que no se dan ninguno de los dos elementos necesarios para analizar la pertinencia de aplicar o no una penalidad por mora. (…)

(ii) En la "extensión de plazo con retraso injustificado": Este es el ámbito propio de la aplicación de penalidades porque existe el atraso (primer elemento constitutivo de la penalidad por mora) y el atraso imputable al Contratista también denominado atraso injustificado (segundo elemento constitutivo de la penalidad por mora).

(iii) En la "extensión de plazo con retraso justificado": Este es el ámbito de exclusión de penalidades porque si bien existe atraso (primer elemento constitutivo de la penalidad por mira), el atraso no es imputable al Contratista y al existir un atraso justificado no se configura el segundo elemento constitutivo de la penalidad por mora.

Con lo que queda claro que si el atraso no le es imputable al Contratista, no será pertinente aplicársele penalidad por dicho concepto.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si la denegatoria de la ampliación de plazo se debió a que el retraso era atribuible al contratista? Consideramos que este sería el único caso en el que la entidad pública podría aplicar la penalidad moratoria por el periodo denegado, teniendo como medio probatorio el pronunciamiento denegatorio de la ampliación de plazo. En los otros casos, las partes tendrían que discutir en arbitraje la imputabilidad del retraso para determinar si corresponde o no aplicar la penalidad moratoria.

3.6. Papel de la pericia de oficio y la labor de los árbitros

Usualmente, los árbitros para resolver una controversia sobre una ampliación de plazo ordenan la actuación de una pericia de oficio, en tanto la discusión sobre la procedencia o no de dicha ampliación tiene aspectos técnicos que dilucidar (como el caso de traslapes con otras ampliaciones de plazo otorgadas, determinación de rendimientos diarios, etcétera). Ello en concordancia con el numeral 1 del artículo 44 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje[23].

Ante ese escenario, es razonable que los árbitros, además de escuchar la posición de las partes, busquen la opinión de un tercero experto e independiente para que brinde su posición, con el objetivo de acercarse lo más posible a los hechos tal cual ocurrieron. Un sector de la doctrina, entre ellos Ivanega (2012), sostiene que los árbitros deben llegar a la verdad material; en otras palabras, deben alcanzar la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas y en su caso probadas por las partes, supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es.

Con relación a ello, Guaia (2015) refiere lo siguiente:

> (…) se presenta incuestionable que en un arbitraje, el tribunal actuante tiene naturalmente facultades para instruir la causa con medida de prueba de propia concepción, en aras de procurar la verdad material sobre los hechos o lograr un acabado conocimiento del derecho.

Ello se condice con lo señalado en el laudo del proceso arbitral No. S227-2017/SNA-OSCE del 17 de julio del 2020[24], el cual sostiene que para resolver se debe aplicar

(23) "Artículo 44.- Peritos
1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictamen sobre materias concretas. Asimismo, requerirá a cualquiera de las partes que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso de éstos."

(24) Las partes fueron el Ministerio de Cultura y H & S General Service S.R.L. El árbitro único fue Eduardo Solís.

"la verdad material y equidad; primando los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y sin dejar de lado el valor justicia."

Así, en algunas ocasiones, el perito plantea una posición distinta a lo señalado por las partes. Por ejemplo, el contratista solicita diez (10) días calendario de ampliación de plazo, la entidad pública considera que no corresponde ninguno, pero el perito opina que corresponde cinco (5) días calendario.

Si a los árbitros, luego del debate pericial y otras actuaciones arbitrales, les genera convicción los fundamentos y conclusiones del perito por encima de lo señalado por las partes, es razonable que utilicen la pericia para fundamentar su posición. No obstante, no pueden limitarse a señalar al momento de laudar que "hacen suyos los argumentos del perito" y en la oración siguiente decidir si se otorga el plazo o no.

Una pericia es una prueba auxiliar, un apoyo; de ningún modo la sustitución al razonamiento o la motivación de los árbitros. Consideramos que los árbitros están obligados a explicar en el laudo, cuando menos, por qué la pericia les generó convicción y por qué las premisas del perito prevalecen sobre lo señalado por las partes.

¿Qué ocurre si los árbitros únicamente *"hacen suyos los argumentos del perito"* sin mayor explicación? Habrá altas probabilidades que el laudo sea anulado, ya que se incurrirá en el vicio de motivación aparente, conforme el literal b) del inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje[25].

Esta posición es pacífica a nivel judicial. Por citar un caso, la sentencia del expediente No. 00373-2021-0-1817-SP-CO-02 expedida por Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia señala en su fundamento décimo tercero lo siguiente:

> DECIMO TERCERO: Como se advierte de lo glosado por el Órgano Arbitral, lejos de esgrimir argumentos que sustenten y respalden su criterio resolutor respecto a estos extremos se remite y apoya en forma acrítica en lo opinado por el perito, del cual afirma que le genera convicción, pero sin explicitar ningún análisis ni juicio de valor acerca de dicho informe, que -como se advierte de los fundamentos 2.43 y 2.44 del laudo- fue objeto de cuestionamientos por ambas partes: PROVIAS cuestionó la metodología empleada por el perito para determinar los rendimientos, y OBRAINSA consideró incorrecta la programación que hizo el perito, por horas e incluso por fracciones de días, lo que el tribunal arbitral consideró absuelto en forma apodíctica con lo manifestado por el perito, quien indicó que esa praxis utilizada en la pericia no contradecía lo pactado en el contrato. Sin embargo, en ningún momento se aprecia que el tribunal arbitral haya emitido explicitado su criterio resolutor con relación a estos cuestionamientos, sino que únicamente se ha remitido literalmente a lo expresado por el perito, con lo cual propiamente se tiene que el tribunal prácticamente ha deferido al perito su atribución para decidir en las dos posiciones de las partes en pugna, cuando dicho perito es solamente un órgano de auxilio, mientras que el tribunal arbitral, como director del proceso y administrador de la justicia en dicha sede, es el responsable de exponer los argumentos necesarios y determinantes en los que basa su decisión final, lo que en el presente caso no se advierte.
>
> No escapa a criterio de esta Corte, que esa dejación hecha por el tribunal arbitral, de su responsabilidad de decidir en cuanto se limita a consignar lo expresado por el perito como fuente intrínsecamente válida de su decisión, sin justificar por qué, resulta contradictorio con lo expresado por el propio tribunal cuando en el fundamento 2.34 del laudo, acoge el Acuerdo Plenario 4-2015/CIJ/116 del IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que -según el propio laudo consigna- se estableció que 'el juez deberá fundamentar coherentemente, tanto la aceptación como el rechazo del dictamen", puesto que "las pericias no son en sí mismas la expresión de una verdad incontrovertible'.

De esa manera, la pericia de oficio es un apoyo importante en las controversias sobre ampliaciones de plazo, pero dicho medio probatorio no sustituye la labor de los árbitros de motivar su decisión.

4. Conclusiones

La ampliación de plazo es un remedio legal que faculta al contratista a solicitar el restablecimiento del plazo perdido por eventos que no le son atribuibles y que afectan la ruta crítica del proyecto. En caso se reconozca este mayor plazo, se deberá pagar al contratista los mayores gastos generales variables y los costos directos relacionados a la ampliación.

La controversia sobre este remedio legal es una de las más recurrentes en materia de contratación pública, por lo que es importante revisar su casuística para verificar los criterios adoptados por los operadores. Para

la preparación de este artículo, se revisaron seis temas discutidos en arbitraje y uno en el proceso de anulación.

De dicha revisión de evidenció que muchos de los argumentos comunes utilizados por las entidades públicas para denegar el plazo carecen de base legal y técnica, lo que resulta preocupante, ya que una negativa injustificada puede ser la "primera piedra" de una serie de controversias que conlleven que la obra se vea truncada.

Referencias bibliográficas

AACE. (2011). *AACE International Recommended Practice No. 29R-03*.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del proceso arbitral ad hoc del 9 de marzo del 2015.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del proceso arbitral No. 3345-2015-CCL del 3 de mayo del 2018.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del proceso arbitral No. S227-2017/SNA-OSCE del 17 de julio del 2020.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo en mayoría del expediente arbitral No. 147-2016-CCL del 2 de noviembre del 2020.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del proceso arbitral No. 2694-66-21-PUCP del 20 de julio del 2021.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del proceso arbitral No. I526-2018 (ad hoc) del 6 de diciembre del 2021.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del expediente arbitral No. 2250-212-19-PUCP del 5 de agosto del 2022.

Centro de Arbitraje CCL. Laudo del proceso arbitral No. 2736-108-20-PUCP del 16 de diciembre del 2022.

Corte Superior de Justicia. Segunda Sala Civil. Expediente No. 00373-2021-0-1817-SP-CO-02

Gandolfo, R. (2016). El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*, (6), pp. 67- 81.

Guaia, C. I. (2015). Medidas probatorias de oficio en el Arbitraje Comercial Internacional.

Arbitraje PUCP, (5), pp. 142-148.

Hinze, J. (2001). *Construction Contracts* (2ª ed.). McGraw-Hill.

Ivanega, M. (2012). El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo. *AÍDA*, pp. 197-222.

OSCE. (2014). *Opinión No. 017-2014/DTN*.

OSCE. (2016*). Opinión No. 203-2016/DTN*.

OSCE. (2016). *Opinión No. 170-2016/DTN*.

OSCE. (2019). *Opinión No. 084-2019/DTN*.

OSCE. (2019). *Opinión No. 143-2019/DTN*.

OSCE. (2020). *Opinión No. 089-2020/DTN*.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.003

Una primera aproximación a los Contratos de Supervisión de Obra en Proyectos Públicos(*)

A First Approach to the Execution of Construction Supervision Contracts in Public Projects in Peru

Juan Carlos Morón Urbina(**)
Estudio Echecopar (Lima, Perú)

Sherin Limas Calderón(***)
Estudio Echecopar (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo realizar una primera aproximación a la ejecución de los contratos de supervisión de obra, suscritos bajo la normativa peruana para el control de calidad y el acompañamiento técnico en la gestión contractual de la construcción de obras públicas bajo el régimen general y/o en la ejecución de contratos de concesión. Esto debido a la importancia que tienen estos contratos en la etapa de la ingeniería o en la construcción de un proyecto de inversión de infraestructura; por lo cual, es necesario regularlos adecuadamente y comprender la naturaleza de la prestación de estos servicios especializados. Asimismo, se analizará brevemente los antecedentes de la figura del "supervisor de obra" en la normativa peruana para identificar su finalidad y alcance en las obras públicas bajo régimen general y en los contratos de concesión. Finalmente, se plantean los principales problemas que se identifican en la ejecución de este tipo de contratos de supervisión y cómo estos terminan repercutiendo de forma negativa en el desarrollo de la construcción del proyecto de obra, incluso condicionando su frustración.

Palabras clave: Supervisión - Control - Calidad - Construcción de obras - Consultoría especializada - Ingeniería de Consulta

Abstract: The purpose of this paper is to address a first approach to the execution of construction supervision contracts in public projects in Peru mains issues and challenges faced in the execution of construction supervision contracts, signed under Peruvian regulations for quality control and technical support in the contractual management of the construction of public works under the regime general and/or in the execution of concession contracts. Given the importance of these contracts in the development at the engineering or construction stage of an infrastructure investment project, their regulation,

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 6 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 1 de junio de 2023.

(**) Abogado por la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú). Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de diversos cursos de Derecho Administrativo a nivel de Pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como en la Universidad de Piura. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción (SPDC). Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Socio del Estudio Echecopar. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5297-8639. Correo electrónico: juancarlos.moron@bakermckenzie.com.

(***) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Especialista en Derecho de la Construcción y Derecho Público, vinculado al desarrollo de proyectos de infraestructura pública y privada. Asociada del Estudio Echecopar Asociado a Baker Mckenzie International. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2141-3712. Correo electrónico: sherin.limas@bakermckenzie.com.

and the correct understanding of the nature of the provision of these specialized services is the central object of the present article. We briefly analyze the background of the figure of the "work supervisor" in Peruvian regulations, to identify its purpose and its scope in public works under the general regime and in concession contracts. Finally, in this article the main problems that are identified in the execution of this type of supervision contracts are raised and how they end up having a negative impact on the development of the construction of the work project, even conditioning its frustration.

Keywords: Supervision - Control - Quality - Construction of works - Specialized consultancy - Consultation Engineering

1. Introducción

A lo largo del desarrollo de un proyecto de infraestructura, se involucran diversos agentes, como lo son el constructor, el propietario, los subcontratistas, los proveedores de materiales y el supervisor de obra, quien es asiduamente convocado por el propietario para velar por sus intereses *in situ*. Este agente mantiene una participación activa y, en ocasiones, determinante a lo largo de la ejecución del contrato de construcción. Esto, debido a que despliega distintas tareas de verificación, supervisión e inspección del cumplimiento cabal de las obligaciones encomendadas al constructor. Asimismo, su partición abarca el acompañamiento técnico desde la elaboración del diseño, la construcción propiamente de la infraestructura hasta, incluso, la operación de la misma.

Así, los propietarios acuden a estos agentes del mercado, llamados "supervisores", para que los "representen" en el día a día de la ejecución de las fases del Proyecto. No obstante, no solo se encargan de velar por el fiel cumplimiento del contrato del constructor, sino que se aseguran de que los procesos constructivos y los materiales utilizados cumplan con la calidad óptima establecida en las especificaciones técnicas de ingeniería de cada proyecto.

Igualmente, el acompañamiento técnico de un supervisor puede implicar un servicio de optimización de la ingeniería de diseño, propuestas de mejora y modificaciones durante la ejecución de los proyectos. Como se observa, existe un abanico de actividades que se pueden encomendar a un supervisor, las cuales estarán definidas por el propietario de la obra sobre la base del contrato de construcción.

A partir de lo anteriormente expuesto, el presente artículo identificará los principales problemas y desafíos que enfrenta la ejecución de los contratos de supervisión suscritos por el Estado, ya sea bajo el régimen general de la obra pública o bajo el desarrollo de concesiones. Entre lo recurrentes problemas, se encuentra (i) la relación que mantiene este tipo de contrato con el contrato de construcción (objeto de la supervisión) y (ii) su impacto, en muchos casos negativo, entre el estado y el contratista que condiciona el pago de su contraprestación, sin causa atribuible al supervisor.

Ambos autores identifican que este impacto puede explicarse en el hecho de que no es un contrato que haya sido abordado casuística y/o doctrinalmente, a diferencia de los contratos de construcción, situación que genera un desconocimiento de la naturaleza de sus prestaciones. De esta manera, no existe una uniformidad de su entendimiento, ante lo cual la interpretación que las partes proponen de sus propios términos contractuales se halla confrontadas cuando están incursas en controversias entre el supervisor y el propietario, lo cual también representa un desafío.

Sumado a ello, se advierte que la regulación en nuestro país (que debería ser complementaria al pacto de las partes) respecto al contrato de supervisión o a la figura del supervisor no es específica ni orientadora; lo que existe son disposiciones puntuales aplicables a la supervisión de obra de contratos de construcción bajo la Ley de Contrataciones del Estado(1) (en adelante la Ley de Contratación Pública) y una descripción de las funciones de la figura de "supervisor de obra" realizada en el Reglamento Nacional de Edificaciones(2), aplicable a obras públicas y privadas. En ambas es evidente la ausencia de una determinación de una misión y función específica para el supervisor.

En base a la problemática planteada, se procede a desarrollar lo siguiente: (i) una breve reseña de la evolución histórica de la supervisión de obras en el Perú, (ii) el marco conceptual del rol del supervisor de obra, (iii) la naturaleza y los elementos característicos de un contrato de supervisión

(1) Actualmente, se encuentra vigente el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 082-2019-EF, publicado el 13 de marzo de 2019, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 344-218-EF y sus modificaciones emitidas entre el 2021 y 2022 (en adelante, el Reglamento de la Ley de Contratación pública).

(2) El Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo 015-2004-VIVIENDA y sus modificatorias.

de obra, (iv) los principales problemas y desafíos del régimen de supervisión de obras públicas y concesiones de infraestructura; (v) la implementación de la contratación de una empresa especializada para la supervisión de obra, y (vi) las conclusiones y consideraciones que se desarrollarán.

2. Breve reseña de la evolución histórica de la supervisión de obras en el Perú

De acuerdo con la Asociación Peruana de Ingeniería de Consulta (APIC), ahora conocida como la Asociación Peruana de Consultores (APC), la ingeniería de consulta(3) en el país toma importancia desde los años sesenta. En ese momento, se reconoció la necesidad de aplicar buenas prácticas de ingeniería (con el *know-how* de la experiencia extranjera) en la ejecución de los proyectos públicos. Asimismo, se buscaba garantizar su viabilidad y rentabilidad, un aspecto que antes no se había tenido en cuenta, ya que el Estado solo proponía los estudios y contrataba constructores que ejecutaban las obras. En palabras de Ruiz Huidobro:

> Fue el presidente Fernando Belaunde, durante su primer gobierno, quien se percató de que los estudios de factibilidad de los proyectos públicos debían ser desarrollados por consultores externos a los ministerios. La lógica era sencilla: debía evitarse que dichos proyectos cobraran más una finalidad política que una de bienestar para toda la población. El Estado no podía ser juez y parte de su propia iniciativa. Se necesitaba una mirada más técnica y menos apasionada (2018, pp. 18-19).

Así, durante este periodo, se formó un gremio importante de consultores de ingeniería con la creación de la APIC en 1968. Estos consultores jugaron un papel fundamental en el desarrollo de proyectos de infraestructura pública. Sin embargo, comenta Danós (2006, pp. 10-11), que el Estado llevaba a cabo obras siguiendo normas dispersas y escasas. Aunque existían regulaciones que abarcaban los procedimientos de selección de licitaciones y concursos públicos, estas regulaciones se centraban principalmente aspectos presupuestarios. Entonces, cada entidad estatal decidía a discreción la contratación de supervisores.

A inicios de los años ochenta, de acuerdo con Danós (2006, pp. 10-11), se intentó sistematizar la dispersión normativa al crear un único régimen de control administrativo sobre la adjudicación de obras, que estuvo regulado por el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP, aprobado por Decreto Supremo 034-80-VC. Posteriormente, para el caso de adquisiciones de bienes, servicios y suministros, se expidió el Reglamento Único de Adquisiciones - RUA, aprobado por el Decreto Supremo 065-85-VC; y, finalmente, para la contratación de actividades de consultoría, se expidió la Ley 23554: *"Los servicios de consultoría contratados por entidades del Sector Público o empresas Estatale*s o Mixtas", del 29 de diciembre de 1982 y su Reglamento General de las Actividades de Consultoría - REGAC, aprobado por Decreto Supremo 208-87-EF del 11 de noviembre de 1987.

En dicho contexto, con la expedición de la Ley 23554 y el REGAC, se establecieron normas aplicables a la ejecución de los contratos de consultoría, entre otras, para la supervisión de estudios y de construcción de obras de ingeniería y arquitectura, de instalaciones y de maquinarias, entre otros. Cuando se fusionan los tres regímenes antes descritos (RULCOP, RUA y REGAC), por una decisión legislativa basada en la simplificación normativa, se derogó dichas disposiciones aplicables a los contratos de consultoría, como los de supervisión. Así, se dio paso a una regulación forzadamente unificadora en la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado con la Ley 26850 del 3 de agosto de 1997.

Desde dicha Ley de contratación pública hasta la emisión del TUO de la Ley 30225, "Ley de Contrataciones del Estado", aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF y modificatorias, los contratos de supervisión suscritos para le ejecución de obras públicas tienen una regulación puntual. Esta regulación abarca el procedimiento de selección, la ejecución de los contratos y la interacción con el encargado de la construcción.

En cuanto a los contratos de supervisión suscritos para el desarrollo de obras bajo otro tipo de regímenes (Asociación Público

(3) La Ingeniería de consulta es definida, de acuerdo con la Federación Panamericana de Consultores, como "el trabajo intelectual que pone la tecnología al servicio de la sociedad. Es ejecutada por profesionales en el desarrollo de proyectos, participando en ellos desde su concepción y la definición de procesos y especificación de equipos hasta la supervisión y administración de las obras que requiere su materialización, para terminar, colaborando en su puesta en marcha". Al respecto, *véase*: http://www.fepac.org/?q=%C2%BFqu%C3%A9-hace-la-ingenier%C3%ADa-de-consulta.

Privadas - APPs, Obras por impuestos, entre otros) no existe una regulación normativa específica ni orientadora respecto a la forma de su ejecución. De esta forma, se deja al libre al albedrio de las partes (entidades públicas supervisoras o ejecutoras y empresas privadas de consultoría de ingeniería) su regulación y términos de su ejecución.

En ese contexto, la evolución histórica de la figura del "supervisor de obra" ha quedado estancada en el tiempo en el extremo de su regulación y en su desarrollo doctrinal, lo que, finalmente, ocasiona una falta de uniformidad en el entendimiento de este tipo de contratos. Circunstancia que representa un importante desafío, ya que la interacción o relación del supervisor de obra puede generar problemas entre el contratista y la entidad contratante que frustre el desarrollo de cualquier proyecto de infraestructura.

3. El marco conceptual de la figura del supervisor de obra

La figura del supervisor de obra yace del derecho de inspección, verificación o "supervisión" con el que ostenta todo propietario que ordena a un tercero la ejecución de una obra bajo determinados términos contractuales (léase, diseño, especificaciones técnicas, etc.) y aplicando las reglas del arte, lo cual se encuentra regulado en el artículo 1777[4] del Código Civil Peruano.

Asimismo, por su parte, el Subcapítulo VI *Del Supervisor de Obra* de la Norma G-030 del Reglamento Nacional de Edificaciones, en su artículo 38[5], establece de forma puntual que la figura del supervisor de obra tiene la función de verificar que la obra se ejecute conforme a los proyectos aprobados, se sigan procesos constructivos acordes con la naturaleza de la obra, y se cumpla con los plazos y costos previstos en el contrato de obra.

Así, en el mencionado cuerpo normativo, se establece que la figura del supervisor es asumida por un profesional especializado en la materia que va a supervisar, y este asume una serie de responsabilidades principales según lo establecido en el artículo 40 que detalla:

Artículo 40.- Es responsabilidad del Supervisor de Obra:

a) Revisar la documentación del Proyecto elaborado por los profesionales responsables del mismo, con la finalidad de planificar y asistir preventivamente al propietario o a quien lo contrate.
b) Revisar la calificación del personal del Contratista, Proveedor o Subcontratistas que participen en el Proyecto de Construcción.
c) Asegurar la ejecución de las pruebas, controles y ensayos, previstos en las especificaciones del Proyecto.
d) Emitir reportes que señalen el grado de cumplimiento de los requisitos especificados en la documentación del Proyecto.
e) Participar en el proceso de recepción de las etapas del Proyecto a nombre del propietario.

Así, en una anterior investigación, se identificó que el objetivo de la supervisión es lograr que la obra se ejecute dentro del programa establecido, verificar la calidad de obra especificada y respetar el costo contratado. El supervisor tiene un papel proactivo durante la construcción al identificar cualquier problema que pudiera afectar el resultado de la obra. Realiza actividades para garantizar la calidad integral del proyecto (Morón, 2016).

Bajo estas circunstancias, es importante destacar que el rol del supervisor de obra no se limita meramente a ser una autoridad con enfoque retrospectivo, orientada exclusivamente hacia el diseño original del proyecto. Por el contrario, asume una perspectiva prospectiva, buscando asegurar que la ejecución del proyecto se lleve a cabo de la manera más óptima posible, anticipándose a las posibles dificultades que puedan surgir durante su desarrollo.

(4) Artículo 1777.- Inspección de la Obra. El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios. Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

(5) Artículo 38.- En los casos de obras públicas o cuando el propietario lo estime conveniente, se designará un Supervisor de Obra, cuya función es la de verificar que la obra se ejecute conforme a los proyectos aprobados, se sigan procesos constructivos acordes con la naturaleza de la obra, y se cumpla con los plazos y costos previstos en el contrato de obra.

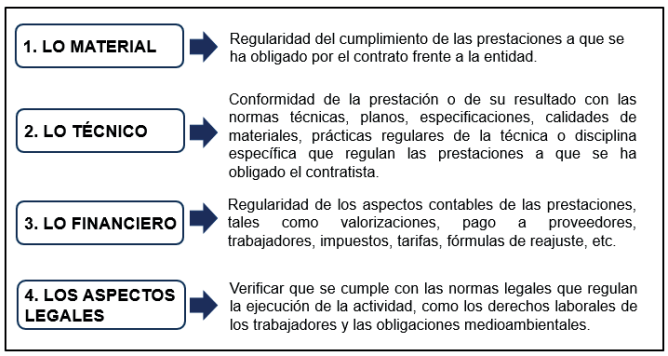
Ahora, para el caso de obras públicas, las entidades estatales tienden a externalizar la potestad de inspeccionar la obra al encargar o delegar a un inspector de obra o a un supervisor, ya sea una persona natural o una jurídica. Esto con la finalidad de desarrollar acciones específicas para inspeccionar, vigilar y supervisar la ejecución de la obra a cargo del contratista. Asimismo, en caso de ser necesario, un supervisor puede dictar órdenes y los correctivos necesarios a ser implementados por el contratista bajo apercibimiento de penalidad u otro tipo de sanción que hayan sido determinadas en el contrato de obra suscrito entre la entidad estatal y el contratista.

De esta manera, se establece la presencia del supervisor de obra como una medida prevista en el proceso de ejecución de proyectos de infraestructura pública, con el propósito de garantizar una supervisión directa y constante que asegure la adecuada realización de la obra y el cumplimiento del contrato. Esta función de supervisión se desarrolla de manera simultánea al avance de la obra, iniciándose antes de su comienzo y acompañándola a lo largo de todo su ciclo de ejecución Incluso, como bien se apunta en la investigación mencionada, en obras de complejidad y altos montos económicos se exige legalmente que la supervisión se encuentre a cargo de una empresa privada especializada.

Así pues, la intensidad y extensión de los servicios brindados por la supervisión varía según la clase de contrato que se celebre: más en prestaciones continuadas, como es el caso de un contrato de concesión, suministros, obras, supervisión, consultorías, entre otros (Morón, 2016).

Dentro del alcance de los contratos de supervisión, se encuentran funciones técnicas, contables y administrativas, el control y vigilancia sobre la calidad de los materiales empleados, los subcontratistas y el pago a sus trabajadores. Conforme se desarrolla en la investigación de Morón Urbina, las distintas actividades pueden abarcar los siguientes cuatros aspectos:

Figura 1
Categoría de Actividades de supervisión



Fuente: elaboración propia

Las actividades de la supervisión pueden abarcar diversos aspectos vinculados al contrato, objeto de la supervisión. Ahora bien, para efectos del presente artículo, en adelante solo nos referiremos a la supervisión de obra para la construcción de infraestructura, ya sea la supervisión solo para la fase constructiva o para la etapa del desarrollo de la ingeniería.

Finalmente, se advierte que la figura de supervisor de obra, en los Contratos estandarizados, como son los NEC y FIDIC, se reduce a las funciones de verificación de la calidad en el proyecto de construcción. Por otro lado, otras funciones son asignadas al Gerente de Proyecto, quien termina asumiendo la responsabilidad de todas las actividades necesarias para asegurar la adecuada ejecución de la obra, según lo que la entidad contratante demande.

4. Los elementos caracterizadores de un contrato de supervisión de obra

Los contratos de supervisión, ya sea para obras bajo el régimen de contratación pública, el desarrollo de infraestructura en el marco de una concesión o incluso obras privadas, encuentran su base regulatoria en las disposiciones de Código Civil. Además, en el caso del régimen de contratación pública, se aplica de manera supletoria según lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contratación Pública vigente.

En las siguientes líneas, se pretende identificar algunos elementos caracterizadores de un contrato de supervisión, partiendo de la base que el contrato de supervisión de obra se encuentra dentro de la categoría general de una prestación de servicios, ya que implica el compromiso de realizar una determinada prestación en un determinado tiempo a favor de un comitente. Así, la prestación de los servicios se encuentra regulada en el artículo 1755 del Código Civil. Respecto de este, la doctrina ha señalado que es un género que abarca distintas modalidades contractuales, conforme se aprecia a continuación:

> (…) En rigor, el denominado "contrato de prestación de servicios" viene a ser un género contractual bajo cuya comprensión y regulación general se cobijan determinadas modalidades contractuales típicas específicas y ciertas modalidades atípicas que el Código reconoce; advirtiéndose, por consiguiente, que entre aquel y estas existe una relación de género a especie. En tal contexto, las disposiciones generales que van desde el articulo 1755 hasta el numeral 1763 del Código Civil constituyen una suerte de "parte general" que sirve de marco normativo supletorio para las referidas modalidades.
>
> Bajo este enfoque podría sostenerse que el contrato de prestación de servicios definido en el artículo 1755 no es en sí una figura contractual autónoma, pues cualquier relación jurídica que suponga una "prestación de servicios" o se encuadra en alguna de las modalidades típicas (locación, obra, mandato, depósito o secuestro) o se trata de una figura atípica, nominada o innominada, cuyas prestaciones son de "doy para que hagas" o de "hago para que des", o eventualmente de "hago para que hagas" según la aplicación extensiva a la que nos hemos referido (Pacheco, 2010, pp. 1523-1530).

De ese modo, se puede concluir que dentro de este género de prestación de servicios se encuentran los contratos típicos nominados e innominados, como es el caso del contrato de supervisión, cuyos elementos caracterizadores consistiría en que: (i) es un contrato de prestaciones reciprocas y onerosas, (ii) es un contrato de consultoría especializada y (iii) es un contrato coligado al de obra.

4.1. Contrato de prestaciones recíprocas y oneroso (modalidades de pago)

El contrato de supervisión implica prestaciones recíprocas, ya que tanto el propietario como el supervisor se comprometen a desplegar determinadas acciones. Por un lado, las actividades de supervisión y, por otro lado, el pago por las mismas, por lo que son prestaciones que deben cumplirse conmutativamente, en los términos establecidos en el artículo 1426 del Código Civil.

Por efecto de ello, este tipo de contrato es oneroso, dado que, como bien indica Rincón Salcedo, el propietario que encarga la supervisión de su obra se obliga a pagar una retribución por dicho servicio (2011, p. 72). Este tipo de contrato busca un beneficio, por lo que resulta forzoso constatar que se caracteriza por ser oneroso. Entonces, el supervisor tiene una expectativa de cobro de una retribución, la cual será determinada sobre la base del pacto entre las partes. Las modalidades de pago comunes para los contratos de supervisión son la de tarifas por horas y la tarifa a suma alzada.

La diferencia principal entre ambas modalidades radica en la forma de remuneración. En la modalidad de tarifa por horas hombre, el supervisor cobra según el tiempo en el que presta el servicio. Para ello, establece previamente una tarifa por hora/hombre para las actividades de supervisión. En cambio, la modalidad de suma alzada fija un monto total por un alcance específico y dentro de un plazo determinado para que el supervisor brinde el servicio. Es común que este tipo de contratos incluyan fórmulas de pago específicas. Por ejemplo, se establece pagos mensuales basados en el avance de la ejecución del contrato de obra. En el caso de contratos a suma alzada, se acuerdan pagos trimestrales por montos fijos en relación al monto total pactado. También se realizan pagos por hitos de ejecución, es decir, por trabajos realizados durante el desarrollo del proyecto.

4.2. Contrato de consultoría de supervisión

Como se ha visto anteriormente, ni la prestación de servicios (como género) ni la característica previamente mencionada permiten comprender completamente el alcance conceptual de un contrato de supervisión de obra. Por lo tanto, es importante identificar la especie dentro de dicha categoría. En ese sentido, es fundamental tener en cuenta que el servicio involucrado en un contrato de supervisión es altamente especializado.

El hecho de que el contrato de supervisión sea altamente especializado implica que su naturaleza está enfocada en la prestación de un servicio profesional principalmente intelectual. Esta característica específica clasifica al contrato de supervisión dentro de la categoría de contratos de consultoría. Según la definición proporcionada por Ismael Mata (1979), una subcategoría de este tipo de contrato podría describirse de la siguiente manera:

> (…) prestación de servicios altamente calificados cuyo fin está centrado hacia el desarrollo de actividades de carácter eminentemente intelectivo y con la particularidad que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de cometidos vinculados a proyectos de desarrollo o inversión. Doctrinariamente se ha caracterizado la naturaleza jurídica de este contrato, con razón, como una transposición adaptada al Derecho Administrativo de la locación de obra inmaterial o intelectual del Derecho Privado, pero presentada

> con relación a grandes proyectos de inversión pública y con niveles notables de independencia [énfasis agregado] (1979, pp. 245 y ss.).

En el caso de un contrato de consultoría en supervisión especializada, este implica un cúmulo de actividades intelectivas, es decir, inmateriales, vinculadas al control de calidad, revisiones y verificaciones técnicas, entre otros. Este contrato, al realizarse programáticamente en el tiempo, bajo un criterio de pertinencia y oportunidad, logra el desarrollo de un proyecto de inversión de infraestructura, ya sea en la etapa de la ingeniería como en el de construcción.

Así, los contratos de consultoría especializada suponen un servicio complejo cuya finalidad es una obra inmaterial, que no necesariamente implica la entrega de un resultado final, sino la consecución, en el tiempo, de un alcance pactado. Para llegar a la realización de dicho alcance, los contratos de consultoría se componen de la ejecución de distintas actividades que en su conjunto cumplen con la realización de esta "obra" inmaterial, que no es otra cosa que el alcance pactado.

Entonces, los contratos de consultoría de supervisión de obra suponen la ejecución, en conjunto, de un cúmulo de actividades encaminadas a la realización de un determinado alcance contractual específico. Estas actividades se llevan a cabo de manera continua a lo largo del tiempo. Tanto las tareas específicas como el alcance general de la supervisión están regulados en los documentos técnicos y/o contractuales que rigen el servicio de supervisión de obra.

Basándonos en esta condición, se pueden identificar dos características vinculadas a la naturaleza del contrato de consultoría de supervisión de obra. En primer lugar, las obligaciones son de medios y no de resultados; y en segundo lugar, son obligaciones indivisibles. Detallamos estas características a continuación.

a) El contrato de consultoría de supervisión contiene obligaciones de medios

El contrato de consultoría de supervisión implica los servicios altamente especializados, cuya prestación es la realización de un cúmulo de actividades intelectivas. Estas pueden incluir, por ejemplo, la revisión de cálculos, metrados, valorizaciones, expedientes técnicos, reuniones técnicas, entre otras. El objetivo principal de estas actividades es garantizar el cumplimiento específico de un determinado alcance contractual.

Así el alcance de todo contrato de consultoría de supervisión se define en los documentos contractuales, teniendo como principal premisa que el alcance no es el desagregado de actividades que, en la práctica, se terminarán realizando sobre el criterio de oportunidad y pertinencia a lo largo de la prestación del servicio, sino el cumplimiento final como "resultado" del cúmulo de actividades que se desplegaron durante la ejecución del contrato.

De igual manera, es importante que se tome nota de la naturaleza de las obligaciones del supervisor, ya que, a pesar de que la realización de este cúmulo de actividades está encaminada a la consecución de un alcance, no son obligaciones de resultados, sino de medios.

Las actividades del contrato de consultoría de supervisión implican un resultado intelectivo e inmaterial que depende en buena cuenta de las condiciones y circunstancias que acontezcan en el contrato objeto de supervisión. Así, un supervisor (que desempeña el rol de deudor de la obligación) estará obligado a desplegar un comportamiento tendiente a obtener un resultado final. Sin embargo, de no alcanzarlo, el deudor no incurrirá en responsabilidad si actuó con la diligencia debida. Por ejemplo, el supervisor no podrá comprometerse a revisar un expediente técnico o a aprobarlo si el contratista no lo ha presentado, dado que el resultado final de su obligación dependería y está condicionado a que efectivamente dicho tercero cumpla con su prestación de presentar lo que será objeto de la supervisión.

Como se puede observar, el cumplimiento de todas las actividades correspondientes por parte del supervisor, tales como la supervisión de pruebas en campo, las reuniones técnicas y las revisiones documentarias previas a la revisión final del expediente técnico, resulta insignificante si el contratista no cumple con su obligación. Un ejemplo ilustrativo de esta situación es cuando el expediente técnico, a pesar de haber sido debidamente preparado, no es presentado debido al incumplimiento del contratista.

Es evidente que, incluso si el Contratista no cumple con sus obligaciones, esto no mermará que el supervisor haya cumplido con realizar el cúmulo de actividades a su cargo como lo son la supervisión de pruebas en campo, o las reuniones técnicas y revisiones documentarias previas a la revisión final del expediente técnico que, en el ejemplo, nunca fue presentado, para culminar con su alcance final. Aunque el supervisor haya cumplido con todas estas actividades previas, no puede garantizar un resultado en relación a dicho expediente, ya que la responsabilidad principal recae siempre en el contratista,

quien es el encargado de presentar el expediente técnico para su revisión por parte del supervisor.

En consecuencia, este tipo de contrato se considera como una obligación de medios, lo que significa que el deudor cumple con la realización de las actividades en la oportunidad y pertinencia de estas con la finalidad de realizar su alcance. No obstante, esto no implica que garantice un resultado derivado de la prestación de su servicio.

b) El contrato de consultoría de supervisión contiene obligaciones indivisibles

Una vez definido el alcance de todo contrato de supervisión en los documentos contractuales, también se identifican el desagregado de actividades que, en la práctica, se terminarán realizando durante la prestación del servicio. Todo esto en base al criterio de oportunidad y pertinencia.

Este criterio implica que las actividades definidas respecto al alcance determinado o pactado en el contrato de supervisión resultan indivisibles, dado que estas serán cumplidas a lo largo de la duración del contrato, ya que una vez determinadas, estas ya no pueden desagregarse o medir su realización parcial. Ello, debido a que su ejecución se realiza en función a determinadas condiciones de oportunidad y pertinencia para lograr el alcance comprometido, ya sea en el acompañamiento técnico en la elaboración de la ingeniería o como en la subsecuente construcción.

Las actividades de supervisión son, generalmente, de naturaleza genérica, como la revisión de documentos contractuales o la realización de reuniones técnicas y el seguimiento del cuaderno de obra, entre otras. Durante toda la ejecución del contrato de supervisión, estas actividades se llevan a cabo, lo que explica su carácter indivisible. Esta característica resulta de vital importancia para comprender este contrato, dado que tanto el pago como su cumplimiento deben atender a esta condición de indivisibilidad y unidad.

4.3. ¿Es un contrato coligado o conexo con el contrato de obra?

Los proyectos de infraestructura necesitan la participación de privados convocados por la Administración para enlazarse mediante diversas técnicas contractuales. Si bien el principal contrato es el de construcción, ello no significa que éste en sí mismo agote las múltiples formas de articulación de los contratos indispensables para afrontar todas las necesidades de un proyecto.

En verdad, un proyecto requiere una "red de contratos" compuesta por diversas prestaciones y contraprestaciones, aportando cada uno sus cuotas relevantes para que los objetivos aspirados sean alcanzados. Así, en un proyecto mediano no tan complejo, podemos encontrar el ya mencionado contrato de construcción, al cual debemos sumar los subcontratos que el contratista necesita, sus proveedores, sus contratos de seguros y los diversos contratos necesarios para el financiamiento. Del lado de la entidad, veremos los contratos con los diseñadores del proyecto, el supervisor del contrato y, además, los contratos con el PMO. Todos estos contratos tienen un enfoque común: satisfacer las diversas necesidades del proyecto para asegurar su correcta ejecución.

Desde esta perspectiva, la eficiente ejecución del proyecto público requiere que todos los contratos se concreten y ejecuten de manera adecuada, pues potencialmente son fuentes de conflictos, por lo que deben ser formados, perfeccionados y administrados con una visión de conjunto. Como bien sabemos en la realidad, los incentivos están alineados a la inversa, porque cada contrato suele mirar su propia perspectiva, interpretarse según la visión de sus suscriptores y no desde la visión unitaria del proyecto. Ejemplo de la primera vinculación son los contratos de financiamiento con el contrato de construcción (hay proyectos que no demandan financiamiento de terceros, sino que son financiados por el Estado o por el propio contratista). Por el contrario, el contrato de supervisión sí necesita al contrato de obra, porque precisamente nace para interactuar sobre la otra relación jurídica contractual.

Entonces, nos encontramos frente a una pluralidad de contratos con una causa concreta autónoma (proyecto público) que cumplen una operación económica publica unitaria. Indudablemente, ninguno de esos contratos alcanzará el propósito del proyecto por sí mismo, sino en conjunto. El propósito público es uno solo, por lo que para planificarse y ejecutarse es necesitaría alcanzar un conjunto de relaciones contractuales superior al contrato individualmente considerado. Por ello, se dice que esta coligación se puede expresar en la suma de las siguientes propiedades: pluralidad de contratos, heterogeneidad entre cada contrato y todos tener una finalidad publica única supracontractual.

Esta constatación nos pone en frente de la conexión de contratos, o más propiamente la

(6) Por ejemplo, así lo califica el OSCE en diversos pronunciamientos, como el siguiente (Opinión 154-219-DTN): "De esta manera, si bien el contrato de supervisión es un contrato independiente del contrato de obra -en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas-,

coligación existente entre algunos contratos, su relación sobre el principio tradicional de la relatividad de los contratos (*res inter alios* acta), y sus principales efectos y consecuencias para la ejecución contractual.

Precisamente, el contrato de supervisión es un contrato coligado con el contrato de obra en el cual supervisa su correcto cumplimiento. No es una relación de accesoriedad o dependencia(6), como equivocadamente se afirma, debido a que ambas son relaciones autónomas en su formación, perfeccionamiento y ejecución, solo que funcionalmente responden a un propósito publico unitario. Recordemos que el contrato accesorio es el "Acuerdo contractual que solo puede existir por consecuencia o en relación con otro contrato anterior. Por ejemplo, los contratos de fianza, prenda o hipoteca"(7). Este no es el caso del contrato de supervisión en relación con el de obra, concesión o prestación de servicios al cual se coliga.

Esta relación de coligación hace que la aproximación al contrato de supervisión, como expresión de la coligación contractual, deba considerar su especial particularidad durante el ciclo del contrato. En particular, los principales desafíos que advertimos en su ejecución, podrían enfrentarse si el contrato de supervisión:

- Es planificado, programado y concertado, de manera tal que guarde relación con la oportunidad del contrato a ser supervisado para alcanzar un inicio conjunto y una redacción de cláusulas concordada. Este supuesto representa un desafío que permita enfrentar los problemas vinculados a que se presente un contrato de obra sin supervisión oportuna o con cláusulas contradictorias entre si sobre el control de la obra.
- Es interpretado de forma conjunta. El contrato de supervisión y de obra deben ser leídos e interpretados de manera conjunta y, a su turno, ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge de ambos contratos, de su función económica y el resultado perseguido. Este supuesto representa un desafío que permita enfrentar los problemas con la interpretación aislada que pueden realizar las partes sin valorar el conjunto de ambos contratos, atendiendo a su coligación entre sí.
- La ejecución de ambos contratos debe ser coordinada, dado que en estos casos de coligación cada contrato conexo produce efectos entre sus participantes (internos), pero también con respecto a terceros (externos). En esa medida, los adicionales, ampliaciones de plazo o reducciones de contratos deben tener incidencias paralelas en ambos contratos y no solamente en uno de ellos.

Los eventuales incidentes de nulidades y resoluciones contractuales deben tener efectos razonables entre ambos contratos, de modo que permitan su ejecución paralela y recíproca. Por lo tanto, los tres elementos caracterizadores de un contrato de supervisión, es que (i) es un contrato de prestaciones reciprocas y onerosas, (ii) es un contrato de consultoría especializada y (iii) es un contrato coligado al de obra.

5. Principales problemas identificados en los contratos de

Una vez planteados los elementos caracterizadores de un contrato de supervisión de obra y la figura del supervisor de obra, corresponde identificar algunos de los principales problemas que se enfrentan en la ejecución de este tipo de contratos, tanto en la obra pública como en los contratos de concesión.

De nuestra práctica profesional, hemos identificado dos problemas primordiales relacionados con la falta de supervisión desde el inicio de la obra y su repercusión en la responsabilidad por los vicios ocultos. Además, se destaca el hecho de que el pago de la supervisión esté sujeto al progreso de las obras en la ejecución del contrato de concesión. Todo esto se explicara más a detalle en los siguientes puntos.

5.1. La necesidad de contar con un supervisor para iniciar el plazo de ejecución de obra y cómo tratar la asunción de responsabilidades entre el inspector y el supervisor que ingresa posteriormente

La Ley de Contratación pública establece como condición previa al inicio de la ejecución de obra que se notifique al contratista quién será el supervisor o el inspector de obra,

ambos se encuentran directamente vinculados en virtud de la naturaleza accesoria que tiene el primero respecto del segundo. Esta relación de accesoriedad determina que los eventos que afectan la ejecución de la obra, por lo general, también afectan las labores del supervisor".

(7) Diccionario de español jurídico: https://dpej.rae.es/lema/contrato-accesorio#:~:text=Civ.,de%20fianza%2C%20prenda%20o%20hipoteca.

según sea el caso. Ello responde a que las entidades estatales deben supervisar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 186.1 del Reglamento de la Ley de Contratación pública, que a su letra dispone lo siguiente:

> 186.1. Durante la ejecución de la obra, se cuenta, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. En una misma obra, no se puede contar de manera simultánea con un inspector y un supervisor. El inspector es un servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra.

Entonces, ya sea un inspector o un supervisor, es indispensable contar con uno de ellos para iniciar la ejecución de la obra. Sin embargo, el problema surge cuando, debido al valor de la obra (determinado anualmente en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal), se requiere la contratación de una empresa supervisora de obra y esta no ha sido convocada o formalizada al mismo tiempo que la licitación de la obra. Además, si el proceso de selección de la empresa supervisora ha sido objeto de impugnaciones que retrasen la adjudicación de la buena pro, también se genera un inconveniente. Entonces, se debe tener, por un lado, un contratista listo para iniciar y, por otro, un supervisor en proceso de contratarse; es en este escenario que la normativa aplicable prevé la posibilidad de designar a un inspector o a un equipo de inspectores hasta que, finalmente, se contrate a una empresa especializada en supervisión.

El problema con ello es que tanto el contratista como el supervisor asumen la responsabilidad por los vicios ocultos que pudieron identificarse tras la recepción de obra. Por lo tanto, es crucial que el supervisor este completamente capacitado para asumir lo que ocurra en la ejecución de la obra en el periodo en el que se encuentre en funciones el inspector o equipo de inspectores. Por ejemplo, si los primeros trabajos que realiza un contratista están vinculados a la instalación de pilotes de un puente y estos al final no fueron ejecutados de conformidad a las buenas artes o prácticas de construcción, será complicado determinar el grado de responsabilidad que tendrá que asumir el supervisor de obra respecto al del inspector y/o equipo de inspectores, reduciendo la discusión únicamente a un tema estrictamente probatorio.

Es importante tener en cuenta que el inspector o equipo de inspectores son funcionarios públicos, por lo que su grado de responsabilidad no será el mismo que el que asume una empresa supervisora especializada que es externa. Esta circunstancia ha sido claramente identificada por el OSCE, ya que en la Opinión 007-2022/DTN concluyó que la presencia de un inspector o equipo de inspectores solo puede contemplarse al inicio de ejecución de obra. Por lo tanto, si se resuelve el contrato de supervisión de obra, la entidad mantiene su obligación de contar con un supervisor de obra cuando su valor referencial sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.

A partir de ello, queda claro que la motivación de que exista una empresa especializada en supervisión detrás de las obras es que el servicio y la responsabilidad de los vicios ocultos se encuentren debidamente garantizados.

5.2. La condición de pago del Contrato de Supervisión de obra no debe estar condicionada al avance de las obras de ejecución

Con respecto a la ejecución de contratos de supervisión especializada en obras de infraestructura en el marco de un contrato de proyectos, se advierte que, en la práctica, resulta inadecuado incluir en la fórmula de pago su vinculación con el avance de la obra. Así, algunas entidades estatales suelen incorporar cláusulas de retribución de servicios, condicionando el pago del supervisor al avance de obra del contrato de ejecución del proyecto. Esta condición en la fórmula del pago puede generar un desfase respecto a la prestación del servicio de supervisión, dado que se trata de un evento ajeno al supervisor y, por lo general, a despecho de su voluntad.

Por otra parte, los contratos de supervisión generalmente se establecen por un período específico, el cual está relacionado con el tiempo estimado para la ejecución de la obra. En consecuencia, el supervisor calcula sus costos basándose en el alcance de su trabajo y el tiempo en el que debe completarlo.

Sin embargo, la ejecución de su prestación tiene como variable que el ejecutar del proyecto, enfrente problemas de atrasos en la ejecución de obra, ya sea por causas atribuibles a este o por falta de liberación de predios, por falta de financiamiento, entre otras causas. Estas circunstancias generan

que se ejecute a un menor ritmo del establecido y por ende su avance sea menor en el tiempo, a pesar de que el supervisor continúe prestación sus servicios en los mismos términos previsto en su contrato. Como ya se ha mencionado, las obligaciones no son divisibles, debido a que las actividades que se deban cumplir son únicas y su ejecución se basa sobre el criterio de oportunidad y pertinencia. Este tipo de cláusulas solo podrían entenderse referidas a las situaciones ordinarias de contar con un avance de obra a buen ritmo, pero no cuando ese avance de obras resulte afectado por razones ajenas a la voluntad de las partes.

Finalmente, advertimos que condicionar el pago de la supervisión al avance de ejecución del concesionario podría incluso contener un efecto perverso. Esto, debido a que, indirectamente, se estaría incentivando a que el supervisor tramite valorizaciones del concesionario sobre el criterio que entre mayor sea el avance de obra, mayor será su retribución.

6. Importancia de la contratación de una empresa especializada para la supervisión de obra

Conforme una investigación realizada por el Banco Interamericano de Desarrollo - BID Transportes (Cortés et. al, 2020), se destaca que la participación de un supervisor de obra tiene una importante incidencia en la realización de un proyecto, llegando a condicionar su éxito o su fracaso. Respecto a ello, el factor que suele condicionar el futuro de una obra es, justamente, el presupuesto asignado a su ejecución. Por ello, el aspecto económico adquiere una relevancia considerable en todo el proceso de la obra.

Del mencionado estudio, se identificó aspectos claves en los que la participación de una buena supervisión puede generar un impacto efectivo en la ejecución de un Proyecto. Específicamente, se encontró que, a través del servicio de la supervisión, es posible prevenir o mitigar las ineficiencias relacionadas con los costos y plazos durante la ejecución del proyecto.

Así, el resultado que arrojó el acotado estudio de investigación es que el Supervisor tiene la capacidad para liderar, negociar y resolver problemas o situaciones derivadas de las deficiencias del diseño; incluso, tiene la capacidad de prevenir reclamos vinculados al diseño, lo cual permite concluir que el diseño (siendo el principal tema álgido durante la ejecución de toda obra) termina estando en mejores condiciones con el acompañamiento de un supervisor de obra. Asimismo, en dicho estudio, llama la atención cómo es que identifican un rol clave en el supervisor respecto a la tarea de gestionar oportuna y efectivamente las interferencias del proyecto, como lo son remoción/relocalización de servicios públicos, desplazamiento involuntario de personas, entre otros.

Por lo tanto, la importancia que tiene contar con la participación del supervisor en la ejecución de proyecto deben ser medidas sobre la base de indicadores que nos permitan advertir sobre qué aspectos de nuestra realidad puede aprovechar mejor la presencia de un supervisor.

En ese sentido, resulta importante considerar que, al menos en nuestra realidad, el papel del supervisor de obra es de vital importancia. Esto se debe no solo a las falencias que tiene nuestro aparto estatal para organizar los recursos y lograr verificar y supervisar el cumplimiento de los contratos de obra, sino también a la alta complejidad intelectual. Por ello, debe estar a cargo de las empresas especializadas. De esta manera, se asegura que los fondos públicos invertidos en la ejecución de obra estén correctamente incurridos y obtengan la rentabilidad esperada en beneficios de los ciudadanos.

7. Conclusiones

El Contrato de supervisión es un servicio de naturaleza altamente especializada cuya prestación implica la realización de un cúmulo de actividades intelectuales con el objetivo de cumplir con un alcance contractual, el cual, una vez establecido, resulta indivisible. Este tipo de contrato se encuentra estrechamente vinculado al contrato de obra, ya que contiene una obligación de medios que depende en gran medida de dicho contrato y su ejecución

La falta de una uniformidad en el entendimiento del Contrato de supervisión produce que exista, al menos perceptivamente, un “libre albedrio” de interpretaciones Por ello, cuando surgen disputas entre el supervisor y el propietario en relación a los términos contractuales propuestos, el escenario termina representando un desafío.

Por esta razón, resulta fundamental que las entidades públicas y los agentes de la industria comprendan los elementos caracterizadores de los contratos de supervisión, ya que con ello se puede gestionar y resolver de mejor manera las

controversias que surjan de su ejecución. La oferta actual de empresas supervisoras en el país, cada vez, es menor, lo cual a la larga resultará perjudicial para la concurrencia de postores que requiere el mercado estatal para tener un mejor servicio.

Referencias bibliográficas

Beltrán, J. (2010). Artículo 1755. En Gaceta Jurídica (Ed.). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX* (pp. 121-126). *Gaceta Jurídica*.

Cortés, R., Dewez, R., & Zamora, E. (2020). *El rol de la supervisión en obras de infraestructura.* Blogs IAD. https://blogs.iadb.org/transporte/es/el-rol-de-la-supervision-en-obras-de-infraestructura/

Danós, J. (2006). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Revista De Derecho Administrativo, (2), 9-44. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330

Decreto Legislativo 295. Código Civil [CC], (25 de julio de 1984). Diario Oficial El Peruano.

Decreto Supremo 344-218-EF. Aprueban el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, (30 de diciembre de 2018). Diario Oficial El Peruano.

Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado *(*11 de julio de 2014). https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf

Mata, I. (1979). *Revista Estudios de Derecho Administrativo.* Tomo II, Universidad de la República, Montevideo

Morón, J. (2016*). La contratación estatal: análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado.* Gaceta Jurídica.

Rincón, J. (2011). *La eficiencia y eficacia en el contrato de interventoría.* Grupo Editorial Ibáñez.

Ruiz, J. (2018). *El significado de la ingeniería de consulta en el Perú y su relación con la APC.*

Tovar, M. & Ferrero, V. (2003) Artículo 1777. Inspección de la obra. En Gaceta Jurídica (Ed.). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo IX* (pp. 217-218). Gaceta Jurídica.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.004

El éxito de trabajar en conjunto: prácticas colaborativas recomendadas al diseñar un contrato de construcción(*)

The success of working together: Recommended practices in the drafting of construction contracts

Silvia Otárola Azabache(**)
Osterling Abogados (Lima, Perú)

Paula Silva Longobardi(***)
Osterling Abogados (Lima, Perú)

"*No pretendamos que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo*"
Albert Einstein

Resumen: La industria de la construcción se caracteriza por ser altamente conflictiva y adversarial. Por ello, ante la existencia de cláusulas que generan un evidente desequilibrio entre las partes y donde las soluciones que se plantean se traducen en el beneficio de una sola parte, se hace más evidente la necesidad de incorporar prácticas colaborativas que propicien una cooperación activa y recíproca en todas las etapas del proyecto. El objetivo de este artículo es recomendar tres prácticas que, de ser incluidas en el contrato de construcción, ayudarán a llevar una administración contractual eficiente, a reducir la potencialidad de posibles conflictos y, con ello, a priorizar los objetivos del proyecto.

Palabras clave: Gestión colaborativa - Distribución de riesgos - Planificación - Práctica recomendada - Cooperación

Abstract: The construction industry is highly conflictive and adversarial. Given the existence of clauses that generate an evident imbalance between the parties and where the solutions proposed to result in the benefit of only one party, the need to incorporate collaborative practices that promote active and reciprocal cooperation between the parties during all stages of the project becomes more evident. This article aims to recommend three practices that, if included in the construction contract, help to carry out an efficient contract administration, to reduce the potential for possible conflicts, and, with it, to prioritize the project's objectives.

Keywords: Collaborative management - Risk allocation - Planning - Recommended practice - Cooperation

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 8 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 21 de junio de 2023.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Miembro del Gremio de Construcción e Ingeniería de la Cámara de Comercio de Lima. Asociada Principal en Osterling Abogados. ORCID: https://orcid.org/0009-0004-8198-7691. Correo electrónico: sotarola@osterlingfirm.com.

(***) Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asistente en Osterling Abogados. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-8328-3855. Correo electrónico: psilva@osterlingfirm.com.

1. Introducción

En la actualidad, los casos de arbitraje relacionados con la industria de la construcción representan una parte significativa de la carga de trabajo de los centros arbitrales más reconocidos. Según el reporte elaborado por Jus Mundi, en el año 2021, se reportaron hasta trescientos quince (315) casos de construcción e ingeniería(1). Es decir, el sector de construcción no es ajeno a las disputas y conflictos. En ese contexto, resulta relevante trazar esfuerzos para reducir dicha conflictividad.

Los proyectos de construcción más propensos a generar controversias son aquellos que parten de un mal diseño contractual. Estos contratos altamente complejos, de ejecución continuada y muchas veces redactados "a cuatro manos" (entre abogados e ingenieros), presentan muchos inconvenientes durante su ejecución, pues no se encuentran soluciones en el mismo texto (Campos, 2008, p. 297)(2). Así, es usual encontrar contratos de obra con cláusulas ambiguas, con mecanismos de respuesta poco claros ante eventuales cambios de alcance o retrasos, con una asignación de riesgos desequilibrada y una evidente asimetría informativa que termina generando un clima de desconfianza entre las partes.

A lo anterior se suma una gestión contractual que carece de un enfoque colaborativo, lo que termina en la ocurrencia de situaciones imprevistas y la necesidad de tomar decisiones rápidas. Ello, a su vez, conlleva a que cada parte priorice sus intereses particulares, lo que resulta en una colaboración cada vez más escasa.

Ante esta situación, varios expertos legales decidieron "reexaminar" el proceso constructivo desde el punto de vista contractual. Esto con la finalidad de incluir mecanismos que promuevan una alianza positiva entre las partes y, con ello, crear un eslabón indispensable para un proyecto exitoso. Es así como se desarrollaron diferentes modelos de contratos internacionales, cuyas disposiciones colaborativas promueven el trabajo mutuo entre las partes para alcanzar los fines del proyecto.

Considerando lo mencionado anteriormente, nos enfocaremos de manera concisa en destacar tres buenas prácticas extraídas de contratos colaborativos que, al ser incluidas en cualquier contrato de construcción, promoverán y garantizarán una colaboración efectiva entre las partes, lo que a su vez contribuirá a reducir la conflictividad.

2. Primera práctica recomendada: distribuir los riesgos del contrato

En toda gestión contractual colaborativa, es fundamental comenzar con la prevención de los riesgos. Tradicionalmente, la práctica común a la hora de redactar los contratos de construcción era cargar al contratista con todos los riesgos del proyecto(3). Para el propietario, esta era la manera más sencilla de prevenir que los riesgos se materialicen. Además, los promotores de esta práctica argumentaban que el precio pagado al contratista incluía el costo asumir la materialización de tales riesgos. Por lo tanto, consideraban válido que el contratista se hiciera "responsable" de ellos.

Esta práctica continúa ejecutándose hasta el día de hoy. Por ejemplo, no es extraño que se cargue al contratista con el costo proveniente de errores de diseño si este no logra detectarlos "a tiempo". Así, es usual encontrarse con cláusulas como la siguiente:

> El propietario encarga los trabajos al contratista teniendo presente su experiencia y competencia en el tipo de obra contratada. Por ende, el contratista es responsable de verificar el diseño entregado por el propietario, en caso de encontrar alguna deficiencia u omisión, tendrá que reportarlo en un plazo de [x] días una vez suscrito el contrato. Caso contrario, no tendrá derecho a ningún reclamo proveniente de dicho error u omisión.

Sin embargo, existen algunos errores de diseño que únicamente se advierten en la ejecución de la obra (por ejemplo, planos de tuberías que no concuerdan con los planos de equipos y cuyas interferencias solo se advierten durante el montaje). En estos casos, lo más lógico es que al tratarse de errores en el diseño proporcionados por el propietario,

(1) Los centros más reconocidos considerados en este reporte son CCI, SIAC, HKIAC, LCIA y SCC.
(2) Cuando nos referimos al término "contrato", no nos referimos únicamente al texto denominado contrato. La definición se extiende a un sinnúmero de documentos cuya interpretación conjunta e integral es el reflejo del pacto entre las partes; por ejemplo, a documentos de la licitación, bases, términos de referencia, entre otros.
(3) Cuando hablamos de riesgos, nos referimos a eventos que, de ocurrir, pueden impactar positiva o negativamente sobre el proyecto. Si bien existen riesgos que pueden impactar positivamente, por ejemplo, la introducción de una nueva tecnología que implique una fuerte reducción de costos y tiempos de ejecución, en general, los riesgos suelen asociarse con eventos negativos.

el impacto por deficiencias en dicho diseño sea asumido por este.

En realidad, cargar únicamente al contratista con los riesgos del contrato termina volviéndose un inconveniente por dos motivos: (i) como la transferencia del riesgo otorga un beneficio financiero a quien soporta la ocurrencia del riesgo, si se le transfieren todos los riesgos al contratista, se terminará inflando el precio total de la obra, y (ii) hacer que el contratista cargue con todos los riesgos puede generar un incentivo para que se presenten reclamaciones adicionales y se inicien posibles conflictos (Murdoch et. al, 2000, p. 37)[4].

Sumado a lo anterior, asignar todos los riesgos al contratista puede terminar creando un efecto "boomerang" hacia el propietario. Esto se debe a que el el contratista requerirá mayor tiempo para solucionar la materialización de los riesgos y con ello poder finalizar el proyecto. Así, se generará un mayor desperdicio de recursos y un claro encarecimiento de la obra. A ello se añade el factor psicológico, pues una distribución desequilibrada favorecerá la desconfianza y, con ello, se aumentará la potencialidad de eventuales conflictos.

Siendo conscientes de esta realidad, los expertos legales y las prácticas más reconocidas de la industria promueven el diseño de contratos que reparten los riesgos entre todas las partes. Por ejemplo, en Australia hubo un intento inicial de distribución equitativa de riesgos a través del *partnering,* mecanismo creado con el objetivo de crear un ambiente de cooperación a través de un documento con pautas sobre cómo se comportarían las partes ante la ocurrencia de determinados sucesos (Hayford, 2018, p. 5). Este *partnering* sentó las bases para posteriormente crear el *Alliancing*[5] o contrato de alianza, un acuerdo enormemente colaborativo donde los riesgos se comparten por todas las partes a menos que se indique específicamente lo contrario. La asunción compartida de riesgos elimina cualquier tipo de ambigüedad sobre quién debe asumir un riesgo. Además, reduce al mínimo la posibilidad de que una de las partes le traslade el riesgo a la otra, la cual se puede no encontrar en la mejor posición para manejarlo. Por ende, al crear un entorno de transparencia y confianza, la probabilidad de disputas entre las partes también disminuye (Toomey, 2021, p. 2).

Es importante tener en cuenta que implementar un contrato de alianza no es una tarea fácil y requiere planificación y compromiso de todos los involucrados, bajo el liderazgo del propietario, quien marca la pauta para la fijación de metas, objetivos, expectativas y el precio objetivo. Por otra parte, es crucial considerar la selección adecuada de las personas que participarán en el proyecto, ya que deberán tener una actitud colaborativa y no sabotear los procesos o actuar de manera oportunista. Caso contrario, se destruiría la confianza que es la base del esquema (Toledo da Silva, 2017, p. 108). En un país como el Perú, donde la industria de la construcción presenta una alta conflictividad y un bajo nivel de confianza entre las partes, el escenario para implementar un *Alliancing* para distribuir los riesgos todavía no es el óptimo.

Siendo ello así, la pregunta es la siguiente: ¿cómo distribuir equitativamente los riesgos entre las partes al redactar un contrato de construcción? Para algunos expertos, el éxito de la inversión se encuentra en distribuir los riesgos del proyecto entre sus protagonistas de forma correcta (Vicuña, 2006, p. 54). Sin embargo, ¿Cómo se logra esto? Hemos recogido tres (3) prácticas recomendadas que pueden ser de utilidad para responder a esta pregunta:

En primer lugar, Bunni sugiere analizar los riesgos de un contrato a la luz de cuatro preguntas (2009, p. 6):

- ¿Qué parte puede controlar mejor el riesgo y/o sus consecuencias asociadas?
- ¿Qué parte puede prever mejor el riesgo?
- ¿Qué parte puede soportar mejor ese riesgo?
- ¿Qué parte se beneficia o sufre más cuando se produce el riesgo?

En otras palabras, el riesgo debe ser asignado a la parte que mejor pueda manejar, controlar y mitigar el riesgo, además de

(4) Again, to consider a more radical point of view: how should we treat the risks themselves? Indeed, what are risks? Are they challenges? Or are they opportunities? We talk about them as if they are undesirable but, as Mr. Grove has shown; experienced contractors typically regard them as an opportunity. Why? Because they are an opportunity for claims. Imprecise addressing of risk in contracts creates fertile ground for contractors' and sub-contractors' claims (Capper, 2000, p. 3).

(5) En cuanto a su denominación, Hayford señala que en Australia fue originalmente llamado como *Alliancing contracting* o *Project Alliance*, en español "contrato de alianza" o "alianza de proyecto". Sin embargo, en los últimos años, este modelo ha ganado mucha popularidad en Estados Unidos, donde recibe la denominación de *Integrated Project Delivery* (Hayford, 2018, p. 2).

soportar sus consecuencias. Si bien estas cuatro preguntas ayudarán a las partes a distribuir eficientemente los riesgos, también es importante tener en cuenta las particularidades de cada riesgo. Por ejemplo, los eventos de fuerza mayor no pueden ser controlados por su naturaleza; sin embargo, sus consecuencias sí pueden evaluarse y asignarse.

Un claro ejemplo de asignación de riesgos cumpliendo tales principios se da en los contratos NEC (*New Engineering Contract*). Los Contratos NEC pertenecen a una familia de contratos estándar de uso internacional, como lo son los contratos FIDIC, ICC, JCT, entre otros, que fueron desarrollados en Inglaterra por el Instituto de Ingenieros Civiles como un intento de cambiar las formas tradicionales de contratación (Medina, 2020). Tomando como base el *partnering* australiano, los contratos NEC incluyeron disposiciones que promueven la colaboración activa entre las partes. Por ejemplo, las partes actúan bajo el principio de "libro abierto", es decir, compartiendo la información del proyecto de manera conjunta y oportuna, de tal forma que se puedan prevenir y mitigar los riesgos.

Ahora bien, a diferencia del *Alliancing*, los contratos NEC no distribuyen los riesgos entre todos, sino que los distribuyen a la parte que está en mejor posición para gestionarlos y controlarlos. Para determinar quién está en mejor posición de asumir un riesgo, se deben seguir los siguientes pasos:

a) Identificación: Se evalúan detalladamente los riesgos que puedan surgir en el proyecto. Cada riesgo se identifica y se evalúa en términos de probabilidad de ocurrencia y consecuencias.

b) Asignación: Una vez identificados los riesgos, se asignan a la parte mejor situada para gestionarlos. La asignación de riesgos se realiza mediante cláusulas específicas en el contrato, que indican en un lenguaje preciso a quién se le asigna la responsabilidad por cada riesgo identificado.

c) Establecimiento de un plan de gestión: Después de asignar los riesgos a cada parte, se establece un plan de gestión de estos. Este plan describe cómo se manejarán y controlarán los riesgos asignados, incluyendo los procesos para su identificación, evaluación, monitoreo y mitigación. Es en este punto que NEC incluye una herramienta contractual altamente colaborativa: la alerta temprana. A través de la alerta temprana, las partes pueden notificar preventivamente a la otra cualquier evento que consideren que tendrá un posible impacto en el costo, plazo o la calidad del proyecto, a fin de reducir el impacto de dicho evento ante su ocurrencia.

   Es importante precisar que la discusión sobre la parte que deberá asumir los costos por mitigar el evento no se da hasta que el riesgo haya ocurrido, mitigado y/o gestionado. Luego de ello, y de ser el caso, las partes adoptarán los mecanismos contractuales correspondientes para obtener una compensación. Como bien afirma Jon Broome en la Guía NEC (2012, p. 209), la idea de este mecanismo no es generar una compensación o un derecho, sino buscar la reducción del impacto luego de advertir su eventual ocurrencia.

d) Revisión y actualización periódica: El plan de gestión de riesgos debe ser revisado y actualizado periódicamente para que las partes puedan asegurarse que sigue siendo efectivo y que se adapta a la realidad del proyecto.

   Al asignar los riesgos a la parte que mejor pueda gestionarlos, se mitiga la ocurrencia de eventos de forma preventiva y eficiente. Además, la inclusión de mecanismos como las alertas tempranas generan un cambio en el enfoque reactivo entre las partes, convirtiéndolas en aliadas que buscarán la manera más eficiente de afrontar los riesgos en lugar de simplemente atribuir responsabilidades por su materialización.

En segundo lugar, cada proyecto tiene un método de entrega o *Project Delivery Method* que también impacta en la distribución de riesgos entre las partes. Dependiendo de cada método de entrega, las partes asumirán niveles de riesgo distintos. Para puntualizar la diferencia entre los métodos de entrega, usaremos como ejemplo los contratos FIDIC, otra familia de contratos estándar de uso internacional. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta categorización aplica a todos los contratos de construcción. Veamos:

- Solo construcción (*Design-Bid-Build*): Bajo este método, el propietario contrata de manera independiente el diseño para encargar al contratista únicamente la ejecución del proyecto virtud de dicho diseño. Como consecuencia de ello, el propietario asume el riesgo del diseño y se responsabiliza por cualquier defecto u omisión derivados del mismo (concediendo ampliaciones de plazo o incrementando el precio de la obra). Por su parte, el contratista asume el riesgo por cualquier evento ocurrido durante la ejecución que sea de su responsabilidad. Este tipo de distribución de riesgos se encuentra en el Libro Rojo FIDIC (Capítulo 4).

- Diseño y construcción (*Design-Build*): El propietario encarga al contratista tanto el diseño como la construcción del proyecto. A diferencia del método anterior, el propietario tiene una ventaja: transfiere al contratista una responsabilidad única *(single point responsibility*) por diseño y construcción, evitando con ello analizar si el error tuvo origen en el diseño (y, por tanto, no es atribuible al contratista) o en la ejecución (siendo responsabilidad del contratista). Esta distribución de riesgos se encuentra en el Libro Amarillo FIDIC, en el que el contratista ajusta su diseño al propósito de la obra (*fitness-for-purpose*).

- EPC/llave en mano *(Turnkey)*: En los contratos de ingeniería, procura y construcción (EPC), el contratista asume la responsabilidad de todos los elementos de ingeniería, procura, y construcción del proyecto. Es decir, el propietario debe recibir el proyecto listo para operar inmediatamente bajo los estándares garantizados (*ready at the turn of a key*). Este método se recomienda cuando hay un alto grado de certeza sobre el costo, el tiempo de ejecución y desempeño del proyecto. Si bien el contratista asume un riesgo mucho mayor, este puede buscar una compensación del riesgo elevando el costo de este durante la etapa de licitación. Esta distribución del riesgo se encuentra en el Libro Plateado FIDIC (Capítulo 4).

En ese sentido, es importante que ambas partes tengan presente las diferencias de cada método de entrega al momento de distribuir los riesgos. Por ejemplo, mientras que los Libros Rojo y Amarillo de FIDIC ofrecen una asignación un poco más equilibrada, el Libro Plateado coloca significativamente más riesgos sobre la espalda del contratista.

En tercer lugar, el sistema de pago de cada contrato también influye en la distribución de riesgos del proyecto entre las partes. La Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales analiza cómo cada sistema difiere los riesgos de manera distinta (1987, p. 80):

- Si el sistema es a suma alzada, se recibe un único valor como precio, independientemente de las variaciones que pueda sufrir el proyecto[6]. En este caso, el riesgo es inicialmente soportado por el contratista.
- Si el sistema es a costos reembolsables, el propietario está obligado a pagar todos los costos que el contratista haya razonablemente asumido durante la ejecución de la obra, además de un porcentaje correspondiente a la utilidad. Por ello, el riesgo de que los costos superen los previstos inicialmente es soportado por el propietario.
- Si el sistema es a precios unitarios, las partes convienen un precio por unidad de construcción, por lo que el precio total del contrato se determina según el total de unidades efectivamente utilizadas en el proyecto. Si bien el propietario asume el riesgo del aumento del costo si la cantidad de unidades supera la estimada inicialmente, el contratista asume el riesgo por aumento del costo en la unidad en sí misma.

En virtud de estas tres recomendaciones, podemos concluir que la distribución de riesgos es una pieza clave si lo que se desea es entablar una relación contractual colaborativa. Esta práctica no solo permitirá minimizar el impacto ante su eventual ocurrencia, sino que fomentará que las partes operen juntas y busquen soluciones mutuamente beneficiosas ante cualquier materialización.

Para ello, las partes deberán realizar un análisis multidisciplinario de cada riesgo desde su diseño, involucrando no solo al área legal, sino también a las áreas de ingeniería, costos, entre otras. Ello es especialmente importante al momento de decidir el método de entrega y el sistema de pago, ya que ambos tendrán consecuencias que impactarán específicamente en la asignación de riesgos.

Pese a ello, siempre existirán algunas "zonas grises" que no permitirán considerar un riesgo como exclusivo de una parte. Por ello, es importante mantener una relación de confianza y transparencia entre las partes, a fin de que puedan encontrar soluciones conjuntas y mutuamente beneficiosas.

3. Segunda práctica recomendada: decidir si limitar la responsabilidad o pactar daño ulterior

Entregar la obra correcta, completa y oportunamente es una obligación de resultado del contratista. Por ende, cualquier incumplimiento que se aleje de los términos

(6) Aun en este caso, las partes pueden pactar que el precio se reajustará o revisará en situaciones concretas. Por ejemplo, si se introducen modificaciones en la construcción, ocurren circunstancias imprevisibles, se modifica una norma que impacte en la ejecución del proyecto, entre otras.

pactados genera responsabilidad (salvo casos de fuerza mayor) y debe ser compensado.

Para ello, las partes suelen incluir en sus contratos una cláusula penal, que no es más que un mecanismo contractual que les permite pactar conjuntamente las consecuencias de sus incumplimientos. En palabras de Osterling (2007), la penalidad constituye el resarcimiento fijado anteladamente por las partes (p. 264).

Cuando las partes pactan una cláusula penal, el acreedor tiene derecho a reclamar el monto de la penalidad sin importar si la cuantía de los daños efectivamente generados es mayor o menor a la preliquidada, debiendo ceñirse únicamente al sistema de cálculo establecido en la cláusula penal. La razón detrás de esta distribución de riesgos y asignación de valor a los incumplimientos radica en la intención de evitar la incertidumbre asociada con la estimación de daños que podrían resultar en reclamaciones excesivas.

Las partes han tomado la decisión consciente de establecer este enfoque para evitar situaciones en las que los daños estimados sean desproporcionados a la realidad. Sin embargo, cuando no existe claridad en el monto indemnizable, inevitablemente se genera un desacuerdo entre las partes, desacuerdo que muchas veces termina en la generación de disputas a través de la interposición de demandas y la contratación de expertos para determinar la cuantía del daño.

No solo eso, sino que en un contrato de construcción sin penalidades, la parte a quien se le imputa la responsabilidad del daño puede librarse del mismo probando que (i) no cometió un incumplimiento, o (ii) el incumplimiento fue causado por una causa ajena o actos u omisiones del acreedor, (iii) no existe nexo causal, y/o (iv) la parte perjudicada no ha sufrido ningún daño o perjuicio (Abdel, 2019, p. 394). Este escenario cambia cuando se establece un pacto de penalidades. En este caso, el acreedor solo necesita demostrar la existencia del incumplimiento que justifica la aplicación de la penalidad para poder cobrarla.

En ese sentido, se puede gestionar el cobro inmediato a través de una simple operación matemática. Citando a la Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales, una de las ventajas de las cláusulas que incluyen penalidades es que "se eliminan los gastos y la incertidumbre relaciones con dichas pérdidas" (1987, p. 229).

Ahora bien, al constituir un resarcimiento previamente fijado por las partes, la penalidad funciona como un límite indemnizatorio: el propietario no puede solicitar una indemnización mayor a la pactada, incluso si el daño efectivamente fuera superior. Es decir, las partes fijan su propio "equilibrio contractual" a partir de la autonomía de la voluntad. Como indica Talavera Cano:

> El equilibrio contractual, entonces, no debe entenderse como la equivalencia objetiva entre valores de las distintas prestaciones, sino como la equivalencia pactada y aceptada por las partes entre sus valorizaciones subjetivas y, por tanto, individuales de aquellas. Dicha equivalencia incluye la asunción de ciertos riesgos por las partes. Esa es la esencia de la autonomía de la voluntad, principio sobre el cual se construye el equilibrio contractual (2016, p. 196).

Nuestro ordenamiento regula dos tipos de cláusulas penales: la cláusula penal compensatoria y la moratoria. La diferencia entre ambas está en su funcionalidad; por un lado, la cláusula penal moratoria tiene como función que el deudor no deje de cumplir en el plazo pactado, mientras que la compensatoria tiene como función que el deudor no incumpla parcial o defectuosamente la prestación en sí misma (Osterling y Castillo Freyre, 1998, p. 939).

Por lo general, los contratos de construcción establecen un límite entre el 10% o 20% del monto contractual para la aplicación de penalidades. Si se trata de un contrato de obra pública peruana, las penalidades no pueden exceder el 10% del monto del contrato, conforme al Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF[(7)].

Si las partes deciden incluir una cláusula penal en su contrato, es fundamental que los supuestos de aplicación de penalidades sean redactados de la forma más clara y precisa, a fin de evitar conflictos y malentendidos. Asimismo, deben interiorizar que, al decidir

(7) Artículo 161. Penalidades
161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

limitar la responsabilidad al cobro de la penalidad, no pueden cobrar más allá del límite establecido en virtud del pacto acordado. Finalmente, es importante que, en ese equilibrio contractual voluntario, las partes procuren que la cláusula penal sea proporcional al incumplimiento, evitando con ello excesos o condiciones que puedan generar un perjuicio en alguna de las partes. Este último es el caso de algunas penalidades compensatorias en donde supuestos como el uso de uniformes deteriorados, rotos o con pérdida de color pueden resultar en la aplicación de penalidades diarias con montos desproporcionados, lo cual genera un desequilibrio contractual en perjuicio del contratista.

Ahora bien, ¿qué sucede si una parte prefiere renunciar al pacto conjunto de cobro inmediato de la penalidad a cambio de tener la posibilidad de reclamar el monto real de los daños generados por el incumplimiento de la otra? En este caso, la práctica recomendada es que las partes incluyan el pacto de daño ulterior.

El pacto de daño ulterior se regula en el Código Civil[8] y permite a las partes que, en el caso que los daños superen el límite de la penalidad, puedan reclamar dicha diferencia a título de daños y perjuicios. Esta es una excepción a la regla, y busca que el daño sea adecuadamente resarcido. Osterling (2007) explica correctamente cómo funciona una penalidad con el pacto de daño ulterior:

> Si, por el contrario, se ha estipulado la reparación del daño ulterior, y se demuestra que éste supera el valor de la penalidad, el deudor estará obligado al pago del íntegro de la pena y, adicionalmente, al resarcimiento de la diferencia por daños y perjuicios (p. 264).

Así, el propietario tendrá derecho de cobrar la penalidad, y solo en caso sus daños sean superiores, deberá probar estos daños para que el contratista se vea obligado a pagar una compensación adicional a la penalidad.

Si bien el pacto de daño ulterior no perjudica directamente el cobro de penalidad, sí retira el beneficio de reducir los costos probatorios del daño. Por ello, se recomienda que, al momento de evaluar la inclusión del pacto del daño ulterior, se tenga en cuenta que aquél que reclama dicho evento debe estar en posibilidad de acreditar el monto de los daños causados, así como la responsabilidad de su contraparte.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, incluso cuando las partes decidan no incluir un pacto de daño ulterior, es posible solicitar una indemnización que supere el límite indemnizatorio de la penalidad pactada en un único supuesto: cuando se pruebe la existencia de culpa inexcusable del contratista conforme al art. 1319 del Código Civil[9].

La Corte Suprema ha definido la culpa inexcusable como: "la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio, no prestar la diligencia que se debe prestar y, ocasionar con ello, el daño a la víctima, "por lo que se le atribuyen iguales consecuencias jurídicas a las de quien actúa con dolo" (Casación No. 4104-2015-Lima).

A diferencia del dolo, la culpa inexcusable no consiste en la intención de incumplir una obligación contractual, sino de incumplir deliberadamente algún deber de diligencia que puede acarrear el incumplimiento de la obligación. Es decir, el deudor no actúa con la intención de inejecutar la obligación. Es más, confía que la obligación será cumplida a pesar de la omisión en la que ha incurrido. Pero a pesar de todo, decide ser negligente y asume el riesgo de que la obligación sea inejecutada.

Por ejemplo, en la construcción de un sistema de alcantarillado, el contratista no ejecuta las pruebas hidráulicas correspondientes. Como se sabe, en este tipo de obras, estas pruebas son necesarias para asegurar que la tubería no tenga fisuras y sea resistente a la presión a la que se le somete con la operación. Conociendo ello, el contratista entrega la obra sin haber realizado estas pruebas para cumplir con el cronograma acordado. Al poco tiempo, aparecen fugas e incluso se dañan las válvulas por exceso de presión. En este caso, el propietario deberá demostrar que el contratista, pese a conocer las consecuencias de operar un sistema de alcantarillado sin pruebas hidráulicas, decidió entregar la obra sin realizarlas. Para ello,

(8) Artículo 1341. El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

(9) Artículo 1319. Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

puede basarse en su experiencia anterior ejecutando este tipo de proyectos. Como se puede observar, es una conducta que, para ser probada, requiere de un estándar alto de prueba. Sin embargo, de quedar demostrada la culpa inexcusable, el contratista no puede librarse de su responsabilidad alegando el límite máximo de aplicación de penalidades.

Como indica Osterling, la negligencia o torpeza de la culpa inexcusable es tal que se confunde con malicia y la intención de no cumplir (1985, p. 358). En efecto, bajo el derecho peruano, se brinda la misma consecuencia a lo que se considera como malicia (dolo) y a la torpeza excesiva (culpa inexcusable), pues se entiende que conocer las posibilidades del daño y aun así mantener dicho actuar equivale a querer dañar intencionadamente. Siendo ello así, a efectos de determinar si se actuó con culpa inexcusable, un tribunal analizará la buena o mala fe con la que procedió el contratista y cómo esta impactó en la generación del daño.

En virtud de lo señalado, la recomendación en este punto es que las partes decidan si preferirán pactar penalidades a partir de un equilibrio contractual voluntario o, en todo caso, pactar daño ulterior, conociendo que la parte que alega daño ulterior debe encontrarse en posibilidad de acreditar la cuantía del daño, así como la responsabilidad de su contraparte. Finalmente, sea en uno u otro caso, siempre podrá pedirse una indemnización de daños y perjuicios adicional si la parte perjudicada prueba que su contraparte actuó con culpa inexcusable.

4. Tercera práctica recomendada: determinar cómo llevar la gestión documental

La gestión documental es un aspecto clave para garantizar el éxito de un contrato de construcción. La documentación de un proyecto constituye la evidencia escrita de las actividades que se llevan a cabo durante la ejecución. Al ser así, ambas partes deben garantizar que su gestión sea rigurosa y organizada. La finalidad de ello es evitar la pérdida de información y asegurar la trazabilidad de los procesos.

El objetivo principal de una adecuada gestión documental es el de registrar todas las actividades relevantes que se llevan a cabo durante la ejecución del proyecto. Asimismo, de controlar y supervisar el progreso de la obra y con ello tomar decisiones informadas a la hora de identificar y solucionar posibles problemas.

En ese contexto, resulta necesario establecer de manera clara los procedimientos de gestión documental que las partes seguirán, a fin de poder identificar los documentos clave, las herramientas a utilizar y con ello la responsabilidad de cada parte en la generación, revisión, distribución, aprobación y almacenamiento de la documentación.

A continuación, detallamos las fases que debe involucrar un proceso de gestión documental:

a) Identificación y entrega de documentos: Es importante reconocer la realidad de los contratos de construcción: estos parten de una evidente asimetría informativa entre las partes involucradas. Por esta razón, antes de suscribir un contrato de construcción, el propietario posee un mayor conocimiento sobre las condiciones del proyecto, tales como las condiciones del sitio, permisos necesarios, detalles de diseño, entre otras. Esta ventaja le permite tomar decisiones más informadas al momento de seleccionar al contratista adecuado; además, le otorga la facultad de negociar los términos del contrato de la forma más conveniente.

   Ahora bien, si esta asimetría no se soluciona y el propietario decide reservarse la información del proyecto, lo más probable es que se genere un clima de desconfianza entre ambas partes. Por un lado, el propietario no podrá ponerse en los zapatos del contratista al momento de evaluar sus esfuerzos. Por otro lado, el contratista no podrá tomar decisiones informadas para solucionar eventos que generen impactos en la obra.

   Con el objetivo de abordar este problema de distribución desigual de información, una gestión documental colaborativa debe comenzar por identificar qué documentos deben ser entregados a cada una de las partes involucradas en las diferentes etapas de ejecución del proyecto. Hughes et. al (2000) recomiendan que las partes incluyan un listado personalizado con la información que requerirán, además de identificar qué parte deberá entregar dicha información (p. 159). Por ejemplo, durante la fase de licitación, se pueden identificar aquellos detalles técnicos del proyecto que el propietario deberá entregar para permitir al contratista elaborar una oferta que se ajuste al contrato. Ello será distinto durante la fase de ejecución, donde la obligación del contratista de entregar información se vuelve necesaria, debiendo presentar informes de avance de la obra.

Finalmente, durante en la fase de cierre, ambas partes deberán entregar documentos tales como certificados de entrega/finalización (propietario), así como planos *as built* y manuales de operación (contratista) Por lo tanto, se requiere una comunicación abierta entre las partes para asegurar la entrega de toda la información relevante en las distintas etapas del proyecto.

Adicionalmente a ello, es crucial que las partes lleguen a un consenso sobre qué información es considerada crítica para el proyecto y cuál no lo es, ya que ello tendrá un impacto sobre los efectos que tendrá la falta de entrega de determinada información. Por ejemplo, las consecuencias serán distintas si se trata del retraso en la entrega de un acta de reunión o de un plano determinante para la construcción del proyecto. Mientras que el primero no podría facultar al contratista a paralizar la obra, el segundo sí genera un impacto al cronograma al impedir que el contratista concluya los trabajos dentro del tiempo programado. De esta manera, el contratista puede identificar este supuesto en el contrato como uno que lo habilite a suspender la ejecución.

Por último, la identificación de documentos críticos también permitirá a las partes definir con anticipación qué entregables serán determinantes para el cierre de una determinada fase o hito.

b) Revisión y aprobación de documentos: Todos los documentos deben ser revisados y aprobados por las partes involucradas antes de ser distribuidos o almacenados. Por ello, es recomendable que ambas partes elaboren un proceso de revisión y aprobación que incluya plazos claros y responsabilidades definidas. Algunas preguntas pueden ayudar a regular este proceso: ¿cuál es el plazo máximo para que el contratista remita la documentación? ¿cuál es el plazo máximo para que el propietario revise y remita sus comentarios a los documentos? ¿cuál es el número máximo de revisiones? ¿la documentación remitida por fuera del plazo será considerada como "no entregada"? En este punto, tanto el plazo máximo de revisión de documentación como el número máximo de revisiones serán aspectos esenciales dentro del proceso de revisión y aprobación que acuerden las partes.

c) Distribución de documentos: Los documentos deben ser distribuidos a las partes involucradas en función de las responsabilidades asignadas en el contrato. Para ello, es recomendable utilizar sistemas de gestión documental electrónica que garanticen el acceso al documento y su distribución de manera segura y eficiente. Con ello, se asegurará la trazabilidad sobre el flujo de la información, permitiendo a las partes llevar registro sobre la entrega de un documento.

d) Almacenamiento de documentos: Por lo general, la información compartida durante la ejecución de un proyecto se encuentra protegida por la suscripción de acuerdos de confidencialidad entre las partes. Por ello, el uso de un sistema de almacenamiento seguro se vuelve imprescindible para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de confidencialidad pactadas.

Es importante que las partes almacenen los documentos de manera segura y organizada en un software de gestión documental electrónica que permita el acceso y almacenamiento seguro de información. Por ende, se debe llegar a un acuerdo sobre los siguientes puntos:

- Qué parte asumirá costos asociados al mantenimiento del software.
- Cómo se llevará a cabo la inducción de los usuarios que utilizarán el sistema.
- Cómo se actuará frente a eventuales fallas de la plataforma.
- Cuáles son las consecuencias de remitir información por fuera del sistema.

e) Eliminación de documentos: Al finalizar el proyecto, los documentos deben ser eliminados de manera adecuada, siguiendo los estándares y procedimientos establecidos en el contrato y protegiendo las obligaciones de confidencialidad.

La gestión documental es un aspecto clave que necesita la colaboración activa de ambas partes para lograr que ese proceso se lleve a cabo de manera rigurosa y organizada. La documentación es la evidencia escrita de las actividades que se llevan a cabo durante la ejecución del proyecto, y su gestión debe permitir y asegurar la trazabilidad de los procesos. Por ello, la recomendación es que cada fase establezca responsabilidades definidas en plazos claros.

6. Conclusiones

La importancia de un buen diseño contractual colaborativo no puede ser subestimada, más aún en un sector propenso a la generación de controversias. A lo largo de este artículo,

se ha podido resaltar la importancia de incluir prácticas que prioricen un enfoque colaborativo, garantizando con ello un cambio de mentalidad en los principales actores de la obra: de ser partes independientes con intereses particulares y enfoques reactivos, se convierten en dos aliadas que buscan la manera más eficiente de priorizar el proyecto en lugar de atribuir responsabilidades y buscar compensaciones.

En primer lugar, la distribución adecuada de riesgos permite que las partes puedan prever el impacto de un evento de manera previa a su materialización. En segundo lugar, limitar la responsabilidad a través de la aplicación de penalidades o pactar daño ulterior fomentará que las partes pacten conjuntamente las consecuencias de sus incumplimientos. En tercer lugar, la gestión documental ayudará a ambas partes a regular la asimetría informativa, además de asegurar la trazabilidad de los procesos.

Finalmente, integrar las prácticas colaborativas recomendadas desde el diseño contractual no solo garantizarán el éxito del contrato, sino que traerán consigo los siguientes beneficios:

- Reducción de conflictos: Se establecen mecanismos de comunicación efectivos y se comparten responsabilidades y riesgos de manera justa.
- Ahorro de tiempo y costos: La gestión colaborativa ayuda a reducir los tiempos de ejecución y los costos del proyecto al mejorar la coordinación y la eficiencia en la toma de decisiones.
- Mejora de la calidad: La colaboración permite una mayor comunicación y un mejor intercambio de información, lo que conlleva a una mejor planificación, ejecución y, por ende, una mayor calidad de la obra.
- Fomento de relaciones duraderas: La gestión colaborativa puede fomentar relaciones más duraderas y de confianza entre las partes, lo que puede ser beneficioso para futuros proyectos.

Referencias bibliográficas

Abdel, M. (2019). Construction Arbitration in the MENA Region. En S. Brekoulakis & D. Brynmor (Eds.), *The Guide to Construction Arbitration* (3ª ed., pp. 373–411). Law Business Research Ltd.

Broome, J. (2012). *NEC3: A User's Guide*. ICE Publishing.

Bunni, N. (2009). The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts. *International Construction Law Review*, *20*, Parte 1.

Capper, P. (Noviembre, 2000). *Basic Choices in the Allocation and Management of Risk. Contributions to the "Whose Risk?"* [Sesión de conferencia]. Porceedings of Conference on Whose Risk? Managing Risk in Construction - Who. Pays? Hong Kong, China.

Campos, A., & Hinostroza, L. (2008). El Contrato de obra pública: Lo que no dice la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de Derecho Administrativo*, 5, 297-308. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14509

Hayford, O. (2018). *Collaborative Contracting*. PWC Australia.

Hess, S. (2009). Damages. *Construction Law*, 501-522.

Hernández, R. (2014). Dispute Boards (Paneles de solución de controversias en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En R. Hernandez (Coord.), *Dispute Boards en Latinoamérica experiencias y retos* (pp. 23–32). Estudio Mario Castillo Freyre.

Jus Mundi. (2021). *Industry Insights Issue 1: Construction Arbitration* [Archivo PDF].

Kelley, G. (2013). Construction Contracts. *Construction Law* (pp. 51–66). John Wiley &Sons.

Medina, J. (12 de enero de 2020). *Algunos apuntes sobre los contratos NEC: el modelo contractual que se usó en los Juegos Panamericanos*. IUS 360. https://ius360.com/algunos-apuntes-sobre-los-contratos-nec-el-modelo-contractual-que-se-uso-en-los-juegos-panamericanos/

Murdoch, J., Hugues, W., & Champion, R. (2000). *Construction Contracts* (5ª ed.). Routledge.

Osterling, F., & Castillo, M. (1998). *Obligaciones con cláusula penal* [Archivo PDF].

Osterling, F. (1985). Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa. En J. León (Coord.), *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem* (pp. 351–364). Cultural Cuzco.

Thomas, R. (2001). *Construction Contract Claims* (2ª ed.). Palgrave.

Toledo, L. (2017). *Contrato de Aliança: Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção*. Almedina Brasil.

Toomey, D. (2021). *Alliance contracting drives value for water projects. Insights gained from the Australian experience*. Williams Sale Partnership.

UNCITRAL (1987). *Guía UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales.* Organización de las Naciones Unidas.

Vicuña, G. (2006). La Distribución del Riesgo en los Contratos de Inversión Pública. Santiago. *Revista En Concreto*, 4(50).

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.005

Inversiones en ambiente a través del mecanismo de Obras por Impuestos(*)

Environment investment through Work for Taxes

Gabriela Villanueva Caceres(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El Ministerio del Ambiente ha identificado que existen millones de hectáreas de ecosistemas degradados que brindan servicios ecosistémicos que requieren ser recuperados. Esta problemática constituye una brecha de infraestructura natural, que requiere ser atendida por las autoridades a fin de establecer acciones para promover inversiones en conservación de ecosistemas. Una alternativa para la reducción de esta brecha es la aplicación del mecanismo de Obras por impuestos. Esta es una modalidad, implementada desde el año 2009, que permite mediante la ejecución de inversión pública contar con infraestructura y servicios de calidad a partir de la cooperación del sector público y privado. Aunque ha operado con éxito, contribuyendo al cierre de brechas prioritarias de infraestructura y servicios a nivel nacional, no suele ser empleado para la ejecución de inversiones en ambiente. Por ello, este artículo analiza la potencialidad de la aplicación de las Obras por Impuestos como mecanismo para cerrar las brechas de infraestructura ambiental.

Palabras Clave: Infraestructura Natural - Obras por Impuestos - Brechas de Infraestructura - Soluciones basadas en la Naturaleza - Edificaciones Sostenibles

Abstract: The Environmental Authority has identified the existence of millions of hectares of degraded ecosystems that provide ecosystem services that need to be recovered. This problem constitutes a natural infrastructure gap that must be addressed by the authorities to establish actions that promote investments in natural protection. An alternative to reduce this gap is the application of the Works for Taxes mechanism. This is a public investment execution modality that allows to have quality infrastructure and services in an agile way through the cooperation of the public and private sectors. Implemented since 2009, it operates successfully, contributing to the closing of priority infrastructure and services gaps at the national level. However, it is not usually used for the implementation of environmental investments. Therefore, this article analyzes the potential of the application of Works for Taxes as a mechanism to close environmental infrastructure gaps.

Keywords: Natural Infrastructure - Works for Taxes - Infrastructure Gaps - Natural Solutions - Sustainable Construction

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 3 de marzo de 2023 y su publicación fue aprobada el 18 de mayo de 2023.
(**) Abogada por la Pontificia Universidad del Perú (Lima, Perú). Con Título de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5169-6325. Correo electrónico: gabriela.villanueva@pucp.pe.

1. Introducción

Los ecosistemas son el soporte de la vida humana. Estos se encargan de proveer beneficios y servicios, como el desarrollo de las especies en la tierra, la regulación climática, el control de erosión, el equilibrio ecológico, la regulación hídrica, entre otros. Sin embargo, estos se ven afectados, principalmente, por las distintas actividades humanas, como el uso excesivo de los recursos naturales y el cambio climático, las cuales incrementan la degradación ambiental. Así, actualmente, el Ministerio del Ambiente ha identificado que existe una brecha de infraestructura natural por más de tres millones de hectáreas de ecosistemas degradados que requieren ser recuperados (MINAM, 2022).

El cierre de brechas de infraestructura es esencial para impulsar el desarrollo económico, disminuir la pobreza y mejorar la calidad de vida de toda la sociedad. Entre las distintas alternativas para hacer frente a esta problemática, se encuentra la implementación y mejora de la infraestructura natural. La infraestructura natural comprende la red de espacios naturales que proporcionan servicios a las personas. Es decir, es un sistema interconectado de espacios verdes que proveen beneficios económicos, sociales y ambientales como resultado del funcionamiento de los ecosistemas. Estos beneficios incluyen la regulación hídrica, el mantenimiento de la biodiversidad, control de clima, belleza paisajística, entre otros.

Existen diversos mecanismos que permiten al Estado contribuir al desarrollo de la infraestructura natural, como la contratación pública, las asociaciones público-privadas, las Obras por Impuestos, etc. No obstante, se destaca la modalidad del mecanismo de Obras por Impuestos (OxI). Este mecanismo desarrolla proyectos de inversión pública con la participación conjunta entre el sector público y privado a fin de contribuir al cierre de brechas de infraestructura y acceso a los servicios públicos a nivel nacional. En el contexto ambiental, este enfoque se presenta como una alternativa adecuada para impulsar el desarrollo de inversiones ambientales. La cooperación del sector público y privado puede implementar infraestructura natural de una manera eficiente, rápida y oportuna, que permitiría recuperar las áreas degradadas a nivel nacional, así como contribuir a la mejora de los ecosistemas.

No obstante, el mecanismo de OxI no es usado ampliamente en el sector Ambiente. Las inversiones que se encuentran dentro de este mecanismo están orientadas al sector Educación, Salud, Transporte y Saneamiento. La construcción de infraestructura tradicional, como hospitales, colegios, carreteras, entre otros, suele dominar la cartera de proyectos, lo cual no deja espacio para el desarrollo de infraestructura natural. Incluso, aunque estos mecanismos permiten el desarrollo de infraestructura sostenible, entendida como las inversiones planificadas y operadas para garantizar, entre otros, la sostenibilidad ambiental y resiliencia al cambio climático. Igualmente, no suelen encontrarse inversiones de infraestructura sostenible que se ejecuten mediante las OxI.

Por ello, es necesario conocer los alcances de esta modalidad de ejecución de inversiones y su potencial para impulsar las inversiones en infraestructura natural y sostenible. Asimismo, se requiere identificar sus principales retos a fin de establecer medidas que eliminen los obstáculos que impiden la utilización de este mecanismo para la infraestructura natural. Este instrumento puede constituir una solución eficiente para el cierre de brechas de infraestructura natural y servicios presentes en el sector Ambiente.

2. Infraestructura natural y su regulación nacional

La inversión en infraestructura es la base para el desarrollo. Esta es el conjunto de componentes, estructuras y sistemas, que permiten proveer servicios determinados a las personas. Puede ser clasificada en infraestructura "física", también denominada "tradicional" o "gris", y la infraestructura "natural", dependiendo de sus características.

La infraestructura física es el conjunto de estructuras, elementos de ingeniería e instalaciones que constituyen una construcción base para la prestación de algún servicio o finalidad específica (León, 2016). Está compuesta por proyectos de ingeniería convencionales, como la construcción de carreteras, alcantarillas, edificios, entre otros. Proveen diversos servicios, tales como educación, transporte, salubridad, salud, vivienda, entre otros, lo cual contribuye a la mejora de la calidad de vida e impulsa el desarrollo. Tradicionalmente, este tipo de inversiones no considera aspectos ambientales, puesto que se limita a cumplir la finalidad a la que fueron creadas.

En cambio, la infraestructura natural es el conjunto de redes naturales o seminaturales que proveen beneficios ambientales, sociales y económicos. En específico, es una red interconectada de vías fluviales, humedales, bosques, hábitats, parques y otros espacios que apoyan la conservación de especies, recursos hídricos, la calidad ambiental,

así como mantienen los procesos ecológicos naturales, contribuyendo a una mejora en calidad de vida (Benedict y McMahon, 2022). Así, es un sistema de áreas verdes que contribuyen a la protección y restauración de ecosistemas (Cobo y Piñeros, 2020).

El término "infraestructura natural", se encuentra definido en el Decreto Supremo 284 -2018-EF, Reglamento del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Conforme al numeral 5 de su artículo 3, la infraestructura nacional constituye "la red de espacios naturales que conservan los valores y funciones de los ecosistemas, proveyendo servicios ecosistémicos". Es decir, es un sistema interconectado de componentes naturales, que proporcionan beneficios ambientales a la sociedad, como la regulación hídrica, el mantenimiento de la biodiversidad, el control de la erosión de los suelos, entre otros.

De igual manera, según el Decreto Supremo 023-2021-MINAM, Política Nacional del Ambiente al 2030, la infraestructura natural constituye las redes estratégicamente planeadas y gestionadas de terrenos naturales, como bosques y humedales, paisajes funcionales, entre otros. Estas áreas poseen como objetivo conservar o mejorar los valores ecosistémicos, así como generan beneficios a las poblaciones. Entonces, por infraestructura natural se entienden las redes de zonas naturales, seminatural y de otros elementos ambientales que otorgan diversos servicios ecosistémicos y benefician a la sociedad.

Las inversiones que se enmarcan bajo la definición de infraestructura natural son diversas. Principalmente, engloban todas aquellas que tienen un impacto positivo en la naturaleza, como actividades de restauración, conservación o mejora de los componentes ambientales. Esto implica actividades como la reforestación, mejora de la calidad hídrica, recuperación de servicios ecosistémicos, entre otros. Además de ello, la infraestructura natural alcanza proyectos urbanos, como construcción de parques zonales, mejora de alamedas, implementación de parques distritales, entre otros.

Por ejemplo, se puede observar la inversión en recuperación de los ecosistemas de pajonal de puna húmeda, bofedal, bosque relicto y lagunas en cabeceras de cuencas en siete distritos de las provincias de Cotabambas y Grau, Apurímac, presentada por el su Gobierno Regional para ser ejecutada por el mecanismo de OxI. Este constituye actividades de recuperación de cobertura vegetal, producción de especies forestales, reforestación, recuperar la calidad del agua, restaurar cauces de ríos, entre otros. Con ello, se espera recuperar dicho ecosistema, beneficiando así a las personas ubicadas en la provincia de Cotabambas y Grau.

A diferencia de la infraestructura tradicional, la infraestructura natural no se limita a brindar un servicio determinado. Al contrario, ofrece diversos beneficios ambientales, sociales y económicos (Dige, 2015). Entre los principales beneficios ambientales, se encuentra la conservación del ambiente y la adaptación al cambio climático. (MINAM, 2021, p. 18). En el aspecto social, destaca la mejora de espacios recreacionales, la mejora de los servicios de saneamientos, y el aumento de la salud y bienestar social. Por otro lado, algunos beneficios económicos son la creación del empleo, el aumento del valor de los inmuebles, el aumento de la inversión y el fomento de espacios turísticos.

Es importante resaltar que el desarrollo de infraestructura natural es una herramienta para mitigar los efectos del cambio climático (Forest Trends, 2020). Por medio del avance del cambio climático, existen mayores riesgos de desastres que pueden impactar negativamente en la salud de las personas y el ambiente, como sequías, inundaciones, heladas, entre otros fenómenos. La implementación de esta infraestructura posee la capacidad de proveer servicios como la reducción del impacto de las olas de calor, la regulación de la temperatura, la mejora de la calidad del aire y agua, la reducción de procesos de erosión, entre otros (Castro, 2021). De esta manera, la recuperación de espacios naturales contribuye a una mitigación de los riesgos de desastres que pueden surgir como consecuencia del cambio climático.

En especial, la infraestructura natural es clave para la seguridad hídrica. Según las Naciones Unidas (2016, p. 517), la seguridad hídrica está amenazada debido a la creciente demanda de agua, el estrés hídrico y el aumento de las fuentes de contaminación a los recursos hídricos. Las inversiones ambientales son una oportunidad para reducir la degradación y contaminación de ecosistemas. Por ejemplo, invertir en recuperar y conservar cuencas hidrográficas reduce el riesgo de desastres naturales, conserva el caudal del río, mejora la calidad del agua y permite controlar las erosiones en el contexto del cambio climático (Forrest Trends, 2020).

Ahora bien, la inversión en infraestructura natural no puede satisfacer toda la demanda de la sociedad. Existen brechas de infraestructura y de accesos a servicios

públicos que solo pueden reducirse mediante la implementación de la infraestructura tradicional, como la inversión en establecimientos de salud, centros educativos, carreteras, entre otros. Las inversiones en infraestructura tradicional son esenciales para el desarrollo económico y mejora de las condiciones de vida. Por ello, ambos tipos de infraestructura necesitan complementarse para un desarrollo sostenible.

La infraestructura tradicional y natural se interrelacionan. Las inversiones en infraestructura física se realizan en un entorno determinado y se encuentran intrínsecamente vinculadas con la naturaleza y los ecosistemas. La degradación de los ecosistemas disminuye la funcionalidad de la infraestructura tradicional, así como incrementa su vulnerabilidad frente a eventos climáticos extremos (MINAM, 2022, p. 6). Por lo tanto, al diseñar los proyectos de inversiones, es fundamental contemplar los ecosistemas y sus servicios a fin de asegurar el buen funcionamiento y mantenimiento de la infraestructura.

Por ejemplo, los ecosistemas de montaña proveen un suministro de agua limpia. Para garantizar un adecuado aprovechamiento de este recurso, se requiere de la construcción de reservorios y tuberías. Sin embargo, las inversiones en infraestructura gris no suelen considerar los ecosistemas y sus servicios en su diseño (León, 2016). Como consecuencia, la implementación de estos componentes permite proveer del recurso agua, pero degrada el ambiente.

Según el Ministerio del Ambiente (2021, p. 16), la inversión en infraestructura debe considerar (i) la cantidad necesaria, para cerrar las brechas y (ii) que funcione adecuadamente a largo plazo. Entonces, la infraestructura tradicional debe ser "sostenible" para garantizar un equilibrio entre el crecimiento económico, la protección ambiental y el bienestar social.

En el Perú, no se cuenta con una definición de infraestructura sostenible. Sin embargo, el Ministerio de Economía y Finanzas suele emplear la definición del Banco Interamericano de Desarrollo(1). Según esta definición, este tipo de inversiones son "planificados, diseñados, construidos, operados y desmantelados de manera que garanticen la sostenibilidad económica y financiera, social, ambiental (incluida la resiliencia climática), e institucional durante todo su ciclo de vida" (Bhattacharya et. al, 2019, p. 26). Este tipo de infraestructura consta de cuatro dimensiones:

Tabla 1
Definición de la infraestructura sostenible

Sostenibilidad económico-financiera	Capacidad de generar un rendimiento económico neto positivo considerando todos los costos y beneficios durante el ciclo de vida de la inversión, considerando las externalidades que pueda ocasionar, así como contar con un índice de rentabilidad ajustado al riesgo para los inversionistas.
Sostenibilidad social	Considera los grupos sociales potencialmente afectados y los grupos de interés, a fin de mejorar su calidad de vida durante la vigencia del proyecto.
	Adopta estándares de trabajo, igualdad de género, inclusividad, seguridad y salud.
	Evitando los desplazamientos involuntarios.
Sostenibilidad institucional	Capacidad institucional sólida y transparente a lo largo de la vida de la inversión, con procedimientos claramente definidos para la planificación, licitación y operación de la inversión.
Sostenibilidad ambiental y resiliencia climática	Preserva, restaura y se integra con el entorno natural y ecosistema.
	Promueve el uso sostenible y eficiente de los recursos naturales y materiales.
	Limita todo tipo de contaminación que pueda ocurrir a lo largo de la vida de la inversión, así como contribuye a una economía baja en emisiones de carbono.
	El diseño de la inversión debe garantizar la resiliencia al cambio climático y los desastres naturales.

Nota. Adaptado de Atributos y marco para la infraestructura sostenible, por Bhattacharya y otros, 2019, pp. 23-26.

(1) Conforme al Decreto Supremo 242-20222-EF, Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022-2025.

La infraestructura sostenible implica la gestión adecuada de los recursos que se encuentran en su entorno, como la energía, agua, recursos, así como utilizando materiales no perjudiciales para el ambiente (Dávila, 2020). La infraestructura "tradicional" adopta principios de sostenibilidad, que permite reducir sus impactos ambientales negativos, así como generar un impacto positivo en las poblaciones. De esta manera, se integra la naturaleza al diseño de la inversión, lo cual minimiza los efectos ambientales negativos que puede generar la infraestructura tradicional durante todo su ciclo de vida.

Por ejemplo, el diseño e implementación en colegios, hospitales, entre otros, pueden considerar el clima como un factor que permita aprovechar los rayos solares, en zonas frías, o la ventilación natural, en zonas cálidas, además de implementar mecanismos de reúso de agua y ahorro de energía. Por otro lado, se pueden implementar actividades de mejora de cobertura vegetal, conservación de suelos, mejora de la gobernanza de cuencas mediante inversiones en sistemas de agua potable y alcantarillado a fin de asegurar un correcto uso y mantenimiento de la estructura (León, 2016). Por último, las carreteras pueden diseñarse de tal manera que empleen materiales sostenibles, puedan acomodarse a su entorno paisajístico, permitan evitar la fracción de los ecosistemas, logren emplear energías renovables, entre otras medidas.

La infraestructura natural puede complementar a la tradicional al incorporar aspectos de sostenibilidad en su desarrollo e implementación. Esta sinergia puede reducir los impactos ambientales de la infraestructura tradicional, ofrecer una alternativa para mejorar la gestión ambiental, brindar servicios ecosistémicos, así como contribuir a la sostenibilidad de las infraestructuras y servicios. Ambos elementos se complementan a favor del ambiente y la población. De esta manera, la infraestructura natural actúa tanto en ámbitos urbanos, mediante la implementación de edificaciones sostenibles, como rurales, con la recuperación de ecosistemas.

3. Mecanismo de Obras por Impuestos

El mecanismo de OxI es una modalidad de inversión pública orientada a impulsar la ejecución de inversiones de alta relevancia social de alcance nacional, regional y local mediante la cooperación del sector público y privado. Estas inversiones están constituidas por lo siguiente: (i) proyectos de inversiones formulados en el marco del Decreto Legislativo 1252 - Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones[(2)] e (ii) inversiones de optimización, de ampliación marginal, de rehabilitación y de reposición. Su objetivo es asegurar el desarrollo eficiente y eficaz de las inversiones mediante el trabajo conjunto entre las empresas privadas y el Estado a fin de contribuir al cierre de brechas de infraestructura y proveer una mejor calidad de vida a las personas.

Por medio de este mecanismo, las empresas privadas se encargan de financiar e implementar inversiones de alta prioridad a cambio de compensar el pago de sus impuestos de tercera categoría. La entidad de gobierno, sea nacional, regional o local, o universidad pública, celebra un convenio de inversión con la empresa privada a fin de que esta última se encargue del financiamiento y/o ejecución de la inversión. Como retribución, el Ministerio de Economía y Finanzas emite certificados por el monto de la inversión realizada a la empresa privada con el propósito exclusivo de que puedan ser utilizados como pago a cuenta del impuesto de tercera categoría.

La ejecución de inversiones mediante OxI se rige por la Ley 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 210-2022-EF. No son aplicables otros marcos normativos para la ejecución de inversiones bajo el sistema de OxI, como la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

Conforme a la Ley 29230, el mecanismo de OxI se desarrolla a través de cuatro fases: (i) priorización, (ii) actos previos, (iii) proceso de selección y (iv) ejecución de la inversión.

La *fase de priorización* consiste en el proceso de elección de las inversiones que pueden ser ejecutados a partir de este enfoque. Ya sea el gobierno nacional, regional o local, o universidad pública, es responsabilidad del gobierno o la institución correspondiente aprobar la lista de proyectos priorizados, que pueden ser inversiones de iniciativa estatal o privada. Respecto a este

(2) El SNPMGI es un sistema administrativo del Estado que busca orientar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión para la prestación efectiva de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país.

último, el sector privado posee la facultad de formular una determinada inversión a fin de presentarla a las entidades estales y poder ejecutarla bajo este mecanismo, siempre y cuando se verifique que estos sean de alta relevancia estatal.

Las inversiones que pueden ser parte de esta modalidad de contratación deben estar registradas en el Programa Multianual de Inversiones (PMI)[3] de la entidad, así como contar con la declaración de viabilidad o aprobación de ejecución dada por la misma entidad. Asimismo, las entidades nacionales y universidades deben aprobar la lista de proyectos priorizados de manera periódica para que las inversiones puedan ser ejecutadas a través de este mecanismo. Todo esto con la finalidad de asegurar las necesidades sociales. Es por ello que las entidades estatales actualizan constantemente la lista para ofrecer distintas opciones de inversiones públicas a las empresas interesadas.

La *fase de actos previos* posee como objetivo desarrollar el proceso de selección de las empresas privadas encargadas de ejecutar las inversiones. Este proceso es realizado por el comité especial, el cual es designado por la autoridad en (i) la resolución de aprobación de la lista de proyectos priorizados para las inversiones de alcance nacional o (ii) luego de la aprobación de la lista de proyectos priorizados en caso sean inversiones aprobadas por el gobierno regional, local o universidades.

El comité de selección se encarga de realizar todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección de la empresa privada hasta el perfeccionamiento del convenio de inversión. Así, en esta fase, se aprueban las bases para el proceso de selección de la empresa privada, así como se desarrollan y aprueban las bases para la selección de la entidad supervisora de la obra.

Mediante la *fase del proceso de selección*, se desarrollan los actos necesarios para la elección de la empresa privada encargada de ejecutar la inversión, así como de la entidad supervisora. Las etapas de selección son (i) la convocatoria y presentación de interés, (ii) formulación y absolución de consultas, (iii) la presentación, evaluación y calificación de propuestas, y (iv) el otorgamiento de la buena pro y suscripción del convenio de inversión.

El proceso de selección de la entidad supervisora se realiza de manera paralela a la elección de la empresa. Al igual que la empresa privada, la entidad supervisora se elige a través del proceso regulado por la Ley 29230, no siendo aplicable la Ley 30225, Ley de contrataciones con el Estado. De manera excepcional, la entidad pública puede disponer la contratación directa de la entidad supervisora.

Por último, tenemos la *fase de ejecución.* Luego de la selección de la empresa privada, las partes celebran el convenio de inversión, el cual inicia con su suscripción y culmina con su liquidación o la recepción de la actividad. La ejecución de las inversiones comienza cuando se ha suscrito el contrato, se cuenta con una entidad supervisión, se cuente con la disponibilidad del área a ejecutar la inversión y se haya entregado el expediente técnico[4]. Asimismo, durante la ejecución de la misma, la empresa privada se obliga a cumplir con los términos establecidos en el convenio.

El marco legal del procedimiento del mecanismo de OxI está regulado de tal manera que busca ser más ágil y simplificado, a diferencia de otros mecanismos de ejecución estatal. Asimismo, se caracteriza por ser un mecanismo más transparente y seguro para el inversor. Así, se busca incentivar el uso de esta herramienta para fomentar la ejecución de la inversión de manera más eficiente con el apoyo del sector privado.

Ahora bien, no toda inversión puede ser parte del mecanismo de OxI. Las inversiones que participan de este mecanismo son aquellas que se realizan en el marco del Sistema Nacional de Programación multianual y Gestión de Inversiones (SNPMGI)[5]. Bajo este sistema, las inversiones son todas aquellas que estén destinadas a formar capital físico, humano, institucional, intelectual o natural, que tienen como objetivo crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción de bienes o servicios. Es decir,

(3) El PMI es un proceso de coordinación y análisis que tiene como finalidad la toma de decisiones acerca de las prioridades asignadas a los objetivos y metas de una entidad. Asimismo, implica la estimación financiera necesaria para llevar a cabo inversiones durante un periodo específico con el propósito de superar las brechas existentes en infraestructura o mejorar el acceso a los servicios públicos.

(4) El expediente técnico no se aplica si en el convenio de inversión se estableció que la empresa privada es responsable de su formulación.

(5) El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones se rige bajo lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1252 y su reglamento aprobado en el Decreto Supremo 284-2018-EF.

son aquellos que deben ser brindados o garantizados por el Estado.

Aunque dicha definición permite incorporar una gran cantidad de inversiones, solo pueden participar en el mecanismo de OxI aquellos que sean señalados de alta prioridad por el gobierno nacional, regional o local, además de ser viables y priorizados. Las entidades aprueban sus criterios de priorización de manera periódica para determinar las inversiones que van a ejecutar conforme a su demanda social y necesidades. Asimismo, se aprueba una lista de proyectos priorizados con el objetivo de gestionar los recursos públicos para una efectiva provisión de infraestructura y, así, contribuir a la reducción de la brecha de infraestructura o acceso a servicios públicos.

Para incentivar la participación del sector privado en esta modalidad de inversión, este instrumento otorga diversos beneficios a las empresas interesadas. En especial, tiene dos principales incentivos: (i) un medio para el pago del impuesto a la renta de tercera categoría y (ii) mejorar la reputación o imagen institucional de la empresa frente a la sociedad.

Por un lado, las empresas privadas reciben un certificado de inversión pública[6] por el monto de la inversión realizada. Este certificado solo puede ser utilizado para el pago del impuesto a la renta de tercera categoría. Es decir, la ejecución de la inversión constituye un medio para el pago de sus impuestos de tercera categoría. Además, estos certificados tienen una duración de hasta diez años, por lo que puede ser empleado para diversos ejercicios fiscales. No obstante, solo pueden utilizarse hasta por un cincuenta por ciento del valor total de los impuestos de tercera categoría a pagar por año. En ese sentido, las empresas pueden compensar el pago de dichos impuestos con el monto de la inversión ejecutada.

Por otro lado, las empresas obtienen un beneficio no económico, ya que este esquema contribuye a mejorar su imagen pública o reputación frente a la sociedad, lo cual le hace ganar notoriedad positiva. Debido a que son inversiones de alto impacto o necesidad social, el sector privado encuentra una oportunidad para desarrollar su imagen de manera positiva, porque estos suelen ser agradecidos por autoridades en eventos públicos. Además de ello, son una alternativa para cumplir con sus programas de responsabilidad social corporativa, pues pueden contribuir con el desarrollo social, económico y/o ambiental de una localidad o región de su interés. De esta manera, el mecanismo de OxI otorga un valor añadido a la empresa participante, que la diferencia del resto de empresas competidoras, así como refuerza las relaciones comunitarias con las poblaciones cercanas a sus inversiones.

Por último, este mecanismo genera grandes beneficios a la sociedad. No solo reduce la brecha de infraestructura, sino que también se atienden y satisfacen las principales necesidades de las poblaciones o grupos humanos en un área específica. Asimismo, contribuye a dinamizar e impulsar el desarrollo socioeconómico de una región o localidad gracias la creación o mejora de infraestructura, como carreteras o caminos. Así, la sociedad civil se beneficia con un mayor acceso a los servicios públicos, se genera mayor empleo y, principalmente, se mejora la calidad y bienestar social.

Actualmente, este esquema de inversión ha logrado que se ejecuten más de quinientas inversiones a nivel nacional, en las que han participado cerca de ciento cincuenta empresas privadas (MEF, 2023). Entre los principales sectores en los que se emplea este mecanismo, se encuentran los sectores Transporte, Educación, Saneamiento, Salud y Seguridad, con lo cual se obtiene casi el noventa por ciento de inversión realizada desde el año 2009. El otro diez por ciento se encuentra constituido por diversos sectores, tales como Agricultura, Comercio, Cultura, Ambiente, entre otros. Como resultado, se ha generado una inversión por más de seis mil millones de soles, lo cual ha beneficiado a más de veintiún millones de personas a nivel nacional (MEF, 2023).

Debido a que la cartera de proyectos priorizados no cuenta con una cantidad considerable de inversiones para el sector Ambiente, es necesario incorporar inversiones en infraestructura natural e infraestructura sostenible para que se encuentren disponibles para las empresas interesadas. Según el texto de la Ley 29230 y sus modificaciones, existen dos métodos para incorporar inversiones a la cartera de proyectos priorizados.

(6) El Ministerio de Economía y Finanzas puede otorgar dos tipos de certificados: (i) el Certificado de Inversión Pública Regional y Local - Tesoro Público (CIPRL) para las inversiones ejecutadas bajo competencia del gobierno regional, local o haya sido suscrito con una universidad pública, y (ii) el Certificado de Inversión Pública Gobierno Nacional - Tesoro Público (CIPGN) para las inversiones ejecutadas bajo competencia del gobierno nacional.

Por un lado, el Estado, a través del gobierno nacional, regional o local, está facultado para incorporar inversiones consideradas de alto impacto para reducir la brecha de infraestructura y servicios. Por otro lado, el sector privado puede promover la priorización de determinadas inversiones o actividades de mantenimiento u operación para que sean incorporadas a la cartera de proyectos priorizados de las entidades públicas y puedan ser ejecutados mediante el mecanismo de OxI.

A continuación, se explicarán cada una de estas modalidades:

3.1. Iniciativa estatal

El gobierno nacional, regional, local, así como las universidades públicas, son los actores encargados de determinar las inversiones que van a ser ejecutadas mediante el mecanismo de OxI. Para que las entidades públicas puedan incorporar sus proyectos de infraestructura natural al mecanismo de OxI, deben considerar que estos estén contemplados en su PMI. El PMI tiene como objetivo vincular el planeamiento estratégico y el proceso presupuestario a través de la elaboración y selección de una cartera de inversiones orientada al cierre de brechas prioritarias, que son parte de los objetivos y metas de desarrollo de la entidad.

El PMI informa sobre la situación de brechas de infraestructura o acceso a los servicios bajo competencia de la entidad, así como presenta los criterios de priorización de la cartera de inversiones. A través de la resolución de aprobación del PMI, se precisa sobre la cartera de inversiones disponibles para realizar por la entidad en un periodo determinado. Estos proyectos prioritarios son aquellos que se obtienen de la elaboración del diagnóstico de brechas de infraestructura o de acceso a servicios presenten en la región o localidad. En otras palabras, las inversiones deben estar orientadas a cerrar brechas de infraestructura natural identificadas por la autoridad en su región o localidad, o inversiones de mejora de la calidad ambiental para proveer un mejor servicio público.

Ahora bien, no todas las inversiones aprobadas en el PMI se ejecutan necesariamente a través del mecanismo de OxI. Las entidades públicas deben emitir una lista de proyectos priorizados en la cual determinen las inversiones que van a ser ejecutadas mediante esta modalidad. Dependiendo de si el proyecto tiene como origen la iniciativa del gobierno nacional o regional, local y universidades, se deben seguir procedimientos distintos para la aprobación de la lista.

Las inversiones y actividades de operación o mantenimiento a cargo del gobierno nacional deben contar con una opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas. Así, la entidad elabora una propuesta de lista de proyectos priorizados y solicita la opinión favorable a la Dirección General de Presupuesto de dicho ministerio respecto a la capacidad presupuestal con la que se cuenta para financiar la inversión, o actividad de operación o mantenimiento. De ser una opinión positiva, la entidad pública emite la resolución ministerial que aprueba la lista de proyectos priorizados.

Por otro lado, los gobiernos regionales, locales y universidades públicas no requieren contar con la opinión de capacidad presupuestal. Estas entidades públicas elaboran una propuesta de lista de proyectos priorizados y lo remiten a su oficina de presupuesto de la entidad pública, quien debe emitir un informe por el cual se acredite que se cuentan con los recursos para el financiamiento de las inversiones o actividades propuestas. De estar conforme, la entidad pública aprueba la lista mediante acuerdo del consejo regional, municipal o universitario.

Una vez publicada la resolución, la entidad remite la lista de proyectos priorizados a ProInversión a fin de que las inversiones y actividades se publiquen en su portal institucional. Finalmente, las inversiones publicadas en la lista de proyectos priorizados de ProInversión se encuentran disponibles para ser adjudicados a las empresas interesadas. Estas inversiones pueden ser adjudicadas mediante una licitación en caso se presenten dos o más interesados por un mismo proyecto. En caso sea un solo interesado, la entidad puede otorgar el proyecto mediante una adjudicación directa.

3.2. Iniciativa privada

La Ley 29230 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 210-2022-EF, facultan a las empresas privadas para proponer la priorización de (i) ideas de inversiones, (ii) ideas de actividades de operación o mantenimiento, (iii) inversiones viables o aprobadas en el marco del SNPMGI y (iv) la actualización de proyectos de inversión viables del SNPMGI. Estas propuestas deben enmarcarse en los planes y políticas de la entidad, así como estar orientadas al cierre de brechas prioritarias, y estar conforme a los objetivos y metas de desarrollo del PMI de la entidad pública.

Mediante peticiones de gracia[7], el sector privado propone a la entidad competente las ideas de inversión, quien evalúa el requerimiento. No toda inversión que calce dentro de las actividades anteriormente descritas puede ser parte de este mecanismo. Las propuestas serán rechazadas si estas coinciden con (i) inversiones ya priorizadas, (ii) inversiones en formulación, viables o aprobadas bajo el mecanismo de OxI, (iii) inversiones en formulación, viables, aprobadas o ejecución por cualquier otra modalidad de ejecución de proyectos, así como aquellos que (iv) fraccionan proyectos de inversión declarados en el marco del SNPMGI.

Es importante mencionar que la autoridad no está obligada a aceptar la solicitud del proponente. En caso de que la petición de gracia sea aceptada, la entidad comunica la relevancia del proyecto al proponente a fin de que este realice los estudios de preinversión necesarios. Es responsabilidad del privado elaborar la ficha técnica del proyecto, el estudio de preinversión a nivel de perfil o el documento de trabajo, así como el manual de operación o mantenimiento, dependiendo de la inversión. De no cumplir con dichas actividades, la entidad deja sin efecto la comunicación de relevancia del proyecto y no se continúa con el procedimiento.

Si el privado cumple con presentar los documentos necesarios, la entidad estatal se encarga de evaluar la propuesta a fin de asegurar que la inversión puede ser ejecutada a través del mecanismo de OxI. De ser positiva la evaluación, la entidad declara la viabilidad o aprobación de la propuesta y procede a incluir la inversión en la lista de proyectos priorizados de la entidad. De lo contrario, la entidad rechaza la propuesta y se prohíbe la declaración de viabilidad de la inversión propuesta en un plazo de un año.

Por último, el proponente no está obligado a participar en el proceso de adjudicación de la inversión propuesta. Si el actor privado está interesado en la ejecución del proyecto, este debe participar como postor en el proceso. Asimismo, este no obtiene alguna ventaja en el proceso de selección por haber propuesto la inversión o actividad. Sin embargo, está impedido de participar como supervisor de la obra propuesta.

Ahora bien, con la finalidad de incentivar al sector privado a proponer ideas de inversión, se ha regulado un incentivo económico. Por un lado, la empresa privada que se encargó de la elaboración de la ficha técnica, el estudio de preinversión, expediente técnico, o manual de operación o mantenimiento puede recibir hasta el dos por ciento del monto total de la inversión o del gasto de operación o mantenimiento. Por otro lado, la empresa privada que se encargó de la actualización de la ficha técnica, estudio de preinversión, expediente técnico, o manual de operación o mantenimiento puede recibir un reembolso de hasta el uno por cierto del monto total de la inversión actualizada.

Este incentivo procede siempre que la empresa privada participe en el proceso de selección de la inversión propuesta. Así, la devolución de los costos se realiza en el primer CIPRL o CIPGN, según corresponda, en caso la empresa se adjudique el proyecto de inversión que propuso. Si la empresa participó del proceso de selección, pero no se adjudicó la inversión, la empresa adjudicada se encarga del reembolso a favor de la empresa proponente como una obligación de su convenio de inversión.

El incentivo no procede si (i) la empresa privada no presenta al proceso de selección, (ii) la propuesta es inválida, o si (iii) la propuesta de modificaciones cambia la concepción técnica de la inversión, la actividad de operación o mantenimiento, o si la empresa proponente renuncia expresamente al reembolso.

Por último, no se ha regulado la oportunidad para que la empresa privada requiera la priorización de las nuevas inversiones. En vista de ello, el interesado puede presentar una carta de intención, que consiste en una petición de gracia a la autoridad en cualquier momento que lo considere pertinente.

4. Potencial de las Obras por Impuestos para impulsar la inversión en ambiente

El cierre de brechas de infraestructura es una condición esencial para el crecimiento económico, la reducción de la pobreza, conectar las sociedades y satisfacer necesidades básicas. Estas brechas

(7) La petición de gracia se encuentra regulada en el artículo 112 de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo sancionador. Esta consiste en la facultad de toda persona para realizar una solicitud a la entidad administrativa a fin de que esta emita una respuesta para el interés del administrado. La autoridad tiene la obligación de responder dicha solicitud de manera discrecional en un plazo de treinta días hábiles, sin garantizar una respuesta que satisfaga el interés del administrado.

constituyen la deficiencia de un país para proveer de bienes y servicios específicos que una población demanda para mejorar su calidad de vida. Así, estas brechas se obtienen de la diferencia entra la oferta de infraestructura o servicios, y la demanda de esta en un determinado momento. Las inversiones están orientadas a satisfacer una necesidad, como la brecha de infraestructura o acceso a los servicios públicos. Por lo tanto, es necesario contar con mecanismos de contratación y financiamiento que permitan movilizar adecuadamente las inversiones al cierre de estas brechas.

Aunque, tradicionalmente, el cierre de brechas de infraestructura está referida a la infraestructura gris, el Ministerio del Ambiente ha reconocido la existencia de la brecha de infraestructura natural. Se ha identificado que existe más de tres millones de hectáreas(8) de ecosistemas degradados que deben ser recuperados para reducir esta brecha (MINAM, 2022). Los ecosistemas degradados generan externalidades negativas, lo cual ocasiona la perdida de la calidad del bienestar social, así como la disminución de los recursos para el desarrollo económico. Por ello, la implementación de la infraestructura natural es esencial para la recuperación y conservación de los ecosistemas, así como para el cierre de brechas en el sector Ambiente.

El mecanismo de OxI es una herramienta orientada el cierre de brechas de infraestructura y servicios a nivel nacional. Este se puede aplicar tanto para promover la inversión de infraestructura tradicional, o "gris", como de infraestructura natural. Así, constituye una oportunidad para articular esfuerzos entre el sector privado y público para contribuir al desarrollo sostenible, mejorar la calidad ambiental, hacer frente al cambio climático y mejorar el bienestar social.

Por medio de esta modalidad de ejecución de inversión pública, se pueden impulsar y redirigir mecanismos de financiamiento a la restauración y protección ambiental, así como para fomentar la sostenibilidad ambiental de la infraestructura tradicional mediante la cooperación entre la entidad pública y la empresa privada. Las entidades públicas se encuentran en condiciones para identificar los ecosistemas que requieren atención prioritaria para proponer proyectos de restauración o recuperación ambiental, así como promover la inversión en infraestructura sostenible. De otra parte, la empresa privada se encarga de financiar y ejecutar la inversión de manera más rápida y eficiente, que contribuye a la mejora de la calidad ambiental.

Ahora bien, a diferencia de la Ley 30215, Ley del mecanismo de retribución por servicios ecosistémicos, y la Ley 30225, Ley de contrataciones del Estado, el marco de actuación del mecanismo de OxI se posiciona como una alternativa viable, rápida y accesible para la ejecución de inversiones en infraestructura natural. Este instrumento no establece restricciones con relación a las inversiones que pueden ser parte de esta modalidad de ejecución. Estos deben ser proyectos de inversión o de optimización, de ampliación marginal, de rehabilitación y de reposición, así como ser viables bajo los estándares del SNPMGI.

Según los estándares del SNPMGI, las inversiones deben cumplir con las siguientes condiciones: (i) ser intervenciones temporales, (ii) financiarse total o parcialmente con recursos públicos, (iii) estar destinados a la formación de capital físico, humano, natural, institucional o intelectual, y (iv) tener como propósito crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción de bienes o servicios que sean de obligación del Estado. En ese sentido, las inversiones del sector Ambiente que pueden ser incorporados en el mecanismo de OxI deben cumplir con las cuatro condiciones antes mencionadas.

Por otra parte, la Resolución Ministerial 178-2019-MINAM aprobó los Lineamientos para la formulación de proyectos de inversión en las tipologías de ecosistemas, especies y apoyo al uso sostenible de la biodiversidad. Por medio de estos lineamientos, se establecen las directrices que orienten la formulación de inversiones ambiente a fin de conservar el capital natural, así como contribuir al cierre de brechas de infraestructura natural.

Así, según esta entidad, existen tres tipos de inversiones que se enmarcan en la definición de proyectos bajo el SNPMGI: (i) Inversión en ecosistemas, cuyo objeto de intervención son los ecosistemas y busca la recuperación de las áreas degradas a fin de contribuir al restablecimiento o mantenimiento de la funcionalidad de los ecosistemas, así como mejorar la regulación hídrica y controlar la erosión de suelos; (ii) Inversión

(8) Según el Ministerio del Ambiente, los departamentos con la mayor cantidad de áreas degradadas son Amazonas, Arequipa, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Madre de Dios, Paso, Piura, Puno, San Martín y Ucayali, los cuales representan el 90% de la brecha de infraestructura natural.

en especies, cuyo objeto es la intervención de las especies de flora y fauna para recuperar las especies de flora y fauna silvestre amenazadas y contribuir con la estabilidad poblacional de la especie; e (iii) Inversión de apoyo al uso de sostenibilidad de la biodiversidad, que busca apoyar el uso sostenible de ecosistemas naturales ubicados en ámbitos priorizados de poblaciones locales, comunidades nativas y campesinas, así como especies nativas, para su conservación.

De esta manera, estos tres tipos de inversiones pueden ser ejecutados bajo el mecanismo de OxI, ya que cumplen con las condiciones reguladas en el SNPMGI, como puede observarse en la tabla 2.

Es importante recordar que estos proyectos deben estar orientados al cierre de brechas, que identifiquen las entidades del sector Ambiente en su PMI. Bajo ese contexto, el gobierno nacional, regional y local[9] pueden priorizar inversiones como reforestación, revegetación de especies, reconstrucción de hábitats naturales, regulación hídrica, control de erosión de suelos, entre otros, para que sean ejecutados a través del mecanismo de OxI. Pero no solo ello, el sector Ambiente puede proponer inversiones en zonas urbanas, como la mejora o creación de áreas verdes, así como parques. Además, las inversiones pueden estar orientadas a proyectos de residuos sólidos, que contribuyan a reducir la degradación de suelos y contar con una adecuada gestión de residuos sólidos, con la implementación de plantas de tratamientos de residuos sólidos.

De otra parte, todas las entidades pueden incluir inversiones que contribuyan a impulsar al desarrollo de infraestructuras sostenibles en todos los sectores. La infraestructura sostenible puede ejecutarse a través del mecanismo de OxI sin problema, ya que es similar a la inversión en infraestructura física. A diferencia de la infraestructura tradicional, el diseño de estas inversiones está pensado para preservar el ambiente, afrontar los efectos del cambio climático y asegurar la sostenibilidad de la inversión, lo cual genera mayores beneficios a los grupos humanos ubicados en su ámbito de influencia. Así, el diseño de las inversiones que se prioricen debería considerar, necesariamente, el

Tabla 2

Proyectos de inversión del sector Ambiente

Concepto de proyecto de inversión en el marco del SNPMGI	Inversiones en el marco del SNPMGI aplicados al sector ambiente		
	Ecosistemas	**Especies**	**Biodiversidad**
Intervención temporal	Los proyectos tienen un inicio y culminan con la generación de acciones orientadas a logar:		
	Recuperación de la funcionalidad del ecosistema	Recuperación del hábitat de una especie	Que se hayan ejecutado las acciones para apoyar el uso sostenible de la biodiversidad.
Financiamiento total o parcial	Uso de recursos de alguna fuente considerada como recurso público (recursos financieros y no financieros de propiedad del Estado o que administran las entidades públicas) en cualquiera de las fases del ciclo de inversión. Además, pueden ser financiados por recursos de fuentes externas o privadas.		
Destinado a la formación de capital humano o natural.	Destinados a la recuperación del capital natural y, complementariamente, al capital humano, institucional e intelectual.		Destinados a la formación del capital físico, humano, natural e institucional para conservar capital natural.
Su propósito sea crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción de bienes o servicios que sean de obligación del Estado.	Recuperar la capacidad de los ecosistemas para proveer servicios ecosistémicos. Recuperar la capacidad de los ecosistemas de interés para proveer servicios ecosistémicos de regulación hídrica o servicios ecosistémicos de control de la erosión de suelo; o, Recuperar las poblaciones de especies amenazadas.		Creación y mejora del servicio de apoyo al uso sostenible de la biodiversidad para la conservación de los ecosistemas o de las especies nativas, evitando la deforestación, así como promoviendo la conservación.

Nota. Adaptado de la Resolución Ministerial 178-2019-MINAM.

(9) Conforme a la Resolución Ministerial 178-2019-MINAM, los gobiernos locales no tienen competencias para formular proyectos de inversión sobre especies. Este tipo de inversiones son de competencia del gobierno nacional y regional.

entorno a fin de adoptar medidas de conservación ambiental en su formulación, implementación, operación y cierre.

No obstante, actualmente, las inversiones en el sector Ambiente y las infraestructuras sostenibles son una excepción. El mecanismo de OxI es mayormente aplicado para promover proyectos de inversión tradicionales de infraestructura gris. Los sectores como Transporte, Educación, Salud y Saneamiento constituyen los rubros más beneficiados por este mecanismo. En ese sentido, las principales inversiones que suelen desarrollarse bajo este sistema son, entre otros, la mejora de carreteras, hospitales, sistemas de agua, colegios e infraestructura pública, los cuales no incorporan necesariamente aspectos ambientales en su formulación e implementación.

En menor medida, a comparación con otros sectores, se encuentran las inversiones del sector Ambiente, a pesar de que puede proponer proyectos de infraestructura natural, como actividades de restauración ambiental, e implementar infraestructuras de residuos sólidos, entre otros. Durante los años 2009 al 2022, menos del cero punto dos por ciento de inversiones ejecutadas estuvieron destinados a este sector (ProInversión, 2022). Los pocos proyectos que suelen encontrarse en esta categoría están orientados a la gestión de residuos sólidos, como son la construcción o mejora de infraestructura de residuos sólidos, así como la implementación de mejoras de limpieza pública. Además, no se han implementado inversiones destinadas a la protección, restauración, recuperación y conservación de ecosistemas.

En esa misma línea, se evidencia que la figura de OxI no incorpora diversos proyectos de infraestructura sostenible. Según el Decreto Supremo 242-2022-EF, Plan nacional de infraestructura sostenible para la competitividad 2022 - 2025, se han priorizado tres inversiones para el sector Educación y Saneamiento, de entre más de setenta inversiones. Aunque este tipo de inversiones compatibiliza adecuadamente la necesidad de reducir las brechas de infraestructura sociales como ambientales, se observa que la mayoría de los proyectos de inversión siguen formulándose sin considerar aspectos ambientales. Es decir, prevalecen la infraestructura gris frente a la infraestructura sostenible.

En ese sentido, existe una amplia disponibilidad para introducir proyectos de infraestructura natural y construcciones sostenibles que pueden ser ejecutados a través del mecanismo de OxI. Este instrumento constituye una oportunidad para contar con inversiones que ayuden a combatir los efectos del cambio climático, recuperar ecosistemas y especies, así como salvaguardar el ambiente de manera eficiente y rápida.

4.1. Principales retos

La implementación de los mecanismos de OxI presenta diversos retos que es necesario considerar y analizar para mejorar la ejecución de las inversiones en infraestructura natural.

Por un lado, las entidades públicas no suelen priorizar proyectos de inversión de infraestructura natural. Esto se refleja en la lista de proyectos priorizados publicada por Proinversión, donde se puede observar que predominan las inversiones en infraestructura gris. La mayoría de las entidades públicas siguen viendo este mecanismo como un medio para cerrar brechas de infraestructura tradicionales y proveer servicios públicos convencionales, como son la creación de complejos deportivos, sistemas de agua potable, sistemas de seguridad y la mejora de colegios.

Esto se puede observar en los proyectos priorizados del sector Ambiente y Agricultura, donde la mayoría de las inversiones están relacionadas con la creación o mejora de infraestructura de residuos sólidos, así como la creación o mejora de sistemas de riesgo, respectivamente. La formulación de estas inversiones no considera el componente ambiental como parte de su diseño, por lo que no se trata de infraestructura sostenible.

Es esencial que las entidades públicas continúen capacitándose en temas ambientales para que puedan identificar las brechas de infraestructura natural y servicios de su región o localidad. Así, pueden formular inversiones acordes a sus prioridades y necesidades, donde consideren la variable del cambio climático a fin de conservar los recursos forestales e hídricos. Si no se familiarizan con el concepto de infraestructura natural o sostenible, la inversión en ambiente no prospera por falta de conocimiento.

Por otro lado, las empresas privadas no suelen optar por inversiones en infraestructura natural. El mecanismo de OxI tiene un fuerte componente social. Las empresas, normalmente, se ven más atraídas por los proyectos que tengan un mayor impacto en las comunidades o pueblos locales. De ese modo, y considerando que la reputación y la imagen de la empresa son uno de los beneficios más importantes de este mecanismo, las empresas optarían por aquellas inversiones que generen un mayor impacto positivo en la sociedad.

Elegir inversiones en infraestructura natural puede no ser un incentivo para las empresas si no hay un grupo humano que se beneficie directamente. Si no existe un beneficio directo y tangible a una localidad, como la construcción de un hospital o la mejora de una carretera, las empresas se ven desincentivadas de elegir el proyecto. En ese sentido, a pesar de que se propongan inversiones en naturaleza, estas no son de interés por parte del sector privado, que suele participar del mecanismo de OxI.

En ese aspecto, el desarrollo de infraestructura sostenible obtiene una mayor ventaja. La integración de la infraestructura tradicional con las condiciones ambientales de su entorno permitirían que las empresas puedan optar por estas inversiones. Se obtiene un beneficio concreto a una población a la vez que se contribuye a la conservación del ecosistema. Es necesario, entonces, que las entidades de gobierno formulen las inversiones, donde consideren las condiciones de sostenibilidad (económico-financiera, social, institucional y ambiental) para que los proyectos que prioricen califiquen como inversiones en infraestructura sostenible.

Por último, se evidencia la falta de promoción y publicidad de las inversiones en infraestructura natural. Las pocas inversiones disponibles no suelen ser ampliamente publicitadas. Sin una debida promoción de las inversiones, se dificulta que las empresas interesadas puedan conocer las oportunidades para ejecutar inversiones en recuperación ambiental mediante el mecanismo de OxI. En consecuencia, la cantidad de postores se verá limitada e incluso el proyecto puede quedar en un proceso desierto.

Se requiere que las entidades públicas fomenten la aplicación de este mecanismo para aumentar las inversiones en materia ambiental. De ese modo, es necesario identificar las empresas con interés en invertir en infraestructura natural y desarrollar espacios de diálogo para presentar esta herramienta y los beneficios de su implementación. Ello, además, se puede complementar con la implementación de incentivos honoríficos, que permitan resaltar y promover la inversión en ambiente.

5. Conclusión

a) La infraestructura natural es el conjunto de redes naturales que provee una serie de beneficios ambientales, sociales y económicos. Entre estos, encontramos la mejora de la regulación hídrica, el control de la erosión del suelo, la mitigación de los impactos del cambio climático, el fomento del turismo, el aumento de puestos de trabajos y la mejora de la calidad de vida y bienestar social.
b) La infraestructura sostenible hace referencia a las inversiones que cumplen con cuatro condiciones: (i) sostenibilidad económica-financiera, (ii) sostenibilidad social, (iii) sostenibilidad institucional, y (iv) sostenibilidad ambiental y resiliencia al cambio climático.
c) Actualmente, se evidencia una gran brecha en la infraestructura natural debido a la degradación de ecosistemas. Por ello, es necesario promover la inversión ambiental para operativizar el cierre de estas brechas y, con ello, alcanzar el mayor bienestar para el país.
d) El mecanismo de OxI es una modalidad de ejecución de inversión pública que tiene como objetivo cerrar las brechas en infraestructura y servicios públicos a través de la colaboración entre el sector público y privado. A partir de los convenios de inversión, las empresas privadas se encargan de ejecutar proyectos de alto impacto de manera rápida y eficiente a cambio de certificados de inversión. Tradicionalmente, este mecanismo ha sido utilizado solo para la construcción de infraestructura gris, como son la creación de colegios, hospitales, carreteras, entre otros.
e) Las inversiones que pueden ejecutarse mediante el mecanismo de OxI son aquellas que involucren (i) intervención temporal, (ii) financiamiento con recursos públicos, (iii) un direccionamiento a la formación de capital físico, humano, institucional o natural y (iv) un propósito de crear, ampliar, mejorar o recuperar la capacidad de producción de bienes y servicios. Dicha definición permite incorporar proyectos de infraestructura natural.
f) El mecanismo de OxI puede utilizarse como una herramienta para impulsar la infraestructura natural e infraestructura sostenible, así como fomentar las construcciones sostenibles que ayuden a mejorar la calidad ambiental y la conservación de los ecosistemas.
g) Los proyectos de inversión en infraestructura natural aún son la excepción. Entre el 2009 al 2022, menos del cero punto dos por ciento de inversiones ejecutadas estuvieron destinadas al sector Ambiente.
h) La falta de inversiones en materia ambiental, el nulo interés de las empresas privadas, así como la poca visibilidad

de los proyectos de inversión ambiental constituyen una limitación para el uso del mecanismo de OxI como medio para cerrar las brechas de infraestructura natural.

i) Es necesario incrementar la conciencia política y pública sobre la eficacia de la infraestructura natural, así como visibilizar esta herramienta para incentivar a las empresas privadas a invertir en recuperación ambiental y edificaciones sostenibles.

Referencias bibliográficas

Benedict, M., & McMahon, E. (2002). Green Infraestructure: Smart Conservation for the 21st Century. *Renewable resources journal,* 20(3), 12-17.

Bhattacharya, A., Contreras, C., Jeong, M., Amin, A., Watkings, G., & Silva, M. (2019). *Atributos y Marco para la Infraestructura Sostenible*. Banco Interamericano de Desarrollo. https://publications.iadb.org/en/attributes-and-framework-sustainable-infrastructure

Castro, B. (2021). *Infraestructura Verde Urbana I: Retos, Oportunidades y Manual de Buenas Prácticas*. Banco Interamericano de Desarrollo.

Cobo, E., & Piñeriors, L. (2020*). Infraestructura Natural: Oportunidad para optimizar la gestión de sistemas hídricos*. Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales. http://www.waterandnature.org/sites/default/files/infraestructura_natural_uicn.pdf

Dávila, S. (2020). Edificación sostenible: cadena de responsabilidad en la posventa en Lima. *South Sustainability,* 1(1), 1-12. https://doi.org/10.21142/SS-0101-2020-009

Decreto Supremo 023-2021-MINAM de 2021 [Ministerio del Ambiente]. Por la cual se aprueba la Política Nacional del Ambiente al 2030. 22 de julio de 2021. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2037169/POLITICA%20NACIONAL%20DEL%20AMBIENTE%20AL%202030.pdf.pdf?v=1627230844

Decreto Supremo N° 210-2022-EF de 2022 [Ministerio de Economía y Finanzas]. Por la cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, y del Decreto Legislativo N° 1534, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, y dispone medidas para promover la inversión bajo el mecanismo de Obras por Impuestos. 14 de septiembre de 2022.

Decreto Supremo 242-2022-EF de 2023 [Ministerio de Economía y Finanzas]. Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022-2025. 24 de octubre de 2022.

Dige, G. (2015). *Green infrastructure: better living through nature-based solutions*. European Environment Agency. https://www.eea.europa.eu/articles/green-infrastructure-better-living-through

Forrest Trends. (2020). *Infraestructura Natural para la seguridad hídrica*. Forrest Trends Association. https://www.forest-trends.org/wp-content/uploads/2020/02/Brechas-de-G%C3%A9nero-y-Gesti%C3%B3n-del-Agua-en-la-Infraestructura-Natural.pdf

León, F. (2016). *Inversión en infraestructura natural: haciendo sostenibles las inversiones en infraestructura física.* Cooperación Alemana al Desarrollo - Agencia de la GIZ en el Perú.

Ley 29230. *Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado* (20 de mayo de 2008).

Ministerio del Ambiente. (2021). *Inversión en Infraestructura Natural. Documento de trabajo* https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1706667/INVERSI%C3%93N%20EN%20INFRAESTRUCTURA%20NATURAL.pdf

Ministerio de Economía y Finanzas. (2023). *Anexo N°1. Reporte N° 69 - Datos relevantes de OXI. (31.01.2023).*https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/obras_impuestos/anexo69_reporte_oxi_31012023.pdf

Naciones Unidas. (2016). *Evaluaciones del desempeño ambiental. Perú 2016: aspectos destacados y recomendaciones*. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

ProInversión. (31 de diciembre de 2022*). Lista de proyectos adjudicados y concluidos mediante OxI*. Consultado el 11 de febrero de 2023. https://www.investinperu.pe/es/oxi

Resolución Ministerial 178-2019-MINAM de 2019 [Ministerio del Ambiente]. Por la cual se aprueban los lineamientos para la formulación de proyectos de inversión en las tipologías de ecosistemas, especies y apoyo al uso sostenible de la biodiversidad. 07 de junio de 2019.

Resolución Ministerial 058-2022-MINAM de 2022 [Ministerio del Ambiente]. Por la cual se aprueba la Guía Metodológica de Identificación Rápida de Medidas para la Acción - IRMA. 04 de marzo de 2022.

Resolución Ministerial 210-2022-MINAM de 2022 [Ministerio del Ambiente]. Por la cual se aprueba la Hoja de ruta para la promoción de la movilización de inversiones en infraestructura natural con potencial aplicación del mecanismo de obras por impuestos. 14 de octubre de 2022. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3757345/ANEXO%20RM.%20210-2022-MINAM%20-%20HOJA%20DE%20RUTA%20PARA%20LA%20PROMOCION%20DE%20LA%20MOVILIZACION%20DE%20INVERSIONES%20EN%20INFRAESTRUCTURA%20NATURAL.pdf.pdf?v=1665755864

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.006

Una revisión de la regulación de Obras por Impuestos en materia de solución de controversias y Dispute Boards(*)

A review of the Obras por Impuestos regulation regarding dispute resolution and Dispute Boards

Carlos Tapia Benavente(**)
Steck, Tapia, Collantes Abogados (Lima, Perú)

Resumen: En el presente artículo, se analizará cuál es la regulación actual del mecanismo de Obras por Impuestos, en específico, las herramientas de solución de controversias. Asimismo, se evaluará la posibilidad de incluir Dispute Boards como aporte para prevenir y solucionar las controversias de manera oportuna y eficiente en términos de costo. Finalmente, se buscará promocionar la utilización de las Obras por Impuestos para reducir la brecha de infraestructura del Perú.

Palabras clave: Obras por Impuestos - Dispute Boards - Brecha de infraestructura - Prevención y solución de controversias - Derecho de la Construcción - Perú

Abstract: This article will analyze the current regulation of the mechanism of Obras por Impuestos, specifically, the tools for dispute resolution and will evaluate the possibility of including Dispute Boards as a contribution to prevent and solve disputes in a timely manner, cost efficient, and to promote the use of Obras por Impuestos to reduce the infrastructure gap in Peru.

Keywords: Public Works Tax Deduction - Dispute Boards - Infrastructure gap - Dispute prevention and resolution - Construction Law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 2 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 18 de mayo de 2023.

(**) Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima, Perú). Estudios culminados de Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico. Estudios de postgrado en Asociaciones Público-Privadas, Obras por Impuestos, Arbitraje y Dispute Boards. Socio Fundador de Steck, Tapia, Collantes Abogados. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-6737-006X. Correo electrónico: carlos.tapia.benavente@gmail.com.

1. Introducción, brecha de infraestructura, conflictividad en la industria de la construcción y los Dispute Boards como mecanismo de prevención de controversias

El Perú es un país con muchas necesidades en términos de infraestructura y servicios públicos. Esto se evidencia a través de la existencia de una brecha de infraestructura. Actualmente, podemos advertir que hay una brecha de USD 110.1 mil millones al largo plazo, es decir, hasta el 2038, siendo la brecha más considerable la de transporte que representa el 44% del monto referido previamente (Bonifaz et. al, 2020).

Ahora bien, dentro de las posibilidades que tiene el Estado peruano para reducir esta brecha, se encuentran las Asociaciones Público-Privadas (APP), la obra pública tradicional, los acuerdos G2G, la ejecución directa (por ejemplo, a través de empresas públicas) y las Obras por Impuestos (OxI), siendo esta última bastante potenciada y promovida por el Estado el presente año. De manera clara, podemos ver cómo ha sido parte de la agenda política volver a promover la utilización de las Obras por Impuestos para crear capital público, principalmente en infraestructura.

Esta agenda del gobierno, por ejemplo, ha incluido la posibilidad de ejecutar el proyecto de acceso al nuevo terminal del Aeropuerto Jorge Chávez, denominado Puente Santa Rosa, a través de Obras por Impuestos. Conviene resaltar que el nuevo terminal se convertiría en el proyecto con más presupuesto del mecanismo: 475 millones de soles aproximadamente. Además, según la información publicada por PROINVERSION del portal InvestinPeru[(1)], existen en cartera 534 proyectos por un monto acumulado de 7 mil millones de soles. Esta cartera de proyectos incluye una variedad de iniciativas que provienen de entidades gubernamentales y universidades públicas. Asimismo, son proyectos que busca abarcar todos los sectores, en especial, las áreas de transporte, salud, saneamiento y educación.

En ese sentido, considerando que se realizarán proyectos de Obras por Impuestos por más de 400 millones de soles, conviene analizar qué herramientas existen en la regulación actual para prevenir y solucionar controversias. Esto es necesario, ya que a medida que los proyectos se vuelven más grandes y complejos, especialmente los de construcción, se tiende a generar más producción de información, mayor participación de actores y asimetría informativa entre el comitente y los proveedores. Por lo tanto, todo ello puede generar disputas o controversias.

Si bien las Obras por Impuestos pueden ser ejecutadas sobre cualquier tipo de Proyecto de Inversión Pública, en su gran mayoría lo hacen respecto de proyectos de construcción. Sobre el particular, se dice que los proyectos de construcción son de alta conflictividad. En múltiples ocasiones, esto ocurre, debido a que las partes no asignan claramente los riesgos, no desarrollan la ingeniería de los proyectos de manera correcta y completa, no entienden o revisan los contratos, pierden los incentivos para cumplir con el contrato y, finalmente, buscan reclamos o disputas para hacer económicamente viable los proyectos. En realidad, muy rara vez un proyecto se frustra por casos de fuerza mayor o caso fortuito, siendo que la voluntad de las partes es el principal elemento para que un contrato se cumpla y los proyectos se terminen satisfactoriamente.

Ahora bien, los reclamos o controversias en el sector construcción son de diversos tipos; no obstante, se pueden agrupar de la siguiente forma: reclamos por variaciones al alcance, reclamos por extensiones de tiempo o ampliaciones de plazo (con los costos directos y gastos generales asociados a ello), reclamos de aceleración, reclamos de disrupciones o pérdida de productividad, reclamos de indemnizaciones por el régimen de responsabilidad civil general y reclamos post recepción de la obra por vicios o defectos.

Otra forma de clasificar los reclamos en construcción puede ser en base al impacto de estos, de manera que puede haber reclamos que impactan en el plazo del proyecto, otros en el presupuesto o costo y otros en la calidad del proyecto. Sin embargo, esta clasificación puede ser compleja, ya que hay reclamos que se originan de una sola causal y que impactan tanto el plazo, costo y la calidad del proyecto al mismo tiempo.

A continuación, una breve descripción de los tipos de reclamos en construcción: (i) los reclamos por variaciones en el alcance, los cuales son definidos como aquello que cambia la naturaleza del proyecto, ya sea por trabajo adicional o menor trabajo; (ii) los reclamos de extensión de plazo, los cuales

(1) Al respecto, *véase* Cartera de Inversiones en promoción OxI en ProInversión.

surgen cuando se ve afectado el plazo final de la obra por un evento no imputable al constructor; (iii) los reclamos como consecuencia de aprobación de un reclamo de extensiones de plazo, respecto del cual se generan derechos a favor del contratista de mayores gastos generales y costos directos por esa mayor permanencia en obra; (iv) los reclamos de aceleración, los cuales son producto de una instrucción del propietario del proyecto para que el contratista incremente recursos para que el ritmo de la obra se acelere y se culmine con mayor velocidad; y (v) los reclamos de disrupciones, que se generan luego de que el contratista, al ver interrumpida su secuencia constructiva y perder productividad, reclame el costo directo perdido al propietario (Hewitt, 2016).

Los reclamos de indemnizaciones ocurren cuando, como consecuencia de un incumplimiento contractual, una parte se ve afectada económicamente. Los reclamos post recepción, por otro lado, son aquellos producto de la responsabilidad que tiene todo contratista después de haber ejecutado una obra con relación a los posibles vicios o defectos que esta puede presentar y que no fueran detectados en la recepción de obra.

Adicionalmente, el mecanismo de Obras por Impuestos tiene una controversia principal derivada de las mencionadas en el anterior párrafo y esta es la falta de emisión oportuna del certificado de reconocimiento de la inversión por parte de la entidad a favor de la empresa privada financista. Esto se debe a que las entidades públicas propietarias de los proyectos de Obras por Impuestos enfrentan dificultades para certificar el avance de la obra debido a las controversias típicas del sector de la construcción anteriormente referidas. Como resultado, se produce un retraso directo en la emisión del certificado, lo cual impacta en la estructura financiera y económica prevista por la empresa privada para el proyecto en particular, así como en su reputación, al ser financista de un proyecto que se encuentra en riesgo de ser retrasado o paralizado.

En vista de las controversias anteriormente identificadas, a la fecha, tenemos que las únicas opciones que la regulación de Obras por Impuestos ofrece como solución son las siguientes: (i) el trato directo, (ii) la conciliación y (iii) el arbitraje. Por consiguiente, ninguna de las opciones referidas anteriormente tiene un carácter preventivo, sino más bien se activan cuando la disputa se materializa. Además, ninguna de las opciones garantiza que se vaya a llegar a una solución de manera oportuna y durante la ejecución del contrato. En otras palabras, la negociación o trato directo, la conciliación y el arbitraje son activadas cuando las relaciones entre el privado y el Estado ya se han deteriorado, y las posiciones son adversariales o encontradas.

A partir de la situación actual de la regulación, es conveniente evaluar si los Dispute Boards, cuya característica principal es la prevención de las controversias, pueden ser una herramienta útil en el marco de la regulación de Obras por Impuestos, en especial si el gobierno quiere promover este mecanismo, y ejecutar proyectos de mayores envergadura y complejidad. Ahora bien, se debe tomar en cuenta que desde el 2010 al 2017 los proyectos de Obras por Impuestos solo representaban el 0.08% del PBI del país (Bonifaz et. al, 2020). Por lo tanto, la tarea de promover el mecanismo de Obras por Impuestos será ardua y deberá evitar tener obstáculos, de forma tal que pruebe ser una herramienta viable para la reducción de brecha de infraestructura.

Conviene mencionar, además, que los Dispute Boards son ampliamente utilizados en el mundo, son recomendados por contratos internacionales estandarizados como FIDIC, cuya experiencia es de más de 100 años de ejecución de proyectos de construcción, y que en el Perú se han utilizado satisfactoriamente en proyectos como los Juegos Panamericanos 2019, sobre lo cual ampliaremos más adelante. Por otra parte, han inspirado una solución parecida en la contratación pública tradicional: la Junta de Resolución de Disputas, que ha sido un éxito desde su implementación.

En esta línea de ideas, es pertinente hacerse las siguientes interrogantes que orientan el presente artículo: ¿Cómo se vienen solucionando las controversias en los proyectos de Obras por Impuestos? ¿Cuáles son los mecanismos de solución de controversias en la regulación vigente de Obras por Impuestos? ¿Comparación entre los mecanismos de la regulación vigente y los Dispute Boards? ¿Los Dispute Boards pueden prevenir y solucionar controversias en los proyectos de Obras por Impuestos? ¿Cómo adecuar la posibilidad de utilizar los Dispute Boards en el esquema de la regulación vigente de Obras por Impuestos?

En ese sentido, este artículo tiene como finalidad generar una reflexión en los actores públicos y privados de los proyectos de Obras por Impuestos, y poder promover mejores herramientas para lograr objetivos de interés público, como lo es la inclusión de los Dispute Boards en la regulación de Obras por Impuestos. Esto permitirá la ejecución de más proyectos de inversión pública, sin que sean obstaculizados o detenidos por controversias

pendientes, y a su vez llevará a la reducción de la brecha de infraestructura en el país.

2. Estado actual de la regulación de Obras por Impuestos en materia de solución de controversias

La regulación vigente de Obras por Impuestos, específicamente en el Texto Único Ordenado de la Ley 29230, en su artículo 19, señala que los mecanismos para solución de controversias son tres: (i) trato directo, (ii) conciliación y (iii) arbitraje. Ahora bien, tanto en la conciliación como en el trato directo se especifica que se debe suscribir un acta que tendrá efectos vinculantes y será ejecutable.

Sin embargo, analicemos si la regulación vigente de solución de controversias es realmente efectiva de cara al diseño de los proyectos de Obras por Impuestos. Tenemos que las Obras por Impuestos son un mecanismo de atracción de la inversión privada para fines públicos. Esto es debido a que, en Obras por Impuestos, la inversión ya sea para la etapa de preinversión y/o ejecución de un proyecto público es asumida directamente por el privado denominado Financista o Empresa Privada, como lo llama la regulación, a cambio de que dicha inversión sea recuperada a través de certificados que tienen efectos cancelatorios para el pago a cuenta y de regularización del impuesto a la renta de tercera categoría, emitidos por la Entidad Pública que suscriba el convenio de inversión.

Entonces, si tenemos que la filosofía del mecanismo es que la parte privada brinde el financiamiento a cargo de un descuento del pago del impuesto a la renta, claramente es vital que la empresa pueda acceder oportunamente a los certificados. De esta forma, se generaría un desfase del retorno de la inversión y por el costo del dinero en el tiempo la empresa privada terminaría viéndose perjudicada. En este entendido, las controversias que puedan surgir durante la ejecución del convenio de inversión pueden impedir que esta inversión sea recuperada a tiempo para garantizar la efectividad y eficacia del mecanismo.

Por otra parte, las controversias, especialmente en proyectos que sean de infraestructura, pueden generar indefiniciones, paralizaciones, reducciones de rendimiento y otros efectos negativos a la ejecución del contrato; como hemos mencionado en la sección precedente, los reclamos en construcción pueden ser variados, pero todos ellos impactan en la forma y plazo de la culminación del proyecto. Por consiguiente, las controversias son un obstáculo para que la Entidad Pública pueda tener acceso y utilizar el proyecto encargado. En otras palabras, una controversia o disputa no resuelta oportunamente perjudica tanto a la parte privada como a la pública en un proyecto de Obras por Impuestos.

En síntesis, por la naturaleza del mecanismo, es de suma importancia tener una herramienta para prevenir y, en caso de ocurrencia, solucionar rápidamente las disputas, de forma tal que se garantiza el reconocimiento de la inversión a la Empresa Privada y la disponibilidad del bien público a la Entidad Pública. En consecuencia, la existencia de controversias sin solución generará el desincentivo tanto del privado como de la parte pública en utilizar el mecanismo de Obras por Impuestos, que en más de una oportunidad ha demostrado ser una opción viable para la consecución de metas de ejecución de proyectos públicos.

Ahora, pasaremos a analizar uno a uno las opciones regulatorias en solución de controversias en los proyectos de Obras por Impuestos que se encuentran vigentes. Primero, tenemos el trato directo regulado a detalle en el art. 128 del Reglamento de la Ley 29230. Al respecto, tenemos que el trato directo, a primera vista, puede ser poco costoso y ágil; sin embargo, no es un método de solución de controversias efectivo y eficaz para los proyectos de Obras por Impuestos por las siguientes razones:

a) El trato directo no tiene función preventiva y solo se puede utilizar una vez que la controversia o reclamo ha surgido. En otras palabras, consiste en un recurso utilizado cuando una de las partes es renuente a cumplir con el convenio o parte de este. En estos casos, la disputa podría resolverse sin necesidad de notificar formalmente a la otra parte.
b) Las controversias en proyectos públicos muchas veces generan que los funcionarios públicos no tomen decisiones por temor a ser fiscalizados posteriormente por la Contraloría General de la República. Esta situación ha ocurrido en múltiples mecanismos de inversión pública, especialmente, en los casos de contratación pública tradicional, donde los funcionarios públicos prefieren que un tercero actúe como árbitro y decida temas controvertidos a pesar de que el privado pueda tener la razón; las Obras por Impuestos no son la excepción.
c) Si alguno ha tenido experiencia en el trato directo con ciertas entidades, podrá apreciar que estas inclusive prefieren acordar en trato directo y contratar un perito para que resuelva la controversia.

Esto desnaturaliza el trato directo y lo asemeja más a una suerte de resolución por dictamen de experto.

d) Se está expuesto a la volatilidad política y al cambio de funcionarios públicos. Lamentablemente, en los últimos años, el Perú ha pasado por una crisis política con más de 7 Presidentes de la República en los últimos 10 años y durante el Gobierno de Pedro Castillo más de 90 Ministros de Estado; además, recientemente, se han producido elecciones de autoridades de los niveles de gobierno subnacional. En ese sentido, es inviable poder resolver una controversia a través del trato directo si los interlocutores no pueden ofrecer compromisos, ya que no tienen seguridad de mantener sus cargos durante la ejecución del convenio de inversión.
e) Si alguna parte tiene responsabilidad directa (sea el privado o el público) en la ocurrencia de la controversia, no aceptará su responsabilidad en el trato directo y buscará diluir o retrasar su responsabilidad lo más posible.
f) Salvo las Obras por Impuestos, ningún otro mecanismo de ejecución de proyectos públicos (obra pública tradicional, APPs, entre otros) prioriza la utilización del trato directo, con lo cual no existe una cultura de negociación o resolución directa desde la perspectiva del funcionario público.
g) Una vez iniciado el trato directo, no existe una sanción efectiva para la parte renuente o para el silencio, más allá de la posibilidad que tiene la otra parte de recurrir a arbitraje o conciliación. Además, se regula la responsabilidad del funcionario público de no responder la carta de trato directo; sin embargo, en la práctica no se han iniciado acciones de control contra funcionarios que no lo hayan hecho y, del lado privado, no hay sanción alguna con lo cual podría hacer oídos sordos a los reclamos de la parte pública.
h) No existe explicación alguna por la cual no se puedan negociar la aplicación de penalidades en trato directo, como ha sido regulado en el art. 128.5 del Reglamento de la Ley 29230. Si existe una penalidad mal impuesta el privado deberá recurrir obligatoriamente a arbitraje o conciliación.
i) La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada (DGPPIP) del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) puede convocar a reunión para hacer seguimiento de las controversias y acuerdos adoptados; no obstante, al no ser parte del convenio, no puede ejercer ninguna medida de cumplimiento a las partes, más allá de un jalón de orejas en la mencionada reunión.
j) Existe la posibilidad de que PROINVERSION emita un informe técnico sobre la controversia, pero eso solo es posible en el marco de un convenio de asistencia técnica y debe ser a solicitud de alguna de las partes. Además, dicha opinión no es vinculante con lo cual tampoco resuelve la controversia. La parte renuente a la decisión de PROINVERSION seguirá siéndolo a pesar del informe emitido.
k) No es factible que se busque la masificación del mecanismo de Obras por Impuestos y que a la vez se encarguen a PROINVERSION y a la DGPPIP del MEF cumplir lo señalado en los numerales 7 y 8, pues generaría un cuello de botella para la solución de controversias en estas entidades públicas que no tienen como función solucionar disputas.

Ahora bien, por si no fueran pocas las razones anteriormente explicadas, la doctrina especializada en solución de controversias opina en el mismo sentido. Podemos, por ejemplo, tomar en cuenta a Nael Bunni en The FIDIC Forms of Contract, quien señala que, a pesar de que la negociación pueda ser el método más simple y rápido para resolver disputas, no es el más fácil, ya que puede haber un choque de personalidades entre las partes o sus posiciones pueden estar muy contrapuestas. Asimismo, señala que la negociación no rinde frutos cuando (i) existe una falta de confianza en la probabilidad de éxito de la negociación, (ii) existe dificultad en dar el primer paso, (iii) se tiene falta de confianza en las habilidades de uno como negociador o (iv) se considera que la otra parte es mejor negociando que uno (Bunni, 2005).

En el menú de posibilidades, también tenemos a la conciliación que en el Perú ha sido un mecanismo poco utilizado para resolver controversias. Este es más visto como un trámite o paso previo para judicializar disputas. Inclusive, de conformidad con el art. 33 del Decreto Legislativo 1326, existe como obligación para las Entidades Públicas de requerir permisos ya sea al titular del sector, al Consejo Municipal o Consejo Distrital de forma tal que los procuradores públicos puedan disponer de las materias a conciliar, lo cual genera que no sea un mecanismo efectivo de solución de controversias. Adicionalmente, el conciliador solamente propone medios de solución a las partes, sin que su propuesta sea vinculante, y finalmente la fórmula conciliatoria depende enteramente de la voluntad de las partes, con lo cual vemos que los funcionarios públicos siguen expuestos al control posterior por parte de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el arbitraje es un mecanismo ampliamente utilizado en múltiples formas de contratación pública y ampliamente aceptado en el mundo. Sin embargo, este es un mecanismo de solución de controversias

con características particulares, ya que los árbitros realizan un análisis retrospectivo y forense, sin capacidad de prevenir problemas durante la ejecución del proyecto y cuya duración es en el escenario más optimista es de un año desde su inicio. Dentro del arbitraje, las partes deben comprometerse intensivamente en armar su reclamo, recopilar evidencia y comunicar todo ello de forma ordenada a los abogados que llevarán el caso.

Ahora bien, profundizando en los detalles: los árbitros tendrán la ardua tarea de comprender la realidad que ya pasó a partir de lo que los abogados puedan exponer en el caso. Por ello, muchas veces los árbitros no llegan a tener la perspectiva completa del proyecto y se ciñen a resolver con las evidencias que tengan disponibles, lo cual genera que sea una resolución de la controversia de manera muy similar a la que efectuaría un perito forense. Lo anteriormente explicado genera que la duración de un arbitraje especialmente en proyectos de construcción sea como mínimo de un año, puesto que es común la presentación de pericias de expertos y testigos, lo cual lleva a que las partes tengan plazos para presentar las pericias y se programen audiencias tanto para el debate pericial como para las examinaciones a los peritos y testigos.

Asimismo, los arbitrajes son costosos para las partes, ya que estas tienen que cargar con el peso económico de contratar abogados, peritos, pagar los honorarios de los árbitros, pagar los honorarios del centro de arbitraje y asumir los costos del dinero en el tiempo. Adicionalmente, luego de iniciado un arbitraje, la relación entre las partes se rompe y por la naturaleza adversarial del mecanismo ello podría generar otros efectos negativos durante la ejecución del proyecto, como por ejemplo la falta de cooperación, retrasos en la emisión de los certificados de reconocimiento de la inversión, retrasos en otorgar conformidades, negativas a otros reclamos que no son arbitrables, entre otros.

La doctrina especializada considera al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias costoso y largo. Por ejemplo, para un proyecto internacional en la Cámara de Comercio Internacional en París, los gastos arbitrales y los honorarios de abogados puede ascender a USD 124 mil dólares, con un tiempo de solución de la controversia de dos o tres años, mientras el proyecto está en indefinición o paralizado (CHERN, 2015). Ahora bien, en Perú, según mi experiencia, los costos de un arbitraje, incluyendo gastos arbitrales, abogados, peritos, costo del dinero en el tiempo y costo de mantener garantías o seguros vigentes, están entre el 20% al 30% del costo del monto a reclamar dependiendo de la cuantía controvertida y si el arbitraje es institucional o ad hoc. Esta situación genera que el costo de reclamación sea bastante alto en comparación a otros mecanismos de solución de controversias.

Ahora bien, si tomamos como base la información publicada por el MEF[(2)] denominada Base de Adjudicaciones OxI, al 31 de enero del 2023, veremos que existen 102 proyectos que se encuentran en ejecución o elaboración de expediente técnico. De estos proyectos, resaltan casi 40 convenios suscritos hasta el 2019 que en la práctica tienen aproximadamente 5 años en ejecución y con plazos que han superado los contractuales. Esta situación evidencia un obstáculo para que la inversión sea recuperada por el privado y el proyecto público no esté disponible para la Entidad Pública. Ese obstáculo lo más probable es que sea una disputa, el cual no ha podido ser solucionada con los mecanismos existentes de resolución de controversias de la regulación vigente.

En ese sentido, tenemos que las opciones de solución de controversias de la regulación vigente en Obras por Impuestos no son suficientes para solucionar las controversias de manera oportuna y eficientemente, y nos lleva a la necesidad de modificar la fórmula regulatoria para prevenir conflictos y en caso estos ocurran poder solucionarlos prontamente.

3. Los Dispute Boards como mecanismo de prevención y solución de controversias

Los Dispute Boards son reconocidos a nivel global como una herramienta efectiva y eficiente para la prevención y solución de controversias en los proyectos. Aunque, originalmente el mecanismo fue concebido en la industria de la construcción, su aplicabilidad se extiende a cualquier proyecto de similar naturaleza. Dispute Board se define como un panel de típicamente tres miembros de profesionales respetados que son seleccionados por las partes por su conocimiento y experiencia en el tipo de proyecto en el que actuarán. Su rol principal consiste en ayudar a las partes de manera contemporánea y oportuna para evitar conflictos, y si fuera necesario, resolverlos

(2) Al respecto, *véase* "Reportes estadísticos (mef.gob.pe)".

durante la ejecución del proyecto. Asimismo, los Dispute Boards proporcionan una solución en tiempo real y a un costo menor (en comparación con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje), pues su vinculación desde el primer día del proyecto hace que estén listos para afrontar las consultas y disputas de las partes (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Esta misma definición se puede obtener de otros autores como Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers y Anthony Lavers en FIDIC Contracts: Law and Practice. Estos autores señalan que Dispute Board es un término genérico utilizado para describir una variedad de acuerdos donde las partes, a través de un contrato conjunto, designan uno o más personas independientes e imparciales para resolver disputas.

Asimismo, podemos atribuir la popularidad de los Dispute Boards a los contratos estándares internacionales como FIDIC. Por ejemplo, en el Diccionario de Términos de Construcción de Fenwick Elliott LLP los Dispute Boards se definen como un tribunal constituido por los términos de un contrato de construcción consistente de un panel que decide disputas durante la ejecución de los proyectos. Además, se destaca que los contratos FIDIC, utilizados regularmente por el Banco Mundial, incluyen una cláusula referente a los Dispute Adjudication Boards (DAB) (Fenwick Elliott LLP, 2013). Sin embargo, es importante precisar que esta definición proviene de los contratos FIDIC en su versión del 2017. Actualmente, se ha modificado el nombre de su proceso de DAB para incluir una A y poder denominarlos Dispute Avoidance and Adjudication Board, de forma tal que pone énfasis en la prevención que es parte del ADN de los Dispute Boards.

Ahora bien, a partir de una revisión del Manual de Dispute Board: Una Guía para las Mejores Prácticas y Procedimientos de la Dispute Resolution Board Fundation, los Dispute Boards tienen las siguientes características para tener en cuenta:

- Típicamente puede tener 1 o 3 miembros.
- Los miembros son elegidos por las partes.
- El Dispute Board inicia funciones al inicio del proyecto.
- La velocidad de actuación del Dispute Board es en tiempo real y rápida.
- El Dispute Board busca ser proactivo y interactivo con las partes y atender todos los temas del proyecto que surjan.
- Cuando ocurren diferencias entre las partes los Dispute Boards pueden asistir a las partes para evitar que estas se conviertan en disputas.
- El efecto de los Dispute Boards en el proyecto es que las relaciones entre las partes se mantengan.
- El tiempo requerido por las partes para el funcionamiento del Dispute Board es menor en comparación a otros mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, la negociación o la conciliación.
- Con un costo relativamente bajo en comparación a otros mecanismos de solución de controversias.
- En comparación con los mecanismos alternativos de solución de controversias arbitraje, negociación y conciliación, es el único que efectivamente previene disputas.
- Las reglas del proceso del Dispute Board provienen del contrato.

La efectividad del Dispute Board se debe a la cercanía con el proyecto y con sus actores. Ciryl Chern, en su libro “Chern on Dispute Boards”, compara los Dispute Boards con otros mecanismos de solución de controversias (mediación, arbitraje y litigación tradicional). A partir de esto, llega a la conclusión que una vez que se produce una disputa, los miembros del panel ya han visitado el lugar de ejecución del proyecto, conocen a las partes y han discutido con ellas el tema objeto de la disputa, entonces tienen la capacidad de tomar una decisión rápida sobre las controversias y de forma menos costosa que otros mecanismos de solución de disputas.

Ahora bien, esta cercanía del Dispute Board con las partes hace que tenga la oportunidad de conocer a detalle el contrato, conocer la documentación técnica que se va generando día a día en el proyecto, y poder hablar con las partes sobres sus expectativas y riesgos del proyecto. Esto les permite ser un faro de guía frente a los posibles desacuerdos o malentendidos entre las partes antes que se conviertan en una disputa formalmente referida al Dispute Board. Inclusive, podemos destacar que esto permite que la controversia sea solucionada durante la ejecución del contrato y con el objetivo que el proyecto continúe con la discrepancia resuelta (Hernandez, 2014).

En la misma línea se desarrolla el Manual de Dispute Board: Una Guía para las Mejores Prácticas y Procedimientos de la Dispute Resolution Board Fundation, pues señala que los Dispute Boards son efectivos en comparación con otros métodos de solución de conflictos. Además, compromete a las partes a una cultura de prevención y promueve una relación positiva, de comunicaciones

abiertas y transparencia entre las partes a todo nivel. El Manual, inclusive, recoge una serie de técnicas que puede utilizar el Dispute Board para evitar y prevenir la ocurrencia de disputas, las cuales son, por ejemplo:

- Educar a las personas del proyecto en el rol del Dispute Board y cómo se aplicará dicho rol en el proyecto con el enfoque de prevención.
- Enfatizar los beneficios de culminar el proyecto como objetivo en común entre las partes.
- Construir y mantener una relación con las partes, generando confianza y seguridad en el Dispute Board.
- Enfoque en identificación temprana y discusión de problemas que puedan surgir en el proyecto, antes que se conviertan en disputas.
- Promover la gestión colaborativa entre las partes para resolver problemas del proyecto.
- Asegurarse que problemas difíciles para el proyecto sean tratados pronto y evitar que se dejen para después en el proyecto.

Así las cosas, esto se puede resumir en que el Dispute Board tiene un involucramiento directo con el proyecto y con las personas que lo ejecutan. Ello debido a que tienen una relación temprana para generar una cultura de prevención y evitar conflictos. De igual manera, pueden reforzar a través de visitas al proyecto y reuniones la prevención de disputas, y generar opiniones no vinculantes o recomendaciones de manera informal para que las partes actúen en beneficio de la culminación del proyecto sin reclamos.

Ahora bien, debido a que los Dispute Boards son un producto del acuerdo de las partes en los contratos, existen múltiples tipos de Dispute Board, según las siguientes categorías:

a) Por cantidad de miembros: típicamente los Dispute Boards son de tres miembros, pero también puede haber más y puede ser de un solo miembro. Además, es posible que las partes pacten entidades nominadoras en caso de disputas para el nombramiento de los miembros.
b) Por su vinculación con el proyecto: los Dispute Boards pueden ser permanentes o ad hocs. En el primer escenario, los Dispute Boards están vinculados con el proyecto de manera constante y periódica. Es este tipo de Dispute Board donde se puede aplicar y aprovechar la función de prevención. En contraste, el Dispute Board también puede ser ad-hoc, es decir, solo llamado por las partes ante una solicitud específica, comúnmente para resolver una controversia. Con este tipo de Dispute Board no es posible aplicar las técnicas de prevención y guarda más similitudes con un mecanismo de decisión experta (contrata un perito para que dirima una controversia) o proceso arbitral exprés.
c) Por tipo de pronunciamiento del Dispute Board: las partes pueden pactar si los Dispute Boards pueden tener pronunciamientos vinculantes para las partes o que sus pronunciamientos sean solo recomendaciones. Claramente, el factor o la característica de hacer vinculantes los pronunciamientos de los Dispute Boards genera la posibilidad de garantizar el cumplimiento de lo decidido y la finalización de la disputa o controversia.

Una vez elegido el tipo de Dispute Board y pactado en el contrato, el mismo panel puede determinar o autoregularse para disponer las reglas sobre las visitas al proyecto, el acceso a la información del proyecto, la programación de reuniones, entre otros temas del funcionamiento del panel. Cabe precisar que la relación entre las partes y los miembros del Dispute Board también es contractual, pues se suscribe un acuerdo tripartito entre las partes y los miembros del panel para pactar las condiciones de su actuación. No obstante, las reglas sobre Dispute Board pueden ser tomadas de instituciones de solución de controversias. Por ejemplo, internacionalmente tenemos el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional del 2015 y a nivel local el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima del 2022.

Otro aspecto para tomar en cuenta es el costo de los Dispute Boards, pues este en comparación al arbitraje es claramente más eficiente. El costo es variable y está determinado por la cantidad de personas que conforman el panel, la frecuencia y duración de las reuniones, el número de pedidos de opiniones, recomendaciones o decisiones que las partes pidan al panel, el tipo de honorario para el Dispute Board, si los gastos como viáticos son asumidos por las partes o no, y si existen reajustes a los honorarios durante la ejecución del proyecto.

Según la estadística de la Dispute Resolution Board Foundation, en Latinoamérica, los honorarios por día de los miembros del panel está entre USD 1,250.00 a USD 1,800.00 y, en caso hubiera pagos mensuales, son entre USD 2,500.00 a USD 4,000.00. Además, en la región, generalmente se utiliza la estructura de pagos utilizada en los contratos FIDIC; es decir, existe un honorario por la participación de los miembros del panel por cada reunión, audiencia, visita a proyecto y elaboración de recomendaciones

o decisiones. Posteriormente, el Manual refiere a través de ejemplos que los costos de un Dispute Board son menores al 1% del presupuesto del proyecto (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Los miembros del panel deben ser imparciales e independientes a las partes, no tener conflictos de intereses con las partes, con sus agentes/abogados y con el proyecto, tener las suficientes calificaciones y experiencia relacionada al proyecto, tener la disponibilidad para tomar el encargo y tener un comportamiento ético. Este se puede resumir en 4 cánones de conducta que recomienda la Dispute Resolution Board Foundation, que comprende evitar conflictos de intereses y cumplir con el deber de revelación, guardar confidencialidad, mantener un comportamiento correcto con las partes y en las comunicaciones, y durante los procedimientos del panel (Dispute Resolution Board Foundation, 2019).

Asimismo, podemos ver que los Dispute Boards en el mundo han sido utilizados de forma exitosa. Por ejemplo, tenemos los proyectos de la construcción de la represa y planta hidroeléctrica El Cajón en 1980 en Honduras; luego, en la década de los 90, el proyecto del túnel del Canal entre Reino Unido y Francia, el nuevo Aeropuerto Internacional de Hong Kong, el proyecto hidroeléctrico Ertan en China; posteriormente, se utilizó en el proyecto de expansión del Canal de Panamá y también ha sido utilizado en mega proyectos que involucran múltiples contratos como por ejemplo en los Juegos Olímpicos de Londres del 2012 y en los Juegos Olímpicos de Río en el 2016.

Localmente, tenemos una muy buena experiencia utilizando Dispute Boards para los Juegos Panamericanos de Lima 2019, en la que luego de la modificación de los contratos NEC 3 con una cláusula Z específica para el mecanismo de solución de controversias se incluyó la posibilidad de usar Dispute Boards. En el caso de los Juegos Panamericanos de Lima 2019, tenemos que fue un proyecto con múltiples contratos y con un gran reto que era que el plazo de ejecución de las diferentes infraestructuras públicas no podía aplazarse. En vista a lo anterior, los Dispute Boards jugaron un papel trascendental para prevenir controversias y que las obras pudieran estar a tiempo para la fecha de la inauguración del evento.

En esta línea de ideas, vemos que los Dispute Boards son una herramienta que previene conflictos y que, de ocurrir estos, los resuelve de manera rápida, eficiente, manteniendo la relación entre las partes y buscando la finalización del proyecto. En adición a esto, son una herramienta muy exitosa a nivel mundial, regional y local, con resultados favorables y exitosos en un proyecto complejo como el de los Juegos Panamericanos de Lima 2019. Por consiguiente, conviene analizar la posibilidad de implementar los Dispute Boards como mecanismo de prevención y solución de controversias en los proyectos de Obras por Impuestos.

4. Propuesta de mejora en la regulación de Obras por Impuestos e integración del mecanismo con la relación entre la empresa privada y el contratista ejecutor del proyecto

A la luz de lo expuesto en los numerales precedentes, consideramos que los Dispute Boards podrían incluirse en la regulación de Obras por Impuestos. Por lo cual, se requeriría una modificación del art. 19 de la Ley y los artículos 128 y siguientes del Reglamento, a fin de incluir a los Dispute Boards como un mecanismo de solución de controversias.

Primero, evaluemos el efecto sobre el trato directo, la conciliación y el arbitraje al incluir los Dispute Boards en la fórmula regulatoria vigente.

Si incluimos los Dispute Boards, es altamente probable que ya no sea necesario el trato directo, ya que con la función preventiva de los primeros, las partes tendrían la oportunidad de conversar directamente sus dudas y preocupaciones sobre el proyecto antes que escalen a disputas. Es más, en el peor escenario, si estas controversias por A o B razones no fueran resueltas con la asistencia informal del panel, no habría necesidad de negociar en trato directo, pues el costo que el Dispute Board emita una decisión vinculante será menor que el costo del dinero en el tiempo durante la negociación entre las partes. No es una propuesta del presente artículo la eliminación del trato directo, pero es probable que caiga en desuso si se utilizan los Dispute Boards.

En esta misma línea de ideas, si las decisiones de los Dispute Boards son vinculantes, ya no serían necesarias las conciliaciones, pues con la asistencia informal de los miembros del panel las partes podrían pedirle al panel que emitan una decisión en el sentido que han acordado, obteniendo el mismo mérito de ejecución que un acta de conciliación. Al igual que con el trato directo, es probable que caiga en desuso; no obstante, no es propuesta del presente artículo la eliminación de la conciliación de la regulación.

Adicionalmente, si se utilizan los Dispute Boards en Obras por Impuestos, los arbitrajes quedarán relegados a únicamente revisar las decisiones del panel, lo cual generará que el arbitraje sea más rápido y cuente con un análisis previo de manera contemporánea de la controversia. Esto generará que sea menos recurrido el arbitraje por las partes y que al iniciarlo no sea tan costoso, pues el esfuerzo probatorio habrá sido efectuado durante la obra con el Dispute Board. Ahora bien, inclusive hay experiencias internacionales que señalan que la gran mayoría de las decisiones de los Dispute Boards no son revertidas en arbitraje. Esto indica que los árbitros tienden a confirmar la decisión de los miembros del panel y generando un desincentivo a las partes de iniciar un arbitraje para cuestionar todas las decisiones que emita el panel.

Por consiguiente, del análisis efectuado los Dispute Boards generarían que las partes no tengan que recurrir constantemente a un arbitraje y en caso lo hagan facilitarían el resultado de este. Además, dejarían en desuso al trato directo y la negociación, lo cual genera hasta este punto de análisis un beneficio en el esquema de prevención y solución de controversias para las partes. El Dispute Board genera la ocurrencia de menos controversias, ahorro de costos, mantener la relación amical entre las partes y que el proyecto se pueda culminar sin disputas.

Ahora bien, como hemos visto es un mecanismo más expeditivo y barato que el arbitraje. Por lo tanto, los actores del sistema no deberían poner como pretexto para no hacer el cambio normativo el costo del Dispute Board, en la medida que ya están dispuesto a pagar un monto mayor en un arbitraje ante la ocurrencia de disputas. Evidentemente, al ser un servicio para ambas partes debe ser considerado dentro del monto de inversión del proyecto y considerarse para ser reembolsado a través de los certificados de reconocimiento de la inversión. Es mejor, desde la perspectiva de cualquier gerencia de proyectos, un costo visible y predecible como los Dispute Boards, pues se puede presupuestar y asumir que un gran costo contingente como el arbitraje.

A manera de analogía, hay que pensar en el Dispute Board como un seguro de salud, que utilizas y pagas de manera preventiva para que cuanto te enfermes no tengas que pagar una cuenta considerable a los prestadores de salud privados o no tener disponibilidad de servicio en los hospitales públicos.

Por otra parte, la Dispute Resolution Board Foundation, recientemente, ha creado la Región 4 en su organización que corresponde a Latinoamérica. Esta iniciativa está promoviendo fuertemente la utilización de los Dispute Boards en la región, lo cual ha llevado a que muchos profesionales de la industria de la construcción tengan entrenamiento constante e importante en Dispute Boards. Esto permitirá que exista un importante grupo de profesionales que podrán ser elegidos por las partes para conformar los Dispute Boards en los proyectos de Obras por Impuestos.

Como dijo Abraham Lincoln: "Desalentar el litigio. Persuade a tus vecinos para que se comprometan siempre que puedas. Señale cómo el ganador nominal es a menudo un verdadero perdedor en honorarios, gastos y pérdida de tiempo"[(3)]. Esta es la filosofía que debemos tener al momento de evaluar la incorporación de los Dispute Boards en la regulación de Obras por Impuestos (razones y beneficios sobran). Hay éxitos comprobados en proyectos a nivel mundial y local.

Ahora bien, la presente propuesta de implementación de los Dispute Boards está referida a la regulación vigente de Obras por Impuestos y específicamente en la relación contractual entre la empresa privada financista y la entidad propietaria del proyecto; sin embargo, nada quita la posibilidad que la empresa privada pueda pactar este mismo mecanismo de solución de controversias con el o los ejecutores del proyecto, es decir, los contratistas directos, toda vez que la relación entre la empresa privada y el contratista ejecutor es una de derecho privado y con total libertad de regulación. Inclusive este esquema, de tener un Dispute Board que articule las controversias en ambas relaciones contractuales (Entidad - Empresa Privada y Empresa Privada - Contratista), generaría un beneficio adicional al proyecto.

Este mismo esquema inclusive es recomendado por la Dispute Resolution Board Fundation para los proyectos de Asociaciones Público Privadas en los cuales existe una doble relación contractual; primero entre el concedente y el concesionario y luego entre el concesionario y el contratista ejecutor del proyecto. En este escenario, también es posible que todas las partes pacten la utilización de un solo Dispute Board para que integre ambas relaciones contractuales

(3) Original en inglés: Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser in fees, expenses and waste of time.

y todas las partes puedan garantizar el resultado de una obra con disputas prevenidas y en el peor de los casos solucionadas prontamente.

Finalmente, cabe precisar que uno de los grandes beneficios para la empresa privada en la ejecución de los proyectos de Obras por Impuestos es el rédito reputacional y de responsabilidad social empresarial por ejecutar un proyecto de interés público con fondos privados. Por tanto, en el supuesto que las obras no se culminen, se generen disputas entre las partes y, en caso estos reclamos no se solucionen en un tiempo moderado a largo de plazo, pierden todos los actores del sistema. Por un lado, la empresa privada tiene un impacto reputacional, ya que es responsable sobre un proyecto que no logra completarse, además de sufrir impactos económicos al no recibir los certificados por la inversión realizada.

Por otro lado, la entidad pública tiene un problema de gestión por no tener el proyecto disponible y una contingencia abierta. Asimismo, la población se ve perjudicada al no poder beneficiarse de ese proyecto público, el cual culminará con retraso. En consecuencia, los Dispute Boards son un gran mecanismo para prevenir disputas y solucionarlas en tiempo real durante la ejecución de los proyectos, lo cual llevaría a lograr los objetivos de culminar las obras, así como prevenir las contingencias económicas y reputacionales.

5. Conclusiones

En base a lo anteriormente expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- El país necesita más y mejores herramientas para reducir la brecha de infraestructura. Una de estas herramientas es el mecanismo de Obras por Impuestos.
- Las Obras por Impuestos a la fecha están siendo promovidas por el estado para ser la vía a través de la cual se ejecuten proyectos relevantes de más de 400 millones de soles. Además, existen en cartera de PROINVERSION más de 500 proyectos que podrán ver la luz en los próximos años.
- La regulación vigente de Obras por Impuestos solo tiene como opciones para solucionar controversias el trato directo, la conciliación y el arbitraje. Estas tres opciones no tienen posibilidad de prevenir conflictos, y han probado que no responden a las necesidades del mecanismo en la medida que se necesitan solucionar controversias en tiempo real y durante la ejecución del proyecto.
- Los Dispute Boards son un mecanismo mundialmente aceptado y reconocido como una herramienta efectiva y eficiente para la prevención y solución de controversias en los proyectos. Estos generan vínculos con las partes para tener opción de que los problemas del proyecto no escalen a disputas y en caso se generen controversias sean resueltas de manera rápida, eficiente, manteniendo la relación entre las partes y buscando la finalización del proyecto.
- Existen suficientes razones y beneficios para implementar una modificación del art. 19 de la Ley 128 y siguientes del Reglamento de OxI. Esto con la finalidad de incluir los Dispute Boards, de forma tal que se puedan prevenir y solucionar disputas eficiente y eficazmente. Además, esto generará que el mecanismo de Obras por Impuestos sea más confiable y utilizado tanto por la parte pública como la privada para la generación de proyectos de infraestructura. De igual manera, este mismo mecanismo de solución de controversias puede ser utilizado en la relación entre la empresa privada financista y el contratista ejecutor del proyecto.

Referencias bibliográficas

Baker, E., Mellors, B., Chalmers, S., & Lavers, A. (2009). *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Informa Law from Routledge.

Bonifaz, J., Urrunaga, R., Aguirre, J., & Quequezana, P. (2020). *Brecha de infraestructura en el Perú: estimación de la brecha de infraestructura de largo plazo 2019-2038*. https://doi.org/10.18235/0002641

Bunni, N. (2005). *The FIDIC Forms of Contract: the fourth edition of the red book, 1992, the 1996 supplement, the 1999 red book, the 1999 yellow book, the 1999 silver book* (3ª ed.). Blackwell Publishing Ltd.

Chern, C. (2015). *Chern on Dispute Boards* (3ª ed.). Informa Law from Routledge.

Dispute Resolution Board Foundation. (2019). *Manual de dispute boards: una guía para las mejores prácticas y procedimientos*. https://www.drb.org/dispute-board-manual

Hernandez, R. (2014). Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En R. Hernandez (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos* (Vol. 23, pp.13-32). Estudio Mario Castillo Freyre.

Hewitt, A. (2016). *Construction Claims and Responses: Effective Writing and Presentation*. Blackwell Publishing Ltd.

Ministerio de Economía y Finanzas. (01 de abril del 2023). *Base de Adjudicaciones OxI al 31 de enero del 2023*.

PROINVERSIÓN. (01 de abril del 2023). *Cartera de proyectos OxI*.

Decreto Supremo N.° 035-2017-EF. Reglamento de la Ley Nº 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, y del artículo 17 de la Ley Nº 30264, Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico (1 de marzo de 2017). https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-supremo/15637-decreto-supremo-n-036-2017-ef/file

Decreto Supremo N° 294-2018-EF. Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado (16 de diciembre del 2018). https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/425951-294-2018-ef

Tolson, S., Glover, J., & Sinclair, S. (2013). *Diccionario de Términos de Construcción, Ferwick Elliott LLP*. Informa Law from Routledge.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.007

Razones por las cuales se debe preferir el régimen de contratos de Asociación Público Privada - APP a los Acuerdos de Gobierno a Gobierno - G2G en el Perú(*)

The reasons why the Public-Private Partnership contracts regime should be preferred to Government-to-Government (G2G) agreements in Peru

Humberto Sheput Stucchi(**)
Universidad del Pacífico (Lima, Perú)

Resumen: A partir del éxito logrado en la construcción de la infraestructura necesaria para los XVIII Juegos Panamericanos y los Sextos Juegos Parapanamericanos de Lima 2019, se ha evidenciado un claro cambio en la orientación que el Estado peruano está adoptando en la construcción de proyectos de infraestructura. Se he dejado de lado el esquema de los contratos de asociación público-privada y se ha optado por la celebración de acuerdos de Gobierno a Gobierno.

¿Es esta idea o alternativa de celebrar acuerdos de Gobierno a Gobierno como primera opción la mejor o la más conveniente para el Estado peruano? En este artículo, analizaremos las ventajas y desventajas de ambos esquemas y propondremos criterios a considerar para evaluar cuál sería el esquema más conveniente según el tipo de obra o infraestructura que se pretende desarrollar.

Palabras clave: Perú - Políticas públicas - Obras de Infraestructura - Acuerdos de Gobierno a Gobierno - Contratos de Asociación Público Privada

Abstract: The success attained in the development of the essential infrastructure for the XVIII Pan American Games and the Sixth Parapan American Games of Lima 2019 has demonstrated a distinct shift in the approach embraced by the Peruvian State in the execution of infrastructure ventures. The utilization of public-private partnership contracts has been relinquished in favor of government-to-government agreements.

Is the idea or alternative of prioritizing Government-to-Government agreements as the initial option the most suitable or advantageous for the Peruvian State? In this article, we will assess the benefits and drawbacks of both approaches and propose criteria to evaluate which scheme would be the most favorable depending on the nature of the project or infrastructure to be undertaken.

Keywords: Peru - Public Politics - Infrastructure Works - Government-to-Government Agreements - Public-Private Partnership Contracts

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 22 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 25 de mayo de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Economía y Regulación de Servicios Públicos de Red por la Universidad de Barcelona. Profesor de la Maestría de Regulación de la Universidad del Pacífico. Profesor de la Dirección de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-1939-3184. Correo electrónico: sheput100@yahoo.com.

1. Introducción

Durante los primeros meses del año 2017, el Perú se debatía entre la realización de los XVIII Juegos Panamericanos y los Sextos Juegos Parapanamericanos de Lima 2019, a cuyo desarrollo se había comprometido en octubre de 2013, o simplemente enfrentar la vergüenza internacional que implicaba desistir de su realización, prácticamente, sobre la fecha de inicio de dichos juegos. En adición a esta segunda opción, tenemos el hecho de no haber podido construir la infraestructura necesaria en su momento, es decir, el no tener la seguridad de contar con la infraestructura necesaria cuando llegue el momento de la inauguración de los Juegos, teniendo en cuenta, además, que la construcción implicaría un gasto de recursos públicos que bien podría destinarse a otros fines más importantes del Estado.

Ante este panorama, y previa advertencia de la Contraloría General de la República respecto del atraso en el avance de las obras, en abril de 2017, el Estado peruano optó por celebrar un acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) con el Reino Unido, cuya finalidad principal era culminar la construcción de los escenarios y recintos necesarios para la realización de los Juegos, como son las sedes o recintos deportivos y la denominada "Villa Panamericana", donde se hospedarían las delegaciones deportivas participantes. Desde ese momento, surgió una nueva serie de críticas, esta vez referidas al alto costo que la realización de los juegos implicaría para el país.

La elección del Reino Unido para la gestión y provisión necesarias en la construcción de la infraestructura de los Juegos se sustentó en su experiencia en la construcción de infraestructura deportiva. Esto se evidenció en su organización y celebración exitosa de los Juegos Olímpicos de Londres en el año 2012.

Como es de conocimiento público, el resultado obtenido a partir de la ejecución del acuerdo de Gobierno a Gobierno celebrado con el Reino Unido fue un éxito total en lo que respecta a la construcción oportuna de la infraestructura necesaria para la realización de los Juegos. De ese modo, se pudo construir todo lo necesario y en el tiempo previsto, cuando las esperanzas decían que no se iba a llegar a la fecha estimada para la inauguración de los Juegos Panamericanos. El éxito alcanzado por el Estado atenuó la fuerza de las críticas que en su momento asomaron muy tibiamente respecto del fuerte gasto de recursos fiscales empleados para la construcción de las obras necesarias para el desarrollo de los Juegos. Asimismo, al amparo de este innegable éxito, podemos advertir que, desde entonces, el Estado Peruano ha optado por la alternativa de construir y desarrollar la infraestructura requerida mediante el esquema de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G).

Así, el Estado peruano parece haber asumido que este esquema es la forma más rápida y eficiente para poder desarrollar una obra. Ello definió que, en la actualidad, el Perú haya desarrollado diversas obras de infraestructura, siguiendo el esquema de acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G), como se puede apreciar en el siguiente listado:

- En junio del 2020, el Estado peruano celebró un nuevo acuerdo con el Reino Unido. El contexto nos señala que, en el año 2019, paralelamente a la construcción de la infraestructura de los Juegos Panamericanos, el Perú se encontraba abocado a reconstruir la infraestructura dañada por el Fenómeno del Niño en el año 2017. Sin embargo, este esfuerzo, al menos hasta entonces, no presentaba los resultados esperados. Por ello, el Gobierno del Perú optó por suscribir otro acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) con el Reino Unido para apoyar a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC) en la reconstrucción de la infraestructura que resultó afectada en materias de salud, educación y soluciones integrales (obras de defensa en ríos y quebradas, drenajes, etc.). En el marco de acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G), con una inversión que asciende a S/6.035 millones, se han celebrado numerosos contratos que van a permitir la construcción de 74 (setenta y cuatro) proyectos en materia de educación, 15 (quince) nuevos establecimientos de salud y 25 (veinticinco) soluciones integrales, entre ellas, la construcción de defensas ribereñas en zonas adyacentes a 07 (siete) ríos, las cuales se estimaba que evitarían que se repitan situaciones similares a las sufridas por los pobladores de las regiones del norte del Perú en el año 2017.
- El 24 de octubre de 2019, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Gobierno de la República de Corea firmaron un acuerdo de Gobierno a Gobierno para brindar el servicio de asistencia técnica durante las etapas de diseño, construcción y puesta en operación del Aeropuerto Internacional de Chinchero en Cusco (AICC). Recién el 12 de marzo de 2021, el Estado peruano firmó el contrato con el consorcio integrado por la surcoreana Hyundai E&C y HV Contratistas, quien quedaba encargado de ejecutar las obras preliminares del

proyecto por un monto de US$143,8 millones; las referidas obras preliminares consistían en el movimiento de tierras a realizarse en el área donde se construirá el terminal aéreo y la pista de aterrizaje.

- La página web del Programa Nacional de Inversiones en Salud (PRONIS), que es el órgano del MINSA encargado de la ejecución de los proyectos de infraestructura, refiere que dicho programa es el "enlace contractual del Estado peruano con el Gobierno francés en el contrato para la Asistencia Técnica en la Ejecución de los Proyectos de Inversión: "Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Salud del Hospital Nacional Sergio E. Bernales - Collique, distrito de Comas en Lima" y "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1-Cusco"; ambos declarados de interés nacional mediante el Decreto Supremo N° 001-2020-SA".

El acuerdo establecía un plazo de diecinueve (19) meses, contados desde la fecha de inicio del proyecto en el mes junio de 2020, hasta el mes de diciembre de 2021.

- El 27 de mayo de 2021, el Estado peruano y el Gobierno de Francia suscribieron el acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) para la construcción de lanueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión, cuya inversión asciende a S/11.959 millones, teniéndose planeado iniciar la construcción de la vía en marzo de 2025. Según lo informado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, la nueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión sería una autopista de montaña de aproximadamente 180 kilómetros, con una variación altitudinal entre los 600 y los 4500 msnm, que contaría con una calzada de 4 carriles con separador central (dos vías por sentido), con una ruta denominada "Corredor Verde" y que se inicia en Cieneguilla y llega hasta Junín (Huaycán - Cieneguilla, Santiago de Tuna – San Andrés de Tupicocha), e incluirá la construcción de puentes, túneles y viaductos. Como consecuencia de la suscripción de tal acuerdo, se ha instalado una Oficina de Gestión de Proyectos (denominada PMO Vías)[(1)].
- En la misma ocasión (27 de mayo de 2021) los gobiernos del Perú y Francia acordaron que el segundo brindará la asesoría técnica necesaria para posibilitar la construcción de la Vía Expresa Santa Rosa, en la Provincia Constitucional del Callao. Al respecto, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha informado que la futura Vía Expresa Santa Rosa será un viaducto elevado de 3.67 kilómetros de largo, de tres carriles por lado, que conectará la Costa Verde con el Aeropuerto Internacional Jorge Chavez. El trayecto de la Vía Expresa incluye las avenidas Óscar R. Benavides, Argentina y Santa Rosa. La inversión requerida para la construcción de la obra asciende a la suma de S/ 819.7 millones. El acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) brindará asistencia técnica al proyecto mediante una Oficina de Gestión de Proyectos (a cargo de PMO Vías, al igual que en el caso de la construcción de la nueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión).
- Dos muy importantes proyectos cuya ejecución también se ha anunciado que se realizará empleando el mecanismo de acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) están referidos a la construcción de la infraestructura necesaria para el desarrollo de la Línea 3 y 4 del Metro de Lima, las mismas que están presupuestadas en S/. 23 300 millones y S/. 12 500 millones, respectivamente. La línea 3 unirá los distritos de Comas y San Juan de Miraflores en 54 minutos. Movilizará un total de 66 trenes automáticos y se ha previsto que trasladará a 2 millones de personas por día. A fines de febrero de 2023, la Ministra de Transportes y Comunicaciones informó que existían cinco países interesados en celebrar con el Perú el acuerdo de Gobierno a Gobierno que permitiría la construcción de la Línea 3. Por su parte, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional-AFIN ha expresado "su preocupación sobre la presión para las finanzas públicas que causaría, a más de un año

(1) El trazo que tendría la vía, propuesto por PMO Vías y que se denomina "Corredor Verde", ha recibido fuertes críticas de parte del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú (CIP-CDLima), las mismas que se encuentran referidas a diversos aspectos, como la superposición que tendría el "Corredor Verde" con más de 30 kilómetros del Camino Inca o 'Qhapaq Ñan' (zona arqueológica declarada Patrimonio Mundial de la Humanidad); el cruce por varios pueblos, lo cual involucraría expropiaciones y afectaciones prediales; o el paso por la quebrada de Lurín, donde existen riesgos de huaicos, deslizamientos e inundaciones", según lo indicado por INGEMMET. Para enfrentar estos problemas, la Comisión del CIP-CD Lima propuso que la construcción de la nueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión tenga un trazo diferente, el mismo que está basado en un estudio iniciado por el Gobierno Regional de Lima, donde se plantea como alternativa al "Corredor Verde" una ruta que sería la siguiente: San Bartolo (a la altura de La Chutana)-Olleros-Huarochirí-Cochas-Canchayllo-Pachacayo.

de la suspensión del proceso G2G de las Líneas 3 y 4, su ejecución a través de esta modalidad. Se estima que la inversión necesaria para estas dos líneas asciende a más de S/ 35 000 millones, equivalente al 4.1% del PBI o al 87% de la inversión pública del 2021. Con estos recursos se podrían financiar 220 Antepuertos del Callao u 81 Puentes Santa Rosa". Adicionalmente, el gremio empresarial señala que los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) "no representan un esquema de financiamiento distinto al de la obra pública tradicional. El Estado tendría que financiar la inversión a través de sus propios recursos y/o recurrir al endeudamiento público. Incluso se tendría que sacrificar otros proyectos y actividades programadas".

Como podrá apreciarse, en el Perú, los más importantes proyectos de infraestructura, provenientes de diferentes sectores (construcción de carreteras, vías férreas, hospitales, escuelas, defensas ribereñas, entre otros) se realizarán, o al menos eso se pretende, a través del mecanismo de acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G). Dado que no se registran antecedentes en otros países, en el que un país decida que sean otros países los que se encarguen de la gestión de la construcción de sus principales proyectos de infraestructura, cabría preguntarse si la idea o alternativa de celebrar acuerdos de Gobierno a Gobierno como primera opción es la mejor o la más conveniente para el Estado Peruano.

Para tratar de encontrar respuestas a esta pregunta, es necesario que intentemos analizar cuáles son las ventajas y desventajas que pueden tener los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) respecto de la contratación a través del esquema de las Asociaciones Público Privadas (APP), que era el esquema de contratación que se venía empleando en el Perú para el desarrollo de proyectos de infraestructura. Revisaremos ambos esquemas y propondremos algunos criterios a considerar para evaluar cuál sería el esquema más conveniente según el tipo de obra o infraestructura que se pretende desarrollar.

2. Los Acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G): Ventajas y desventajas

Antes de hacer una descripción que nos permita comprender en qué consiste y cómo funciona el mecanismo, habría que mencionar que la celebración de acuerdos de Gobierno a Gobierno para la construcción de grandes obras de infraestructura, como carreteras y aeropuertos, es un "producto típicamente peruano": Fuera de la teoría, el Perú es el único país en el que existen acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) para la construcción de grandes obras de infraestructura, y más aún, es el único donde el Gobierno pretende que la celebración de acuerdos de Gobierno a Gobierno sea la nueva regla general para la contratación de obras de infraestructura.

En el año 2017, varias regiones del Perú fueron devastadas por las consecuencias del fenómeno del Niño. Según el reporte del Sistema de Información Nacional para la Respuesta y Rehabilitación - SINPAD, actualizado al 17 de mayo de 2017, se reportaron "231,874 damnificados; 1 129,013 afectados y 143 fallecidos. Han colapsado 25,700 viviendas, 258,545 están afectadas y 23,280 están inhabitables" (Organización Panamericana de la Salud, s.f.).

En junio de 2020, es decir, tres años después de ocurrida la situación de emergencia, se suscribió el acuerdo de Gobierno a Gobierno celebrado entre la Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios del Gobierno del Perú (ARCC) y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (representado por su Departamento de Comercio Internacional). La página web de la Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios (ARCC) [(2)] refiere como ventajas del acuerdo internacional suscrito con el Gobierno del Reino Unido, que tiene como propósito la gestión y provisión de bienes, servicios u obras necesarios para la implementación de las intervenciones priorizadas del Plan Integral para la Reconstrucción con Cambios (PIRCC), las siguientes:

- "Reducción del riesgo de incumplimiento de los compromisos por parte de los Postores seleccionados.
- Mayor capacidad de negociación con los proveedores para acceder a la mejor calidad de ofertas y con mayores beneficios para el país.
- Uso de esquemas ágiles y rigurosos de procura, con reducción de costos y riesgos
- Se incorporan los componentes de innovación y transferencia de conocimientos, donde se adquiere conocimientos y experiencias internacionales para la ejecución de cada sector.

(2) Al respecto, *véase* https://www.rcc.gob.pe/2020/main-home/contrataciones/g2g-acuerdos/preguntasfrecuentes/

- Lecciones aprendidas para el Estado Peruano en materia de contratación y gestión de contratos.
- Visión de legado para el desarrollo de proyectos de infraestructura considerando su sostenibilidad en el tiempo (operación y mantenimiento).
- Permite la utilización de contratos internacionales para ser adaptados al proyecto, los cuales ayudan a prevenir disputas, riesgos tempranos en el proyecto, y fomentan la colaboración de las partes.
- Contribuye a implementar mecanismos dinámicos de seguimiento como la Oficina de Gestión de Proyectos (PMO) que permitan realizar un monitoreo integral de cronograma base y programas mensuales de los proyectos que se implementan en el marco del G2G, así como la utilización de las diferentes herramientas digitales integradas" (ARCC, s.f.).

Una de las principales ventajas de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) es la estructuración y operación de una Oficina de Gestión o PMO (Project Management Office), que es dirigida por un experto designado por el Gobierno contratado y que es la encargada de realizar el apoyo a la gestión de los procesos, verificando el cumplimiento de los cronogramas de trabajo establecidos, así como el control de riesgos y realizando una eficiente labor de procura. Este PMO es efectivamente el gestor del proyecto. De la gestión del PMO dependerá el éxito o el fracaso de las iniciativas y acciones que se desarrollen en el marco del proyecto. Debe tener la capacidad para responder de manera rápida y eficiente a los problemas que se le presenten en la gestión propiamente dicha del proyecto, así como tener una adecuada capacidad de planificación y organización. Adicionalmente, debe poder gestionar eficientemente los conflictos que seguramente aparecerán durante el desarrollo del proyecto. Como podrá apreciarse, los requerimientos son diversos y muy exigentes; es aquí donde se pone en aplicación todo el conocimiento y experiencia que sustenta la celebración del acuerdo de Gobierno a Gobierno.

Otra de las ventajas de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) es la utilización de modelos de contrato estándar para la ejecución de las obras. En el marco del acuerdo de Gobierno a Gobierno, el gestor del proyecto (PMO) va a necesitar celebrar contratos con diversos proveedores especializados, que se encargarán de desarrollar, proveer o ejecutar diferentes obras o tareas. Se entiende como una premisa que el gestor del proyecto (PMO) conoce y tiene relación con proveedores especializados a fin de atender de la manera más eficiente los requerimientos del proyecto. Para ello, el empleo de modelos de contrato estándar resulta una herramienta muy importante, dado que agiliza la gestión, simplifica la tramitación y, especialmente, la negociación de los contratos. Asimismo, brinda una seguridad mayor a las partes respecto de los asuntos y materias sobre los que trata el contrato respectivo.

Finalmente, otra ventaja de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) es que cuando se ven en la necesidad de enfrentar y resolver un conflicto, como parte del mecanismo contractual, han establecido que la resolución de los conflictos se encargue a los "Dispute Boards" o Juntas de Resolución de Conflictos. Estos son los tribunales especializados y ad-hoc para la solución de los conflictos que puedan surgir en el desarrollo de un determinado proyecto y en el marco de un determinado acuerdo de Gobierno a Gobierno. Estos "Dispute Boards" tienen sus propias normas procesales y son muy ágiles y eficientes en la atención y solución de los conflictos que puedan presentarse. Su actuación se produce de manera paralela a la ejecución de las obras y está dirigida a evitar que la ejecución de la obra se interrumpa por causa del conflicto, evitando también que se generen demoras en la ejecución de proyecto y otras ineficiencias. Esta sería también una ventaja de los acuerdos de Gobierno a Gobierno frente a los mecanismos propios de los contratos de Asociación Público Privada, los cuales normalmente recurren a mecanismos como el arbitraje, el mismo que, si bien resulta mucho más eficiente que tener que recurrir al Poder Judicial para solucionar un conflicto, resulta mucho más lento y oneroso que el mecanismo de los "Dispute Boards".

Vistas las ventajas de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G), es pertinente también observar cuáles son las críticas que han venido recibiendo. Por ejemplo, José Luis Guasch, exjefe de Expertos Globales en Asociaciones Público-Privadas (APP) del Banco Mundial, llama "fracaso del Estado" a esta manifiesta voluntad por el empleo preferente de este mecanismo contractual que ocurre en el caso peruano. De ese modo, en una entrevista de 2021, Guasch señaló lo siguiente:

> Respecto a los contratos de Gobierno a Gobierno (G2G), Guasch reconoció no ser partidario de este mecanismo, por varias razones. Aunque reconoció que su uso para los Juegos Panamericanos fue correcto por la urgencia, la necesidad y la carencia de confianza que Perú pudiera hacerlo a tiempo, *"pero incluso*

en la Reconstrucción con Cambios no ha habido un éxito sustancial, hace ya cinco años que se lanzó ese concepto y sigue rezagado", comentó.

Añadió que *"el G2G da señales de tirar la toalla, y es una manera de decir que no eres capaz de hacer ese trabajo, lo que es absurdo para un país como el Perú, al no tratar de desarrollar estos proyectos por sí mismos"*. Además, señaló que a veces se considera a países que están en peor situación como Turquía, sin contar que los países que vienen buscan contratar o favorecer a sus clientes y afiliados (El Comercio, 2021).

Existen otros cuestionamientos que se han hecho a los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) en el Perú. Uno de ellos tiene que ver con la naturaleza de los recursos económicos y la oportunidad del pago que tiene que hacer el Estado peruano a su Estado contraparte. Para celebrar un acuerdo de Gobierno a Gobierno, el Estado peruano requiere contar con los recursos a los efectos de realizar el o los pagos establecidos en el acuerdo, entendiendo que estos recursos provienen del presupuesto corriente. Como regla general, y para decirlo en términos simples, un acuerdo de Gobierno a Gobierno se paga como si se tratase de una Obra Pública (es decir, en unos tres años, en promedio).

Esto, naturalmente, implica enfrentar un problema de tipo fiscal, dado que siempre se ha entendido que el Estado no cuenta con recursos abundantes para la realización de obras de infraestructura. Atendiendo a esta situación, siempre se pensó que la mejor alternativa a estos efectos era recurrir al mecanismo de contratación de las Asociaciones Público Privadas, donde se traslada al operador privado la preocupación por obtener los recursos necesarios para financiar la realización de las obras materia del contrato de concesión. De esta manera, los recursos del Estado podían dedicarse a otros destinos más cercanos a las funciones inherentes a la gestión pública, como la atención de emergencias, la lucha contra la pobreza, entre otros.

Un cuestionamiento muy serio a los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) está referido a que el Estado contratante asume o retiene todos los riesgos. En un supuesto igual al de la contratación de Obra Pública, el Estado contratante asume los riesgos de diseño y construcción, como de la operación y mantenimiento. Esto plantea una diferencia esencial con el modelo de contratos de Asociación Público Privada (APP), en los que una de las características principales es que justamente el contrato de concesión es el instrumento que permite a las partes asignar los riesgos de la manera más adecuada.

Un cuestionamiento que salta a la vista de manera bastante evidente es el referido al mayor costo que representan los acuerdos de Gobierno a Gobierno. Bajo este esquema, se tiene previsto desarrollar tres de los cuatro proyectos de infraestructura de mayor precio en la historia del Perú[3]. Considerando que la suma de los presupuestos de los tres proyectos casi alcanza los S/. 50 000 millones, resulta evidente que pudo ser al menos interesante consultar la posibilidad de recurrir a otro esquema de contratación, en el que el operador privado esté encargado de obtener el financiamiento necesario para el desarrollo del proyecto, y no someter al Estado a gastar enormes cantidades de sus escasos recursos. Además, y como se ha indicado, el esquema de los acuerdos de Gobierno a Gobierno es similar al de la Obra Pública, en el sentido de que se paga de inmediato o en un muy breve plazo (en leguaje corriente, diríamos que "se paga al contado"). Como se puede apreciar, el esquema tradicional de la contratación de Asociaciones Público Privadas ofrece soluciones efectivas para este problema.

Otro cuestionamiento tiene relación con la situación en que quedan las obras de infraestructura luego de concluida su construcción, desarrollada en el marco del acuerdo de Gobierno a Gobierno. Por ejemplo, terminada la construcción de las obras destinadas a la realización de los XVIII Juegos Panamericanos y los VI Juegos Parapanamericanos de Lima 2019 y luego de realizados los Juegos en mención, cabían hacerse algunas preguntas: ¿Qué se va a hacer con la infraestructura? ¿Corresponde que alguna persona o institución se haga cargo de su operación y (especialmente) de su mantenimiento?[4]. En el esquema de

(3) El presupuesto de la Línea 3 del Metro de Lima asciende a S/. 23 300 millones; el presupuesto de la Línea 4 del Metro de Lima asciende a S/. 12 500 millones; mientras que el presupuesto de la nueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión asciende a S/. 11 500 millones.

(4) Luego de los Juegos del año 2019, el Perú y el mundo enfrentaron a la pandemia el año 2020. Fue en ese momento que se decidió utilizar seis de las siete torres con que cuenta la Villa Panamericana para recibir, hospedar y atender a los pacientes COVID en la ciudad de Lima, llegando a tener un aproximado 2800 camas para estos efectos.

contratación de las Asociaciones Público Privadas, estas preguntas están absueltas de antemano, correspondiendo al concesionario encargarse de la operación y mantenimiento de la infraestructura, mientras que en los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) este tema queda sin definición.

Un cuestionamiento adicional pasa por constatar que al menos un proyecto (la nueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión) es materia de un acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) sin que haya sido previamente considerado o incluido en el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad - PNIC[5]. Obviamente, este hecho vulnera y resta seriedad y predictibilidad al esfuerzo que en su momento significó la priorización de las obras de infraestructura en el referido Plan Nacional.

Existen propuestas que plantean que, luego de un acuerdo de Gobierno a Gobierno, el Estado peruano podría convocar a un concurso para encargar a un concesionario privado únicamente la operación y mantenimiento de la obra que ha sido construida bajo el esquema del acuerdo de G2G. Si bien la propuesta pretende obtener los principales beneficios de ambos modelos contractuales, también podrían generarse controversias respecto a la calidad y operación de los servicios. Al no ser el mismo proveedor quien se encarga de la construcción que aquel que se encarga de la operación y mantenimiento, existen incentivos para que, ante la ocurrencia de un problema o defecto, un operador pretenda que la responsabilidad es del otro operador ("la culpa no es mía, es del otro…"). Adicionalmente, habría que desarrollar dos procesos de contratación para un objetivo que en la actualidad requiere de uno solo.

3. Los contratos de Asociación Público Privadas (APP): Ventajas y desventajas

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) fue quizás el principal promotor del esquema de las Asociaciones Público Privadas. Sobre este modelo de contratación, en la página web del MEF se puede leer lo siguiente:

> Esta modalidad se implementa mediante Contratos de largo plazo, en los que la titularidad de las inversiones desarrolladas puede mantenerse, revertirse o ser transferidas al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y a lo dispuesto en el respectivo Contrato. Estas modalidades pueden ser de concesión, operación y mantenimiento, gestión, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley.
>
> La actual definición de APP se construye sobre el marco legal precedente y las mejores prácticas a nivel internacional, que consideran elementos como una asignación adecuada de riesgos entre los sectores público y privado y que en todas las fases del desarrollo de una APP se contemple el principio de Valor por dinero, que busca la combinación óptima entre los costos y la calidad del servicio público ofrecido a los usuarios, a lo largo de la vida del proyecto.

Los contratos de Asociación Público Privada cuentan con un marco jurídico debidamente desarrollado, el mismo que a lo largo de los años se ha ido perfeccionando y corrigiendo, de manera que en la actualidad la normativa vigente recoge el conocimiento obtenido a partir de diversas experiencias en contrataciones. A partir de esto, podríamos mencionar algunas de las principales características de los contratos de Asociación Publico Privadas:

- Los contratos de Asociación Público Privada son de largo plazo; siendo así que algunos de estos contratos pueden durar, incluyendo sus ampliaciones y renovaciones, un total de hasta 60 (sesenta) años.
- El sector privado tiene una participación muy activa: participa en lo que respecta al diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento, transferencia o reversión del activo, etc. De esta manera, el operador privado asume una considerable proporción de los riesgos propios del proyecto, de conformidad con lo que se establezca en el Contrato de Concesión correspondiente.
- La asignación de los riesgos se establece en el Contrato de Concesión correspondiente, respetando el principio de asignar el riesgo a la parte que esté mejor capacitada de administrarlo.
- El proyecto que se desarrolla mediante una APP puede ser clasificado como una concesión Autofinanciada o como una

(5) "El objetivo del Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC) es proveer al Estado peruano de un insumo para construir una agenda de desarrollo transparente y consensuada que permita cerrar brechas claves para el desarrollo económico y social del país", como lo indica el propio Plan Nacional. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/planes/PNIC_2019.pdf

concesión Cofinanciada. Esta clasificación dependerá de las características propias de la infraestructura a ser administrada: Si la concesión está en condiciones de generar a partir de sus propios ingresos (vía el cobro de la tarifa a los usuarios), los recursos necesarios para el repago a las fuentes de financiamiento, entonces estaremos ante una concesión autofinanciada; si por el contrario, la concesión no recauda vía el cobro de la tarifa al usuario los recursos necesarios para cubrir sus costos eficientes, estaremos ante una concesión cofinanciada, donde el Estado, en su condición de Concedente, se obliga a completar la diferencia a la que no pudo llegar el cobro de la tarifa a los usuarios.

El artículo 29 del Reglamento del Decreto Legislativo 1362 establece que bajo la modalidad de las Asociaciones Público Privadas pueden desarrollarse proyectos en los siguientes ámbitos:

1. Infraestructura pública en general, lo que incluye redes viales, redes multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, infraestructura de riego, de salud y de educación.
2. Servicios públicos, lo que incluye, servicios públicos de telecomunicaciones, de energía y de alumbrado público, de agua y saneamiento, así como otros de interés social, relacionados a los sectores de educación, salud y medio ambiente.
3. Servicios vinculados a la infraestructura pública y a servicios públicos que requiere brindar al Estado; a manera de ejemplos de estos servicios podemos considerar a los sistemas de recaudación de peajes y tarifas y a los Centros de Atención al Ciudadano, entre otros.
4. Proyectos de investigación aplicada.
5. Proyectos de innovación tecnológica.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1362, los proyectos destinados a la prestación de servicios vinculados a infraestructura públicas o a servicios públicos, los de investigación aplicada y/o los de investigación tecnológica, así como aquellas APP que no contengan componente de inversión, pueden ser tramitadas a través del procedimiento simplificado, de conformidad con las fases y plazos establecidos en el Reglamento. De esta manera, estas APP pueden tener un trámite más rápido y sencillo, orientado a facilitar la ejecución del contrato correspondiente. Por esta razón, la eventual complejidad en su diseño no exige el nivel y el detalle de estudios que sí requiere un proyecto de gran envergadura de infraestructura pública y de servicios públicos.

El mecanismo de las APP no se encuentra exento de cuestionamientos: uno de ellos, siempre referido por los representantes de los operadores privados, está referida a una excesiva regulación (o sobrerregulación). Esto implica la participación de diversas instituciones del Estado en los procesos de contratación y ejecución contractual. Algunas veces, estas instituciones cuentan con similares atribuciones y sus intervenciones resultan reiterativas e innecesarias, retrasando la toma de decisiones y, eventualmente, los plazos contractuales.

Otros inconvenientes que impactan en los plazos contractuales de las APP son los referidos a los retrasos y dificultades en la entrega de terrenos necesarios para la ejecución de la obra, propiciados, por lo general, por demoras en los procesos de expropiación; también se pueden contar las deficiencias que pueden contener los estudios en los que se debe sustentan la realización de las obras, que son advertidas en el mismo terreno, cuando la realidad no coincide con lo expresado en los estudios. Finalmente, también puede resultar un inconveniente el hecho de tener que recurrir al mecanismo externo del arbitraje para solucionar los conflictos que surgen por lo general en el desarrollo de las obras.

4. Ventajas y desventajas de ambos esquemas

Comparando los dos esquemas y tratando de apreciar los beneficios de cada uno de ellos respecto del otro, podríamos señalar lo siguiente:

Ventajas de los Acuerdos G2G respecto de los Contratos APP

- Para la contratación de obras puntuales y urgentes, que no requieren de operación y mantenimiento o que las mismas tienen ya una institución u organismo encargado de su operación, el esquema de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) tiene ventajas sobre la contratación de Asociación Público Privada por su rapidez y porque el Gobierno encargado puede ser seleccionado en función a su experiencia en el asunto.
- El esquema de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) cuenta con la ventaja de no tener que cumplir las exigencias, trámites y gestiones a que se encuentran

obligados los concesionarios de las Asociaciones Público Privadas. Los acuerdos de Gobierno a Gobierno no están sujetos a la normativa de contratación pública, ni a la supervisión de los organismos reguladores. Incluso, la labor que puede realizar la Contraloría General de la República alcanza fundamentalmente a las instituciones públicas responsables de la contratación, mas no a los directamente involucrados en la realización de la obra.

- Una de las principales características de los Acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) es que cuentan con un PMO (Project Management Office), la misma que está encargada de realizar el apoyo a la gestión de los procesos que integran el proyecto y es dirigida por un experto designado por el Gobierno contratado. El PMO desarrolla una eficiente labor de procura, verifica que se cumplan los cronogramas de trabajo y realiza el control de riesgos. Este es efectivamente el gestor del proyecto. Si bien la experiencia de los Juegos Panamericanos en Lima llevó a pensar que la participación del PMO era una garantía de eficiencia, como hemos visto líneas arriba, en los demás proyectos de infraestructura desarrollados en el Perú a través de acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) no se ha encontrado los mismos resultados.
- Una ventaja de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) es el empleo de contratos estándar internacionales que son adaptados al proyecto, a ser celebrados con proveedores especializados para el desarrollo y ejecución de obras, provisión de suministros y otros aspectos de carácter operativo. De esta manera, la utilización de estos contratos estándar aporta dinamismo, predictibilidad y seguridad.
- La solución de controversias en los Acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) es más eficiente al encontrarse a cargo de las Juntas de Resolución de Conflictos o "Dispute Boards". Una característica distintiva de los "Dispute Boards" es que la ejecución de las obras no se interrumpe por el hecho de que exista un conflicto, dado que el análisis y la solución de las controversias se realiza de manera paralela al desarrollo de las obras, sin que se genere afectación a los plazos.

Ventajas de los Contratos APP respecto de los Acuerdos G2G

- Si la obra de infraestructura que se va a ejecutar va a requerir que exista un operador que se encargue de brindar el servicio y de dar el mantenimiento necesario a la infraestructura, de manera que se garantice la continuidad de los servicios públicos, los contratos de Asociación Público Privada son la mejor opción por tratarse además de contratos de largo plazo. Encargar la ejecución de un proyecto de infraestructura bajo el esquema del acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G) hará necesario que, luego de construida la obra de infraestructura, se tenga que buscar algún proveedor que brinde la operación y el mantenimiento de dicha infraestructura. Lo que genera costos, ineficiencias e incertidumbre sobre la determinación de responsabilidades.
- Si bien los procesos de contratación en el esquema de las Asociaciones Público Privadas son más lentos y complicados que los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G), también son más confiables respecto de la selección del proveedor más calificado y en las mejores condiciones económicas, asegurando así la mejor relación de valor por dinero. Indudablemente, la utilización de recursos públicos, escasos por definición, resulta más eficiente cuando se recurre al esquema de contratación de las Asociaciones Público Privadas.
- La asignación de riesgos es una característica esencial de la contratación bajo el esquema de las Asociaciones Público Privadas. El contrato de concesión asigna riesgos a las partes, atendiendo a la participación del sector privado en las diferentes etapas del proyecto (diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento, transferencia o reversión del activo, etc.). Lo óptimo es asignar el riesgo a la parte que esté mejor capacitada para administrarlo. Esto no ocurre en los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G), que en este aspecto contienen muchos elementos que los asemejan a los contratos de Obra Pública.

5. ¿Qué está sucediendo en el Perú?

El acuerdo G2G para la construcción de la infraestructura necesaria para la realización de los Juegos Panamericanos fue exitoso, pero lo mismo no ha ocurrido con otras experiencias similares, como, por ejemplo, con la Reconstrucción Con Cambios.

Desafortunadamente, en este año 2023, las ciudades del norte del país han sufrido las fuertes lluvias que se han presentado como parte de un nuevo Fenómeno del Niño y posteriormente, la aparición del ciclón "Yaku", lo que ha originado desbordes de ríos, graves inundaciones, destrucción y muerte. Esto ha permitido apreciar que, pese a contarse con un acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G), celebrado también con el Gobierno del Reino Unido, las obras que se debieron realizar para crear defensas eficientes frente a eventuales

desbordes e inundaciones, o no estaban construidas, o no fueron eficientes, cuando se presentaron las lluvias.

En febrero de 2022, la ARCC mostró los resultados de su "Rol Ejecutor", dentro del cual se enmarca el acuerdo de Gobierno a Gobierno (G2G), celebrado como ya se indicó en junio del 2020, señalando que

> la entidad tiene a su cargo la ejecución de 74 colegios, 15 establecimientos de salud y las soluciones integrales para el control de inundaciones de 17 ríos, 5 quebradas y 7 drenajes pluviales de ciudades de la costa que fueron afectadas por el fenómeno natural. Gracias al G2G con el Reino Unido, la ARCC ejecuta 125 proyectos, entre colegios, establecimientos de salud y soluciones integrales, con una inversión comprometida superior a los S/ 8,000 millones. Es así que, en el 2021, la ARCC ejecutó S/ 1,995 millones, monto que representa cerca del 80% de los S/ 2,508 millones presupuestados, con lo cual se convierte en una de las tasas de ejecución más altas entre los ministerios. En enero del 2022, la ARCC invirtió más de S/ 161 millones, cifra equivalente al 151% de la meta programada fijada en S/ 107 millones, según cifras proporcionadas por el portal de Consulta Amigable del Ministerio de Economía y Finanzas (Autoridad para la Reconstrucción con Cambios [ARCC], 2022).

Es muy probable que el énfasis de la construcción se haya puesto en los colegios y establecimientos de salud, que son obras tangibles, relativamente menos complicadas que una solución integral para el control de inundaciones y que, además, son de rápida ejecución. Estas características, sumadas al sentimiento de "querer inaugurar las obras hechas por uno mismo", pueden haber influido en el probable énfasis antes indicado.

Los hechos han demostrado, por múltiples razones y de manera muy lamentable que los resultados del acuerdo G2G, para el caso de la Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios (ARCC), no tuvieron el mismo éxito que en el caso del acuerdo G2G para los Juegos Panamericanos. Podríamos agregar que a partir de la dramática situación que aún ahora enfrentan los pobladores del norte del Perú se han presentado cuestionamientos no solamente hacia la labor de las autoridades y representantes de la ARCC, sino también hacia la eficiencia en la gestión del PMO y del acuerdo G2G.

Hace muy poco, la prensa peruana recogió la noticia de la renuncia de la Directora Ejecutiva de la Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios, que había sido designada en enero del año en curso. En esa ocasión, la prensa hizo un balance de los problemas, denuncias e ineficiencias que se había advertido en la gestión de la ARCC y del acuerdo G2G, señalando, entre otros temas, lo siguiente:

> La ARCC elaboró el **Plan Integral para la Reconstrucción con Cambios** (PIRCC) con el fin de supuestamente rehabilitar los destrozos dejados por El Niño Costero de 2017. Para la aplicación, suscribió convenio gobierno a gobierno con el Reino Unido. Sin embargo, este medio de comunicación publicó que, a la fecha, hay 425 obras sin ejecutar y 530 en proceso, según el Sistema de Información de Obras Públicas. La Contraloría apuntó contra la entidad por presunta corrupción. La tesis sugiere una hipotética corruptela entre las ejecuciones en un 80% y supuestos ilícitos procesos de contratación en un 20%. Además, los auditores encontraron 12.962 "situaciones adversas. Por si fuera poco, además de haber admitido la anteposición de proyectos destinados a la educación y salud para omitir los de prevención de caudales, la ARCC gastó más de 16.000 soles en aceitunas, ropa, eventos y clases de inglés, de acuerdo al dominical "Panorama. Al 14 de marzo de 2023, los desbordes de ríos, activación de quebradas y elevación de la temperatura marítima han provocado 61 muertos, 57 heridos, 12.200 damnificados y 49.111 afectados, de acuerdo al Instituto Nacional de Defensa Nacional (Indeci) (La República, 2023).

No solamente el acuerdo de Gobierno a Gobierno celebrado para el caso de la Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios ha presentado cuestionamientos e inconvenientes. En el caso del acuerdo de Gobierno a Gobierno celebrado con el Gobierno de Francia para el "Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Salud del Hospital Nacional Sergio E. Bernales - Collique, distrito de Comas en Lima" y el "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-1-Cusco", han existido importantes retrasos y variaciones en los presupuestos asignados, que han encarecido aún más el proyecto. Al respecto, Bringas y Serva refieren lo siguiente:

> El cambio en las fechas planificadas para la finalización de los proyectos, acompañado de la variabilidad que muestran los presupuestos asignados (PIA) y modificados (PIM) año por año, así como, el porcentaje de ejecución

> presupuestal (devengado / PIM), son la clara muestra que el uso de los mecanismos que proporcionan los contratos de Estado a Estado, no están corrigiendo nuestras acostumbradas preocupaciones asignadas a los métodos tradicionales de ejecución de proyectos, puesto que el mayor tiempo y los mayores costos que revelan los problemas identificados en términos de la gestión, transparencia y control, ahora tienen el agravante que encarecen también el costo de la asistencia técnica que proporciona la PMO. Es más la información recabada para el análisis en el periodo de investigación muestra que con todo y variaciones, solo el proyecto del hospital "Antonio Lorena" del Cusco (saldo de obra) alcanzaría, en el tiempo y con el costo ampliados, su correcta culminación, quedando la duda respecto al hospital "Sergio Bernales" de Lima (obra nueva) el cual teniendo ya contemplado un tiempo y costo incrementado, respecto a lo inicialmente planificado, muestra un mínimo presupuesto aprobado para el presente año 2022 (2022, p. 68).

Por si fuera poco, la construcción del Aeropuerto Internacional de Chinchero en Cusco también presenta similares retrasos e inconvenientes, los mismos que han sido detectados por la Contraloría General de la República en el informe de la Comisión de Control de noviembre de 2022, y que a su vez fueron recogidos por la prensa en su oportunidad (Perú 21, 2022).

Resulta evidente que no existe una solución única y que todas las alternativas tienen aspectos positivos y negativos. Si la razón del Poder Ejecutivo para optar en todos los casos por el esquema de los acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G) era la eficiencia y el riguroso cumplimiento de los plazos, la realidad nos está demostrando duramente que esto no ocurre así.

6. Reflexiones finales a manera de conclusiones

Los cuestionamientos mencionados anteriormente, basados en experiencias empíricas recientes, plantean la necesidad de revisar o replantear la situación. Los acuerdos de Gobierno a Gobierno se presentan como una alternativa significativa cuando la prioridad es la ejecución ágil de obras urgentes. La experiencia comprobada del gobierno contratante, y en particular, del PMO seleccionado por dicho gobierno, junto con la capacidad de utilizar modelos de contrato estandarizados y contar con mecanismos eficientes para resolver conflictos sin necesidad de paralizar o suspender la ejecución de obras, brindan una buena oportunidad para abordar este tipo de prioridades de manera eficiente.

Del mismo modo, cuando lo que se requiere no es solamente la construcción de una obra puntual, sino fundamentalmente garantizar las condiciones para que un servicio público se brinde de manera eficiente a la ciudadanía, asegurando la operación y el mantenimiento necesario al efecto, la mejor alternativa es la contratación mediante la modalidad de Asociación Público Privada.

Pero no es solamente eso: el modelo contractual de las Asociaciones Público Privadas garantiza también la mejor y más eficiente selección del proveedor, en la seguridad de que se está contratando un servicio en la mejor relación de valor por dinero. Además, esta modalidad de contratación tiene un marco normativo maduro y procedimientos ya establecidos, conocidos por todos los actores e interesados, así como instituciones del Estado expertas en este tipo de contratación.

Comparando estas marcadas diferencias, la lógica más elemental nos indica que la regla general debería ser la contratación bajo la modalidad de la Asociación Público Privada y la excepción debería ser la celebración de acuerdos de Gobierno a Gobierno, empleando esta modalidad solamente cuando resulte imprescindible hacerlo por un tema de urgencia y porque la propia naturaleza del proyecto así lo recomienda. Sin embargo, la realidad actual nos muestra que los principales y más grandes proyectos de infraestructura que el Perú pretende desarrollar en el futuro inmediato serán desarrollados a través de Acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G).

Llama la atención que los más costosos e importantes proyectos de infraestructura, como lo son la nueva Carretera Central Daniel Alcides Carrión y las Líneas 3 y 4 del Metro de Lima, estén siendo encargados a gobiernos de otros países bajo el esquema de acuerdos de Gobierno a Gobierno (G2G). En proyectos de infraestructura como carreteras y vías férreas para el transporte masivo urbano, el servicio público es tan o más importante que la obra de infraestructura misma. Es necesario revisar este criterio y optar por la alternativa más lógica.

A manera de conclusión, podemos indicar que, si bien resultan claras las ventajas del esquema de los contratos de Asociación Público Privada frente a los acuerdos de Gobierno a Gobierno en lo que respecta al desarrollo de proyectos de infraestructura, en el Perú en los actuales momentos, las

principales obras de infraestructura están siendo ejecutadas bajo el esquema de Acuerdos de Gobierno a Gobierno. Estas decisiones podrían estar fundamentadas en los inconvenientes, mayores costos y retrasos en el cumplimiento de los plazos que han enfrentado y vienen enfrentado algunos proyectos que se desarrollan como Asociaciones Público Privadas.

Adicionalmente, es probable que esta decisión del Gobierno peruano se deba también a las dificultades que se están afrontando, originadas en las sucesivas crisis (de varios tipos y orígenes) que ha sufrido el Perú en los últimos años. Frente a un panorama como el antes descrito, resulta razonable pensar que los inversionistas tengan dudas para venir a desarrollar proyectos de infraestructura en el Perú, de manera que al Estado le resulta más simple y rápido recurrir al efecto, a los acuerdos de Gobierno a Gobierno, aunque no sea la mejor alternativa.

Este hecho no debe perderse de vista: la contratación bajo la modalidad de Asociación Público Privada ofrece muchas ventajas frente al esquema de los acuerdos de Gobierno a Gobierno; se debe romper el círculo vicioso que implica recurrir al modo de contratación menos conveniente porque es el más simple y, supuestamente, el más rápido: es importante que el Perú retome pronto al esquema que le reporta mayores beneficios.

Referencias bibliográficas

Andrés, A., Guasch, J., Haven, T., & Foster, V. (2010*). El impacto de la participación del sector privado en infraestructura. Luces y sombras en el camino hacia adelante*. Banco Mundial. https://documents1.worldbank.org/curated/en/838421468091776037/pdf/456250PUB0SPAN1articipation1Spanish.pdf

Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios. (10 de febrero de 2022). *Obras de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios representan más del 15% de la inversión pública*. https://www.rcc.gob.pe/2020/obras-de-la-autoridad-para-la-reconstruccion-con-cambios-representan-mas-del-15-de-la-inversion-publica/

Autoridad para la Reconstrucción Con Cambios. (s.f.). *Sobre el acuerdo de gobierno a gobierno y contrato operativ*o. https://www.rcc.gob.pe/2020/main-home/contrataciones/g2g-acuerdos/preguntasfrecuentes/

Bringas, R., & Serva, D. (2022). Los contratos de Gobierno a Gobierno para la construcción de hospitales de nivel III-1 en el Perú ¿son una alternativa? *Alternativa Financiera*, 13, 36-74. https://doi.org/10.24265/afi.2022.v13n1.02

Guasch, J. (2005). *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.* Instituto del Banco Mundial.

Guasch, J. (14 de abril de 2021). *Es una manera de decir que no eres capaz de hacer ese trabajo* [Comentario en la página web de *El Comercio*]. El Comercio. https://elcomercio.pe/economia/peru/jose-luis-guasch-sobre-contratos-gobierno-a-gobierno-es-una-manera-de-decir-que-no-eres-capaz-de-hacer-ese-trabajo-ncze-noticia/

La República. (31 de marzo de 2023). *Renuncia la directora ejecutiva de la ARCC "por discrepancias con ministerios.* https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/03/31/lluvias-en-el-norte-ciclon-yaku-renuncia-la-directora-ejecutiva-de-la-arcc-por-discrepancias-con-ministerios-dina-boluarte-alberto-otarola-2721924

Organización Panamericana de la Salud. (s.f.). *Emergencia por impacto del Fenómeno "El Niño Costero" – Perú 2017*. https://www.paho.org/es/peru/emergencia-por-impacto-fenomeno-nino-costeroperu2017#:~:text=Seg%C3%BAn%20el%20reporte%20del%20Sistema,afectadas%20y%2023%2C280%20est%C3%A1n%20inhabitables

Perú 21. (20 de diciembre de 2022). *Aeropuerto de Chinchero tiene deficiencias y retrasos, advierte la Contraloría.* https://peru21.pe/economia/aeropuerto-de-chinchero-tiene-deficiencias-y-retrasos-advierte-la-contraloria-noticia/

Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15 [Ministerio de Economía y Finanzas]. Por la cual se aprueban los Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de Asociaciones Público Privadas. 31 de mayo de 2016. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/anexo_RM167_2016_EF15.pdf

Sánchez, J., & Chauvet, P. (2019). *Contratos de concesión de infraestructura. Incompletitud, obstáculos y efectos sobre la competencia* (No 150). Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/45055/S1901002_es.pdf

Urrunaga, R., & Bonifaz, J. (2006) *Regulación y concesiones de servicios públicos*. s/e. Consorcio de Investigación Económica y Social. https://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Regulacion-y-Concesiones-de-Servicios-Publicos-UP.pdf

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.008

El *back charge en los contratos de construcción*(*)(**)
Su configuración en la praxis transaccional internacional

The back charge in construction contracts. Its configuration in the international transactional praxis

Walter Vásquez Rebaza(***)
Hitachi Rail STS (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo aborda, desde la perspectiva legal, un remedio jurídico que ha ganado una trascendencia práctica en los proyectos contemporáneos: el *back charge*. Pese a su importancia, el entendimiento del *back charge* como instrumento contractual y como remedio jurídico privado es todavía bastante limitado, por lo que existen importantes vacíos de conocimiento legal sobre la materia en el Perú y, en general, en el civil law.

Ante esta realidad, este artículo plantea una configuración elemental del *back charge*, su noción, características y funcionamiento estándar, así como sus principales aspectos aplicativos y disfuncionales. Se analiza también si el Código Civil peruano reconoce algún remedio jurídico similar. A la par, se esboza pautas para la incorporación equilibrada de esta figura en los contratos de construcción contemporáneos.

Con tales propósitos, la presente investigación también examina la aplicación del *back charge* en contratos privados de construcción modernos y con alcance internacional, donde este recurso legal se origina de forma voluntaria, es decir, proviene de la autonomía privada de las partes involucradas. Asimismo, en algunos casos, este enfoque también puede estar presente en modelos contractuales estándares internacionales como el FIDIC y NEC.

Palabras clave: Contratos - Remedios contractuales - Derecho de la construcción - Back charge

Abstract: This work addresses, from a legal perspective, a legal remedy specific to construction contracts that has significant practical applicability in contemporary projects: the *back charge*. Despite its importance, the understanding of the *back charge* as a contractual instrument and as a private legal remedy is still quite limited, resulting in significant gaps in legal knowledge on the subject in Peru and, in general, in civil law jurisdictions.

In light of this reality, this legal research article proposes a basic configuration of the *back charge*, its concept, characteristics, and standard operation, as well as its main practical and dysfunctional aspects. It also examines whether the Peruvian Civil Code recognizes any similar legal remedy. Furthermore, guidelines are outlined for the balanced incorporation of this concept into contemporary construction contracts.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 1 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 6 de junio de 2023.

(**) El autor desea expresar su agradecimiento a Romina Segura, abogada experta en Derecho de la Construcción, por la revisión y comentarios a las versiones preliminares del presente trabajo.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magister por la PUCP. Profesor de Derecho Civil en la PUCP. *Business Affairs Counsel* para Latinoamérica en Hitachi Rail STS. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4605-2725. Correo electrónico: walter.vasquez@pucp.pe.

To achieve these purposes, this research takes into account the configuration of the *back charge* in private contemporary construction contracts with an international focus, in which the legal remedy in question originates voluntarily (i.e., derived from the private autonomy of the parties), sometimes considering international standard contractual models (such as FIDIC and NEC).

Keywords: Contracts - Contractual Remedies - Construction Law - Back charge

1. Introducción y planteamiento de los problemas jurídicos

En el presente artículo, abordaremos, desde la perspectiva legal, un remedio jurídico propio de los contratos de construcción que cuenta con elevada trascendencia práctica en los proyectos contemporáneos(1): el *back charge*.

A pesar de su importancia, el entendimiento del *back charge* como instrumento contractual y como remedio jurídico privado aún es limitado, por lo que existen importantes vacíos de conocimiento legal sobre la materia en nuestro país. Esta limitación se debe, en gran medida, a la escasez de estudios de investigación jurídica dedicados exclusivamente a este tema a nivel internacional. Además, salvo algunas excepciones, estos estudios no abordan de manera exhaustiva ni ambiciosa la investigación. Este escenario crea incertidumbres y puede dar lugar a problemas de gran relevancia jurídica, por lo que estamos ante una "situación considerada como difícil de resolver, y que por tanto necesita de una investigación para solucionarlo" (Ramos, 2007, p. 124).

A nivel local, los problemas jurídicos derivados de la escasa comprensión legal del *back charge* se manifiestan de diversas formas. En primer lugar, se observan dificultades en el marco de los mecanismos de solución de controversias, donde a menudo se inician invocaciones del remedio sin un sustento adecuado; por ello, se termina entrando en conflicto con principios y reglas de la contratación privada. Estas aplicaciones carentes de fundamentos llevan a una reversión ineludible de las consecuencias jurídicas del *back charge* por parte de los tribunales, lo que puede tener consecuencias perniciosas para la parte que presenta la reclamación.

En segundo lugar, el desconocimiento generalizado sobre el tema ocasiona que algunas partes con derecho legítimo para utilizar el remedio se sientan disuadidas de invocarlo debido a la incertidumbre sobre el respaldo que obtendrían posteriormente de los tribunales. Esta falta de claridad genera dudas sobre la viabilidad y eficacia del *back charge* como recurso legal en ciertas circunstancias, lo que limita su utilización a pesar de ser una opción legítima en determinados casos.

Se estima que la realidad descrita genera por lo menos dos impactos adversos. Por un lado, consiste en la afectación del interés de los comitentes y, consecuentemente, de los propósitos de los proyectos de construcción. Por otro lado, reside en la ausencia de predictibilidad y de seguridad jurídica para los agentes económicos que interactúan en el mercado.

Ante la situación expuesta, se justifica, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, la realización de una investigación como la presente. El propósito del presente trabajo es contribuir a llenar algunos vacíos de conocimiento existentes sobre la materia a través del esclarecimiento de los contornos conceptuales y funcionales del *back charge* desde una perspectiva legal-contractual. Del mismo modo, se busca aportar en el encuadramiento de la categoría en las reglas y principios tradicionales de la contratación (como son la autonomía privada, el *pacta sunt servanda*, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la razonabilidad). Adicionalmente, la investigación fija parámetros para la invocación fisiológica o patológica del remedio, lo cual generará los incentivos correctos para su utilización racional por las partes, sin temor a que sus efectos sean ulteriormente revertidos por tribunales imparciales.

De igual forma, una vez se establezcan los problemas jurídicos, la presente investigación se ocupará de definir la configuración elemental del *back charge*, es decir, su noción, características y funcionamiento estándar, así como de sus principales aspectos aplicativos y disfuncionales. Para ello, se analizará si el Código Civil peruano reconoce algún remedio jurídico similar. A la par, esbozaremos algunas pautas para la incorporación equilibrada de esta figura a los contratos de construcción contemporáneos.

Es relevante destacar que el presente estudio considera detalladamente la

(1) El remedio es frecuente en estructuras que se adscriben al paradigma de los contratos de servicios en general.

configuración del *back charge* en contratos privados de construcción contemporáneos con proyección internacional, en los cuales el remedio jurídico que nos ocupa presenta un origen voluntario, es decir, uno derivado de la autonomía privada de las partes, la cual en ocasiones abraza estándares internacionales (tales como el FIDIC y NEC). Ello con el propósito de apreciar las características principales estándar de la categoría analizada.

2. Noción, fases y funcionamiento del *back charge*

El término *back charge* es polisémico, en tanto admite una pluralidad de significados. Así, por un lado, podemos referirnos al *back charge* como remedio jurídico, mientras que, por el otro, se puede aludir al término como objeto del reclamo (cobro inverso o revertido) de la parte legitimada a activarlo.

En primer lugar, la praxis transaccional internacional, influenciada por los desarrollos provenientes del *common law*, concibe al *back charge* como un remedio jurídico voluntario y no legislativo. Luego, para estar a disposición de los contrayentes, la figura debe ser estipulada en cada contrato de construcción o debe estar contemplada en el modelo estándar internacional que las partes elijan emplear para implementar un proyecto específico.

De manera muy genérica, se puede aseverar que en el *civil law* un remedio jurídico es un instrumento legal que canaliza la reacción del ordenamiento frente a la lesión o el peligro de lesión de un interés relevante (en tanto favorecido por el Derecho objetivo). Esta reacción se encuentra orientada hacia la protección del sujeto lesionado o amenazado (Priori, 2012, p. 538; Fernández, 2015, p. 399[2]). Todo remedio cuenta con tres planos:

- El plano de los requisitos de configuración o plano del supuesto de hecho.
- El plano de los derechos subjetivos o prerrogativas a favor de la parte afectada.
- El plano de límites para el ejercicio de las prerrogativas aludidas en el acápite anterior[3].

Los requisitos del remedio jurídico son aquellos elementos cuya concurrencia conjunta, a nivel del supuesto de hecho, resulta indispensable para el nacimiento de los derechos subjetivos asociados al remedio[4]. Estos últimos constituyen el segundo plano del remedio, es decir, su contenido esencial. Por su parte, los límites representan los mecanismos de defensa (derivados de la ley o del pacto) que pueden ser invocados por una de las partes para neutralizar la aplicación del remedio por la contraparte. Cuando se verifique alguno de los límites, la parte que lo invoca podrá oponerse legítimamente a los efectos del remedio invocados por el contrario[5].

A través de la cláusula de *back charge*, el comitente adquiere, bajo diversos requisitos que giran en torno al incumplimiento del contratista, el derecho de (i) asumir directa o indirectamente la actividad no ejecutada por el contratista y, posteriormente, (ii) trasladarle a este deudor, frecuentemente vía compensación, los costos incurridos con ocasión al curso de acción tomado por el comitente[6]. Una vez el que el comitente asume la prestación del contratista, esta se puede desarrollar de dos modos; por un lado, la asunción indirecta es cuando el comitente

(2) El autor considera que los remedios jurídicos agrupados en base a un criterio de afinidad dan lugar a tutelas. Y es que los primeros serían medios concretos puestos a disposición del sujeto para hacer efectiva una forma de protección concedida por el ordenamiento jurídico.

(3) La doctrina moderna aborda la diferencia entre el primer y el último concepto de la siguiente manera: "Cuando hablamos del supuesto de la pretensión, estamos dando respuesta a la siguiente interrogante: ¿tiene el acreedor, el caso concreto, derecho a exigir el cumplimiento? En cambio, cuando la interrogante refiere a los límites, no está en discusión el derecho del acreedor a hacer cumplir lo pactado, sino su ejercicio en tal caso. En otros términos, la pregunta es ¿puede el acreedor, ante la infracción contractual de su deudor, ejercitar su derecho (...)?" (Momberg y Vidal, 2018, p. 2).

(4) Los remedios contractuales cuentan con requisitos de diversa índole. Así, a manera de ilustración, el Código Civil considera al incumplimiento, daño, causalidad y criterio de imputación como requisitos para el nacimiento de la obligación resarcitoria derivada de responsabilidad civil contractual.

(5) Luego, éste último se verá en la necesidad de descartar el poder jurídico restringido en pos de otras formas de tutela que tenga a su disposición efectiva.

(6) Cierta opinión considera que el *back charge* es una figura de uso y costumbre común en los contratos de construcción equiparable a la intervención de la obra por el comitente. Según este parecer, el comitente interviene en contrato de construcción encargando a terceros la ejecución de una parte de la obra asignada al contratista, para apoyarle en la ejecución de la obra cuando el comitente considera que hay atraso imputable al contratista y que éste último no será capaz por sí mismo de superar tal atraso. Dicho encargo a terceros se realiza sin retiro de partidas contractuales, es decir, la obligación de ejecutar la obra contratada sigue siendo responsabilidad del contratista en su totalidad (Mallma, 2018, p. 26).

delega su ejecución a un tercero contratado por dicho acreedor. En cambio, la asunción será directa cuando el comitente se encarga que la actividad omitida mediante sus propios recursos y organización interna.

El ejercicio de los derechos derivados del *back charge* no ocasiona la ineficacia total ni parcial de la relación creada por el contrato de construcción, ya que este remedio es conservativo. Esto quiere decir que se encuentra dirigido "a conservar el contrato, aportando las correcciones necesarias y suficientes para reaccionar de modo adecuado contra el defecto o el factor de perturbación que lo aflige" (Roppo, 2009, p. 671). Dicho de otra manera, la aplicación del *back charge* no extingue el contrato (a diferencia de la resolución) ni implica el retiro de partidas inicialmente contratadas (Mallma, 2018, p. 26), a diferencia de las variaciones unilaterales, deductivos o *descoping*(7).

En efecto, tras el ejercicio de la sustitución por el comitente, la relación contractual en la que participan éste y al contratista continuará en vigor con su mismo contenido. El precio contractualmente acordado no se reducirá y deberá ser pagado. Empero, el acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor tendrá derecho a ser integralmente compensado por el contratista en vista de los costos asumidos con ocasión al reemplazo.

Una segunda perspectiva del *back charge* lo identifica como objeto (dinerario) del reclamo del comitente. Bajo este concepto, vendría a ser un cargo inverso o cobro revertido constituido por los daños que el dueño de la obra sufre a causa incumplimiento del contratista, los cuales el comitente podrá liquidar y repercutir en su contraparte. Desde este punto de vista:

> (l)os daños y perjuicios por incumplimiento de contrato que un contratista de nivel superior reclama a un contratista de nivel inferior se denominan *back charges*. Los *back charges* son daños y perjuicios por los que el contratista de banda superior busca una compensación contra el contrato del subcontratista de banda inferior, si el contratista de banda superior se ha visto obligado a remediar, completar o subsanar deficiencias en el trabajo del contratista de banda inferior. Los *back charges* también pueden incluir compensaciones por parte del contratista de la banda superior para corregir el trabajo realizado incorrectamente, o dinero que el contratista de banda superior tuvo que pagar para que se completara el trabajo del subcontratista. Sin embargo, los *back charges* permitidos no pueden incluir pagos por trabajos que queden fuera del ámbito del subcontrato original (Norris et. al, 2018, p. 1).

De acuerdo con esta noción expuesta, el *back charge* vendría a estar compuesta por

> (f)acturaciones correspondientes a trabajos realizados o costos incurridos por una parte que, según el acuerdo, debería haber sido realizado o incurrido por la parte a la que se factura. Los propietarios facturan a los contratistas generales y éstos a los subcontratistas. Ejemplos de *back charges* incluyen los cargos por trabajos de limpieza o por reparar algo dañado por otro subcontratista (Cornell University, 2005, s/p).

Por lo tanto, bajo esta segunda definición, un *back charge* implica que el contratista reclama costos imprevistos o retiene dinero relacionado con el pago que debe hacer al subcontratista, con el fin de cubrir servicios supuestamente prestados o costos incurridos por el contratista principal en relación con el trabajo del subcontratista (Kim y Jun, 2021, p. 3).

Es de suma importancia mencionar que en el presente trabajo, cuando aludamos al *back charge,* nos referiremos primordialmente a la primera acepción del término, esto es, a aquella que la concibe como un remedio jurídico voluntario que, como tal, cuenta con requisitos para su configuración, derechos subjetivos (a favor del comitente) y límites en el ejercicio de estos derechos(8).

En su configuración estándar (que resulta en este punto alineada a la práctica nacional de contratos sofisticados internacionales), son requisitos del *back charge*:

- La estipulación voluntaria del remedio jurídico.
- El evento de incumplimiento del contratista.
- Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible en armonía con el interés del acreedor.

(7) El término *back charge* suele utilizarse para denominar al derecho del comitente, el cual introduce unilateralmente reducciones al alcance de trabajos del contratista. Estas variaciones eliminan prestaciones (partidas completas o cantidades de trabajo) originalmente asignadas al contratista. Las prestaciones eliminadas no serán ejecutadas por terceros o no lo serán necesariamente. En cambio, el *back charge* no modifica (por reducción) el alcance del contratista, quien sigue vinculado contractualmente conforme a lo originalmente estipulado.

(8) Sin embargo, somos del parecer que la segunda acepción de *back charge* no resulta técnicamente incorrecta.

- Concesión de un plazo razonable de remediación a favor del contratista.
- Que el comitente afronte costos con ocasión a la sustitución del deudor.
- Que se cumpla con el procedimiento contractual pre-establecido.

La concurrencia de estos requisitos gatilla los derechos subjetivos derivados de la invocación del remedio, como son:

- Derecho a obtener directa o indirectamente la prestación incumplida por el contratista.
- Derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos y gastos afrontados con ocasión al reemplazo.

El primer derecho subjetivo implica el derecho de sustituir al contratista en la actividad no ejecutada (o ejecutada inexactamente). Esta suerte de reemplazo se actúa ya sea mediante la contratación de la actividad de un tercero, con el que el comitente debe celebrar un nuevo acuerdo, o a través de la organización interna del propio acreedor.

El segundo derecho del comitente, que naturalmente es posterior al primero, implica el poder de ejercer medidas extrajudiciales para repercutir en el contratista incumplidor los costos afrontados por la sustitución de dicho deudor. En los contextos internacionales, ésta prerrogativa suele efectivizarse mediante una deducción de los pagos favorables al contratista(9). Esta deducción representa el ejercicio del derecho de compensación por el comitente. En nuestro sistema legal, la compensación(10) es un modo de extinción de obligaciones(11) recíprocas, líquidas, exigibles, y de prestaciones fungibles y homogéneas. Además, de ejecutarse desde que hayan sido opuestas la una a la otra(12).

Como ilustración, supongamos que el contratista "C" tiene derecho a obtener un pago parcial de USD $ 100,000 del comitente "P" por haber realizado parte de su alcance de trabajos. Sin embargo, algunas de las actividades realizadas por "C" son defectuosas y fueron observadas por la supervisión de "P", pues no cumplen con las especificaciones técnicas acordadas. Ante la disconformidad de "C" con las observaciones derivadas de las prestaciones defectuosas, "P" se ha visto obligado a contratar al tercero "T", con un costo de USD $ 28,000. Además, "P" ha gastado USD $ 2,000 en los honorarios de los abogados que manejaron el reclamo extrajudicial destinado a que "C" corrija su actividad defectuosa, reclamo que a la postre fue infructuoso. Si el contrato entre "P" y "C" incluye una cláusula de *back charge*, "P" podrá encargar a "T" la remediación de los trabajos defectuosos realizados por "C" y, posteriormente, podrá compensar lo gastado con ocasión a la contratación de "T" (USD $ 30,000, que incluye en este caso los pagos a "T" y los gastos de abogados) con parte de la deuda por pago parcial que tiene frente a "C" (USD $ 100,000). Como resultado, "P" estará obligado únicamente a pagar USD $ 70,000 a favor de "C".

Atendiendo a otros aspectos, el remedio del *back charge* es un mecanismo que se basa en la autotutela privada contractual que, además, se caracteriza por contar con una naturaleza primordialmente adversarial. Pese a ello, este remedio puede estar incluido en contratos colaborativos. A continuación, procederemos a referiremos brevemente a ambos aspectos.

En primer lugar, es un remedio de autotutela, porque le permite al sujeto activo (el comitente), al menos provisionalmente, resolver un conflicto intersubjetivo de intereses mediante la imposición unilateral

(9) O, aunque en menor medida, mediante la aplicación de las garantías financieras o contractuales.
(10) Esta figura se encuentra regulada en los artículos 1288 - 1294 del Código Civil peruano.
(11) Sin embargo, la compensación no siempre extingue la totalidad de obligaciones derivadas de un título, como es el contrato de construcción. Por ende, es más preciso lo que señala un sector de la doctrina (Diez-Picazo, 2007, p. 538) para el cual la compensación opera en el campo de los subrogados del cumplimiento, como medio de liberarse de la deuda, que se produce por una mutua neutralización de dos obligaciones, cuando quien tiene que cumplir es, al mismo tiempo, acreedor de quien tiene que recibir la satisfacción.
(12) La compensación halla su razón en diversos fundamentos. Por un lado, en la "la conveniencia de simplificar la operación de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos con efectiva transferencia de fondos por una simple operación aritmética". Así, apelando al criterio de la Corte Suprema en *U.S. v. Monsey Trust Co*. cierto autor opina lo siguiente: "si tú me debes X dólares y yo te debo Y, no existe necesidad de intercambiar billetes. Simplemente, podemos evitar uno del otro y la parte con el mayor balance debido paga la diferencia" (Barret, 2016, p. 63). Por el otro, en "el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado" (Diez-Picazo, 2007, p. 537). Estas razones se complementan considerando que el procedimiento de compensación se ejecuta de manera extrajudicial y, por tanto, sin los retrasos y desventajas que ocasiona su judicialización.

de la propia posición como prevalente (por medios propios, esto es, sin la colaboración del Estado)[13]. Así, una de las partes hace justicia por su propia mano, pues si el comitente considera razonablemente que se han verificado los requisitos para la aplicación del remedio, podrá hacer preponderar el curso de acción que estimó correcto frente a un contratista que se resista a dicha pretensión.

Dicho de otra manera, el contenido del *back charge* se puede activar de manera extrajudicial, sin necesidad de iniciar el mecanismo de solución de controversias aun cuando se encuentre presente la oposición expresa del contratista. Evidentemente, ello no impide que el contratista pueda impugnar posteriormente a través de los mecanismos de solución de controversias que corresponda.

Como se verá más adelante, la posibilidad de activar el remedio ahora analizado extrajudicialmente representa una ventaja frente a la excesivamente rígida, escueta y ambigua regulación de la ejecución por tercero a costa del deudor (homólogo funcional del *back charge* en el *civil law*) contenida en los códigos civiles continentales, como el Código Civil peruano de 1984.

En segundo lugar, el remedio tiene naturaleza adversativa, porque no está destinado a que los interesados lleven a cabo una gestión conjunta, cooperativa u organizada de los riesgos relevantes del proyecto, sino que, ante un conflicto, el remedio hace primar una sola de las pretensiones discrepantes por sobre la pretensión del otro contratante. Sin embargo, esta suerte de preponderancia del curso de acción tomado por una parte se justifica, en tanto busca evitar daños potencialmente mayúsculos a los propósitos del proyecto derivados de eventuales conductas oportunistas del deudor.

A continuación, esbozaremos el *iter* lógico del *back charge* como remedio jurídico, el cual se divide en cuatro fases cronológicamente sucesivas:

(i) Fase 1: Estipulación voluntaria del remedio jurídico en el contrato de construcción.

En esta fase, las partes, mediante el ejercicio de su autonomía privada, incorporan voluntariamente el *back charge* en su contrato de construcción. Esto significa que los contrayentes estipulan los requisitos configurativos fácticos y procedimentales que habrán de concurrir para el surgimiento de los derechos subjetivos del comitente, así como de la extensión de estos derechos subjetivos y los límites a su ejercicio.

(ii) Fase 2: Verificación de sus requisitos configurativos en la fase de ejecución del proyecto.

Durante esta etapa, que abarca toda la fase de ejecución del contrato, es cuando se verifican los requisitos establecidos como parte del supuesto de hecho del *back charge*. A causa de ello, surgen en el comitente las prerrogativas asociadas a esta hipótesis[14].

(iii) Fase 3: Ejercicio de los derechos subjetivos conferidos al comitente.

Esta fase se presenta si el comitente decide manifestar su voluntad y activar, en su relación con la contraparte, los derechos subjetivos que le confiere el remedio ahora examinado. Como se verá más adelante, estos poderes se encuentran entre sí en relación de antecedente-subsecuente. El reemplazo del contratista con el fin de corregir prestaciones inexactas es el antecedente lógico del poder del comitente consistente en obtener una indemnización por lo pagado al tercero reemplazante o por la implementación directa de la corrección.

(iv) Fase 4: Control jurisdiccional ex post de la validez del pacto y de la regularidad del ejercicio de los derechos subjetivos.

El control jurisdiccional es una fase eventual que involucra la intervención *ex post* de los tribunales. Esta etapa es eventual, porque se presentará solo si el contratista se opuso a la decisión del comitente de ejercer el *back charge* y

(13) Al respecto, Monroy (2017, p. 24) define al conflicto de intereses en los siguientes términos: "El conflicto de intereses no es otra cosa que la confluencia de intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico, y el intento del titular de uno de ellos de primar sobre el otro quien, a su vez, resiste el interés ajeno (…). En los estadios primitivos de las sociedades humanas las situaciones descritas en el párrafo anterior fueron resueltas directamente por sus protagonistas utilizando la fuerza". En similar sentido, *véase* la opinión de La Rosa y Rivas (2018, p. 25), para quienes "[e]n la autotutela solucionar es imponer. El derecho procesal concibe a la autotutela como la búsqueda de poner fin a un conflicto a través del empleo de la fuerza para reducir a los otros involucrados. Estamos aquí ante la tutela propia – es decir, por cuenta de uno mismo – de los intereses o, en otras palabras, la defensa a través de nuestros medios". En el sistema contractual, la resolución por intimación (regulada en el artículo 1429 del Código Civil) y la excepción de incumplimiento (reguladas en el artículo 1426 del Código Civil) son ejemplos de autotutela.

(14) Para su desarrollo, *véase* el numeral 4 del presente trabajo.

enarboló un reclamo en base a dicha toma de postura. En tal caso, si el contratista sale victorioso en este reclamo, deberá ser resarcido por los daños sufridos, considerando que el ejercicio de los poderes del comitente no fue legítimo, sino un acto irregular equiparable a un incumplimiento. En estas situaciones, el contratista podría incluso quedar facultado para resolver el contrato, si se verifican los requisitos propios de dicha hipótesis.

3. Lógica económica y repercusiones prácticas del *back charge* en cada una de las partes

En el presente capítulo analizaremos, en primer lugar, la perspectiva del comitente. Como se ha mencionado anteriormente, el *back charge*, además de ser un remedio jurídico voluntario, es una herramienta de gestión contractual diseñada para proteger los intereses del comitente(15). Su propósito es asegurar que el comitente obtenga aquel resultado que habría obtenido si el contratista hubiese ejecutado de manera exacta sus obligaciones bajo el contrato de construcción. En general, esta medida se encuentra destinado a evitar situaciones que frenen el avance del proyecto.

Esta herramienta le permite al comitente, mediante su decisión unilateral, superar eventuales *impasses* surgidos con su contraparte y, de este modo, privilegiar la continuidad del proyecto y la consecución de sus propósitos (alcance, tiempo, presupuesto y calidad). De manera más concreta, el *back charge* permite evitar o mitigar atrasos críticos en el cronograma a causa de incumplimientos del contratista. Con ello, el comitente reducirá la probabilidad de ser receptor de remedios asociados a atrasos (como las penalidades o ejecución de garantías) por parte del cliente final.

Lo mencionado será graficado a través de la siguiente ilustración:

En un proyecto de infraestructura, el contratista principal "MC" encarga al subcontratista electromecánico "S" la implementación de un sistema de telecomunicaciones (el "*Sistema*"), que incluía un alto nivel de automatización. El Sistema incluía la instalación de cables que debían pasar a través de estructuras de hormigón, las cuales no contaban con las perforaciones necesarias para tales fines.

En este contexto, se generó una controversia, en tanto "S" se negó a ejecutar las perforaciones por considerar que ello no formaba parte de su alcance de trabajos. Alegaba que "MC" debía entregarle el sitio como un queso gruyere. Por su parte, "MC" alegó que las perforaciones sí formaban parte del alcance de trabajos del subcontratista por ser obras civiles menores. La controversia se vio agravada, en tanto si "MC" no ponía en servicio Sistema, no podía entregar al cliente final el proyecto global funcional en la fecha prometida.

Ante tales circunstancias, "MC", el acreedor, activó la cláusula de *back charge*, a consecuencia de lo cual se vinculó libremente con el contratista de obra civil "C", y le encargó la ejecución de las perforaciones en las estructuras de hormigón, reservándose frente a "S" el traslado de los costos.

En el ejemplo, si "MC" no hubiera aplicado el *back charge*, se habría arriesgado a que, por una situación menor, el cliente final le aplique cuantiosas penalidades e incluso le resuelva el contrato principal. Esta situación habría expuesto a "MC" a reclamos de 360°, esto es, frente a sus otros subcontratistas y consorciados.

Pero aun cuando el comitente no ejerza el *back charge*, la sola presencia de la cláusula que lo incorpora resulta ser un medio de presión efectivo que permite, por un lado, una reflexión no menor del contratista antes de mantenerse en la decisión de incumplir con sus obligaciones. Por otro lado, le otorga al comitente una posición privilegiada para negociar una solución consensuada a las disputas propias de la fase constructiva. Dicho de otra forma, el pacto estimula la proactividad y razonabilidad del contratista y le concede una ventaja de negociación a su contraparte.

Pero la utilización regular del *back charge* también podría acarrear consecuencias nocivas en el comitente, las cuales este último debería poder advertir previo a la invocación de la figura. Por un lado, como se explicará supra en el literal 5.b) del presente trabajo, la sustitución del contratista incumplidor en actividades rizomáticas (o sea, aquellas que cuentan con un gran número de interacciones con otras actividades que conforman el alcance contratado, tal como

(15) Empero, en determinadas situaciones, el *back charge* también podría ser empleado por un contratista si frente a aquel el comitente ha asumido obligaciones y responsabilidades que posteriormente incumple.

frecuentemente ocurre con las prestaciones principales) podría ocasionar graves distorsiones en la asignación de riesgos y responsabilidades de aquel contratista. En segundo lugar, si la sustitución implica la manipulación de equipos con garantías de fábrica o de funcionamiento, aquella podría ocasionar la caducidad de dichas garantías, en perjuicio del dueño de la obra.

Pasemos ahora a analizar la perspectiva del contratista. Para este contrayente, la invocación del *back charge* podría resultar una medida agresiva, pues afectará (en ocasiones directa y sensiblemente) el cronograma de flujos que el deudor tenía planificado percibir durante el desarrollo del proyecto. Ello ocurre sobre todo cuando la cláusula de *back charge* tiene añadido un pacto de compensación contra los pagos parciales a favor del contratista.

Diversos autores han destacado la importancia de los pagos parciales como medio de asegurar que el flujo dinerario llegue a los contratistas y subcontratistas, de modo que éstos no tengan que soportar la carga de financiar la totalidad de los trabajos hasta su culminación (la cual puede tomar meses o años) (Kim y Jun, 2021, p. 1). Luego, la interrupción de la circulación del flujo por aplicación de términos contractuales o requisitos, como aquel materia del presente trabajo, si bien no resulta ilegal, sí podría afectar la disposición de recursos y la capacidad financiera del contratista, con el consiguiente entorpecimiento del proyecto.

Si esta situación se generaliza (sobre todo para subcontratistas que carecen de una cartera variada de proyectos que pudieran generarle ingresos) podría producir las siguientes consecuencias negativas:

- Proliferación de reclamos y controversias impulsadas por el contratista como medio sucedáneo de financiamiento (Kim y Skibniewski, 2020, p. 1 y ss).
- Actitud beligerante y poco colaborativa del contratista.
- Probable discontinuidad continuidad del contratista en la ejecución del proyecto.
- En los casos más graves, insolvencia del contratista.

Evidentemente, las circunstancias en la lista repercutirán negativamente también en la posición del comitente, quien puede ver entorpecida la consecución de los propósitos del proyecto, sobre todo si su contratista es altamente especializado(16) o si cuenta con una curva de aprendizaje cuya equiparación tomará largo tiempo.

Por lo expuesto, es indispensable que aun cuando los comitentes estén legitimados a invocar el remedio jurídico examinado, lo apliquen de manera conservadora y mesurada.

4. Requisitos configuradores del *back charge*

La configuración estándar del *back charge* en los contratos internacionales de construcción ha sido modelada por términos y condiciones frecuentemente adoptadas por los agentes económicos que interactúan en la industria. En ocasiones, la aplicación de estas estipulaciones ha dado lugar a controversias que han llegado a ser conocidas por las cortes nacionales y por tribunales arbitrales internacionales. Ante esta realidad, los tribunales, además de resolver la controversia de discusión, han contribuido a depurar y adaptar las estructuras novedosas a los ordenamientos jurídicos nacionales y sus clásicos conceptos, principios y normas(17).

En esta línea, la *Court of Queen's Bench of Alberta* en el caso *Impact Painting Ltd v Man-Shield (Alta) Construction Inc* ha propuesto una suerte de test para la aplicación de *back charge* en el sistema legal canadiense. El referido tribunal ha considerado los siguientes aspectos:

- El reembolso pretendido por el comitente debe corresponderse con un gasto real, necesario y razonable incurrido por aquel.
- Bajo los términos del contrato, el cargo que aplica el comitente debe ser uno por

(16) Ello se debe a que, por definición, éste ejecutor podría ser difícil de reemplazar en el mercado relevante.

(17) A tales fines se debe tener cuenta que, como mencionaba Ascarelli (1963, p. 7), los nuevos institutos jurídicos no surgen de improviso, sino que se desarrollan poco a poco en el tronco de los viejos institutos que incesantemente se renuevan y desempeñan nuevas funciones. Así, "la satisfacción de las nuevas exigencias solo se verifica lenta y gradualmente, y esto es precisamente para evitar comprometer la continuidad del sistema y la certeza de la norma jurídica aplicable". En palabras del autor: "Las nuevas necesidades son satisfechas, pero muchas veces por medio de viejos institutos. Y en esta adaptación la nueva exigencia es satisfecha, pero a través de un viejo instituto que trae consigo sus propias formas y su propia disciplina, y que ofrece a la nueva materia (todavía incandescente) un viejo marco ya conocido y seguro. Las viejas formas y la vieja disciplina no son abandonadas repentinamente, sino solo lenta y gradualmente, de modo que muchas veces, y por largos períodos, la nueva función está constreñida a vivir dentro de la vieja estructura, y de esta forma se regula, plasma y encuadra en el sistema".

el que cual contratista se responsabilizó o debe encontrarse en relación con alguna tarea de la que el contratista se responsabilizó.
- El comitente debe haber incurrido en el gasto, porque el contratista incumplió la responsabilidad a la que se refiere el cargo.
- Antes de incurrir en el gasto, el comitente debe haber notificado al contratista su incumplimiento y debe haberle concedido al contratista una oportunidad razonable para subsanarlo.

Si bien el test mencionado alude a características muy relevantes de la figura, creemos que termina por superponer los planos de relevancia de los remedios jurídicos (planos que, como se vio *infra*, están constituidos por los requisitos configurativos, derechos subjetivos del comitente y los límites a estos derechos subjetivos). Por ende, a continuación, expondremos los planos del *back charge* de manera coherente con el marco teórico que hemos adoptado. Esta tarea resulta indispensable para entender las características, funcionamientos y efectos jurídicos de la categoría que nos convoca.

En primer lugar, nos ocuparemos del plano de los requisitos que han de concurrir para que se produzcan los efectos del *back charge*. Los elementos que individualizaremos a continuación deben presentarse de manera copulativa para que el comitente pueda actuar los derechos subjetivos del remedio objeto del presente trabajo. En caso uno de dichos componentes no concurra, el acreedor no dispondrá de aquellas prerrogativas.

Son requisitos configurativos del *back charge* en los contratos de construcción con vocación internacional:

- La estipulación voluntaria del remedio jurídico.
- El evento de incumplimiento del contratista.
- Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible en armonía con el interés del acreedor.
- Concesión de plazo razonable de remediación a favor del contratista.
- Que el comitente afronte costos con ocasión a la sustitución del deudor.
- Que se cumpla con el procedimiento contractual pre-establecido.

Los requisitos del *back charge* no pueden ser reemplazados por el solo hecho de que el contratista haya omitido impugnar la invocación del remedio por el comitente. En ese sentido se pronunció la *Court of Appeal of California* en el caso *Great Western v. Roel* al rechazar la posición según la cual el silencio del subcontratista *Great Western*, frente a la advertencia de *back charges* de su contratista principal, era suficiente para que éste quede legitimado a cobrar los cargos. El tribunal razonó de la siguiente forma: "(…) El silencio frente a la advertencia de que los subcontratistas serían evaluados con este tipo de cobros revertidos no equivale a una renuncia al derecho contractual que vincula su responsabilidad de pago cuando esté probada su conducta".

A continuación, ahondaremos en cada uno de los elementos configurativos del remedio que nos ocupa.

4.1. Estipulación voluntaria del remedio jurídico

Como se mencionó *infra*, el *back charge* es un remedio voluntario y no legislativo. Por ende, requerirá ser acordado en los términos y condiciones del contrato de obra. Decimos ello pese a que la legislación peruana conoce el remedio supletorio del cumplimiento por tercero a costa del deudor, institución que, si bien presenta semejanzas con la categoría que nos ocupa, no llega a equipararse a ésta y menos aún a reemplazarla tal como este se encuentra concebida en la praxis comercial internacional[18].

4.2. Evento de incumplimiento del contratista

El supuesto de hecho del remedio ahora examinado precisa que el contratista incumpla alguna de sus obligaciones (contractuales o legales). Por tanto, resulta necesario esbozar alguna idea sobre la noción de incumplimiento.

Se entiende por cumplimiento a la realización exacta de la prestación por el deudor obligado, en el sentido que ésta es desplegada de manera compatible con los principios rectores de la identidad, integridad y oportunidad del pago. En contraste, habrá incumplimiento cuando el deudor no realiza la prestación principal o cualquier otro deber que de la relación obligatoria resulte (Diez-Picazo, 2010, p. 12), o cuando los realiza de modo inexacto, esto es, violando alguno de los principios rectores antes enunciados. El incumplimiento puede ser absoluto o relativo. El primer supuesto se verifica ante una situación de inercia total por el deudor,

(18) Para más detalles sobre el particular, *véase* el numeral 8 del presente trabajo.

lo cual deviene en una segura lesión del interés creditorio. En cambio, en un incumplimiento relativo, el deudor, por exceso u omisión, despliega alguna actividad conducente al pago, pero su *performance* transgrede, por lo menos, uno de los principios que rigen el pago (identidad, integridad u oportunidad)[19].

Para efectos de este artículo, entenderemos que la noción de evento de incumplimiento engloba genéricamente a la de vicio o defecto, conceptos que resultan asimilables (Franco, 2018, p. 192). Y es que un vicio o defecto es un supuesto de cumplimiento inexacto en el entregable del contratista. En efecto, los trabajos o materiales defectuosos son como aquellos que no cumplen con los requisitos del contrato y, por tanto, constituyen un incumplimiento del mismo. En los grandes contratos de construcción o ingeniería, se trata de trabajos que no se ajustan a las descripciones o requisitos expresos, incluidos los planos o especificaciones, junto con cualquier condición implícita en cuanto a su calidad, mano de obra, rendimiento o diseño (Duncan Wallace, 1995, p. 2015)[20].

A manera de ilustración de este punto, existirá un incumplimiento susceptible de *back charge* si el contratista "B" entrega una obra sin haber realizado la remoción de residuos sólidos a que se comprometió en el contrato. En estos casos, tras acusar la omisión de "B", y tras verificarse los otros requisitos para la invocación del remedio, el comitente "A" (acreedor) estará habilitado para encargar la remoción de residuos a un tercero (mediante el pago de su retribución) para finalmente trasladarle a "B" los costos ocasionados.

Los términos y condiciones de los contratos pueden fijar cualidades del incumplimiento gatillador del *back charge*. Entre estas cualidades, podrían encontrarse las siguientes: la necesidad de que el incumplimiento haya sido estipulado con precisión, su imputabilidad al contratista, su acreditación idónea o suficiente por el acreedor o su esencialidad. Tales cualidades son coyunturales y su ausencia no interferirá en la validez del pacto que incorpora al *back charge* ni a su ejercicio por el acreedor. Sin perjuicio de ello, algunas características suelen ser frecuentes en los contratos de obra modernos y su estipulación es en gran medida recomendable. Veamos.

En primer lugar, no resulta indispensable para la validez de la cláusula de *back charge* que el incumplimiento detonante se encuentre individualizado *ex ante* con total precisión, a diferencia de lo que el legislador peruano exige para el incumplimiento capaz de activar una cláusula resolutoria expresa *ex* artículo 1430 del Código Civil[21].

Las razones de ello son tres. La primera es que el artículo 1430 contiene una norma imperativa, la cual no se aplica fuera de la hipótesis para la que ha sido prevista (la resolución por incumplimiento); y, en ese sentido, no alcanza al ámbito del *back charge*. La segunda reside en que la previsión de un incumplimiento genérico como detonante del *back charge* no vulnera ninguna norma o

(19) El Derecho moderno de los contratos muestra predilección por la categoría de cumplimiento inexacto antes que por la de incumplimiento relativo. Así, se ha definido al primero como (i) toda desviación del programa prestacional planificado por el acto de autonomía privada que ocasiona una desarmonía con el interés que las partes se propusieron satisfacer (Cf. Llambías, 1970, p. 276), y ello al margen de la graduación de la desviación (Rodríguez, 2021, p. 359 y ss.); (ii) la falta de coincidencia entre el dato ideal inicialmente acordado por las partes (lo prometido) y el dato real (lo ejecutado por el deudor) con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor (Vidal, 2007, pp. 16, 17 y 19); o (iii) la ausencia de correspondencia entre la prestación prometida y la ejecutada (Rodríguez, 2021, p. 361). Según este último autor, el acreedor tiene derecho a que se le cumpla debidamente, es decir, a que exista una correspondencia de la prestación ejecutada con la prestación prevista según las condiciones expresas, o implícitas que se derivan del contrato. Por lo tanto, toda desviación de las obligaciones derivadas del programa contractual considerado en su globalidad constituye incumplimiento.
Para los propósitos del presente artículo, optamos por emplear como sinónimos el incumplimiento relativo al cumplimiento inexacto. Y es que, según creemos, no existen dificultades insuperables en interpretar de manera amplia la primera categoría. Empero, puntualizamos que en el Perú debe excluirse a los eventos saneamiento de la disciplina del incumplimiento, en tanto aquellos cuentan con un régimen legal específico en el Código Civil.

(20) Sin embargo, no ignoramos que la noción de vicio o defecto se diferencia de las otras hipótesis de incumplimiento en que las primeras se encuentran primordialmente vinculadas a la aceptación de la obra (entendida como producto del trabajo del contratista), a su eventual carácter indetectable u oculto y a que las legislaciones locales y los contratos les atribuyan una disciplina ad-hoc (garantía de saneamiento por vicios o defectos), distinta a aquella aplicable a las otras hipótesis de incumplimiento.

(21) Código Civil peruano. Artículo 1430.-
Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.
La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

principio de nuestro sistema legal y, por ende, sería admisible que el comitente cuente con esta prerrogativa bajo lineamientos amplios, aunque no por ello ilimitadamente discrecionales. La tercera es que, aun si la necesidad legal de que el incumplimiento gatillador de *back charge* esté absolutamente individualizado y derivase de una norma imperativa, *quod non*, el preaviso dado al contratista como condicionante para el ejercicio del *back charge* cumpliría una función colateral de individualización del incumplimiento antes de la aplicación de la sustitución y el traslado de costos, con lo que el deudor no podría alegar desconocimiento del hecho generador y tampoco ausencia de oportunidad de remediarlo. Estaremos entonces frente a un incumplimiento determinable.

Con todo, es una buena práctica de la industria que la cláusula de *back charge* prevea una nómina detallada de eventos de incumplimiento capaces de activar el remedio. Una redacción de esta naturaleza, que es relativamente frecuente en contratos de construcción contemporáneos, abona en la claridad en los derechos y obligaciones de las partes y, consecuentemente, reduce el número de futuras controversias. En efecto, si se observa a la praxis transaccional, se advertirá que no es poco común que los eventos de incumplimiento del contratista que pueden ser corregidos vía *back charge* sean voluntariamente especificados, tal como ocurre en los siguientes supuestos concretos:

- Trabajos o materiales defectuosos.
- daños al sitio y los costos de su reparación.
- trabajos de remoción de residuos incurridos para mantener la seguridad de los trabajadores.
- el cumplimiento de las regulaciones asociadas a la salud y seguridad en el trabajo.
- actividades de andamiaje y almacenamiento.

En segundo lugar, las partes suelen acordar la necesidad de que el comitente que ejerce el *back charge* tenga la carga de acreditar el incumplimiento del contratista. Esta carga consiste en exhibir el sustento técnico-legal razonablemente idóneo para poner en evidencia el referido incumplimiento. Así, por ejemplo, en el caso de falta de limpieza del sitio, si el comitente "A" desee invocar los efectos del *back charge*, podría verse en la necesidad de presentar fotografías fechadas, comunicaciones o asientos en el libro de obra contemporáneos, que prueben la falta de limpieza en el emplazamiento (Norris, 2023, pp. 1-2; Kim y Skibniewski, 2021, p. 7[22]; Kisi et. al, 2020, p. 1 y ss.).

La existencia de esta carga no implica que el contratista deba mostrar su conformidad con la acreditación para viabilizar el remedio, pues ello no se condice con el carácter de derecho subjetivo del *back charge* y reduciría sensiblemente su utilidad.

Como tercera cuestión relevante, la culpa o negligencia del contratista incumplidor no es un requisito universal para la invocación del *back charge*. Ello en atención a diversas razones. Por un lado, estamos en presencia de un remedio jurídico destinado primordialmente a proteger al acreedor (comitente) y a permitir la consecución de los fines del proyecto, antes que a castigar la eventual conducta disfuncional y reprochable del deudor (contratista). Por otro lado, la tendencia internacional es determinar que los incumplimientos del contratista de construcción tienen un criterio de imputación primordialmente objetivo, lo cual se debe a los inconvenientes que acarrea la prueba de la negligencia o culpa[23]. Esta realidad contrasta

(22) La sustentación idónea del incumplimiento presupone una labor meticulosa de documentación por el contratista general. Sin embargo, la documentación por el comitente también podría ayudar a refutar regularmente un reclamo asociado al ejercicio del *back charge*. Así lo consideran ciertos autores:
"Una documentación meticulosa parece esencial tanto para los contratistas como para los subcontratistas. Mantener registros detallados ayudará a respaldar o refutar cualquier cargo retroactivo. Para el contratista, será imperativo incluir tantos detalles como sea posible al presentar un aviso de trabajo defectuoso, como un informe de no conformidad, un informe de inspección, resultados de pruebas de calidad y similares. Si el subcontratista decide tomar medidas correctoras, será importante tomar fotos de los progresos para los registros. Si el subcontratista no subsana los defectos, es esencial que guardes por separado las facturas y las hojas de horas relativas a los gastos atrasados para entregárselas al subcontratista/proveedor una vez finalizada la obra. También es una buena práctica crear una cuenta separada relacionada con los defectos para registrar los costes incurridos en el libro de costes. Desde el punto de vista del subcontratista, éste también debe documentar todas las fases del trabajo realizado por él mismo" (Kim y Skibniewski, 2021, p. 7).

(23) Sin perjuicio de ello, en nuestro sistema legal, el artículo 1329 dictamina una presunción de culpa con la acreditación del incumplimiento, en los siguientes términos "*[s]e presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*".

con la exigencia de acreditar la culpa para activar el remedio materia de análisis.

En cuarto lugar, a diferencia de lo que ocurre con la resolución, no es un requisito para el *back charge* la esencialidad del incumplimiento del deudor(24). De hecho, el componente de la esencialidad suele oponerse a una de las características más importantes para la aplicación exitosa del remedio ahora examinado: la modularidad de la actividad omitida o impactada por el incumplimiento del contratista(25).

La modularidad puede ser entendida como aquella cualidad que poseen fragmentos de un sistema unitario que se caracterizan por ser primordialmente autónomos o aislados y por contar con relativamente escasas interacciones con los otros fragmentos de aquel sistema. Esto porque su propio aislamiento interrumpe el flujo de información entre aquellos fragmentos (Smith, 2006, pp. 1177, 1196).

Pensemos en una ilustración para el concepto anterior. Las perforaciones a realizar a un muro de concreto son una actividad modular del alcance del especialista encargado de implementar un sistema de telecomunicaciones. Y cuenta con esta naturaleza, fuera de permitir el tendido de cables de las diversas tecnologías, las perforaciones no interactúan en gran medida con el resto de prestaciones integrantes del *scope of works*. Si el especialista omite efectuar las perforaciones, estaremos frente a incumplimiento lo suficientemente aislado como para que el *back charge* se aplique sin distorsiones ni inconvenientes (y, por ende, de forma exitosa). El tercero reemplazante ejecutará las perforaciones puntuales en el muro y, con una mínima coordinación (mínimo flujo de información), el especialista continuará desarrollando su alcance contratado sin mayores impactos adversos.

La modularidad de la prestación incumplida contrasta con el carácter esencial de la prestación objeto de incumplimiento. Decimos ello, pues la enorme mayoría de prestaciones esenciales a cargo contratista son rizomáticas (esto es, justamente lo opuesto a modulares). Un fragmento que integra un sistema unitario es rizomático cuando dicho fragmento no es autónomo ni se encuentra aislado, sino que cuenta con un gran número de interacciones internas con los otros fragmentos del sistema; entonces, existe un considerable flujo de información entre aquel fragmento y los otros. En un sistema rizomático existe lo siguiente:

> Un elevado número de partes que interactúan de una forma compleja. En tales sistemas el todo es más que la suma de sus partes, no en un sentido ulterior metafísico, sino en el importante sentido pragmático de que, dadas las propiedades de las partes y las leyes de su interacción, no es una cuestión trivial deducir las propiedades del todo" (Smith, 2006, p. 1180).

Por lo expuesto, como regla, el *back charge* no está concebido para el incumplimiento de actividades altamente rizomáticas del alcance de trabajos (tales como las prestaciones esenciales, que cuentan con un gran número de interfaces con todos los otros componentes del *scope*). Y es que colocar a un tercero ejecutor ajeno al proyecto a cargo de una tarea rizomática manteniendo el vínculo del contratista incumplidor original acarrea una elevada probabilidad de distorsiones en la asignación de riesgos y responsabilidades de

(24) En el Perú, remedios contractuales como la resolución por incumplimiento requieren de la verificación de un incumplimiento esencial. Si bien tal requisito no se encuentra expresado en el Código Civil, sí fluye de importantes principios como la buena fe objetiva, el *pacta sunt servanda* y el principio de conservación de los negocios jurídicos. En nuestro país, el IX Pleno Casatorio Civil ha ensayado la siguiente definición de incumplimiento esencial en su Consideración 94:
"[Q]ue el incumplimiento, esto es, tanto el incumplimiento total como el cumplimiento inexacto (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), sea uno importante o relevante, es decir, que la prestación incumplida afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación insatisfecha".
Además, mediante la introducción de una cláusula resolutoria expresa, las partes podrían *esencializar* un incumplimiento en sí mismo no material o, lo que es similar, podrían derogar el requisito de la esencialidad objetiva para activar el remedio de la resolución.

(25) Según el autor (Smith, 2006, p. 1196, 1201), la modularidad se caracteriza por la *división* o *descomposición* de la realidad compleja, por la sustitución ("un módulo puede ser sustituido por otro en la medida que lleven a cabo la función especificada"), por la *incrementalidad* (en tanto un nuevo módulo puede ser incorporado al sistema sin excesiva disrupción del resto), por la *transferibilidad*, (en tanto los módulos pueden ser tomados de un sistema e insertados en otro, toda vez que las conexiones entre el módulo y el mundo exterior, el resto del sistema, especialmente el contrato y el contexto económico, son escasas y estandarizadas, el proceso de transferencia no causará disrupciones") y por la potencialidad evolutiva (puede configurarse una respuesta a la presión del entorno en uno de los componentes o fragmentos sin causar que el resto del sistema falle). Según esta posición (Smith, 2006, p. 1180), la modularidad permite "que el trabajo vaya en paralelo y facilita ciertas clases de innovación y evolución por una simple razón: un ajuste puede ocurrir dentro de los módulos sin causar reacciones en cadena mayores".

los interesados en el proyecto. Esta situación podría generar mayores problemas que los que el remedio ahora evaluado puede solucionar.

Pasando a otro punto relativo al evento detonante del *back charge*, se debe mencionar que, por extensión, aquel remedio podría configurarse ante eventos que en estricto no califican ni legal ni contractualmente como incumplimiento. Ello ocurriría, por ejemplo, con el pago del contratista por servicios prestados por el comitente a su contraparte con ocasión a la ejecución del proyecto. Tal sería el caso de los consumos de energía eléctrica provisional, agua y otros suministros, la elaboración de credenciales uniformes para todos los trabajadores de los subcontratistas del contratista, el uso de instalaciones del comitente (como iluminación o aire comprimido) que, de no ser por las necesidades del contratista, aquel pudo haberlas desmontado.

4.3. Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible conforme al interés del acreedor

La actividad omitida o ejecutada inexactamente por el contratista debe poder ser desplegada o corregida por un sujeto distinto a aquel, en sintonía con el interés del acreedor. Por lo tanto, el *back charge* no se encuentra *prima facie* diseñado para sustituir o corregir prestaciones infungibles o personalísimas (tal como ocurriría con la transferencia de licencias protegidas por derechos de propiedad intelectual pertenecientes exclusivamente a un contratista).

En lenguaje legal, la prestación pretendida por el acreedor y, por tanto, su remediación deben ser fungibles. La doctrina del *civil law* suele catalogar como fungible a aquella prestación de hacer que puede ser ejecutada por un individuo distinto al deudor original (Beltrán, 2016, pp. 358, 369[26]; cf. Bianca, 2007, p. 81; Hinestrosa, 2019, p. 11), quien vendría a ser sustituible (Domínguez, 2018, p. 464; Moreno, 1976, p. 470; Monroy, 2014, p. 14; Ledesma, 2008, p. 464). La actuación del reemplazante del deudor de la prestación fungible (esto es, el tercero[27]) se verificaría sin menoscabar la satisfacción del interés del acreedor. En otras palabras, en las prestaciones fungibles, la *performance* del sustituto reportaría contenido y resultados tan satisfactorios para el acreedor como la *performance* personal del deudor (cf. Ferrero, 2004, p. 55; Cornejo, 1938, p. 125; Petersen, 2017, p. 47).

En realidad, el rasgo principal de la obligación fungible reside en que el interés del acreedor, que es "es el norte o guía que ha de dirigir la actuación del obligado para que, satisfaciéndolo, se cumpla el programa previsto al constituirse aquella" (Moreno, 1976, pp. 473, 482), es uno indiferente o impersonal, pues para su satisfacción no revisten importancia ni la identidad ni las cualidades personales del obligado con ocasión al despliegue de la *performance*, dado que aquellas cualidades no han sido tenidas en mira por el acreedor (Borda, 1004, p. 209). Se trata entonces un interés "susceptible de ser realizado sin el concurso directo del deudor" (Moreno, 1976, p. 499).

Aquel peculiar interés creditorio indiferente o impersonal puede ser satisfecho con consecuencias jurídicas idénticas y sin alteración de su substancia (Llambías, 1970, p. 287), por una conducta propia del deudor o por una conducta ajena a éste (esto es, por el pago espontáneo por tercero, por un auxiliar o subcontratista del deudor o por la ejecución de un tercero a costa del deudor). Dicho de otra manera, en las obligaciones fungibles la conducta debida por el deudor consiste en ejecutar personalmente una actividad o causar que ésta sea ejecutada. Se trata de obligaciones de "procurar que sea hecho" (Manrique, 1999, p. 64), planificación donde queda comprendido tanto el hacer del deudor como el hacer de un tercero.

Si, por la naturaleza de la obligación, por las circunstancias o por el pacto, la actividad de remediación a cargo de un contratista es personalísima, el *back charge* podría quedar excluido a ojos del comitente, en tanto, por definición, el eventual tercero reemplazante (al ser distinto al deudor de la prestación personalísima) carecerá de las cualidades que le permitan con su actuación satisfacer el interés del acreedor.

Sin embargo, creemos que el tema amerita una reflexión un tanto más detenida. Es claro que, en el marco de un proyecto de construcción, un contratista puede asumir obligaciones personalísimas, como la de proveer cierto tipo de *software* respecto al

(26) Considera que esta clasificación no es exclusiva de las obligaciones de hacer, pues puede tocar también a las obligaciones de dar e incluso a las de no hacer.

(27) El tercero podría ser uno colocado por el propio deudor o algún sustituto designado por el acreedor.

cual solo aquél tiene derechos de propiedad intelectual, la de ejecutar una actividad para la cual solo aquel ha ganado una elevada curva de aprendizaje y *expertise* o la de desplegar cierta actividad mediante personal clave individualizado en la fase de licitación.

En los casos descritos, las legislaciones locales suelen neutralizar la pretensión del comitente consistente en obtener el cumplimiento específico, la cual estaría dirigida a lograr que dicho acreedor obtenga de su deudor (i) la prestación inicialmente debida (Manrique de Lara, 1999, p. 43), en sus propios términos (Ledesma, 2008, p. 466), lo pactado conforme con el contrato (Momberg y Vidal, 2018, p. 1) en observancia del *pacta sunt servanda*, (iii) la organización de intereses programada (Luminoso citado por Bianca, 2009, p. 263) o (iv) "en la medida más cercana posible, el contenido de su negociación" (Treitel, 2011, p. 43)(28).

En nuestro país, el inciso 1 del artículo 1150 del Código Civil limita el cumplimiento específico (incluso aquel requerido al juez mediante la ejecución forzada) cuando aquel suponga "emplear violencia contra la persona del deudor", límite que, como se dijo, será primordialmente aplicable a obligaciones personalísimas. Como se advierte, el Código Civil impide la aplicación de violencia contra el contratista y, por extensión, la disminución de su libertad de cara a la obtención del cumplimiento del alcance(29).

Sin perjuicio de la limitación apenas referida, parece razonable y eficiente permitirle al acreedor, víctima del incumplimiento, decidir libremente si ejercer o no las prerrogativas contenidas en el *back charge* incluso cuando la actividad omitida o su remediación sean personalísimas. Y es que si lo que se encuentra en juego es el interés disponible del acreedor lesionado por el incumplimiento y si no se presencia vulneración alguna de normas imperativas, no parece plausible excluir de antemano la posibilidad de que el contratista obligado a un hacer infungible pueda ser reemplazado por el propio acreedor o por un tercero cuya ejecución satisfaga un interés sustancialmente idéntico al ostentado originalmente por el comitente. Estaríamos entonces frente a una renuncia del comitente al carácter personalísimo de la prestación y la tutela legal reservada a tales hipótesis.

4.4. Concesión de plazo razonable de remediación a favor del contratista

Los pactos estándar de *back charge* asignan al comitente la carga de conceder al contratista un plazo de remediación (también denominado período de cura) durante el cual aquel deudor tendrá la oportunidad de corregir su incumplimiento y evitar, de esta forma, que el acreedor pueda ejercer los poderes asociados al remedio analizado(30).

La concesión del período de cura es un requisito diseñado en interés del contratista y que contribuye a la posición de equilibrio entre el deudor y el acreedor (Rodríguez, 2021, p. 359). En efecto, el plazo le permite al deudor evitar total o parcialmente (o al menos contener y no agravar) los daños originados por su propio incumplimiento. Y es que factores como la curva de aprendizaje ganada por el deudor respecto al proyecto que ya viene ejecutando le podrían permitir ocuparse de corregir su prestación defectuosa a menores costos que el acreedor o que el tercero reemplazante eventualmente contratado por éste.

En esta línea, en el caso *McClain* v. *Kimbrough Constr.*, de la jurisprudencia americana, el tribunal concluyó que "(l)a exigencia de notificación es una norma sólida concebida para permitir a la parte incumplidora reparar la obra defectuosa, reducir los daños y perjuicios, evitar nuevas prestaciones defectuosas y promover la resolución informal de litigios".

(28) El derecho moderno de los contratos puntualiza que el cumplimiento específico incluye a la reparación y a la sustitución de las prestaciones ejecutadas inexactamente. En estos casos, no se debe confundir la acción de cumplimiento con el resarcimiento en forma específica. Mientras la última impone una prestación sucedánea a la originalmente debida, la condena al cumplimiento expresa lo que el deudor está obligado a ejecutar. La pertenencia de este fenómeno al cumplimiento especifico o al resarcimiento por equivalente puede ser difusa (Treitel, 2011, p. 1). Empero, el Código Civil peruano concibe a esta institución como garantías de saneamiento.

(29) En jurisprudencia internacional, *véase* al respecto el interesante y extenso fallo de la *Hong Kong Court Of Final Appeal* en el caso *Xiamen Xinjingdi Group Co Ltd v. Eton Properties Limited* (2020).

(30) Por definición, el ejercicio del *back charge* generará mayores costos que el daño incurrido en cabeza del comitente, pues implica por lo menos una puesta en marcha de una organización administrativa de éste, judicial e incluso extrajudicial, para lograr la consecución de su objetivo: obtener el resultado que el contratista no le procuró quedando indemne. Luego, debe estar en manos del contratista evitar la magnitud del daño por el causado.

El derecho del contratista a corregir su propio incumplimiento previo a la exposición a remedios más intrusivos se encuentra respaldado por los modelos jurídicos comparados(31). Ejemplo de ello es la robusta regulación dedicada por el título relativo a la Propiedad del *Tennessee Code* (2021) a la remediación del

(31) Y no nos referimos únicamente a los estándares de contratos de construcción, sino también a los cuerpos normativos de armonización del Derecho contractual a nivel internacional. Así, solo a manera de ejemplo, el artículo 7.1.4. de los Principios UNIDROIT (2016): Principios UNIDROIT (2016). Artículo 7.1.4. (Subsanación del incumplimiento)
(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:
(a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
(b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
(c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
(d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.
(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.
(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.
(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación".

(32) Tennessee Code (2021).-
Título 66 – Propiedad. Capítulo 36 - Defectos de construcción. 66-36-103. Procedimientos y requisitos para la notificación y subsanación de defectos de construcción.
(a) En acciones entabladas contra un contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño relacionadas con un supuesto defecto de construcción, el reclamante deberá, antes de entablar una acción, **notificar por escrito la reclamación al contratista**, subcontratista, proveedor o profesional del diseño, según corresponda**.** El reclamante procurará entregar la notificación de reclamación dentro de los quince (15) días posteriores al descubrimiento de un supuesto defecto, pero la falta de entrega de la notificación de reclamación dentro de los quince (15) días no impide la presentación de una acción, sujeta al § 66-36-102.
(b) Dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación del reclamo, **el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño puede inspeccionar la estructura para evaluar cada supuesto defecto de construcción**. El reclamante proporcionará al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño y a sus contratistas o agentes acceso razonable a la estructura durante las horas normales de trabajo para inspeccionar la estructura, determinar la naturaleza y causa de cada supuesto defecto de construcción, y la naturaleza y extensión de cualquier corrección, reparación o reemplazo necesario para remediar cada defecto. La inspección podrá incluir pruebas destructivas. Antes de realizar cualquier prueba destructiva, la persona que desee realizarla notificará por escrito al demandante el tipo de prueba que se va a realizar, los daños previstos en la estructura que causarán las pruebas y las correcciones o reparaciones previstas que serán necesarias para corregir o reparar cualquier daño causado por las pruebas. La persona que realice las pruebas será responsable de corregir y reparar cualquier daño causado a la estructura por las pruebas.
(c) En un plazo de diez (10) días a partir de la notificación de la reclamación, el contratista, subcontratista, proveedor y profesional del diseño deberá enviar una copia de la notificación de la reclamación a cada contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño que considere razonablemente responsable de cada defecto especificado en la notificación de la reclamación y anotará el defecto específico del que considere responsable al contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño en particular. Cada uno de dichos contratistas, subcontratistas, proveedores y profesionales del diseño podrá inspeccionar la estructura según lo dispuesto en la subsección (b) dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de una copia de la notificación.
(d) Dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la recepción de una copia de la notificación de reclamo, el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño deberá entregar una respuesta por escrito al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño que entregó una copia de la notificación de reclamo. La respuesta por escrito deberá incluir un informe del alcance de cualquier inspección de la estructura, los hallazgos y resultados de la inspección, una declaración de si el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño está dispuesto a realizar correcciones o reparaciones a la estructura o si disputa el reclamo, una descripción de cualquier corrección o reparación que esté dispuesto a realizar para remediar el supuesto defecto de construcción y un cronograma para la finalización de dichas correcciones o reparaciones.
(e) Dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción de la notificación de reclamación, cada contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño deberá entregar una respuesta por escrito al reclamante. La respuesta escrita deberá incluir
1. *Una oferta por escrito para remediar el supuesto defecto de construcción sin costo alguno para el reclamante, incluyendo un informe del alcance de la inspección*, los hallazgos y resultados de la inspección, una descripción detallada de las correcciones o reparaciones necesarias para remediar el defecto, y un cronograma para la finalización de dichas reparaciones.
2. Una oferta por escrito para transigir y resolver la reclamación mediante un pago monetario que deberá abonarse en un plazo de treinta (30) días a partir de la aceptación de la oferta por parte del reclamante.
3. Una declaración escrita de que el contratista, subcontratista, proveedor o profesional del diseño impugna el reclamo y no subsanará el defecto ni se comprometerá a resolver el reclamo.
(f) Si el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño ofrece remediar el supuesto defecto de construcción o comprometerse y resolver el reclamo mediante un pago monetario, la respuesta por escrito deberá contener una declaración

contratista, norma que reconoce aspectos importantes como (i) la necesidad de notificar por escrito el requerimiento de remediación, (ii) la necesidad de conceder al deudor acceso razonable al sitio para evaluar cada supuesto defecto de construcción (e incluso el derecho de realizar pruebas de los componentes de la obra), (iii) el deber del contratista de involucrar a los otros ejecutores que presuntamente habrían concurrido a la ocurrencia del defecto y (iv) el derecho de ofrecer una subsanación directa o un acuerdo destinado a solucionar el litigio, en caso se considere responsable[32]. Otro componente importante relacionado al período de cura es conceder al contratista la posibilidad de efectuar descargos sin necesidad de aceptar la responsabilidad por la tarea supuestamente omitida o ejecutada de manera inexacta.

Desde nuestra experiencia, consideramos que, además de los puntos enumerados, los términos y condiciones del contrato deberían definir con claridad qué parte debe asumir los costos consistentes en la indagación técnica orientada a determinar la existencia del supuesto incumplimiento o defecto a corregir y qué parte resulta responsable por aquel. En ese sentido, una regulación equilibrada podría determinar que el contratista se encuentre obligado a efectuar dicha investigación, pero que tenga derecho al reembolso de los costos incurridos si, producto de dicha indagación, se llega a dilucidar que el incumplimiento defecto no es de su responsabilidad.

Pasando a otro punto, es importante mencionar que el plazo de remediación otorgado al contratista debe ser uno razonable. Este requisito se encuentra regulado, por ejemplo, en la Cláusula 11.4 del Libro Rojo de FIDIC (2017), en los siguientes términos:

> Libro Rojo FIDIC. Cláusula 11.4. Defectos posteriores a la recepción. Subcláusula 11.4. Defectos. Omisión de remediar los Defectos
>
> Si el contratista se atrasa indebidamente en la remediación de cualquier defecto o daño en virtud de la Subcláusula 11.1 [Finalización de los Trabajos Pendientes y Remediación de los Defectos], el Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) podrá fijar una fecha en la o el daño debe ser remediado. El Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) otorgará al Contratista un Aviso de esta fecha establecida, la cual le dará al Contratista un plazo razonable (teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias relevantes) para remediar el defecto o daño.

En nuestra opinión, un plazo genuinamente razonable debe tener en cuenta dos intereses, colocados cada uno en cabeza de una parte distinta. Por un lado, el interés del contratista, según el cual éste debe contar con una extensión temporal lo suficientemente prolongada como para que sea técnicamente factible ejecutar y culminar la actividad de subsanación, considerando las circunstancias (como la complejidad) y la naturaleza de la operación (como lo que demorarían normalmente los contratistas del mercado según el estado de la técnica existente). Por otro lado, el plazo razonable jamás puede ser excesivamente prolongado pese a que el estado de la técnica en condiciones normales lo demande así, pues ello podría terminar ocasionándole graves daños económicos al comitente o incluso haciéndole perder la utilidad de la remediación, lo cual resultaría objetivamente irrazonable considerando que el riesgo de incumplimiento debe ser uno administrado *prima facie* por el deudor que recayó en aquel supuesto.

Teniendo en cuenta los intereses descritos, la forma más equilibrada para proponer el plazo razonable para la subsanación del incumplimiento parece ser aquella por la cual, tras la solicitud del comitente, la supervisión, o *motu proprio*, el contratista efectúe una propuesta inmediata precisando el tiempo en que le sería factible culminar la corrección. El comitente debería aprobar dicha propuesta, aunque con el derecho de rechazarla por causa justificada.

Es relevante mencionar que el plazo de remediación no supone una extensión

---

de que se considerará que el reclamante ha aceptado la oferta si, dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de la respuesta por escrito, el reclamante no notifica por escrito al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño que rechaza la oferta.

(g) Si el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño no responde a la notificación de reclamo del reclamante dentro del plazo previsto en la subsección (e), *el reclamante podrá, sin más aviso, proceder con una acción contra el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño por el reclamo descrito en la notificación de reclamo*.

(h) El reclamante que rechace una oferta de conciliación realizada por el contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño deberá notificar por escrito dicho rechazo al contratista, subcontratista, proveedor o profesional de diseño dentro de los quince (15) días posteriores a la notificación de la oferta de conciliación. El rechazo del reclamante deberá contener la oferta de liquidación con la palabra rechazada impresa en ella.

no reflejada en el cronograma del plazo de cumplimiento de las obligaciones del contratista. Se trata, en realidad, de un término que, sin perjuicio de la existencia del incumplimiento, marca el umbral de tolerancia del comitente cuya transgresión condiciona única y exclusivamente los poderes contenidos en el *back charge*. Y es que con respecto a la culminación del plazo de remediación sin que ésta se produzca, el comitente no estará facultado para aplicar al contratista los poderes asociados al remedio abordado en el presente trabajo. No obstante ello, el contratista seguirá siendo responsable por su incumplimiento inclusive dentro del período de cura sin que queden excluidos remedios más benignos como las penalidades o el resarcimiento del daño moratorio. En este mismo sentido, véase el numeral 5 artículo 7.1.4 de los Principios UNIDROIT (2016), según el cual (...) "(a) pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación".

Una vez culminado el plazo de remediación sin acción alguna por el contratista (o con una subsanación incompleta o insatisfactoria), el comitente quedará expedito para ejercer los poderes asociados al *back charge*(33). Esta regla operativa se aprecia, por ejemplo, a partir de una interpretación *contrario sensu* del numeral 3 del artículo 7.1.4. de los Principios UNIDROIT (2016), que señalan lo siguiente: "Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar". Claramente, el *back charge* contiene derechos subjetivos incompatibles, en tanto excluyentes, del cumplimiento específico del contratista. Estas facultades solo se encuentran suspendidas durante el período de cura, por lo que una vez transcurrido éste, el acreedor queda expedito para invocarlas.

4.5. Que el comitente afronte costos ciertos con ocasión a la sustitución del incumplidor

La asunción por el comitente de la prestación incumplida por el contratista ocasionará en aquel acreedor gastos ciertos, tanto en su existencia como en su cuantificación. Los conceptos asumidos por el comitente pueden ser de dos tipos. El primero incluirá costos pagados al tercero por sus prestaciones de remediación o asumidos por el comitente por la propia corrección del incumplimiento mediante su organización interna. En este rubro, hallamos costos como los siguientes:

- Costos laborales adicionales.
- Costos de insumos y equipamientos extra aplicados.
- Pagos a proveedores y subcontratistas de banda inferior directamente relacionados con la remediación.
- Alquiler de equipos y herramientas.
- Utilidad.

En el segundo tipo, los costos son asumidos por la sustitución del incumplidor, el cual contendrá los daños sufridos por el comitente no por la corrección en sí misma, sino con ocasión al reemplazo. Esto es como consecuencia de la imputación al contratista y en el proceso de asunción, directa o indirecta, de la actividad defectuosa. Entre los conceptos pertenecientes a este rubro tenemos:

- Costos indirectos y gastos generales por las horas-hombre aplicadas por las áreas del comitente(34).
- Mayor supervisión del comitente.
- Honorarios de abogados asociados al ejercicio del *back charge*.

Ahora bien, no parece ser un requisito para aplicar el *back-charge* que el comitente haya incurrido efectivamente en los pagos a los terceros reemplazantes o en los costos asociados a la corrección interna del incumplimiento. Es posible acordar libremente, sin desnaturalizar el remedio examinado y en interés del comitente, que la traslación de los costos al contratista incumplidor se realice estando pendiente el pago de los conceptos antes mencionados a quien corresponda(35).

(33) El plazo de remediación también permite que las partes realicen un último intento de que el contratista ejecute la corrección o de que el comitente dé marcha atrás y negocie con el ejecutor el costo por el cual éste podrá asumir la corrección. En cualquier caso, un acuerdo es mutuamente beneficioso y evitará posteriores controversias.

(34) En opinión de Norris et. al (2018, s/p), un comitente puede tener derecho a los gastos incidentales o consecuenciales en los que haya incurrido para los problemas causados por el subcontratista.

(35) Con ello no queremos decir que el tercero reemplazante pasa a ser un acreedor del comitente, pues ello no sería compatible con el principio de relatividad de los contratos. Solo dejamos sentado que el comitente podría en cierta forma mitigar el riesgo de estar desprovisto de fondos para pagar al tercero reemplazante mediante la incorporación de la regla pay-when-paid.

Finalmente, es pertinente advertir que múltiples contratos de construcción contemporáneos confieren explícita o implícitamente al comitente el derecho de liquidar de manera unilateral los gastos asumidos con ocasión al *back charge*, para luego hacer prevalecer, mediante la compensación o descuento, dicha liquidación unilateral frente a las oposiciones del contratista. Con el poder de liquidación unilateral, una deuda ilíquida pasa a ser líquida, al menos provisionalmente, sin necesidad de algún pronunciamiento jurisdiccional. Desde luego, esta aplicación de las prerrogativas del *back charge* puede ser materia de impugnación *ex post* mediante el mecanismo de solución de controversias fijado por las partes.

4.6. Que se observe el procedimiento contractual pre-establecido

En los contratos de construcción sofisticados donde los contratistas cuenten con cierto poder de negociación, los términos y condiciones estipulados limitan la libertad del comitente de aplicar el *back charge* mediante la imposición de un procedimiento que condiciona dicha aplicación. Las fases de este procedimiento dependen en gran medida de lo estipulado por cada parte, pero algunos de los puntos más frecuentes son los siguientes:

- Necesidad de que el comitente efectúe una imputación del incumplimiento del contratista, las cual deberá estar fáctica, técnica y contractualmente sustentada.
- Concesión al contratista de la posibilidad razonable de efectuar descargos sobre los elementos mencionados en el ítem anterior, lo cual incluye la posibilidad de acceder al sitio y efectuar pruebas para recoger evidencia que le permita defenderse de la imputación.
- Necesidad de que el comitente analice objetivamente los eventuales descargos efectuados por el contratista.
- En caso el comitente persista en su imputación, otorgamiento de un plazo razonable de subsanación del incumplimiento a favor del contratista.
- Verificación del comitente del resultado de la subsanación.
- En caso persista la imputación, ejercicio de los derechos asociados al *back charge*.

Los contratos de construcción condicionan el surgimiento de los derechos subjetivos propios del *back charge* a la correcta aplicación del mencionado procedimiento. A tales fines, no basta que el procedimiento se inicie, sino que deberá necesariamente seguir todos sus pasos hasta su culminación. Del mismo modo, el contrato podría incorporar cláusulas de formalidad convencional para limitar el ejercicio del contenido del remedio que nos ocupa(36).

5. Los derechos subjetivos del comitente derivados del *back charge*

Ante la configuración de los requisitos mencionados en el numeral anterior, los contratos de construcción establecen derechos subjetivos de ejercicio unilateral y extrajudicial que surgen en cabeza del comitente. Semejantes facultades hallan su correlato las denominadas discrecionalidades contractuales del *common law*(37).

(36) Finalmente, cabe señalar que en algunos contratos la aplicación del *back-charge* requiere de la aprobación del contratista. No obstante, creemos que una regulación semejante vaciaría de contenido el carácter de remedio unilateral de la categoría examinada y se prestaría para conductas estratégicas de contratistas que busquen obstaculizar su aplicación. Con todo, en esta hipótesis, una forma razonable de mitigar esta probabilidad sería asignarle por pacto al contratista el deber de no retener irrazonablemente su aprobación.

(37) Al respecto, la *UK Supreme Court* en el caso *Braganza v. BP Shipping Limited* y otro, elaboró el siguiente razonamiento, que señala los peligros potenciales de un uso irrestricto de las discrecionalidades contractuales:
"Las cláusulas contractuales en las que se otorga a una de las partes del contrato la facultad de ejercer un poder discrecional, o de formarse una opinión sobre hechos relevantes, son extremadamente comunes. No corresponde a los tribunales reescribir el acuerdo de las partes, ni mucho menos sustituir al responsable de la toma de decisiones acordado contractualmente. No obstante, la parte encargada de tomar decisiones que afectan a los derechos de ambas partes del contrato tiene un claro conflicto de intereses. Este conflicto se acentúa cuando existe un desequilibrio significativo de poder entre las partes contratantes, como suele ocurrir en un contrato de trabajo. Por lo tanto, los tribunales han tratado de garantizar que no se abuse de tales poderes contractuales. Lo han hecho infiriendo una cláusula sobre la forma en que pueden ejercerse tales poderes, cláusula que puede variar en función de los términos del contrato y del contexto en el que se otorga el poder de decisión".
En el caso analizado, la cláusula que le otorgó una discrecionalidad contractual a una de las partes era la siguiente: "Para evitar cualquier duda, no se pagará indemnización por muerte, lesión accidental o enfermedad si, en opinión de la Compañía o de sus aseguradores, la muerte, lesión accidental o enfermedad es consecuencia, entre otras cosas, de un acto deliberado, incumplimiento o mala conducta del Oficial, ya sea en el mar o en tierra (....)".
Como se verá más adelante, este razonamiento también resulta aplicable a los derechos subjetivos de los contratos del *civil law*, los cuales se encuentran restringidos por límites propios a todo remedio jurídico.

El contenido del *back charge* consta de dos derechos subjetivos (o discrecionalidades contractuales) que surgen en fases cronológicamente sucesivas. La primera fase le confiere al comitente el poder de procurarse la prestación inexactamente ejecutada por el contratista, lo que importa que el comitente puede sustituir al contratista en la actividad omitida (o ejecutada inexactamente), ya sea a través del vínculo con un tercero o a través de sus propios medios organizativos. La segunda fase le atribuye al comitente el derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos afrontados por el acreedor, incurridos o por incurrir, con ocasión al incumplimiento.

Como ya se anticipó, en los modelos internacionales, los derechos correspondientes a ambas fases mencionadas se ejercen por la vía extrajudicial mediante una notificación escrita de acuerdo con el procedimiento y requisitos acordados en las cláusulas contractuales. En efecto, en este ámbito, no se requiere de la intervención de los tribunales para autorizar la aplicación de las prerrogativas del comitente. Sin perjuicio de esto, el deudor contra quien se invocó el *back charge* estará habilitado para acudir *ex post* al mecanismo de solución de controversias acordado para impugnar un eventual ejercicio irregular de los poderes vinculados al remedio que nos ocupa.

El carácter extrajudicial de la aplicación del *back charge* es una característica trascendente del remedio en los modelos internacionales. Este carácter contrasta con la vocación *judicializadora* que predomina en los códigos civiles continentales y en la doctrina menos reciente. Y es que obligar al comitente a acudir a los tribunales para que se le autorice a invocar el remedio examinado afectaría el propósito que tiene el *back charge* en los determinados proyectos. Esto, debido a que podría provocar impactos críticos en el cronograma e irrogar incluso mayores costos a las partes. Si ello ocurre, poca sería la utilidad que se pueda extraer de un remedio como el que motiva el presente trabajo.

El carácter de remedio jurídico del *back charge* está ligado a la preponderancia provisional de la pretensión del comitente (basada en su análisis fáctico, técnico y contractual) frente a una eventual oposición, también extrajudicial, del contratista. En efecto, el comitente titular del *back charge* es un *decision-maker* de primer nivel[38] y su pretensión tendrá eficacia jurídica de pleno derecho, aunque impugnable *ex post*.

Pero esta situación se encuentra lejos de suponer discrecionalidad irrestricta en la adopción del curso de acción del comitente. En realidad, la prevalencia temporal de la pretensión del comitente debe ser legítima y razonable en base a los propósitos generales del remedio que nos ocupa. Sin perjuicio de ello, el contratista puede objetar posteriormente la aplicación del remedio (situación que denominaremos "ejercicio irregular del *back charge*" y que analizamos en el numeral 7 del presente trabajo).

Finalmente, es necesario puntualizar que la satisfacción del interés del comitente se encuentra asociada al ejercicio eficaz de ambas fases del *back charge*. Y es que si bien la primera fase, asunción directa o indirecta de la remediación, permite asegurar la continuidad del proyecto, es la compensación, derivada de la segunda fase, la que le brindará al acreedor la indemnidad patrimonial por los costos derivados de la actividad no ejecutada (o ejecutada inexactamente) por el contratista.

A continuación, nos ocuparemos del análisis detallado de los dos derechos subjetivos, o discrecionalidades contractuales, que componen el *back charge*.

5.1. Derecho a obtener directa o indirectamente la prestación incumplida por el contratista

Como regla, el comitente debe cooperar con el contratista. La actuación cooperativa del comitente consiste, entre otras cosas, en abstenerse de interferir con el despliegue de las obligaciones constructivas y en permitir, "dejar hacer" (Mallma, 2023, p. 26)[39], que el contratista ejecute todas las partidas de la obra conforme a su planificación de plazo y recursos. Si un cliente que le había encargado al contratista ejecutar cierto

(38) El control de esta decisión le corresponderá al juez quien evitará las situaciones de abuso aunque buscando que no se contravenga el equilibrio contractual.

(39) Con ocasión al remedio de la intervención de la obra, que termina asimilando al *back charge*, el autor refleja esta idea de la siguiente forma: "A través del contrato de construcción, el contratista constructor se obliga, frente al comitente, a hacer una obra determinada y entregarla en un plazo; de ello, deriva que existe una obligación tácita del comitente. Entonces, a través de la intervención contractual, el comitente cesa unilateralmente en su obligación de "dejar hacer" al contratista, para manejar directamente la ejecución de la obra por asumir que hay un incumplimiento o riesgo de incumplimiento del contratista, con la finalidad de lograr que la obra sea culminada" (Mallma, 2023, p. 26).

alcance se vincula con un prestador para delegarle las mismas actividades previamente encargadas al contratista, aquel cliente habrá violado el acto de cooperación al que se encontraba constreñido. Por lo tanto, en el escenario planteado el comitente podría verse obligado a resarcir los daños ocasionados a su contraparte.

Sin embargo, en caso se verifiquen los requisitos del *back charge*, el comitente verá temporalmente suspendido su deber de permitir que el contratista ejecute su alcance y podrá sustituir a dicho deudor, por un tercero o por el acreedor mismo, en la actividad defectuosa u omitida. Si el comitente ejerce el mencionado poder, ello no acarreará responsabilidad civil para aquel aun cuando existan daños ocasionados a su contraparte (Mallma, 2023, p. 27)(40), en tanto aquel acreedor estará haciendo ejercicio legítimo de un derecho contractual.

Las alternativas por las que el comitente puede obtener la prestación inejecutada por el deudor son dos: la generación de un vínculo voluntario con un tercero reemplazante (sustitución indirecta) o la asignación de recursos pertenecientes a la organización interna del propio comitente (sustitución directa).

Bajo la primera alternativa, el comitente deberá pagar al tercero la retribución fijada voluntariamente con éste. Y es que el tercero es un prestador quien no tiene por qué asumir consecuencia negativa alguna derivada del incumplimiento antecedente del contratista original(41).

Cuando el comitente ejerza el derecho a realizar indirectamente la prestación defectuosa u omitida, operará una sustitución peculiar del tercero por el contratista. Esta sustitución no implica que el tercero reemplazante ingrese en la posición contractual que ocupaba el contratista en el contrato ni que se desplace a este último de aquella posición, como si de una cesión de posición contractual parcial se tratase. En cambio, el comitente celebrará un nuevo contrato con el tercero reemplazante bajo el cual este último se comprometerá a ejecutar únicamente la actividad incumplida por el primer contratista a cambio de una nueva retribución.

Bajo la segunda alternativa (sustitución directa), el comitente mismo asumirá, derechamente, la prestación incumplida u omitida por el deudor. Cuando ello ocurra, el acreedor tendrá la carga de afrontar y autoliquidar los costos y gastos asociados la remediación realizada por medio de su propia organización.

Esta tarea puede revestir cierta dificultad, en tanto en tanto ciertos recursos del comitente son frecuentemente compartidos en varios proyectos y unidades de negocio, y no están suficientemente desglosados por unidades de medida. Por ello es recomendable que cuando se aplique un *back charge* bajo estas condiciones, por ejemplo, se precise también en el procedimiento la forma de cálculo o cuantificación de recursos comunes a otros proyectos o unidades de negocio.

Pasando a otro punto, si bien el comitente decidirá si contrata o no a un tercero (y, en este caso, a qué tercero decide contratar), bajo qué condiciones y en qué oportunidad lo hace, aquel acreedor se encontrará impedido de modificar las características del proyecto, pues aún cuenta con el deber de no interferir con el resto de partidas del proyecto no vinculadas al *back charge*. Esta exigencia queda reflejada en la Subcláusula 11.4 del Libro Rojo del FIDIC (2017), según la cual el comitente tiene derecho a "llevar a cabo los trabajos o hacer que otros lo lleven a cabo (incluida cualquier repetición de pruebas), de la manera requerida en el Contrato".

Finalmente, la sustitución del contratista en la actividad omitida o defectuosamente desarrollada ocurrirá sin que el contratista se vea formalmente desplazado del rol que venía ocupando en el contrato base.

La explicitada permanencia formal del contratista tiene dos consecuencias. La primera es que el contratista seguirá obligado a dar cumplimiento a las actividades acordadas bajo el contrato distintas a la actividad materia de su incumplimiento. La segunda es que el contratista no perderá el derecho a obtener la retribución por la actividad incumplida u omitida, como sí ocurriría con las reducciones de alcance (o *descoping*). Empero, el deudor incumplidor deberá asumir las consecuencias de su propio incumplimiento en términos de responsabilidad civil. Dicho de otra manera, el comitente que ostente el derecho a obtener directa o indirectamente la prestación

(40) La naturaleza del derecho subjetivo del comitente queda corroborada con la constatación de que, tras su ejercicio, no estará en incumplimiento de su obligación de no interferir con los trabajos por el subcontratista. Sin embargo, como se verá posteriormente, estos conceptos dinerarios serán repercutidos posteriormente en el contratista.

(41) En realidad, el *back charge*, cuando corresponda el aprovisionamiento por un tercero, propende al cumplimiento específico del contratista-deudor, mediante la actuación de un tercero sustituto y a costa del deudor original.

incumplida por el contratista no tendrá derecho a descontar del precio contractual el valor de las partidas omitidas o ejecutadas inexactamente pese a que las actividades contenidas en estas partidas serán a la postre objeto de *back charge*. La razón de ello es que el contratista asumirá el peso económico de la ejecución de las actividades omitidas o defectuosas mediante la segunda fase del remedio jurídico ahora analizado, al cual nos pasaremos a referir a continuación.

5.2. Derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos y gastos afrontados

El comitente que ha reemplazado al contratista para la actividad incumplida y que, con ocasión a ello, ha afrontado costos y gastos ciertos ostenta el derecho a obtener de aquel deudor la recuperación patrimonial de los conceptos aludidos.

En los modelos internacionales, esta segunda prerrogativa derivada del *back charge* también se ejerce mediante una comunicación extrajudicial, en la cual para efectos del cobro deberá fijarse y sustentarse los conceptos y cantidades por los que el comitente busca ser compensado. El referido detalle resulta necesario, ya sea que el comitente haya optado por acudir a un tercero reemplazante (sustitución indirecta) o haya asignado recursos pertenecientes a su propia organización (sustitución directa).

La naturaleza jurídica del débito compensatorio que asume el contratista es la de un resarcimiento de daños y perjuicios derivado de responsabilidad civil contractual. En el ámbito del *back charge*, la tutela de la responsabilidad civil es instrumental y complementaria a la sustitución del deudor y tiene como propósito alcanzar la satisfacción plena del interés del acreedor, dejándolo patrimonialmente indemne de las consecuencias de los incumplimientos de su contraparte.

El traslado de los costos asumidos por el comitente presupone que se opere una previa liquidación, usualmente unilateral, de la cuantía de los conceptos a repercutir en su contraparte. De cara a esta operación, el comitente tiene la carga de trasladar al contratista únicamente aquellos costos ciertos (incurridos o no al momento del cobro) y que, además, resulten razonables[42].

La necesidad de que los costos trasladables al contratista sean razonables fluye de la carga de mitigación de daños. Esta regla legal en esencia propone lo siguiente: si, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede evitar, contener o reducir los daños que lo afectan mediante una conducta diligente y razonable, dicho acreedor deberá tomar todas las medidas diligentes y razonables orientadas a tales propósitos, pues, de lo contrario, perderá el derecho a ser resarcido por aquellos daños que pudo evitar, contener o reducir y no lo hizo. En el Perú, la carga de la mitigación de los daños halla su base legal en el artículo 1327 del Código Civil, según el cual "[e]l resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario", y en la cláusula normativa general de buena fe objetiva (artículo 1362 del Código Civil).

Veamos cómo opera la razonabilidad en la asunción por el comitente de costos que serán luego trasladados al contratista, producto de la regla de la mitigación. "A" (contratista) y "B" (comitente) celebran un contrato para implementar una obra civil a cambio de una retribución. Por considerar equivocadamente que no formaba parte de su alcance de trabajos, "A" omite realizar ciertos estudios geológicos. Como consecuencia, "B" invoca el *back charge* y contrata a una de sus propias empresas vinculadas comprometiéndose a abonarle a ésta última, por los estudios geológicos, un precio de USD $ 100,000.00, esto es, 100% más de lo que habría cobrado un prestador sustituto promedio en dicho momento y en dicho mercado relevante[43]. Asumamos también que la realización de estudio geológico no formaba parte de la ruta crítica al momento en que "B" activó el *back charge*.

En tal escenario, pese a haber incurrido en un costo cierto al pagar efectivamente al prestador sustituto la retribución por la elaboración del estudio geológico, "B" sólo podrá trasladar exitosamente a "A" USD $ 50,000.00 (la mitad del precio total abonado a aquel tercero). Ello en la medida que "B" habría podido evitar el 50% del costo

(42) En nuestro sistema legal, con ocasión a la ejecución por tercero a costa del deudor, se ha considerado que al deudor no se le puede imponer el pago de "erogaciones desproporcionadas a la naturaleza del hecho que se comprometió a realizar". En ese sentido, la "libertad del acreedor no ha de traducirse en una mayor onerosidad para el deudor, quien solo está precisado a costear una ejecución similar –en esencia– a la omitida por él" (Ledesma, 2008, pp. 463, 470).

(43) Esto es, considerando la premura del caso y las posibilidades de encontrarlo en el mercado relevante.

incurrido empleando la diligencia comercialmente razonable. Y es que, dado que la realización de los estudios geológicos no formaba parte de la ruta crítica del proyecto a ese momento, "B" podría haber salido al mercado y solicitado cotizaciones por precios 50% menores al finalmente pagado al tercero. Dicho de otra manera, el pago en exceso de un precio 100% superior al del mercado ante un impacto no crítico resulta irrazonable y, bajo el deber de mitigación de daños, no debería ser asumido en su totalidad por el contratista pese a ser éste el incumplidor.

Sin embargo, ¿cuáles son los criterios que determinan que la asunción de un costo sea razonable y, por ende, trasladable al contratista(44)?

Consideramos que, en principio, la razonabilidad de un costo tiene como punto de referencia a la tarifa contractualmente establecida para la partida o ítem reemplazados. Pero el valor de reemplazo no necesariamente será idéntico al valor contractual de la actividad sustituida, pues ha de atenderse en concreto a lineamientos como los siguientes:

- La urgencia de la delegación sustituta, usualmente ligada al impacto en la ruta crítica de la actividad objeto de reemplazo.
- La diferencia entre los precios de mercado existentes al celebrar el contrato y al momento de la sustitución.
- La estructura de costos interna del prestador reemplazante para ejecutar única y exclusivamente de la tarea objeto de *back charge* de manera aislada al resto del alcance del trabajo del contratista incumplidor.
- Las posibilidades razonables de provisión en el mercado relevante al momento en que se requiere ejercer el remedio.
- Los subsidios cruzados que el contratista pudo haber aplicado para la partida o actividad objeto de *back charge*.

Sobre el particular, un autor nacional se ha mostrado favorable a la postura expuesta:

> Todo trabajo que va a realizar el contratista cuenta con un presupuesto que determina el límite de los costos que está dispuesto a asumir. Pero si la obra es intervenida y el comitente hace ingresar a un nuevo contratista, este último no necesariamente tendrá el mismo límite económico que el contratista original, de hecho, es normal que el nuevo contratista tenga un límite más elevado para poder afrontar la obra en menor tiempo.
>
> Entonces, esta situación conlleva muchos conflictos contractuales y abusos por parte del comitente, pues a sabiendas que la cuenta la va a pagar el contratista original trasladándosela a través de un *back charge*, el comitente tiene muchos incentivos para adoptar medida [sic.] onerosas, como por ejemplo contratar a contratistas con un alto costo o que van a emplear recursos con presupuestos muy por encima del presupuesto del contratista original (Mallma, 2023, p. 44).

Con todo, se debe notar que la determinación de la razonabilidad del precio de una actividad o insumo puede ser más difícil de fijar en contratos a suma alzada, donde no necesariamente existe un desglosado de costos vinculante que asigne a los ítems de obra un valor contractual que funja como punto de referencia.

Finalmente, se constata que una buena práctica de las áreas de procura de los comitentes para determinar un precio de mercado razonable (y, por ende, trasladable) para una actividad es la de solicitar múltiples (por ejemplo, tres) cotizaciones de proveedores y escoger la tarifa que no se aleje injustificadamente de la media. Otra buena práctica para el traslado de costos se encuentra da por la definición consensual de un valor de reemplazo vinculante para las partes o incluso la de una metodología, como la de costos reembolsables con topes máximos. En general, es recomendable alguna fórmula razonable para la cuantificación y sustento de estos costos que facilite de ser el caso el cobro al contratista.

Conforme a los modelos de contratos de construcción predominantes, si el contratista no cumple voluntariamente con el pago de los costos y gastos afrontados por el comitente

(44) Debemos anticipar que estos criterios se aplican tanto para los escenarios de sustitución del deudor por terceros como para la asunción del acreedor con su organización interna. En el primer caso, quienes realizan la remediación son terceros: proveedores o subcontratistas. En el segundo, es el comitente quien obtiene los insumos y equipamientos, así como aplica las horas-hombre y horas-máquina para llevar a cabo internamente la remediación.

que aplicó el remedio analizado en estas líneas, éste podrá obtener los referidos conceptos mediante alguna de las diversas formas:

- Mediante una compensación[45] con las deudas a favor del contratista (frecuentemente, los pagos parciales por progreso de trabajos).
- Mediante la ejecución total o parcial de la garantía financiera por el fiel cumplimiento del contratista (u otra garantía que cubra la prestación incumplida por el contratista).
- Aplicando el fondo de retención en garantía (en caso exista).
- Contra el patrimonio de deudores solidarios o garantes contractuales (no financieros), para lo cual deberá iniciar los procesos judiciales o arbitrales en las jurisdicciones que corresponda.

Si ninguno de estos mecanismos se encuentra a disposición del comitente, éste último no tendrá más remedio que activar el mecanismo de resolución de controversias acordado en el contrato para obtener al cobro de la deuda. En este escenario, la utilidad del *back charge* se reduce en no poca medida, pues se difiere el elemento de la indemnidad patrimonial inmediata del comitente.

Ahondaremos brevemente en la compensación, pues se trata del instrumento legal más frecuente mediante el cual los comitentes trasladan efectivamente los costos afrontados por y con ocasión al incumplimiento del contratista. En efecto, como parte de la incorporación del *back charge*, el comitente se reserva el derecho a compensar extrajudicialmente (esto es, durante la fase de ejecución contractual, mediante el mecanismo estipulado para ejercer sus derechos y sin la necesidad de iniciar un proceso o arbitraje) su acreencia (consecuencia del incumplimiento del contratista) contra sus deudas a favor del contratista.

El comitente que desee aplicar la compensación debe ser especialmente cuidadoso en pactar la *compensabilidad* de los créditos resarcitorios derivados del *back charge*, el cual suele presuponer el poder de hacer preponderar, aunque de forma provisional[46], la liquidación unilateral del *quantum* del crédito calculado por el acreedor.

El poder de compensación anteriormente referido es bastante relevante para el comitente, pues, con arreglo a los Derechos locales, la objeción fundamentada del contratista a la invocación del *back charge* o a la cuantía de los gastos afrontados por el comitente, podría neutralizar la certeza, la exigibilidad e incluso la liquidez de la acreencia del comitente[47]. Esta eventual objeción podría entonces impedir legalmente la compensación a título de *back charge*, favoreciendo conductas estratégicas del contratista.

Según otro orden de cosas, en caso el comitente efectúe la compensación de forma irregular[48], el contratista tendrá el derecho a *ex post* acudir al mecanismo de solución de controversias acordado.

La compensación solo aplica a condición de que el contrato y la legislación lo permitan. Luego, el crédito del contratista por valorizaciones bien podría ser uno no compensable, escenario en el que el *back charge* perdería bastante de su utilidad. Usualmente, la incompensabilidad se estipula cuando el contratista cuenta con una posición fuerte de negociación y no desea correr el riesgo de que existan reclamos derivados del *back charge* que atrasen la percepción efectiva de cobros parciales. En contraste con esta alternativa, como se ha visto línea atrás, el funcionamiento estándar del *back charge* presupone la discrecionalidad contractual, unilateral, del comitente consistente en trasladar extrajudicialmente al contratista incumplidor los costos y gastos afrontados. Y ello mediante una compensación.

Finalmente, cabe señalar que el derecho a trasladar los costos se encuentra circunscrito

(45) Cabe mencionar que el derecho a compensar del comitente se diferencia radicalmente de una simple retención. Esta última consiste en el diferimiento o suspensión del cumplimiento de una obligación de pago ya exigible la cual, una vez superado el evento que determinó la suspensión, recobra exigibilidad. En cambio, la compensación es un modo de extinción de la obligación de pago, de todo que ésta última ya no será pagada en el futuro.

(46) La determinación unilateral del comitente es ulteriormente impugnable por el deudor.

(47) Conforme a este criterio, por tanto, la simple objeción por el contratista a la existencia o cuantía de la suma que le busca atribuir el comitente convertiría a la obligación en ilíquida y, por ende, incompensable. Sin embargo, el pacto expreso suele conferirle al comitente el poder de liquidar unilateralmente, para efectos de la compensación y el *back charge*, el monto a trasladar al contratista. Evidentemente, ello sin perjuicio del derecho del contratista a impugnar *ex post* esta determinación unilateral.

(48) Al respecto*, véase supra* el numeral 7 del presente trabajo.

a lo que contractual o legalmente se acuerde como límite máximo de responsabilidad del contratista. Ello, desde luego, salvo que el daño resarcible sea consecuencia del dolo o la culpa inexcusable del contratista incumplidor.

6. La regulación del *back charge* en algunos cuerpos normativos internacionales dedicados a contratos de construcción.

A continuación, apreciaremos algunos ejemplos de regulación de las cláusulas de *back charge* contenidos en cuerpos normativos estándares relativos a contratos de construcción.

Veamos, inicialmente, la regulación contenida en el Libro Rojo del FIDIC (2017):

> Libro Rojo FIDIC. Cláusula 7. Planta, materiales y mano de obra. Subláusula 7.6 Trabajos de Remediación
>
> (...)
>
> Si el Contratista no cumple con las instrucciones del Ingeniero, el Propietario puede (a su sola discreción) contratar y pagar a otras personas para que realicen los trabajos. Excepto, en la medida en que el Contratista hubiera tenido derecho al pago por el trabajo en virtud de esta Subcláusula, el Propietario tendrá derecho, con sujeción a la Subcláusula 20.2 [Reclamos de pago y / o ADP] al pago por parte del Contratista de todos los costos que surjan de esta omisión. Este derecho se entenderá sin perjuicio de cualquier otro derecho que el Propietario pueda tener en virtud del Contrato o de una fuente distinta(49).

Se aprecia que la Cláusula 7 del Libro Rojo reconoce como requisito del *back charge* a la desviación del contratista respecto a las instrucciones del ingeniero y, como derecho subjetivo del comitente, tanto el poder de contratar y pagar a otras personas para que realicen el trabajo omitido como el poder de obtener el pago de la totalidad de los costos que surjan a consecuencia de la omisión del contratista. Además de ello, reviste importancia apreciar cómo, a criterio de FIDIC, la aplicación del *back charge* no excluye ningún otro remedio contractual ni legal a disposición del comitente, tal como sería el caso de las penalidades moratorias(50).

Más adelante, la subcláusula 11.4 del Libro Rojo de FIDIC dictamina lo siguiente con ocasión a la remediación de defectos posteriores a la recepción, actividad de responsabilidad del contratista:

> Libro Rojo FIDIC. Cláusula 11. Defectos posteriores a la recepción. Subcláusula 11.4. Defectos. Omisión de remediar los Defectos:
>
> Si el contratista se atrasa indebidamente en la remediación de cualquier defecto o daño en virtud de la Subcláusula 11.1 [Finalización de los Trabajos Pendientes y Remediación de los Defectos], el Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) podrá fijar una fecha en la o el daño debe ser remediado. El Propietario (o quien actúe a nombre de aquel) otorgará al Contratista un Aviso de esta fecha establecida, la cual le dará al Contratista un plazo razonable (teniendo debidamente en cuenta todas las circunstancias relevantes) para remediar el defecto o daño.
>
> Si el Contratista no repara el defecto o daño en la fecha indicada en este Aviso y este trabajo de remediación iba a ser ejecutado por cuenta del Contratista según la Subcláusula 11.2 [Costos de Remediar los Defectos], el Propietario puede (a sola discreción del Propietario):
>
> a) llevar a cabo los trabajos o hacer que otros lo lleven a cabo (incluida cualquier repetición de pruebas), de la manera requerida en el Contrato y por cuenta del Contratista, pero el Contratista no tendrá responsabilidad por este trabajo.

(49) La versión original de la norma citada es como sigue:
"Red Book FIDIC. Section 7. Plant, Materials and Workmanship
Subsection 7.6 Remedial Work
(…)
If the Contractor fails to comply with the Engineer's instruction, the Employer may (at the Employer's sole discretion) employ and pay other persons to carry out the work. Except to the extent that the Contractor would have been entitled to payment for work under this Sub-Clause, the Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of all costs arising from this failure. This entitlement shall be without prejudice to any other rights the Employer may have, under the Contract or otherwise".

(50) Aunque en este extremo resulta interesante determinar si las penalidades moratorias serían debidas hasta el momento de vinculación del acreedor con el tercero reemplazante o hasta la fecha en que se programa para éste el cumplimiento de su actividad correctiva.

El Contratante tendrá derecho con sujeción Subcláusula 20.2 [Reclamos de pago y / o EOT] al pago por parte del Contratista de los costos razonablemente incurridos por el Propietario para remediar el defecto o daño(51).

Por un lado, la disciplina evocada coloca como eventos gatilladores de *back charge* a las omisiones y a los trabajos pendientes y defectos posteriores al momento de la recepción. Por el otro, introduce la necesidad de un plazo razonable como requisito previo para la aplicación del remedio.

Ahora bien, el punto más resaltante de la regulación del Libro Rojo es la exoneración de responsabilidad al contratista por los trabajos ejecutados por su reemplazante. Esta solución es coincidente con la del Código Civil peruano, tal como se puntualizará en el numeral 8 del presente artículo.

Por otro lado, la sección "Cláusulas básicas" del NEC4 regula al remedio materia del presente artículo de la siguiente manera:

NEC4. Cláusula 81. Responsabilidades del Contratista.

81.1. Las siguientes son las responsabilidades del Contratista a menos que se establezcan como responsabilidades del Cliente.

- Reclamaciones y procedimientos de Otros y compensación y costos debidos a Otros que surjan de o en conexión con el Contratista que Ejecuta los Trabajos.
- Pérdida o daño de las obras, Planta y Materiales y Equipos.
- Pérdida o daño a la propiedad del Cliente u ocupada por aquel, que no sean los trabajos, que surjan de o en conexión con el Contratista que Ejecuta los Trabajos.
- Muerte o lesiones corporales del personal del Contratista(52).

NEC4. Cláusula 82. Recuperación de costos

82.1 Cualquier costo que el Cliente haya pagado o deba pagar como resultado de un evento por el cual el Contratista es responsable será pagado por el Contratista.

82.2 Cualquier costo que el Contratista haya pagado o deba pagar a Otros como resultado de un evento por el cual el Cliente es responsable, será pagado por el Cliente.

82.3 El derecho de una Parte a recuperar estos costos se reduce si un evento por el cual era responsable contribuyó a la generación de los costos. La reducción es proporcional a la medida en que contribuyó el evento por el que esa Parte es responsable, teniendo en cuenta las responsabilidades de cada Parte bajo el contrato(53).

---

(51) La versión original de la regla citada es como sigue:
Red Book FIDIC. Section 11. Defects After Taking Over. Subsection 11.4. Failure to Remedy Defects.-
"If the remedying of any defect or damage under Sub-Clause 11.1 [Completion of Outstanding Works and Remedying Defects] is unduly delayed by the Contractor, a date may be fixed by (or on behalf of) the Employer, on or by which the defect or damage is to be remedied. A Notice of this fixed date shall be given to the Contractor by (or on behalf of) the Employer, which Notice shall allow the Contractor reasonable time (taking due regard of all relevant circumstances) to remedy the defect or damage".
If the Contractor fails to remedy the defect or damage by the date stated in this Notice and this remedial work was to be executed at the cost of the Contractor under Sub-Clause 11.2 [Cost of Remedying Defects], the Employer may (at the Employer's sole discretion):
(a) carry out the work or have the work carried out by others (including any retesting), in the manner required under the Contract and at the Contractor's cost, but the Contractor shall have no responsibility for this work. The Employer shall be entitled subject to Sub-Clause 20.2 [Claims For Payment and/or EOT] to payment by the Contractor of the costs reasonably incurred by the Employer in remedying the defect or damage.

(52) La version original de la clausula señala lo siguiente:
NEC4. Core Clauses. Contractor's liabilities 81
81.1. The following are Contractor's liabilities unless they are stated as being Client's liabilities.
- Claims and proceedings from Others and compensation and costs payable to Others which arise from or in connection with the Contractor Providing the Works.
- Loss of or damage to the works, Plant and Materials and Equipment.
- Loss of or damage to property owned or occupied by the Client other than the works, which arises from or in connection with the Contractor Providing the Works.

Death or bodily injury to the employees of the Contractor.

(53) La versión original de la cláusula señala lo siguiente:
NEC4. CORE CLAUSES. Recovery of costs 82
82.1 Any cost which the Client has paid or will pay as a result of an event for which the Contractor is liable is paid by the Contractor.
82.2 Any cost which the Contractor has paid or will pay to Others as a result of an event for which the Client is liable is paid by the Client.

Si bien el NEC4 reconoce la categoría materia del presente trabajo, no le dedica mayor disciplina a sus requisitos configuradores, prerrogativas, límites y procedimiento. Pese a ello, no deja de ser interesante notar que, si bien normalmente la parte que invoca el *back charge* es el comitente, el NEC4 reconoce que este remedio podría también ser activado por el contratista (si es que se configura el supuesto de hecho para semejante activación).

Así, podría ocurrir que el comitente "A" no cumpla con su obligación asumida expresamente por el acuerdo frente al contratista "B", obligación consistente en realizar los estudios geológicos previos y condicionantes al inicio de trabajos de "B" en cierta área. En tal caso, si el incumplimiento de "A" persiste, el contratista "B" tendrá el derecho de efectuar los estudios necesarios mediante la contratación de un prestador, pagarle la tarifa que corresponda a éste y, posteriormente, repercutir el costo en "A".

Además de lo mencionado, lo que llama la atención de la regulación de NEC4 (Subcláusula 82.3) es la previsión de la concurrencia de culpas en el evento que detone del *back charge*. El NEC4 establece que, en casos de concurrencia, la parte afectada solo podrá recuperar parcialmente los costos incurridos con ocasión al incumplimiento de la contraparte. La regla mencionada se condice con lo establecido por el artículo 1326 del Código Civil peruano, conforme al cual "si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven".

Finalmente, merece la pena mencionar la regulación del *back charge* propuesta por la *American Subcontractors Association - National* (ASA) en el estándar denominado ASA Addendum to Subcontract (2005), cuerpo normativo que tiene como propósito crear reglas neutrales para subcontratistas, quienes suelen ser la parte "débil" de los contratos de construcción. La propuesta es como sigue:

ASA Addendum to Subcontract (2005)

7. Reclamos de *backcharge*. Ningún *backcharge* o reclamación del Contratista por servicios será válido salvo acuerdo por escrito del Subcontratista antes de la ejecución de los trabajos, excepto en el caso de que el Subcontratista incumpla algún requisito del Subcontrato. En tal caso, el Contratista notificará por escrito dicho incumplimiento al Subcontratista y le concederá un plazo razonable para corregir cualquier deficiencia antes de incurrir en cualquier costo trasladable al Subcontratista. Ningún *backcharge* será válido a menos que la facturación sea realizada a más tardar el día 15 del mes siguiente a aquel en que se incurrió con el cargo. Además, cualquier pago retenido en virtud de una reclamación por incumplimiento del Subcontratista deberá calcularse razonablemente para cubrir la responsabilidad prevista, y todos los importes de pago restantes que no estén en litigio deberán abonarse sin demora(54).

Coherentemente con su propósito, la ASA plasma reglas que lidian primordialmente con los intereses del sujeto pasivo del *back charge* (el subcontratista). En este sentido, la cláusula modelo propuesta por la *ASA Addendum to Subcontract* (2005), refiere lo siguiente:

- La necesidad de un acuerdo entre contratista y subcontratista previo a la procedencia de la sustitución, salvo el caso que el contratista incumpla un requisito esencial del Subcontrato.
- La concesión de un plazo razonable de remediación favorable Subcontratista.
- Mecanismos para reducir la probabilidad de que el subcontratista se descapitalice a consecuencia de las compensaciones producto del remedio ahora evaluado.
- La necesidad de que los costos trasladables sean calculados bajo un criterio de razonabilidad.

82.3 The right of a Party to recover these costs is reduced if an event for which it was liable contributed to the costs. The reduction is in proportion to the extent that the event for which that Party is liable contributed, taking into account each Party's responsibilities under the contract.

(54) La versión original de la cláusula señala lo siguiente:
ASA Addendum to Subcontract (2005). 7. Backcharge Claims.
"No backcharge or claim of Customer for services shall be valid except by an agreement in writing by Subcontractor before the work is executed, except in the case of Subcontractor's failure to meet any requirement of the subcontract. In such event, Customer shall notify Subcontractor of such default, in writing, and allow Subcontractor reasonable time to correct any deficiency before incurring any costs chargeable to Subcontractor. No backcharge shall be valid unless billing is rendered no later than the 15th day of the month following the charge being incurred. Furthermore, any payments withheld under a claim of Subcontractor default shall be reasonably calculated to cover the anticipated liability and all remaining payment amounts not in dispute shall be promptly paid".

- La no retención de importes de pago no contingentes en virtud del evento generador de *back charge*.

Los criterios establecidos de los estándares internacionales anteriormente mencionados corroboran muchas de las características y funcionamiento de la figura que los convoca. Del mismo modo, estos criterios contribuyen en buena medida a la redacción de cláusulas de *back charge* equilibradas y razonables, por lo que deben ser tenidos en cuenta por los agentes económicos dedicados a operaciones constructivas.

7. Ejercicio irregular del *back charge*

Al tratarse de una prerrogativa de ejercicio unilateral, de autotutela y extrajudicial, el *back charge* podría ser aplicado de manera irregular por el comitente(55). Se trata de una aplicación ilegítima y, consecuentemente, nociva e indeseada. Empero, la casuística determina que no por ello sea una hipótesis poco frecuente, por lo que conviene examinarla con detenimiento, tarea a la que nos dedicaremos en el presente acápite.

Los diversos escenarios de irregularidad del *back charge* dependerán del plano del remedio en que se manifieste el defecto o patología de la categoría estudiada. Así, la irregularidad puede situarse en (i) el plano del supuesto de hecho o requisitos, (ii) el plano de los efectos en favor de la parte afectada y (iii) el plano de los límites a los derechos colocados a favor de la parte afectada.

Un primer supuesto de aplicación irregular del *back charge* se manifiesta cuando el comitente ejerce el remedio que nos convoca, pero lo hace sin que se hayan verificado sus requisitos y, por ende, el comitente carece de las prerrogativas consistentes en asumir la prestación y trasladar los costos al contratista. Denominaremos este escenario como aplicación irregular *stricto sensu*. En estos casos, al no haber surgido los derechos asociados al *back charge*, el comitente no podrá aplicarlo eficazmente o, lo que es similar, los negocios jurídicos mediante los que canaliza la supuesta invocación del derecho serán ineficaces.

Una ilustración podría ayudarnos a entender la aplicación irregular *stricto sensu* del *back charge*. El comitente "A" efectúa una observación infundada a la entrega de la obra ofrecida por el contratista "B". En realidad, no existe omisión ni incumplimiento alguno en el contratista que realiza la entrega. Por ende, "B" rechaza la observación con la presentación de la evidencia correspondiente y se niega a efectuar el trabajo supuestamente omitido. A consecuencia de ello, y tras iniciar el debido procedimiento, "A" emite dos negocios jurídicos en aplicación del *back charge*: (i) uno por el cual declara su decisión de encargar al tercero "X" la actividad requerida por "A" y (ii) otro por el cual traslada a "B" los costos del reemplazo, viabilizado mediante una deducción de USD $ 50,000 de sus pagos parciales.

En el presente caso, los dos negocios jurídicos que canalizan la aplicación del *back charge* son ineficaces, y, como consecuencia de ello, no modifican la relación contractual preexistente entre "A" y "B"(56).

A lo anterior, se debe agregar que la invocación irregular *stricto sensu* del *back charge* coloca al comitente en una situación de incumplimiento potencialmente múltiple. Por un lado, al declarar su decisión seria y final de vincularse con un tercero para ejecutar actividades que ya formaban parte del *scope* del contratista, el dueño de la obra estará violando el deber de no interferir con los trabajos del contratista, lo cual, bajo ciertas circunstancias agravantes, podría ser apreciado como un repudio del contrato.

Por otro lado, la aplicación irregular del *back charge* por el comitente podría colocar a aquel acreedor se halle en una situación de retención ilegal de sumas de dinero destinadas a su contraparte. Ello, naturalmente, afectará la liquidez y/o la planificación de recursos del contratista, lo que incluso podría obstaculizar el cumplimiento oportuno de otras obligaciones contractuales.

Se aprecia entonces que el ejercicio del *back charge* es una potencial arma de doble filo para el comitente y que previo a su invocación se precisa de un delicado análisis técnico-legal. Y es que si el remedio es ejercido y posteriormente los tribunales juzgan que no se configuró alguno de los

(55) El ejercicio disfuncional del *back charge* ha sido considerado como un indicio muy relevante para evaluar el desempeño general de los contratistas generales con relación a sus subcontratistas por cierto autor (Birrel, 1985, p. 249).

(56) Como se advierte, en este caso, el comitente desea lograr que su contratista ejecute trabajos fuera de su alcance, lo cual debió haberse canalizado a través del procedimiento de variaciones.

requisitos del remedio, hipótesis de aplicación irregular en sentido estricto, el comitente se hallará en incumplimiento contractual(57). Consecuentemente, se podría generar en cabeza de aquel acreedor el deber de compensar los daños y perjuicios. Además de ello, el incumplimiento explicitado del comitente podría ameritar una sentencia o laudo cesatorio, que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura (Isler, 2015, p. 146) o incluso la aplicación de remedios de *ultima ratio* como la resolución por incumplimiento. En suma, el comitente pasará de supuesta víctima del incumplimiento a incumplidor.

Diferentes a los defectos en el plano de los requisitos del *back charge* como remedio jurídico son las irregularidades presentes cuando el negocio jurídico portador del ejercicio del remedio transgreda los límites a los derechos nacidos en cabeza del comitente (segundo plano de relevancia de los remedios jurídicos)(58). Llamaremos a esta hipótesis aplicación *disfuncional* del *back charge*.

El caso más recurrente de aplicación *disfuncional* del *back charge* se presenta cuando el comitente ejerce el contenido del remedio contra la buena fe, y en particular contra sus actos propios, cuando pretenda beneficiarse de su propia negligencia o vulnerar la confianza legítima del contratista. Mención aparte de la aplicación *disfuncional* del *back charge* merece el caso en que el comitente pretende repercutir en el contratista gastos irrazonablemente elevados en la contratación del tercero sustituto o en la asunción interna de la corrección de la prestación defectuosa. Si el acreedor incurre en costos excesivos, éstos no serán trasladables en su integridad al contratista, es decir, serán trasladados solo en la medida de lo que resulte razonable(59).

8. Análisis del supuesto reconocimiento del *back charge* en el Código Civil peruano

El *back charge* no ha sido acogido en el derecho peruano o al menos no lo ha sido en la complejidad, sustantiva y procedimental, en la que ha sido esbozado en la praxis internacional. Nuestro legislador concibe escuetamente una figura en cierta medida afín: la ejecución por tercero a costa del deudor, prevista en el inciso 2 del artículo 1150 (Mallma, 2018, p. 27) (correspondiente a las obligaciones de hacer) y en el inciso 2 del artículo 1219 (correspondiente a los efectos de las obligaciones)(60).

La ejecución por tercero a expensas del deudor regulada en el Código Civil es un remedio que se enmarca en la tutela

(57) Los actos de colaboración del acreedor pueden calificar como una carga o como un deber o una obligación civil. En el primer caso, su incumplimiento estará gobernado por el artículo 1338 del Código Civil. En el segundo caso, será de aplicación el régimen del incumplimiento obligaciones. La doctrina más establecida (San Martín, 2011, pp. 323-324) entiende que califican como genuinos deberes contractuales (conductas legalmente exigibles) cuando (i) la colaboración del acreedor es necesaria para la satisfacción de intereses dignos de tutela del deudor obligacional o,(ii) cuando la inobservancia del acto de cooperación es capaz de generar daños al deudor obligacional. En este sentido, se ha explicado que los actos de colaboración del acreedor no cuentan con una naturaleza unitaria, sino dinámica. En efecto, dependerá de cada caso en concreto el determinar si se trata de una carga o de un deber o de una obligación civil. En esta línea, "en la mayoría de los casos la cooperación del acreedor se presentará como una 'carga' que éste debe llevar a cabo si quiere ver satisfecha la propia prestación, pero ella también puede presentarse como una obligación o bien como un 'deber secundario de conducta'. (…) sólo en algunos casos, la buena fe objetiva (que, por el contrario, rige todas y cada una de las obligaciones) impondrá al acreedor el "deber" de prestarse para ejecución de la prestación, en los demás casos este deber no nace y, por consiguiente, el acreedor no tiene sino una 'carga' de cooperación, exceptuados los casos en que ella haya sido elevada a obligación por los propios contratantes.(…) si la ejecución de la prestación mira al exclusivo beneficio del acreedor, sin que entren en juego los intereses del deudor, si de la falta de cooperación no se derivan perjuicios para el deudor, y, por último, ella no está expresamente establecida como una cláusula del contrato: será una 'carga'. (…) Ahora bien, si alguno de los supuestos enumerados llegase a faltar, podría entonces hablarse de una obligación, si está establecida en el contrato, o bien un deber secundario de conducta, si es impuesto por la buena fe contractual".
En suma, los actos de colaboración califican como obligaciones contractuales cuando su no realización afecte los intereses legítimos del deudor o le genere perjuicios. En tales circunstancias, la cooperación es debida por el titular (y legalmente exigible por la contraparte) y su inobservancia produce un incumplimiento contractual del acreedor.

(58) Recordemos que, en esta serie de casos, sí se configuran los derechos derivados del *back charge* en cabeza del comitente por haber concurrido los elementos del supuesto de hecho indispensables para tal efecto. Empero, en atención a razones externas a la operativa de dicho remedio, el comitente quedará impedido de ejercer los derechos subjetivos antes mencionados.

(59) En este orden de ideas, es posible señalar que el comitente tiene una carga de razonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas conferidas por el *back charge* si esta carga es omitida el costo incurrido se convertirá uno no reembolsable.

(60) La hipótesis regulada por nuestro legislador es distinta de que aquella contenida en el artículo 1149 (pago por tercero). En efecto, mientras en la primera la actividad del tercero es gestionada por el acreedor (titular de la iniciativa), en la hipótesis del artículo 1149, el tercero ejecuta la prestación ya sea de manera espontánea o bien por haber sido puesto por el deudor.

específica, la cual se encuentra dirigida en lograr que el acreedor obtenga la prestación originalmente debida en sus propios términos y tal como fuera negociada originalmente. Así, en sentido jurídico, cuando el acreedor acude a este remedio, está obrando para procurarse la prestación de una obligación fungible del deudor, desplazando la actividad de este último a la necesidad de pago de los gastos incurridos(61).

En cuanto a su ámbito de aplicación, las normas que disciplinan la ejecución por tercero a costa del deudor se aplican *prima facie* a prestaciones de hacer fungibles. En estas hipótesis, el acreedor normalmente puede, a bajos costos de transacción, acudir al mercado para procurarse la prestación de hacer por un tercero y a cuenta del deudor. Con ello, el acreedor verá satisfecho su interés crediticio(62) mediante la obtención de la actividad genérica comprometida por un deudor.

El reconocimiento operado por el legislador nacional a la ejecución por tercero a costa del deudor no es irrelevante, pues permite reafirmar dos consideraciones clave. En primer lugar, determina que el sistema civil peruano permite o, por lo menos, no considera en abstracto como ilícita a la estipulación del remedio en los contratos de obra. Y es que carecería de sentido entender que el derecho dispositivo incorpora a sus filas un remedio ilegal. Así, consideramos que esta nominación legislativa tiene un aspecto positivo, pues como se ha dicho, el uso razonable del *back charge* puede beneficiar la continuidad y culminación de determinado proyecto.

La segunda consideración que realizaremos a partir de las normas civiles previamente citadas es que éstas incorporan la ejecución por tercero a costa del deudor de manera supletoria, es decir, sin necesidad de que sea estipulada en mérito de la autonomía privada. En ese sentido, virtualmente, todos los contratos de obra, independientemente de su sofisticación, permitirán que la parte legitimada invoque este remedio.

Los remedios jurídicos supletorios o dispositivos hallan su razón de ser cuando son portadores de una regla equilibrada(63) o neutral, capaz de balancear los intereses en juego de las partes. Una regla contractual es neutral o equilibrada cuando su contenido resulta compatible con los criterios de asignación eficiente de riesgos, situación que (hipotéticamente) habría llevado a que los privados adopten aquella regla en una negociación a bajos costos de transacción(64), y cuando no resulta cuantitativamente desproporcionada(65).

Empero, por las razones que explicaremos posteriormente, la regulación supletoria del *back charge* en el Código Civil peruano no resulta eficiente. Asimismo, el acogimiento de dichas reglas por las partes de los contratos de construcción podría generar costos de transacción no menores, lo cual resulta contrario a su función.

(61) Cierto autor (Priori, 2004, p. 134) ha hallado la *ratio* del remedio disciplinado en el artículo 1150 inciso 2 en función a la satisfacción del interés del acreedor como finalidad global del nacimiento de la relación obligatoria. En ese sentido, para el autor nacional, aquel artículo "*encuentra explicación en la necesidad de que el acreedor reciba esta conducta con la cual verá satisfecho su interés, sin importar que la conducta sea realizada por el tercero, si con ello se satisface el interés del acreedor*".

(62) La relativa facilidad con la que cuenta el acreedor para obtener esta actividad podría ser determinante con ocasión a la aplicación de la mitigación de daños y del límite económico.

(63) Así, se ha señalado (De la Puente, 2007, p. 800) que la regulación dispositiva es una regulación ideal diseñada para velar supletoriamente por el equilibrio contractual criterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar una, y por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes, tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual.
En términos de Esser-Schmidt (citado por De la Puente, 2007, p. 798), las normas dispositivas vendrían a ser un "ordenamiento de reserva" "que a la vez que cubre el silencio de las partes, exterioriza la idea del legislador respecto de lo que él comprendería como una equivalencia de intereses o justifica particular del contrato".
Las normas imperativas, en cambio, buscan contrarrestar disfuncionalidades.

(64) En nuestro sistema, muchas de las normas supletorias cumplen idóneamente con la función de equilibrio de intereses. Empero, ello no siempre es así, tal como ocurre en los casos de las reglas de la mora del deudor y de la responsabilidad de los miembros de un consorcio (contrato asociativo) frente a los terceros con quienes se vinculan.

(65) Sin embargo, esto no resulta común en el Perú, pues difícilmente existen normas supletorias que se refieran a los elementos comerciales esenciales, como el *quantum* de las prestaciones intercambiadas. Un buen ejemplo de estas normas excepcionales se encuentra dado por el artículo 1767 del Código Civil, según el cual "[s]i no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados".

Los comentaristas al inciso 2 del artículo 1150 del Código Civil, o a sus homólogas en otros Códigos Civiles, suelen considerar que la sustitución del deudor por el tercero a expensas del deudor requiere de autorización judicial *ex ante* (Severín, 2016, p. 188; Manrique, 1999, pp. 35-36)(66).

Como podría resultar obvio para quienes están involucrados en proyectos de construcción, esta posición no considera una constatación práctica: la autorización previa del juez resulta incompatible con las necesidades de los propietarios y comitentes, sobre todo ante situaciones de urgencia y criticidad del programa. En estas circunstancias, la intervención judicial convertiría a la ejecución por tercero a costa del deudor en un remedio extemporáneo e inútil (Borda, 1994, p. 209; Mallma, 2018, p. 32); con ello, obligaría al acreedor a recurrir a otras vías que podrían resultar sub-óptimas, pero menos perjudiciales para los fines del proyecto que los mecanismos de solución de controversias.

Considerando ello, se ha propuesto entender que, si el acreedor se encuentra ante una situación de urgencia, no se requiere la autorización del juez para operar el remedio jurídico (Torres, 2014, p. 150). En jurisprudencia nacional, esta posición ha sido acogida por la Casación 278-98-Lima, conforme a la cual, para hacer una correcta interpretación del inciso 2 del artículo 1150, debe tenerse en cuenta dos situaciones:

> Primero, cuando no se trata de caso urgente debe obtenerse autorización judicial para la ejecución del hecho debido, en cuya hipótesis el costo del cumplimiento de la obligación podrá obtenerlo el acreedor bajo el concepto de gastos de la ejecución por otro, más la exigencia de un pago indemnizatorio, y segundo, cuando se da esa urgencia es posible prescindir del órgano jurisdiccional, para proceder por sí mismo o por un tercero, previa constitución en mora del deudor [énfasis agregado]. Actuar así es la segunda situación descrita permite al acreedor obtener una indemnización.

En el fondo, esta postura, que denominaremos flexible, respecto del contenido del inciso 2 del artículo 1150 supone la incorporación de un criterio no previsto en el Derecho positivo, la urgencia, para admitir la autotutela privada del comitente. Con todo, enarbolar esta postura implicaría ir contra la posición dominante y admitir que los remedios contractuales no son en la universalidad de casos, y salvo excepciones reguladas expresamente por el legislador, de actuación judicial.

Por nuestra parte, creemos resultaría factible plantear una interpretación *extrajudicializadora* de los remedios contenidos en los artículos 1150 inciso 2 del y 1219 inciso 2 Código Civil, siempre que se cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- La asunción de la prestación por comitente no suponga la aplicación de violencia alguna contra la persona del contratista.
- La asunción de la prestación por el comitente no lesione ni coloque en peligro de lesión la dignidad ni la esfera posesoria del contratista.
- Se le confiera un plazo de remediación al deudor y se le confiera el derecho a efectuar descargos.
- La aplicación de la ejecución del tercero por el contratista sea materia de control *ex-post* por un tercero imparcial.

Naturalmente, a los mencionados criterios estaría secundada por los límites para el ejercicio de cualquier remedio jurídico, tales como la buena fe.

(66) Esta conclusión se ha basado en tres consideraciones. En primer lugar, en el principio que prohíbe la autotutela privada salvo en los casos admitidos expresamente por el legislador. En segundo lugar, en la previsión de los códigos procesales respecto a normas de ejecución forzada de obligaciones de hacer. En tercer lugar, en la sola literalidad de las normas sustantiva y procesal. Lo último ocurre en el caso del Código Civil español en cuyo artículo 1098 emplea el verbo rector "mandar" ejecutar (Moreno, 1976, pp. 494-495) y con el artículo 630 del Código de Vélez Sársfield refiere a "ser autorizado". La última redacción citada también se encontraba presente en el artículo 1187 del Código Civil peruano de 1936, que rezaba de la siguiente manera:
Código Civil peruano de 1936. Artículo 1187.
Si el hecho pudiese ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor; y, en su defecto, solicitar daños y perjuicios.
Comentando el dispositivo citado, León Barandiarán (1956, p.59) considera que sus términos (...) eliminan toda duda, como se ha presentado en el derecho francés, acerca de la autorización para que el acto sea ejecutado: dicha autorización ha de verificarse por decisión judicial, no por mera determinación propia del acreedor.
El inciso 2 del artículo 1150 del Código Civil hoy en vigor no es así de claro, en tanto reemplaza la referencia a "ser autorizado" por "podrá exigir". Con todo, las lecturas que consideran que la referida posibilidad de exigir requiere necesariamente autorización jurisdiccional (Ledesma, 2008, 470) serían compatibles los artículos 706, 707 y 708 del Código Procesal Civil, los cuales dictaminan el proceso de ejecución de obligaciones de hacer.

La lectura propuesta es una que nos parece razonable y que, además, se encuentra respaldada en los remedios jurídicos que el legislador y/o la doctrina nacional reconocen expresamente como de actuación unilateral y extrajudicial. Nos referimos a remedios como la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de plazo, la resolución por intimación o por cláusula resolutoria expresa, la compensación, el desistimiento liberatorio en contratos a plazo indeterminado, la retroventa, entre muchos otros.

Con todo, debemos decir que no se ha llevado a cabo en nuestro país un análisis detallado sobre si el derecho regulado en el inciso 2 del artículo 1150 podría ser activado de forma extrajudicial aun fuera de los casos de urgencia. En ese sentido, creemos que las incertezas sobre la aplicación de esta figura reducen su valor y utilidad en los proyectos de construcción, situación que potencia la importancia de una regulación adecuada en los términos y condiciones del contrato de construcción.

9. Evaluación de la eventual responsabilidad del contratista por los incumplimientos del tercero reemplazante

Un aspecto relevante y complejo vinculado a la dinámica del *back charge* pasa por dilucidar si, además de la repercusión de costos, el contratista incumplidor asume alguna responsabilidad frente al comitente por la actividad efectivamente ejecutada por el tercero o por el propio comitente. Nos encontramos ante casos en los que el comitente o el prestador que reemplazan al deudor omiten cumplir con sus obligaciones o realizan una remediación defectuosa.

Cuando el comitente sea el sujeto activo de la remediación omitida o inexacta, el daño ocasionado a aquel acreedor no debe ser asumido por nadie más que éste, bajo el principio de la autorresponsabilidad, según el cual un agente económico debe absorber las consecuencias dañinas de su propio comportamiento. En estos casos, el comitente no podrá repercutir costo alguno en el contratista.

Más complejo es el caso en que el tercero reemplazante del contratista ejecuta incorrectamente los trabajos de subsanación a su cargo. Es preciso destacar que, si bien en estos casos el contratista no recae en ningún incumplimiento directo, tampoco habría surgido la necesidad de remediación si el contratista hubiese cumplido con sus obligaciones en un primer momento.

Opinamos que en el caso expuesto el contratista no debería asumir responsabilidad por el tercero incumplidor que se vincula con el comitente. En nuestro sistema legal, esta afirmación queda soportada por el hecho de que, en aquella hipótesis, no se configuran en cabeza del contratista incumplidor ninguno de los siguientes requisitos que lo hagan civilmente responsable frente al comitente:

- No está presente el nexo de causalidad, en tanto el incumplimiento originario contratista es una causa meramente natural, *conditio sine qua non*, del daño que le generó al comitente el incumplimiento del tercero(67). Dicho de otra manera, el incumplimiento del contratista no se habrá convertido en la causa jurídicamente relevante del daño engendrado en el comitente.
- No está presente el factor de atribución o criterio de imputación en cabeza del contratista. Y es que tercero remplazante no desenvuelve sus obligaciones en calidad de auxiliar o delegado del contratista incumplidor y ni siquiera fue elegido por este último, sino por el comitente. Conforme al artículo 1325 del Código Civil(68), el deudor (contratista originalmente incumplidor) sólo deberá responder por los hechos de los terceros de los que aquél "se vale", esto es, de aquellos que aquel ha elegido y ha decidido colocar a cargo de la actividad en cuestión. En ese sentido, dado que contratista no se valió ni le delegó actividades al tercero reemplazante(69), aquel no puede ser jurídicamente reputado como su principal, por lo que no será aplicable la norma citada.
- Al no configurarse criterio de imputación en cabeza del contratista, no existe justificación jurídica que le atribuya a éste la responsabilidad por los daños ocasionados por el tercero al comitente.

(67) Tan causa de este daño al comitente sería el incumplimiento del contratista como lo sería la propia celebración del contrato de obra.
(68) Código Civil. Artículo 1325.-
"El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario".
(69) En cambio, el tercero reemplazante terminó ejecutando la tarea por iniciativa del acreedor.

La regla por la cual el contratista no responde por los incumplimientos del tercero reemplazante es acogida por FIDIC, pues la subcláusula 11.4 del Libro Rojo señala que, ante la renuncia del contratista a reparar defectos posteriores a la recepción, el propietario tiene derecho a "llevar a cabo los trabajos o hacer que otros lo lleven a cabo (incluida cualquier repetición de pruebas), de la manera requerida en el Contrato y por cuenta del Contratista, pero el Contratista no tendrá responsabilidad por este trabajo".

Ahora bien, se discute sobre si, en mérito de su autonomía privada, las partes de contratos paritarios podrían asignar responsabilidad al contratista respecto a la actividad ejecutada inexactamente u omitida por el tercero.

A nuestro criterio, un pacto de esta naturaleza no sería *per se* inválido, pues no vulnera normas imperativas, normas de orden público ni las buenas costumbres. La posición que asumiría el contratista principal en caso se incorpore semejante pacto sería más cercana a la de un garante patrimonial (que promete y asume el riesgo por el hecho de tercero[70]) que a la posición típica de un deudor obligacional.

Con todo, un pacto que responsabilice al contratista por el incumplimiento del reemplazante elegido libremente por el comitente podría ser poco equilibrado o problemático, en tanto podría colocar el riesgo de incumplimiento de aquel tercero en cabeza de alguien que, como el contratista, cuenta con escasas o nulas probabilidades de prevenir el acaecimiento de aquel riesgo y/o de efectuar un adecuado control de daños.

En cambio, el pacto que asigne responsabilidad al contratista respecto a la actividad ejecutada inexactamente u omitida por el tercero podría ser más equilibrado, y hasta lógico, en ciertos casos. Esto podría ocurrir si en un proyecto específico el contratista (deudor principal) cuenta con posibilidades efectivas control, seguimiento y validación de la actividad del tercero reemplazante. Ello ocurrirá, solo a manera de ejemplo, si, por razones de supervisión, coordinación u otro rol previo asignado en una obra específica, el contratista se encuentra en posición de prevenir o reducir los costos del incumplimiento del tercero reemplazante.

10. Conclusiones

a) El *back charge* es un remedio jurídico voluntario, el cual se incorpora como cláusula en los contratos de construcción. Este remedio se aplica en caso de que el contratista recaiga en el detonante derivado de la verificación de ciertos requisitos (que giran en torno a su propio incumplimiento), frente a lo cual el comitente tiene los derechos de (i) asumir la realización de la actividad omitida o realizada inexactamente por el deudor mediante (a) la delegación de dicha actividad a un tercero contratado por el comitente o (b) ejecutar directamente dicha actividad; y, en uno u otro caso, posteriormente, (ii) trasladar al contratista los costos incurridos debido al curso de acción tomado. Por lo general, estos costos se transfieren a través de una compensación.

b) En su configuración internacional estándar, son requisitos configurativos del *back charge*:
   - La estipulación voluntaria del remedio jurídico.
   - El evento de incumplimiento del contratista.
   - Que el incumplimiento pueda ser remediado mediante una prestación fungible conforme al interés del acreedor.
   - Concesión de plazo razonable de remediación a favor del contratista.
   - Que el comitente afronte costos con ocasión a la sustitución del deudor.
   - Que se cumpla con el procedimiento contractual pre-establecido.

c) El contenido del *back charge* se sinteriza en dos derechos subjetivos que surgen en fases lógica y cronológicamente sucesivas:
   - En primer lugar, el derecho a obtener directa o indirectamente la prestación omitida o inexactamente ejecutada por el contratista. Esto implica que el comitente puede sustituir al contratista en la actividad no ejecutada, ya sea a través del vínculo con un tercero o a través de sus propios medios.

(70) Código Civil. Artículo 1470.-
"Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente".
Código Civil. Artículo 1471.-
"En cualquiera de los casos del Artículo 1470º, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero".

- En segundo lugar, el derecho a trasladar al contratista incumplidor los costos afrontados. Esta fase del remedio le confiere al comitente el poder de repercutir en el contratista los costos incurridos o por incurrir con ocasión al incumplimiento de este deudor. Esta posibilidad presupone que el acreedor opere una previa liquidación unilateral de la cuantía de los conceptos a repercutir en su contraparte. Si el contratista no cumple voluntariamente con el pago de los costos y gastos afrontados por el comitente, el comitente podrá obtener los referidos conceptos mediante una compensación con las deudas favorables al contratista (frecuentemente, los pagos parciales por progreso de trabajos) o de otras formas.

d) El remedio del *back charge* es un mecanismo de autotutela privada, extrajudicial, de ejercicio unilateral y que cuenta con una naturaleza adversarial. Como mecanismo de autotutela, le permite al sujeto activo (el comitente), al menos provisionalmente, resolver un conflicto intersubjetivo de intereses mediante la imposición unilateral del propio curso de acción como prevalente (por medios propios, esto es, sin la colaboración del Estado). Evidentemente, ello no impide que el contratista impugne posteriormente, a través de los mecanismos de solución de controversias, el ejercicio del *back charge* por su contraparte.
e) Desde la perspectiva empírica del comitente, el *back charge* es una herramienta de gestión contractual diseñada para salvaguardar el interés en alcanzar el resultado que se habría obtenido si el contratista hubiera cumplido adecuadamente sus obligaciones. No obstante, es importante considerar que la utilización del *back charge* también podría acarrear consecuencias nocivas para el propio comitente. Por un lado, la sustitución del contratista incumplidor en actividades rizomáticas podría ocasionar graves distorsiones en la asignación de riesgos y responsabilidades. Por otra parte, si la sustitución implica la manipulación de equipos con garantías de fábrica o de funcionamiento, ello podría ocasionar la automática extinción de dichas garantías en perjuicio del comitente.
f) Desde la perspectiva empírica del contratista, la aplicación del *back charge* podría resultar agresiva toda vez que afectará (en ocasiones sensiblemente) el cronograma de ingresos que el ejecutor de la obra tenía esperado percibir al desarrollar el proyecto. Ello ocurre sobre todo cuando el *back charge* permite la compensación. En esta coyuntura, el ejercicio del remedio podría aumentar los reclamos y controversias impulsadas por el contratista, que podrían enmascarar la búsqueda de financiamiento. Por ello, una actitud beligerante y poco colaborativa podría afectar la capacidad del contratista para culminar el proyecto y, en los casos más graves, podría determinar su insolvencia. Estas circunstancias repercutirán negativamente también en la posición del comitente, quien podría ver comprometido el logro de los propósitos del proyecto.
g) La aplicación irregular del *back charge* comprende dos escenarios. El primero se encuentra conformado por la aplicación irregular *stricto sensu*, hipótesis en la cual el comitente invoca el remedio sin que hubiesen concurrido previamente sus requisitos. En estos casos, al no contar con los derechos asociados a dicho remedio, el comitente no podrá aplicarlo eficazmente (o, lo que es similar, su aplicación será ineficaz) colocando al comitente en situación de incumplimiento eventualmente múltiple. El segundo escenario de aplicación irregular del *back charge* se encuentra conformado por el ejercicio disfuncional del remedio. En estos casos, el comitente pretende ejercer los derechos subjetivos contenidos en el remedio transgrediendo sus límites externos, pretensión que ha de devenir en ineficaz.
h) El Código Civil peruano no regula el remedio del *back charge* tal como es configurado en la praxis transaccional internacional de los contratos de construcción y servicios. Sin embargo, la regulación de las obligaciones de hacer del referido cuerpo normativo sí contempla una figura análoga: el cumplimiento por tercero a costa del deudor.
i) La regulación del Código Civil dedicada al cumplimiento por tercero a costa del deudor es incipiente e insuficiente, pues (i) no recoge la mayoría de aspectos esenciales del *back charge* ni su procedimiento de activación y (ii) no define si la aplicación del cumplimiento por tercero a costa del deudor requiere necesariamente autorización jurisdiccional o no. Salvo alguna mención a nivel jurisprudencial, la doctrina mayoritaria se inclina por requerir dicha autorización. Esta posición no considera una constatación práctica, ya que la autorización previa del tercero imparcial resulta incompatible con las necesidades de los propietarios y comitentes, sobre todo ante situaciones de urgencia y criticidad del programa. En estas circunstancias, la intervención judicial convertiría a la ejecución por tercero a costa del deudor en un remedio

inútil y, con ello, obligaría al acreedor a recurrir a otras vías que podrían resultar sub-óptimas.

j) Con ocasión a la remediación del incumplimiento del contratista por activación del *back charge*, el contratista incumplidor como regla no asume ni el riesgo ni la responsabilidad ni por los eventuales incumplimientos del tercero sustituto ni tampoco por los del comitente. En nuestro sistema legal, ello se deriva de la ausencia de configuración, en cabeza del contratista incumplidor, de nexo causal y del criterio de imputación respecto al incumplimiento del tercero y al daño. Sin embargo, las partes de contratos paritarios podrían estipular expresamente la atribución responsabilidad al contratista respecto a la actividad ejecutada por el tercero o por el propio comitente. Este pacto podría resultar razonable si, en el caso concreto, el contratista posee la capacidad de prevenir la verificación y/o consecuencias de los incumplimientos por parte de los eventuales reemplazantes.

Referencias bibliográficas

Ascarelli, T. (1963). O negócio indirecto. *Jornal do foro*, (27), 5-22.

Birrel, G. (1985). General Contractor's Management: How Subs Evaluate IT. *Journal of Construction Engineering and Management*, 111(3), 244-259.

Borda, G. (1994). *Manual de Obligaciones*. Perrot.

Cornejo, G. (1938). *Código Civil. Exposición sistemática y comentario (t.2)*, 1. Taller de Linotipia.

Cornell University. (2005). *Glossary of construction terms*. https://operations.fs.cornell.edu/info/ir_glossary.cfm [Visitado el 4 de julio de 2023].

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Transitoria. Casación No. 278-98-LIMA

Corte Suprema de Justicia de la República. IX Pleno Casatorio Civil (2017, 18 de enero).

Court of Appeal of California. Caso Great Western v. Roel Construction. September 5, 2008.

Court of Appeals of Tennessee. Caso McClain v. Kimbrough Const. Co. December 19, 1990.

Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region. Caso Xiamen Xinjingdi Group Co Ltd v. Eton Properties Limited. October 28, 2020.

Court of Queen's Bench of Alberta. Caso Impact Painting Ltd v Man-Shield (Alta) Construction Inc. May 28, 2019.

De la Puente, M. (2007). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil* (3). Palestra.

Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas.

Duncan Wallace, I. (1995). *Hudson's Building and Engineering Contracts. Including the Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors. 1*, Sweet & Maxwell.

Fernandez, G. (2015). Tutela y remedios: la indemnización. Entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. En *Reflexiones en torno al Derecho Civil*, *385-404*. Ius Et Veritas.

Ferrero, R. (2004). *Curso de derecho de obligaciones*. Grijley.

Ferroni, L. (1983). *Obblighi di fare ed eseguibilità*. ESI.

FIDIC. (2017). *Conditions of contract for construction*. FIDIC.

Isler, E. (2015). Cargos en tarjeta de crédito no autorizados por el consumidor. Comentario de Una sentencia. *Ars Boni et Aequi*, 11(1), 137-153.

Kim, J., & Jun, D. (2021). *Back charges in construction practice*. International Bar Association.

Kim, Y. J., & Skibniewski, M. J. (2020). Cash and claim: Data-based inverse relationships between liquidity and claims in the construction industry. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction,* 12(3).

Kisi, K. P., Kayastha, R., & Shrestha, P. P. (2020). Back charges in construction contract: Case study of airport project. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 12(3).

La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). *Teoría del Conflicto y Mecanismos de Solución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil (t. 3)*. Gaceta Jurídica.

León Barandiarán, J. (1956). *Comentarios al Código Civil peruano (t.2)*. Ediar.

Llambías, J. (1970). *Tratado de Derecho Civil*. Perrot.

Mallma, P. (2018). *El Back Charge en los Contratos De Construcción. Aproximación a las facultades y límites legales del comitente para intervenir y modificar los derechos y obligaciones del contratista en los contratos de construcción privados* [Trabajo de investigación para optar el grado académico de Magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Mallma, P. (2023). El Back Charge en los Contratos de Construcción. *Infoconstrucción*, 3, 40-45.

Manrique de Lara, J. (1999). *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer.* [Tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria].

Momberg Uribe, R., & Vidal Olivares, A. (2018). El límite económico al cumplimiento de contrato Desde la excesiva onerosidad sobrevenida a los costos excesivos del cumplimiento específico. *Vniversitas*, 137.

Monroy, J. (2017). *Temas de derecho procesal, 2*. Communitas.

Monroy, J. (2014). La ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el siglo del vértigo. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 5(1).

Moreno, B. (1976). Problemática de las obligaciones de hacer. *Revista de Derecho Privado*, 60(6), 467-502.

Nec. (2017). *Nec 4. Engineering and Construction Contract*. Nec.

Norris, P. (2018). Scope of Permissible Backcharges on a Construction Contract. *National Law Review,* 8(179).

Petersen, K. (2017). *Estado actual de los remedios contractuales frente al incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile].

Priori, G. (2004). Reflexiones en torno al Artículo 1219 del Código Civil. *Foro Jurídico*, (2), 132-137.

Priori, G. (2012). La tutela del derecho de crédito. En R. Morales & G. Priori (Eds.), *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo* (pp. 535–541). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento. [Y cómo sustentar expedientes]*. Grupo Editorial Lex & Iuris.

Rodríguez, J. (2021). El derecho a la subsanación del incumplimiento como mecanismo que contribuye al equilibrio de la posesión del deudor y del acreedor: análisis a partir de algunos modelos del derecho comparado. En C. Chinchilla & M. Grondona (Eds.), *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales* (pp. 359). Universidad Externado de Colombia.

Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.

San Martín, L. (2018). El límite económico como manifestación del principio de mitigación. En A. Vidal & R. Momberg (Eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato.* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Severin, G. (2016). El cumplimiento específico de los contratos de servicio en el derecho español: perspectivas sustantiva y procesal. *Revista de Derecho Privado,* (30), 171–219.

Smith, H. (2006). Modularity in Contracts: Boilerplate and information flow. *Michigan Law Review*, 104(5), 1175-1222.

Tennessee Code (2021). *Justicia Us Law*. https://law.justia.com/codes/tennessee/2021/ [Visitado el 4 de julio de 2023].

The Supreme Court of The United Kingdom- UKSC 17. Caso Braganza v. BP Shipping Limited and another. 8 March 2015.

Torrente, A., & Schlesinger, P. (2019). *Manuale Di diritto privato*. Giuffrè Editore.

Torres, A. (2014). *Teoría General de las Obligaciones*, (2). Instituto Pacífico.

Treitel, G. (2011). Remedies for breach contract: A comparative Account. Oxford University Press.

Unidroit. (2016). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*.

Vidal, A. (2011). EL INCUMPLIMIENTO Y LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS ESPAÑOL. *Revista chilena de derecho privado,* (16), 243-302.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.009

Contratos Estándares Internacionales de Construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de Contrataciones del Estado(*)

International Standard Construction Contracts: Notes for an eventual regulation of these models in the State Contracting regulations

Juan Carlos Medina Flores(**)
Estudio Echecopar (Lima, Perú)

Resumen: A raíz de la fama que están adquiriendo los contratos entre Estados celebrados por diferentes entidades públicas peruanas, mediante los cuales un Estado extranjero presta el servicio de asistencia técnica especializada en la ejecución de importantes proyectos de infraestructura de diversa índole, como los Juegos Panamericanos, las obras de la Reconstrucción con Cambios, el Aeropuerto Internacional de Chinchero, las escuelas bicentenario, el Estado peruano viene buscando la implementación de las diferentes herramientas usadas en la ejecución de estos proyectos en la normativa nacional. Dentro de estas herramientas, una de las que más fama ha obtenido en los últimos años son los Contratos Estándares Internacionales de Construcción.

De esta manera, ya existe normativa nacional que recoge estos modelos de contrato y los pone a disposición de ciertas entidades para que los utilicen para la ejecución de proyectos de infraestructura. Asimismo, los últimos proyectos de ley de contrataciones del Estado (que no han sido aprobados) muestran la tendencia del gobierno de regular a los contratos estándares internacionales de construcción para la ejecución de obras públicas. En este artículo, busco explicar qué son los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, reseñar cómo se han venido utilizando en el Perú y aportar a la discusión sobre la conveniencia de implementar estos modelos contractuales con carácter general en las obras públicas y qué elementos deben ser tomados en cuenta para ello.

Palabras Clave: Contratación Pública - Contratos Estándares Internacionales de Construcción - Contratos de Gobierno a Gobierno - Obras públicas

Abstract: As a result of the exposition that Government-to-Govermnet contracts entered into by different Peruvian entities are acquiring, through which a foreign State has been providing specialized technical assistance to the Peruvian State for the execution of important infrastructure projects, such as the Pan American Games, the works of the Reconstruction with Changes, the Chinchero International Airport, the bicentennial schools; the Peruvian State has been seeking the implementation of the different tools used in the execution of these projects in the Peruvian Procurement regulations. Among these tools, one of the most famous in recent years is the international construction standard contracts.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 16 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 3 de julio de 2023.

(**) Abogado por la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú). Máster en Contratación Pública y estudios de postgrado en Derecho de la construcción, Derecho Corporativo, Arbitraje y Dispute Boards. Docente de postgrado en la Universidad ESAN. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción, así como de la Dispute Resolution Board Fundation. Presidente de la Comisión de Contrataciones del Estado y Derecho de la construcción de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado Principal del Estudio Echecopar, asociado a Baker & Mckenzie International. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1887-2619. Correo electrónico: juancarlos.medina@bakermckenzie.com.

Thus, there are already national regulations that collect these contract models and make them available to certain entities to be used for the execution of infrastructure projects. Likewise, the latest government procurement bills (which have not been approved), show the government's tendency to regulate international standard construction contracts for the execution of public works. In this article, I seek to explain what international standard construction contracts are, outline how they have been used in Peru and contribute to the discussion on the convenience of implementing these contractual models generally in public works and what elements should be considered for this purpose.

Keywords: Public procurement - International Construction Contracts - Government-to-Government Contracts - Public works

1. Introducción

El gobierno está apostando por incorporar los Contratos Estándares Internacionales de Construcción dentro de la normativa nacional. No obstante, considero que este tema no ha sido analizado ni discutido a profundidad, a fin de tener certeza respecto de la conveniencia de adoptar estos modelos contractuales y qué criterios deben seguirse para ello.

En la práctica, advierto que aún existen confusiones respecto de la naturaleza y concepto de este tipo de contratos. Existe aún la creencia de que el Perú ha usado Modelos Estándares Internacionales de Construcción para contratar con otros Estados (G2G), que todos los contratos estándares son colaborativos y que los contratos estándares necesariamente tienen que estar relacionados con los contratos de Gobierno a Gobierno. Incluso, se define a los contratos estándares usando conceptos relacionados a un modelo en particular (normalmente FIDIC o NEC).

En este escenario, el propósito de este artículo es desarrollar algunos aspectos esenciales que permitan entender estos modelos contractuales y que sirvan como punto de partida para analizar su eventual implementación de estos en las obras públicas con carácter general si esa es la opción que adopta el estado peruano.

2. Contratos Estándares Internacionales de Construcción

2.1. Concepto

En la industria de la construcción, existen diversos contratos estándares internacionales. Estos son modelos o formatos de contrato creados por diferentes organizaciones para simplificar la contratación en esta industria, reduciendo así los costos de transacción y facilitando la ejecución de proyectos. En este contexto, Brekoulakis y Thomas (2017) han señalado lo siguiente:

> La globalización requiere la optimización en la asignación de recursos y la facilitación del comercio internacional. Los contratos estándares son usados en cada industria para ayudar en reducir costos, así como tienen una larga historia de uso en la industria de la construcción. Estos contratos ayudan a reducir los costos de transacción y brindan claridad y consistencia a las cláusulas.

Asimismo, Rodríguez se ha pronunciado respecto del fenómeno de la proliferación de contratos estándares en la industria de la construcción, señalando lo siguiente:

> Los modelos contractuales estandarizados se presentan, asimismo, como un uso del comercio en el ámbito de la ingeniería o construcción, pues se trata de uno de los sectores de la industria en que más se ha desarrollado la elaboración de contratos modelo. Ese proceso mediante el cual se utilizan los contratos modelo elaborados por diferentes instituciones de reconocida reputación en el ámbito internacional se ha complementado con un proceso de interpretación sistemática que de esos contratos ha seguido la jurisprudencia arbitral y en especial la proveniente de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitramento Internacional de Londres. De manera tal que la práctica internacional referida al uso de esos modelos se encuentra plenamente reforzada por los diferentes pronunciamientos que se han hecho vía interpretación de los referidos modelos, todo lo cual genera una mayor certeza respecto de la interpretación de un referido término contractual utilizado por las partes (2006, p. 9).

De esta manera, existen diferentes contratos estándares de construcción, cada uno con sus propias características, filosofía y herramientas particulares. Entre los más conocidos, se encuentran los contratos NEC, FIDIC, FAC-1, ENNA, JCT, PPC2000, entre otros. Cada uno de estos modelos tienen un acercamiento particular a la ejecución de proyectos de construcción, pudiendo ser más o menos colaborativos. Además, las familias de contratos estándares, como FIDIC y NEC, comprenden diversos modelos para atender

las diferentes necesidades de la industria de la construcción. Así, por ejemplo, los contratos NEC tienen modelos para obras, servicios y bienes, relacionados con un proyecto de construcción. También tienen modelos de subcontratos, versiones cortas o simplificadas de sus modelos contractuales, contrato para adjudicadores, contrato de alianza, entre otros.

Dicho lo anterior, resulta importante desarrollar el concepto y naturaleza de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, toda vez que aún existe en el mercado nacional falta de claridad sobre este aspecto. En el ámbito peruano, se suele pensar que todos los contratos estándares son contratos colaborativos; existen dudas respecto de la normativa aplicable a estos contratos (a veces se piensan que estos constituyen normas o se rigen por una norma especial) o respecto de los reguladores de estos tipos de contratos. Incluso, algunos afirman que, al ser internacionales, estos modelos están por encima de la normativa nacional.

En realidad, en términos generales, los Contratos Estándares Internacionales de Construcción son modelos de contrato. Son proformas de contrato especialmente ideadas para la industria de la construcción, que pueden ser modificados a gusto de las partes contratantes. De esta manera, tratándose únicamente de modelos, formatos o proformas, no constituyen normas jurídicas ni pueden anteponerse a la aplicación de una norma imperativa de nuestro país. Claro está, existe la posibilidad de que se emitan normas que expresamente recojan el uso de estos contratos, dotándolos de cobertura legal.

En relación con lo anterior, Powell (2016) ha señalado que "un modelo de contrato estándar no es más que un conjunto de condiciones previamente acordadas y publicadas para las actividades relacionadas con un tipo de proyectos, en nuestro caso, dentro del sector de la construcción".

2.2. Principales características

En el mercado, existen diferentes modelos de contrato. Varias empresas utilizan sus propios modelos de contrato para sus relaciones con proveedores. Incluso, las bases estándar para procedimientos de selección aprobadas por el OSCE contienen proformas de contrato. Ante ello, cabe preguntarse: ¿Qué tienen de especial los Contratos Estándares Internacionales de Construcción para que se discuta tanto sobre su uso o incorporación a la normativa nacional? Si bien se trata, en términos generales, de modelos de contrato, estos tienen determinadas características importantes, dadas por la intención con la que son concebidos y su uso extendido, que le otorgan una serie de ventajas frente a otros modelos de contrato o contratos confeccionados para un negocio en particular.

De acuerdo con Rameezdeen y Rodrigo (2005, pp. 31-40), los beneficios de usar contratos estándares internacionales en la industria de la construcción son los siguientes:

- Pueden ser usados para varios tipos de proyectos y requerimientos del cliente.
- Recogen prácticas de la industria y costumbres.
- Las partes se sienten cómodas con el hecho de que se trate de un modelo probado por un largo tiempo.
- Distribución de riesgos justa entre las partes.
- El precio del contrato suele ser menor dado que los contratistas no tienen que cotizar los riesgos adicionales asociados con la interpretación del contrato.
- Los costos de transacción en la negociación del contrato son reducidos.

A continuación, algunos apuntes sobre las principales ventajas de los contratos estándares de construcción:

2.2.1. Reducen los costos de transacción

Estos modelos estándares, al tener cláusulas conocidas en la industria de la construcción, facilitan la negociación del contrato, toda vez que las partes conocen el contenido y sentido de las cláusulas o pueden encontrar información sobre estos. De tal manera, se pueden concentrar únicamente en la negociación de las condiciones particulares del contrato a fin de adaptar el mismo al proyecto particular que van a ejecutar.

Sobre esta ventaja, en otro trabajo, he indicado lo siguiente:

> En el ámbito de la construcción se han desarrollado diferentes modelos de contratos internacionales que simplifican la coordinación de las relaciones entre las partes involucradas, disminuyendo significativamente la pérdida de recursos que implica la extensa negociación de todos los aspectos del contrato y permitiendo el impulso de la dinámica del sector (Medina, 2019, p. 115).

Claro está, tal ventaja se presenta cuando se elige un modelo estándar respecto del cual ambas partes conocen y tienen experiencia en su uso, para que de esta manera tengan la seguridad de que las cláusulas que están pactando se ajustan a sus necesidades. Así, una vez que las partes elijan el modelo que mejor se ajuste a sus necesidades y que les genere confianza y familiaridad, habrán tenido

un gran avance en la negociación del contrato, procediendo a discutir únicamente las condiciones particulares del contrato para moldearlo al proyecto.

En suma, el solo hecho de tener cláusulas previamente redactadas, adaptadas a la industria de la construcción y, en específico, al tipo de proyecto o negocio que las partes desean ejecutar, es un importante avance en la negociación de un contrato.

2.2.2. Existe doctrina y jurisprudencia internacional

Al tratarse de modelos contractuales usados alrededor del mundo, en diferentes tipos de proyecto y en múltiples transacciones, son objeto de estudio por autores en diferentes jurisdicciones. Así, existe doctrina disponible sobre los modelos de contrato más usados, la cual puede ser consultada para comprender el sentido de sus cláusulas y qué uso se les ha dado otros proyectos. Además, muchos de estos contratos vienen acompañados de guías de uso que facilitan la comprensión de los términos o disposiciones de estos, con ejemplos de uso y formatos sugeridos.

Asimismo, existen resoluciones judiciales o laudos arbitrales mediante los cuales, en casos concretos, se ha analizado la aplicación de las cláusulas de estos modelos contractuales, lo que ayuda a aportar mayores luces respecto de su utilidad. Mientras más uso tiene un contrato estándar en diferentes jurisdicciones, más información sobre el mismo se puede obtener. Incluso, existen trabajos que comparan los diferentes modelos estandarizados para simplificar la tarea de elegir el contrato adecuado para el proyecto que se va a ejecutar.

2.2.3. Recogen la experiencia en la industria de la construcción y se actualizan regularmente

Estos modelos contractuales son elaborados por expertos en la industria de la construcción, donde recogen sus experiencias en diferentes proyectos y los avances de esta industria. Así, estos contratos no están elaborados tomando en consideración únicamente los intereses de una de las partes y pensando en futuras controversias, sino que incorporan disposiciones que buscan generar eficiencias en la ejecución de los proyectos. Además, estos contratos suelen actualizarse para recoger las innovaciones de la industria de la construcción, ya sea para incorporar nuevos modelos de contratos, incorporar nuevas cláusulas acordes con las nuevas tendencias en la materia o modificar sus cláusulas para tener procedimientos más claros que permitan una eficiente gestión del contrato.

Sobre este punto, Charett (2021) señala lo siguiente:

> La mayoría de los contratos estándar son el resultado de un proceso de evolución, en el que las sucesivas ediciones toman en cuenta la experiencia operacional previa y las dificultades de interpretación o implementación que han sido identificadas por cortes o cambios en la legislación relevante (…). Parte de la evolución de los contratos estándares en los últimos 20 o 30 años ha sido el reconocimiento de que los distintos tipos de contratos de construcción tienen requisitos claramente diferentes, y que los contratos tipo deben prepararse en consecuencia. La gama de opciones de contratación que se utilizan actualmente en los grandes proyectos exige una mayor variedad de disposiciones contractuales que las que ofrece un único contrato tipo. Mientras que en el pasado se solía utilizar un único contrato tipo para las obras de construcción, la experiencia de los proyectos ha demostrado los escollos de utilizar un contrato tipo en circunstancias para las que no fue diseñado.

Por ejemplo, la familia de contratos NEC se encuentra en constante actualización. Actualmente, tales contratos van por su versión NEC4, que incorpora nuevos tipos de contrato, como el *Design-Build-Operate contract* o el reciente *Facilities Management contract*, y nuevas cláusulas opcionales, como la de modelamiento digital o el involucramiento temprano del contratista. En adición a esto, ha mejorado algunas de sus disposiciones, como las cláusulas de pago y cierre del contrato.

2.2.4. Flexibilidad normativa

Estos modelos contractuales tienen una redacción que se desliga de referencias a normas específicas, a fin de que puedan ser utilizados en distintas jurisdicciones alrededor del mundo y para distintos tipos de proyectos. No obstante, debe tenerse presente que, si bien estos contratos buscan su flexibilidad de uso, esta intención no puede concretarse totalmente, por lo que resulta necesario, cuando se elige un modelo, analizar su compatibilidad con la regulación nacional. Esto se debe a que podría existir una colisión entre sus provisiones y las normas imperativas del lugar donde se vaya a usar. Como se indicó anteriormente, los contratos estándares son modelos de contrato, no son normas (podrían, eventualmente, ser recogidos con carácter obligatorio por alguna norma nacional), por lo que, si estos contravienen normas imperativas, podrían incurrir en causales de nulidad.

Por ejemplo, algunos modelos permiten limitar o excluir la responsabilidad de las partes. Incluso, por dolo o culpa inexcusable, incluyen plazos de caducidad distintos a los previstos en la ley, o tienen cláusulas de resolución por incumplimiento que establecen un procedimiento expeditivo con breves plazos de preaviso. En estos casos, las cláusulas estándares de los modelos elegidos pueden contravenir normas de orden público peruanas, generando nulidades y, por tanto, controversias entre las partes. En caso el modelo elegido contenga disposiciones que colisionen con normas obligatorias peruanas, para su correcta adopción, debe realizarse la modificación de las cláusulas correspondientes para evitar futuras complicaciones.

De otro lado, debe tenerse presente que un mismo modelo de contrato puede tener diferente aplicación en dos jurisdicciones distintas, sobre todo cuando la terminología empleada tiene una interpretación diferente. Sobre este punto, Bailey (2016) ha señalado lo siguiente:

> Especialmente en el ámbito de la contratación internacional, el significado o la aplicación de un determinado contrato estándar en virtud de una ley (por ejemplo, un contrato FIDIC, tal como se interpreta en virtud de la ley inglesa) puede ser diferente en virtud de las leyes de un sistema jurídico diferente.

De esta manera, los términos, como rescisiones, daños por demora, penalidades, garantías, entre otros, pueden tener un contenido jurídico distinto en diferentes jurisdicciones. Sin desmerecer las ventajas anotadas anteriormente, existen también desventajas o dificultades en el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción que deben ser valoradas por las partes que los celebran.

Existen modelos, como los NEC, de uso en Perú, que no tienen una versión oficial en español, por lo que su uso requiere de una traducción previa en la que pueden, como de hecho ocurre, existir deficiencias en la interpretación del contrato. Muchas veces las traducciones terminan alterando el sentido de las cláusulas, ya sea porque se dio a una palabra un significado distinto al previsto en el contrato o porque un término del contrato en su idioma original no tiene un término equivalente en el idioma elegido por las partes. Así, los contratos NEC usados en el Perú contienen defectos de traducción, lo cual ocasionó, por ejemplo, que en algunos casos las partes no comprendieran debidamente el procedimiento de evento compensable y las diferentes etapas de este.

Sobre este punto, De Almagro y Klee (2017) señalan lo siguiente:

> Cuando se utilicen contratos FIDIC en algunos sistemas continentales y se establece que la ley aplicable al contrato será la de un país del Civil Law, como es el caso de Rumania, donde se utilizan mucho los FIDIC, los tribunales deberán analizar en detalle los antecedentes lingüísticos de cada cláusulas con la finalidad de evitar ambigüedades, imprecisiones o malas interpretaciones, por todo ello, es fundamental que las traducciones de estos documentos proporcionen la mayor precisión posible.

Además, cuando se elige un modelo de contrato que no es conocido por el mercado, la procura de posibles contratistas puede complicarse, porque los posibles postores se sentirán inseguros de suscribir un modelo de contrato totalmente nuevo, que puede generarles riesgos de incurrir en incumplimiento o no ejercer oportunamente sus derechos. Esto conllevará a reducir el mercado de empresas con interés de celebrar el contrato o incrementará los costos de las ofertas.

Conforme a lo desarrollado líneas arriba, existe el riesgo de que algunas cláusulas del modelo de contrato elegido sean nulas al ser contrarias a las normas imperativas de nuestro país, dejando desprotegida a alguna de las partes y alterándose el equilibrio de riesgos del contrato. En general, si las partes deciden usar un modelo de contrato guiados por su prestigio y reconocida utilidad en la industria de la construcción, pero no lo comprenden y no tienen experiencia en el mismo, podrían terminar empleando mal el modelo o teniendo diferentes controversias respecto de su correcta interpretación, lo cual puede resultar contraproducente y generar mayores costos.

De esta manera, los Contratos Estándares Internacionales de Construcción han surgido con la finalidad de coadyuvar a la simplificación de las transacciones en la industria de la construcción, generando confianza en las partes que eligen estos modelos contractuales en los que las cláusulas que pactan han sido elaboradas por expertos. Sin embargo, estos no se encuentran libres de desventajas o complicaciones en su uso, las cuales deben ser sopesadas por las partes.

3. La referencia a contratos estándares en la normativa nacional

Como se mencionó anteriormente, en Perú existe una tendencia actual que busca recoger

a los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en la normativa nacional, en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, el numeral 212.1 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 344-2018-EF, contiene una referencia a la aplicación de estos modelos para los contratos que incluyen obligaciones de diseño y construcción de obras públicas:

> 212.1. Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; así como las empresas bajo el ámbito de FONAFE pueden contratar obras que incluyan el diseño y construcción a través de las modalidades llave en mano que incluye el expediente técnico de obra, o concurso oferta, según corresponda (…).
>
> 212.2. Mediante Directiva el OSCE regula disposiciones complementarias para la aplicación de estas modalidades, las que pueden incluir la posibilidad de utilizar modelos contractuales de uso estándar internacional.

Cabe anotar que, hasta la fecha, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) no ha emitido la directiva que permita el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en las obras públicas nacionales.

De igual forma, el Decreto de Urgencia 021-2020, que creó a los Proyectos Especiales de Inversión Pública, otorgó a estos proyectos especiales la posibilidad de utilizar Contratos Estándares Internacionales de Construcción como una herramienta para lograr la eficiencia en la ejecución de importantes proyectos de inversión pública, conforme se aprecia a continuación:

> Artículo 7. Modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional
>
> 7.1 Autorízase a los proyectos especiales de inversión pública la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional, exceptuándose en dichos casos de la aplicación de las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

De esta manera, como parte del nuevo modelo de ejecución de inversiones regulado por el referido Decreto de Urgencia, los Proyectos Especiales de Inversión Pública están habilitados para utilizar Contratos Estándares Internacionales de Construcción, en cuyo caso no aplicarán la normativa de contrataciones del Estado. Además, el numeral 3 de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia define a los Contratos Estándares de Construcción de la siguiente manera:

> Formas contractuales estándar, guías, y otra documentación de uso general en el mercado de la construcción que utilizan terminología y condiciones expresadas de una manera simple y clara, las cuales son creadas y actualizadas por organizaciones internacionales especializadas, con la finalidad de que los modelos contractuales se encuentren acordes a las necesidades de la industria de la construcción. Los contratos estandarizados más comunes son los New Engineering Contract (NEC), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) y Engineering Advancement Association of Japan (ENAA).

De igual forma, en proyectos de ley que regulan la ejecución de proyectos de inversión pública se viene previendo el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción como una herramienta para generar eficiencia en la gestión de estos proyectos.

Así, por ejemplo, el artículo 47 del último Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, cuya publicación se dispuso mediante Resolución Ministerial 316-2022-EF/54, ha otorgado a las Entidades del Estado la posibilidad de utilizar Contratos Estándares Internacionales de Construcción para la contratación de consultoría y ejecución de obras públicas:

> (…) 47.2 Para el caso de consultoría de obras y obras, las Entidades Contratantes pueden utilizar contratos estandarizados de ingeniería y construcción, siempre que así lo determine la estrategia de contratación. Asimismo, pueden utilizar la metodología de ejecución que permite iniciar los trabajos de construcción sin contar con el diseño de ingeniería completo.

De esta forma, previa determinación de la estrategia de contratación a seguir, que implica la elección sistema de entrega de proyectos que mejor se ajuste a la obra a ejecutar, las Entidades pueden elegir un contrato estándar para relacionarse con el proveedor que ejecutará el servicio de consultoría obra o ejecutará la obra.

Adicionalmente, el Proyecto de Ley mencionado contiene diferentes disposiciones que aplicarán de manera especial a las contrataciones que se realicen empleando Contratos Estándares Internacionales de

Construcción. Así, por ejemplo, el artículo 47.3 de la propuesta establece que, cuando estos contratos establezcan que el incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones sobre el plazo y el monto del contrato es sancionado con la pérdida del derecho a modificarlos, o con el no reconocimiento de la reclamación, el referido plazo es considerado uno de caducidad. Sobre este extremo, preocupa que una figura extintiva como la "caducidad" de derechos, sea librada al modelo de contrato que se elija. Esto podría ocasionar que en la práctica, para diferentes obras con semejantes características, existan plazos de caducidad diferenciados.

De igual manera, el artículo 52.4 del Proyecto de Ley establece que el reglamento establecerá las condiciones y procedimientos para resolver los contratos, siendo que, en el caso de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción, regirá lo establecido en el modelo elegido. Nuevamente, la legislación propuesta deriva al modelo de contrato elegido el mecanismo para resolver el contrato, estableciendo un trato diferenciado entre diferentes proyectos y contratistas. En el mismo sentido, el artículo 64 de la propuesta legislativa señala lo siguiente:

> En el caso de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción, la Entidad Contratante puede optar por los medios de solución de controversias que en ellos se contemplen, los cuales se regulan según lo expresado en las cláusulas pertinentes en el propio contrato. En caso no incluyan una cláusula que exprese que la decisión final es vinculante para las partes, la Entidad Contratante propone una cláusula particular o modificatoria para regularlos en ese sentido.

Al igual que lo comentado anteriormente, no advierto justificación válida para que se establezcan diferentes mecanismos de solución de controversias para obras públicas, basándose únicamente en el modelo de contrato elegido. Además, existen diferentes modelos de contrato en el mundo, que recogen distintos mecanismos de solución de controversias. ¿Estos mecanismos resultarán aplicables por el solo hecho de estar recogidos en un modelo de contrato? Entiendo que, en caso se apruebe el referido Proyecto de Ley, el reglamento regulará con mayor detalle las reglas para el uso de estos contratos estándares para acotar, por ejemplo, qué mecanismos de solución de controversias resultarán aplicables e incluso cuáles son los modelos contractuales que las Entidades podrán elegir, a fin de evitar la coexistencia en el mercado de compras públicas de múltiples modelos contractuales sin mayor predictibilidad.

Recientemente, el artículo 11 del Proyecto de Ley que propone la creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura regula la posibilidad de que esta Entidad emplee Contratos Estándares Internacionales de Construcción como herramienta para la gestión eficiente de los proyectos que estarán a su cargo, en cuyo caso estará exceptuada de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme se aprecia a continuación:

> 11.1 Se autoriza a la Autoridad la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional, exceptuándose en dichos casos de la aplicación de las disposiciones de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, o normas que la sustituyan.

De manera muy parecida a lo establecido en el Decreto de Urgencia 021-2020, la exposición de motivos de este Proyecto de Ley señala que estos son "modelos de contratos internacionales creados por instituciones especializadas, que permiten simplificar las relaciones entre las partes disminuyendo el costo de la negociación en la ejecución del contrato, mediante un lenguaje sencillo y dinámico".

Como vemos, en Perú, en las recientes normas o proyectos de ley, se viene recogiendo la posibilidad de emplear Contratos Estándares Internacionales de Construcción para la ejecución de obras públicas. Sin embargo, esta regulación aún es general y no contiene el detalle suficiente para comprender las condiciones para su uso ni las adaptaciones que tendrán que hacerse a los mismos para su correcta ejecución.

Existe una tendencia a considerar que la solución a los defectos de la obra pública nacional, como los retrasos o paralizaciones, las deficiencias de los expedientes técnicos, la corrupción, las múltiples controversias, la falta de transparencia y la poca colaboración de las partes se va a solucionar mediante la adopción de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, por lo que se está impulsando la implementación de estos modelos en la normativa nacional. Si bien estos modelos contractuales ofrecen múltiples ventajas, como las que han sido destacadas anteriormente en este artículo, es importante que se entienda que los primeros son herramientas que, bien empleadas, coadyuvan al éxito del proyecto, pero no lo garantizan por sí solos. Además, como existen cientos de contratos

estándares internacionales en el mundo, es necesario determinar qué contratos interesan para el mercado de compras públicas peruano y, sobre la base de ello, crear, de considerarlo conveniente, previo estudio profundo, regulación más detallada que no genere dispersión de reglas y falta de predictibilidad.

4. El uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en el Perú

En el Perú, el empleo de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción no es una novedad. Tenemos experiencia en el uso de contratos estándares, principalmente FIDIC. En líneas generales, se pueden usar estos modelos de contratos internacionales de construcción cuando no resulte de aplicación la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Así, las entidades públicas podrían emplear estos modelos en mecanismos como la contratación con proveedor no domiciliado en el país, conforme al literal f) del artículo 5.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, los convenios de administración de recursos con Organismos Internacionales, los Contratos de Gobierno a Gobierno, contrataciones bajo normas que expresamente excluyen la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, entre otros. Sin embargo, el impulso del uso extendido de contratos estandarizados para las obras públicas se ha dado con los contratos de Gobierno a Gobierno mediante los cuales el Estado extranjero brinda asistencia técnica al Estado peruano en la ejecución de proyectos de inversión pública.

Acorde al artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratos entre Estados o contratos de Gobierno a Gobierno se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Mediante esta modalidad, el Estado peruano contrata con otro Estado bienes, servicios u obras, a cambio de un pago. Esta modalidad de contratación ha sido utilizada por el Estado peruano desde hace muchos años, sobre todo en el ámbito militar. Lo que ha ocurrido en los últimos años, a raíz de la preparación y desarrollo de los Juegos Panamericanos de Lima en el 2019, es que el Estado peruano viene celebrando contratos con otros Estados para que estos le presten el servicio de asistencia técnica de gestión de proyectos públicos.

En el caso de los contratos de Gobierno a Gobierno, se ha venido contemplado la obligación del gobierno extranjero de conducir procesos de selección internacionales para elegir a los proveedores de bienes, servicios u obras necesarios para la ejecución del proyecto público con quienes contratará directamente la Entidad nacional a cargo del proyecto. De esta manera, el Estado extranjero no celebra los contratos con los privados (por ejemplo, el contratista que ejecute las obras de la Villa Panamericana o los hospitales de la Reconstrucción con Cambios), sino que es el Estado peruano quien actúa como parte contratante.

Es en el marco de estos procesos de selección internacionales conducidos por el Estado extranjero, en representación de la Entidad peruana, que se vienen empleando contratos estándares internacionales (FIDIC o NEC) para regular las relaciones contractuales entre la Entidad peruana y las empresas o consorcios de empresas que resultaron adjudicados.

Esta modalidad ha sido utilizada en los siguientes proyectos:

- Juegos Panamericanos y Panamericanos de Lima - Reino Unido (Contratos NEC3).
- Reconstrucción con Cambios - Reino Unido (Contratos NEC3).
- Escuelas del Bicentenario - Reino Unido (Contratos NEC4).
- Aeropuerto Internacional de Chinchero - Corea del Sur (Contratos FIDIC).
- Hospitales Lorena y Sergio Bernales - Francia (Contratos FIDIC).
- Carretera Central - Francia (Contratos FIDIC).

Este esquema de contrato de “Gobierno a Gobierno - procura internacional” es el que se viene utilizando con mayor frecuencia para el uso de los contratos estándares internacionales. Incluso, el Proyecto Especial de Inversión Pública de Escuelas Bicentenario, que en virtud del Decreto de Urgencia 021-2020 tiene la posibilidad de emplear los Contratos Estándares Internacionales de Construcción directamente, en la práctica ha celebrado un contrato de Gobierno a Gobierno con el Reino Unido, bajo la modalidad expuesta anteriormente, a través del cual ha celebrado contratos NEC con los supervisores de calidad y los ejecutores de las obras del proyecto.

5. Aspectos a considerar para implementar contratos estándares en la contratación pública nacional

Como he mencionado, en el Perú se están dando intentos por incorporar el uso de Contratos Estándares Internacionales de

Construcción en la ejecución de proyectos de infraestructura pública. No obstante, la regulación aprobada o propuesta sigue siendo muy general, sin determinar claramente los aspectos que deben considerar las Entidades para la selección del modelo que mejor se adapte al proyecto a ejecutar. Sí es posible adoptar en la normativa de un determinado país el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción. Al respecto, Klee (2014) señala lo siguiente:

> El uso prolongado de contratos estándares en algunas industrias a veces lleva a su incorporación en la legislación local de contratación pública. De esta manera, los contratos FIDIC se han vuelto parte de la ley de contrataciones públicas en, por ejemplo, Europa Central y Europa Oriental y el Medio Oriente. La evolución en algunos países árabes es ahora tan avanzada que los contratos estándares o partes de estos se han convertido en elementos obligatorios de la legislación local sobre contratación pública.

Para determinar si es conveniente implementar el uso extendido de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en la normativa nacional, deben analizarse diferentes aspectos para aterrizar la propuesta normativa. Parece que, en el Perú, sobre la base de experiencias muy puntuales, sobre todo en el uso de los contratos NEC, se busca realizar una regulación general sobre el uso de Contratos Estándares Internacionales de Construcción, sin mayores detalles, dejando a los reglamentos o documentos de gestión el desarrollo de las condiciones para ello. La implementación de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción debe empezar por tener un conocimiento de los principales modelos que existen en el mercado, identificando los aspectos beneficiosos y las desventajas de cada uno de estos. Como se mencionó anteriormente, no se puede hablar únicamente de "Contratos FIDIC" o "Contratos NEC", pues estas son familias contractuales que tienen diversos modelos de contratos para diferentes necesidades y tipos de proyecto. Se debe evaluar qué modelos dentro de estas familias son los que se desea implementar.

Además, es importante desarrollar una regulación basada en evidencias y en estudios que demuestren la conveniencia de implementar determinados Contratos Estándares Internacionales de Construcción. Así, deben estudiarse las experiencias que tenemos en el Perú en el uso de Contratos Estándares Internacionales de Construcción, evaluando qué dificultades se han tenido en su gestión, si han sido correctamente comprendidos por las partes y si efectivamente aportaron a lograr eficiencias en el proyecto. Sobre este aspecto, Mason (2016) señala lo siguiente:

> Existe el peligro potencial de que un cliente o sus asesores elijan un contrato estándar concreto porque estén familiarizados con este y no porque sea el que mejor se adapte a los requisitos del proyecto. La mayoría de los contratos estándares son documentos complejos compuestos por un gran número de cláusulas. Esto refleja la necesidad de adaptarse a una gama de proyectos y eventualidades lo más amplia posible. Por lo tanto, para interpretar correctamente las disposiciones contractuales se requieren considerables niveles de destreza y conocimientos.

Otro aspecto que se debe considerar es el referido a qué sistemas de entrega de proyectos y mecanismos de pago previstos en los diferentes Contratos Estándares Internacionales de Construcción van a utilizarse para la ejecución de obras públicas. ¿Se recogerá el sistema de gerencia de obra al riesgo, correspondiente al Contrato NEC ECC Opción F usado en los Juegos Panamericanos y la Reconstrucción con Cambios?, ¿se regularán los sistemas de precio meta y costo reembolsable?, ¿se buscará la incorporación de los sistemas colaborativos? De estas preguntas, dependerá qué modelos de contrato pueden ser adoptados para la ejecución de obras públicas, así como la batería de cláusulas opcionales que se pondrán a disposición de las Entidades.

Aunque se quiera tener los contratos con las herramientas de gestión y colaboración más sofisticadas, es importante que se analice la capacidad que tiene el mercado para entender y aplicar modelos contractuales de este tipo. Es importante conocer el mercado nacional para no imponer modelos de contrato que cierren la competencia, afectando la obtención de propuestas eficientes en condiciones de precio y calidad. Para ello, es importante que exista un periodo de capacitación y sensibilización a las Entidades del Estado que utilizarán los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, a los órganos de control y al mercado nacional para que comprendan e interioricen la lógica, herramientas, esquema de trabajo y nivel de colaboración que impone el modelo elegido para su correcto funcionamiento. En ese sentido, será importante hacer uso de los recursos obtenidos a través de la transferencia de conocimientos en el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno. Deben recopilarse manuales, instructivos,

capacitaciones grabadas, documentos estándar, entre otros elementos, en el marco de contratos de Gobierno a Gobierno que han tenido por objeto la asistencia técnica en gestión de proyectos, y ponerse a disposición de las Entidades y la colectividad para reforzar las capacidades en el uso de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción.

Otro aspecto importante para una adecuada implementación de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción es que se desarrollen lineamientos para la adecuación de los modelos de contrato a fin de que no sean alterados libremente por las Entidades, que podrían tener la tentación de alterar el esquema de incentivos y equilibrio de riesgos del contrato, restándole eficacia. Esta práctica ha sido seguida, por ejemplo, en Hong Kong, donde existen notas prácticas para el uso de los contratos NEC en obras públicas y modificaciones preestablecidas para las diferentes cláusulas de los contratos NEC.

Sobre este punto, Chern (2016) señala lo siguiente:

> Con el gran número de contratos estándar que existen, muchas veces las partes se atreven a modificarlos de manera incorrecta o incluso los llenan de manera incorrecta, llevándolos a resultados desastrosos durante el proceso constructivo. Las disputas pueden generarse por la inconsistencia en del contrato modificado, dado que las condiciones particulares introducidas crean problemas donde nunca debieron existir.

Por ello, junto con la habilitación para emplear Contratos Estándares Internacionales de Construcción, deben regularse guías de uso, formatos de contratos, modelos de cláusulas modificatorias adaptadas para el contexto peruano, entre otros, que permitan tener uniformidad y predictibilidad en el uso de estos contratos. Toda vez que los proyectos que se ejecuten bajo Contratos Estándares Internacionales de Construcción no dejan de ser obras públicas, es importante que se establezcan regulaciones mínimas comunes con cualquier otro contrato de obra pública. No considero correcto que se deje que el modelo de contrato sea el que determine qué mecanismos de solución de controversias resultarán aplicables, el mecanismo de resolución del contrato, los plazos perentorios para activar mecanismos de solución de controversias, entre otros. Estos deben ser establecidos en la normativa de contrataciones del Estado con carácter general y obligatorio.

Finalmente, debe tenerse presente que los contratos estándares son herramientas para asignar riesgos, regular obligaciones y responsabilidades, generar incentivos y establecer la dinámica de cooperación entre las partes. Los contratos estándares no aseguran, por su sola implementación en una norma, el éxito de los proyectos o alcanzar altos niveles de colaboración. Existen varios problemas de las obras públicas que no podrán ser paliados con el modelo de contrato empleado, tales como el miedo de los funcionarios públicos a ser cuestionados por la Contraloría General de la República, la corrupción, el direccionamiento, entre otros.

Como indica Franco:

> El uso de contratos estándares internacionales no debe ser visto como un punto esencial. Los contratos pueden ser siempre mejorados, pero un buen contrato será aquel que calce con la normativa local, sea claro e incorpore las lecciones aprendidas de proyectos anteriores. Los contratos estándar internacionales, en cambio, son por definición deslocalizados, redactados de manera que puedan ser usados en muchos países, muchos no tienen una traducción oficial al español o esta es deficiente y no considera las particularidades de la realidad nacional ni incorporan las lecciones aprendidas de proyecto a proyecto. (…) En tal sentido, sería más adecuado generar mejores modelos de contratos nacionales, inspirados en las buenas prácticas locales e internacionales, que creer que un contrato modelo internacional hará una gran diferencia. Adicionalmente, al igual que con las normas, sin dejar de lado la importancia de contar con un buen contrato, lo principal es que el equipo que lo aplica sea razonable, competente, capacitado, empoderado y comprometido (2020b, pp. 17-18).

Al respecto, en un trabajo anterior señalé lo siguiente:

> De nada sirve un contrato muy sofisticado si las partes que lo suscriben no lo entienden y no logran ejecutarlo debidamente. Carece de sentido obligarse a un texto contractual estandarizado que no se conoce y las partes no han revisado y comprendido los pactos a los que están arribando. Esta situación puede generar que finalmente el contrato no cumpla sus objetivos y no sea un instrumento eficiente de gestión, sino únicamente una fuente de disputas (Medina, 2021, p. 145).

Actualmente, parece que el centro de la discusión sobre cómo generar eficiencia en las compras públicas es la incorporación

de Contratos Estándares Internacionales de Construcción, cuando estos son solo una herramienta para lograr esa finalidad. Si se elige un contrato estándar con herramientas de colaboración, pero los funcionarios tienen miedo de adoptar decisiones o favorecer los intereses del proyecto, no se lograrán muchas mejorías. Tampoco ayudará la existencia de prácticas extendidas de corrupción en el mercado, que no exista un cambio cultural, que los funcionarios públicos no san elegidos idóneamente, que la gestión de las contrataciones sea entendida como el mero conocimiento y apego a las normas, entre otros aspectos que tienen importante incidencia en el éxito de los proyectos públicos.

6. Conclusiones

Los Contratos Estándares Internacionales de Construcción son modelos de contrato que reúnen características, como su uso extendido, desarrollo doctrinario y jurisprudencial, y especialización, que permiten la reducción de costos de transacción y la generación de eficiencias en los proyectos de construcción.

Existen diversos contratos estándares en el mundo, cada uno con sus propias características, equilibrio de riesgos, esquema de incentivos y mecanismos de gestión particulares, y herramientas de colaboración distintas (algunos son más tradicionales, sin poner énfasis en la colaboración). Si bien, en líneas generales, tienen las ventajas anotadas, también cada modelo de contrato puede tener dificultades o desventajas para su uso o implementación, tales como la falta de experiencia en el mercado nacional, poca información disponible sobre estos; la ausencia de traducción oficial al idioma español: la previsión de herramientas, mecanismos o figuras jurídicas que difieren de lo regulado en la legislación nacional, pudiendo incluso colisionar con normas imperativas. Por ello, debe analizarse en cada caso concreto las ventajas y compatibilidad del modelo que se desee emplear.

Estos contratos estándares vienen ganando popularidad en el Perú, sobre todo con la ejecución de proyectos a través de contratos de Gobierno a Gobierno. Se han destacado las ventajas que estos contratos ofrecen para lograr la eficiencia en la ejecución de importantes proyectos como las obras de la Reconstrucción con Cambios y el Aeropuerto Internacional de Chinchero. En atención a ello, existe una tendencia en el gobierno peruano de recoger el uso de estos contratos estándares en las normas que regulan la ejecución de proyectos de infraestructura. Así, por ejemplo, el último proyecto de Ley de Contrataciones del Estado elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas contiene regulación en diferentes artículos respecto del uso de estos modelos de contrato.

A pesar de ello, la regulación vigente y la propuesta, en lo que respecta a los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, aún es muy general, entendiéndose que la regulación a detalle se dará en los reglamentos y documentos de gestión. Para una correcta implementación de los Contratos Estándares Internacionales de Construcción en las obras públicas, si esa es la línea que el Estado decide seguir, debe realizarse un análisis profundo de los modelos contractuales que se desea implementar, la experiencia en su uso y las modificaciones que resultan necesarias para su adecuación al sistema peruano.

Para mejorar este análisis, es importante que se difunda a la colectividad la experiencia peruana en el uso de estos contratos estándares, tanto de los aspectos beneficiosos y casos de éxito, como de los riesgos, dificultades y oportunidades de mejora detectados. También es importante extender el debate sobre la conveniencia de la adopción de estos modelos contractuales en la contratación pública nacional. Los diferentes actores del mercado de obras públicas deben entender en qué consisten los Contratos Estándares Internacionales de Construcción, qué beneficios y desventajas tienen, cómo deben ser implementados, cuál es la filosofía, equilibrio de riesgos y esquema de gestión que proponen los modelos contractuales que se buscan implementar, entre otros aspectos. Luego de ello, fomentar foros de discusión en donde se recojan las sugerencias y opiniones de diferentes sectores.

Además, para la adopción de estos modelos, no basta su comprensión en la normativa, sino que, además, deben desarrollarse las capacidades de los funcionarios públicos, los proveedores, el OSCE y los órganos de control. Es importante que estos conozcan y estén preparados para gestionar este tipo de contratos, adoptar su filosofía de trabajo y no volver a las prácticas tradicionales de la obra pública. Además, el rol de la Contraloría debe ejercerse de tal manera que no genere temor en el funcionario público de adoptar decisiones conforme al contrato estándar empleado.

Por último, debe tenerse en cuenta que los Contratos Estándares Internacionales de Construcción son una herramienta y no un

fin. Estos modelos no aseguran por sí solos que las obras se ejecuten eficientemente ni que se superen los grandes problemas actuales de la normativa, tales como la falta de colaboración entre las partes, la falta de decisión del funcionario público, la proliferación de controversias, la corrupción, el direccionamiento de los procesos de contratación, entre otros, que requieren de cambios estructurales y transversales.

Referencias bibliográficas

Bailey, J. (2016). *Construction Law: Volume II*. Informa Law from Routledge.

Brekoulakis, S. (2017). *Guide to construction arbitration*.

Charrett, D. (2021). *Contracts for Construction and Engineering Projects*. Routledge.

Chern, Cyril. (2016). *The Law of Construction Disputes*. Informa Law.

De Almagro, I., & Klee, L. (2017) *Los contratos Internacionales de Construcción. FIDIC*. La Ley.

Franco, E. ¿Cuál es la clave para incrementar la capacidad y la calidad del gasto en la inversión pública?. *Revista Negocios Internacionales*, 24(269), 17-18.

Klee, L. (2014). *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell.

Mason, J. (2016). *Construction Law. From beginner to practitioner*. Routledge.

Medina, J. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades? *IUS ET VERITAS*, (58), 110-127.

Medina, J. (2021). Los proyectos especiales de inversión pública y el modelo de ejecución de inversiones públicas: revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. *IUS ET VERITAS*, (62), 131-151.

Powell, G. (2016). *Construction contract preparation and management: from concept to completion*. Bloomsbury Publishing.

Rameezdeen, R., & Rodrigo, A. (2014). Modifications to standard forms of contract: The impact on readability. *Australasian Journal of Construction Economics and Buildin*g, 14(2), 31-40.

Rodríguez, M. (2006) El Contrato Internacional de Construcción: Aspectos Generales. *Revista Mercatoria*, 5(1).

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.010

El riesgo de financiamiento en la ejecución de infraestructura pública a través de contratos NEC 3 opción F(*)

Financing risk in the execution of public infrastructure through NEC 3 contracts option F

Ameth Ugarte Carmelino(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Alexandra Loaiza Porcel(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El uso de contratos estandarizados en la implementación de proyectos de infraestructura pública ha marcado un hito en las políticas de inversión en infraestructura en el Perú. Desde el año 2019, han sido los contratos New Engineering Contract (NEC) los que han tenido un uso relevante en proyectos de construcción en los que una de las partes contractuales es el Estado peruano. A partir de ello, surge la necesidad de estudiar la gestión del riesgo de financiamiento y su regulación específica en este tipo de contratos. Dada la trascendencia de una correcta gestión del riesgo de financiamiento en un contrato NEC, en el presente artículo se analizarán los deberes y obligaciones relacionadas, así como el origen y las consecuencias del conocido ‘‘desfinanciamiento’’ o ‘‘desequilibrio económico financiero’’ de un proyecto de construcción.

Palabras clave: Contratos NEC 3 - Contratos de construcción - Infraestructura pública - Financiamiento de proyectos - Desfinanciamiento - Riesgos financieros

Abstract: The use of standardized contracts in the implementation of public infrastructure projects has marked a milestone in infrastructure investment policies in Peru. Since 2019, New Engineering Contracts (NEC) have been the ones that have had significant use in construction projects in which one of the contracting parties is the Peruvian State. Therefore, the need arises to study financing risk management and its specific regulation in this type of contract. Given the importance of correct financing risk management in a NEC contract, this article will analyze the related duties and obligations, as well as the origin and consequences of the well-known.

Keywords: NEC 3 contracts - Construction contracts - Public infrastructure - Project finance - Underfunding - Financial risks

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 12 de junio de 2023 y su publicación fue aprobada el 18 de julio de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Con segunda especialidad en Derecho Administrativo por la misma casa de estudios. Miembro del GIDA - PUCP. Abogado Senior en CDR - Construction and Dispute Resolution. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-0085-8589. Correo electrónico: augartec@pucp.pe.

(***) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Con segunda especialidad en Derecho Administrativo por la misma casa de estudios. **Miembro extraordinario de la asociación civil IUS ET VERITAS.** Abogada en CDR - Construction and Dispute Resolution. ORCID: https://orcid.org/0009-0003- 61059639. Correo electrónico: aloaizap@pucp.edu.pe.

1. Introducción

La integración de los contratos estandarizados en las políticas de desarrollo de infraestructura pública en el Perú se origina como una propuesta de solución prioritaria al grave problema de la brecha de infraestructura que afecta el desarrollo del país. Si bien las modalidades de implementación de infraestructura tradicionales como la obra pública, las asociaciones público-privadas (APPs) y las obras por impuestos (OxI) mantienen presencia importante en la ejecución de proyectos de infraestructura pública, el uso de los contratos estandarizados forma parte de una política de inversión priorizada por parte del Estado desde el año 2019. Esta tendencia se canalizó a través del uso preponderante del contrato New Engineering Contract (NEC 3 ECC) en la implementación de los XVIII Juegos Panamericanos y VI Parapanamericanos Lima 2019, proyecto ejecutado en el marco del Acuerdo Gobierno a Gobierno suscrito con el Reino Unido(1).

A partir de esta experiencia, el PNIC, Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad 2019-2022, (Perú, MEF, 2019)(2) incluyó en su contenido los beneficios del uso de los contratos NEC como una modalidad contractual eficiente para el cierre de brechas de infraestructura en el Perú.

Fue así como la integración de los contratos estandarizados (entre ellos, el contrato NEC) en las políticas de inversión pública en infraestructura se oficializó con la publicación del Decreto de Urgencia No. 021-2020. Además, se estableció en sus disposiciones complementarias finales la definición y los alcances de la denominación de contratos estandarizados:

> 3. Contratos estandarizados: Son formas contractuales estándar, guías, y otra documentación de uso general en el mercado de la construcción que utilizan terminología y condiciones expresadas de una manera simple y clara, las cuales son creadas y actualizadas por organizaciones internacionales especializadas, con la finalidad de que los modelos contractuales se encuentren acordes a las necesidades de la industria de la construcción. Los contratos estandarizados más comunes son los New Engineering Contract (NEC), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) y Engineering Advancement Association of Japan (ENAA).

De esta manera, y en términos generales, las novedades que los contratos NEC aportan a la industria y experiencia del sector construcción en el Perú son las siguientes:

- Nuevos modelos de ingeniería y construcción, acompañados del uso de nuevas tecnologías.
- Nuevas modalidades de entrega del proyecto (calidad y precio).
- Nuevos enfoques contractuales: simplicidad de redacción, enfoques colaborativos y solución de controversias.
- Nuevos sistemas de pagos por las actividades realizadas.

Es así como la incorporación de estas nuevas perspectivas contractuales propicia un escenario altamente desafiante, ya que el Estado peruano participa en la ejecución al actuar como una parte contractual en igualdad de condiciones, sin las aparentes prerrogativas asociadas a su rol de contratante que suceden en algunos contratos públicos más tradicionales. Este esfuerzo de adaptación a un contrato estandarizado implica, por ejemplo, la creación específica de entidades públicas y proyectos especiales de inversión que celebran y ejecutan los contratos en representación del Estado (como la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios o el Proyecto Especial de Inversión Pública Escuelas Bicentenario).

Igualmente, la implementación de proyectos mediante contratos estandarizados como el NEC 3 ECC requiere una gestión administrativa cuidadosa de las partidas presupuestales correspondientes. Por ello, se lleva a cabo una capacitación tanto para funcionarios públicos como para especialistas involucrados en la ejecución contractual, de forma que se abarcan

(1) Los acuerdos Gobierno a Gobierno (*Govenrment to Government*) fueron celebrados por el Perú para implementar proyectos de infraestructura pública con la asesoría de otros países especializados. En específico, los acuerdos gobierno a gobierno que han utilizado la fórmula NEC en su desarrollo han sido los acuerdos celebrados con el Reino Unido para la implementación de la infraestructura necesaria para los Juegos Panamericanos Lima 2019, los proyectos de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios y los proyectos del PEIP Escuelas Bicentenario.

(2) El año 2019, se publicó el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad 2019 - 2022 (PNIC), que priorizó una serie de proyectos de infraestructura necesarios para reducir la brecha de infraestructura nacional y estimó la suma de S/ 116,979 (ciento dieciséis mil novecientos setenta y nueve) millones como objetivo de inversión. A la fecha, dicho plan ha sido actualizado a través del Decreto Supremo 242-2022-EF que aprobó el "Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022 - 025". Este último documento actualiza y replantea los objetivos originales del PNIC, integrando el concepto del Estado como garante de la implementación de infraestructura sostenible en términos económicos, sociales, ambientales (resiliencia climática) e institucionales.

aspectos funcionales y administrativos para asegurar una correcta ejecución y cumplimiento de los proyectos.

Como se puede observar, al implementar contratos estandarizados, el Estado enfrenta el desafío de ajustar su operación para cumplir con reglas y condiciones provenientes de contextos internacionales diferentes al peruano y latinoamericano. Esto implica la necesidad de adaptar sus procesos y procedimientos para garantizar una ejecución efectiva de los contratos y una adecuada gestión de los proyectos de infraestructura pública.

Si bien la ejecución de infraestructura pública en el Perú a través de contratos NEC posee un gran número de categorías de estudio por lo novedoso del tema, en el presente artículo, se analizará de manera específica la gestión del riesgo de financiamiento y los deberes y obligaciones que deben cumplir las partes para evitar el fenómeno conocido como ‘‘desfinanciamiento’’ o ‘‘desequilibrio económico financiero’’ de un proyecto de construcción.

2. El contrato NEC 3 ECC opción F

Estudiar las características de un contrato estandarizado implica un análisis de contenido en el cual gran parte de las condiciones a las que las partes se comprometen vienen ya establecidas por el propio contrato estandarizado. De esta forma, las partes poseen la posibilidad de optar por cláusulas opcionales o añadir nuevas e importantes condiciones según lo acuerden (cláusulas z)[3]. Estas no podrán ser contrarias a las condiciones sustanciales del contrato estándar.

2.1. Los contratos NEC 3[4] ECC

Si se decide ejecutar un proyecto de infraestructura por medio de un contrato NEC, será necesario que se opte por un modelo que se adapte a las características del proyecto de construcción planeado. Este tipo de contratos ofrecen una serie de variantes para la ejecución de proyectos según la finalidad que cada uno requiera. Así, dentro de las principales modalidades de ejecución que los contratos NEC ofrecen, se pueden encontrar las siguientes (Development Bureau, 2017):

- Contrato de ingeniería y Construcción (*Engineering and Construction Contract - ECC)*
- Contrato de ingeniería y subcontratación (Engineering and Construction Subcontract - ECS)
- Contrato profesional de servicios (*Professional Services Contract - PSC)*
- Contrato de suministro (*Supply Contract - SC)*

Como se puede observar, los contratos NEC no solo circunscriben sus modalidades a actividades netamente constructivas, pues han adaptado contratos estándar a las distintas actividades vinculadas a la industria de la construcción (como los contratos de servicios y subcontratación). Así, la modalidad que nos ocupa en esta ocasión es la modalidad ECC (*engeneering and construction contract*), que es justamente la que se ha usado para implementar una gran parte de proyectos de construcción en el Perú que han optado por el contrato NEC como modelo contractual de ejecución de infraestructura pública.

Esta modalidad se caracteriza por ser un acuerdo en el cual el contratante encarga al contratista el diseño, la construcción y entrega de la obra según los términos y condiciones pactados. Es necesario indicar que esta modalidad no incluye servicios de operación o mantenimiento de la infraestructura entregada[5].

El Guidance Notes de la NEC Contracts & Institution of Civil Engineers (2020) señala que los contratos NEC ECC pueden ser utilizados para trabajos de ingeniería y construcción que abarquen cualquier disciplina tradicional, como la civil, eléctrica, mecánica y obras de construcción en general. Además, se establece que esta modalidad puede ser adaptada a proyectos en los que el contratista tenga la responsabilidad del diseño o no. Una vez identificada la modalidad que se adapte más al proyecto, será necesario fijar el mecanismo de pago y gestión según la finalidad del proyecto de construcción. Así, el contrato NEC ofrece hasta 6 ‘‘opciones’’ de pago y ejecución:

(3) Las cláusulas Z reemplazan a la cláusula original y permiten modificarla, lo cual permite ajustar el contenido del Contrato y el alcance de las obligaciones de acuerdo con la voluntad de las partes. Estas se ubican al final, ya que la primera parte mantiene íntegramente el contenido original del contrato.
(4) Se utiliza la denominación NEC 3 por corresponder esta versión de contrato a la tercera generación desde su origen.
(5) Las obligaciones relativas a la subsanación de defectos, cierre comercial, entre otros, se extienden a periodos posteriores a la etapa de culminación de las ‘‘obras civiles’’, pero por lo general no incluyen mantenimiento ni operación.

- *Option A Priced contract with activity schedule*
- *Option B Price contract with bill of quantities*
- *Option C Tarjet contract with activity schedule*
- *Option D Tarjet contract with bill of quantities*
- *Option E Cost reimbursable contract*
- *Option F Management contract*

2.2. La opción F (contrato de gestión)

La estructura de un contrato NEC ECC opción F determina que el contratista asuma un rol de gestor en el contrato. Ello significa un compromiso ante el contratante por la entrega total de la obra en los plazos y condiciones de calidad pactados. A cambio, el contratista recibe del contratante un adelanto contractual (que funciona como una inyección de liquidez al proyecto) y el pago de las valorizaciones mensuales que incluye los honorarios del contratista (*fee*, en la versión original).

Cabe señalar que, en los contratos NEC ECC opción F, el contratista no es quien necesariamente ejecuta de forma directa las actividades del proyecto (diseño y construcción)[6], ya que la opción F ha sido ideada para reservar al contratista un rol gestor o de administración del contrato, mientras que los subcontratistas son los principales actores en la ejecución directa de las actividades de diseño y construcción. De esta manera, una de las principales tareas del contratista en la opción F es subcontratar las actividades de diseño y construcción, con la particularidad de que este asume responsabilidad y riesgo ante el contratante por el cumplimiento de dichas actividades en tiempo y calidad (aun cuando no sea quien ejecute directamente dichas actividades).

Estas características de gestión de la opción F determinan a su vez que el contrato esté diseñado como un contrato de ‘‘costos reembolsables[7]’’, pues el contratante reconoce y paga a través de las valorizaciones mensuales todos los costos determinados en los que incurre el contratista por los trabajos subcontratados. En esa secuencia, el contratista es responsable de los pagos a los subcontratistas[8] por las tareas que estos han ejecutado, no existiendo relación contractual entre el contratante y los subcontratistas[9].

Como se puede observar, en esta opción, el contratista asume los riesgos inherentes de subcontratación, diseño y construcción de la obra (gestión del proyecto), mientras que el contratante es responsable del pago al contratista por las actividades realizadas.

2.3. Los tipos de infraestructura desarrollados con contratos NEC 3 ECC en el Perú

Más allá de cuestionarse si un contrato estandarizado y elaborado en base a experiencias de otros sistemas jurídicos podría ser catalogado como un contrato privado o público, es fundamental enfocarse en estudiar cómo se incorpora el uso de un contrato estandarizado a las políticas de inversión pública del país. Asimismo, resulta imperativo determinar si este enfoque aporta un valor agregado a la ejecución de proyectos públicos que apuesten por la inclusión de este tipo de contratos.

Hasta el momento, el Estado ha priorizado utilizar contratos NEC en los siguientes proyectos de infraestructura pública:

- XVIII Juegos Panamericanos y VI Parapanamericanos Lima 2019 - NEC 3 (deporte y educación).
- Autoridad para la Reconstrucción con Cambios – NEC 3 (hospitales, colegios, prevención de desastres naturales, trasporte, entre otros).

(6) Si bien el contrato puede habilitar que el contratista ejecute directamente obras sin mediar una subcontratación, la opción F está diseñada para que el contratista no ejerza una labor activa en ejecución de actividades de ingeniería o construcción. Es posible que el contratante pueda habilitar la intervención de construcción del contratista cuando así lo crea conveniente o cuando medien situaciones de excepción como el retiro total de un subcontratista constructor poco tiempo antes de finalizar una obra, de modo que una nueva subcontratación sería mucho más costosa. Las obras ejecutadas directamente se pagan del mismo modo que con las actividades de los subcontratistas.

(7) El esquema habitual de estructuración se basa en las categorías de “costos determinados”, que son los gastos aprobados que serán reembolsados y ‘”costos desestimados”, que son los gastos rechazados, debido a que no cumplen con algún aspecto estipulado en el contrato.

(8) En los contratos de opción F, la conocida ‘‘cadena de pagos’’ se encuentra íntimamente relacionada al pago y los adelantos que realiza el contratante para que el proyecto pueda ejecutarse con normalidad. Como se puede observar, si bien el contrato tiene solo dos partes contractuales, la subcontratación depende también de las buenas gestiones financieras tanto del contratista como del contratante.

(9) Los contratos NEC 3 opción F que ha firmado el Estado peruano señalan que el contratista deberá subcontratar las actividades del proyecto a través del modelo NEC ECS 3 Opción A, incluyendo cláusulas *back to back* que repliquen las condiciones proyectadas en uno y otro contrato que se asocian entre sí.

- Escuelas Bicentenario - NEC 4[10] (colegios, educación).

A partir de ello, se puede observar que el Estado ha elegido, en su mayoría, la fórmula contractual NEC ECC para impulsar infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos (salud, educación, agua y otros). Ello demuestra que el contrato NEC ha sido seleccionado como una herramienta que coadyuve al cumplimiento de un deber constitucional del Estado[11]. Esto consiste en orientar el desarrollo de servicios e infraestructura públicos de manera prioritaria.

Lo que hace particular el contexto del uso predominante de los contratos NEC en recientes proyectos masivos de infraestructura es que ha sido seleccionado como un instrumento técnico y legal que sirva para implementar infraestructura pública con la finalidad de reducir la permanente brecha de infraestructura. Ello supone un especial deber para el Estado, pues debe adaptar su estructura a su participación contractual según las condiciones del propio contrato estandarizado y, a su vez, adaptar el contrato a sus propias normas que rigen la actuación de las entidades y funcionarios públicos en el país.

Cabe resaltar que, a diferencia de la obra pública tradicional, las asociaciones público-privadas o cualquier otro sistema de implementación de infraestructura pública, en el caso de los contratos NEC 3 ECC no existe una normativa específica[12] que regule su implementación o ejecución de manera específica. En este contexto, las partes involucradas se rigen principalmente por los términos del contrato y en menor medida por las regulaciones técnicas aplicables (una situación que difiere en la generación NEC4, donde el Estado ha desarrollado una mayor cantidad de normas técnicas y financieras para su implementación).

Para realizar el análisis de específico, en las siguientes secciones relacionadas del contrato NEC 3 ECC se tomará como referencia la versión estándar en inglés del Contrato NEC 3 ECC Opción F (en adelante, "Versión Estándar NEC 3'") elaborada por la NEC Contracts & Institution of Civil Engineers de Reino Unido[13].

3. La distribución de riesgos en los contratos NEC 3 ECC opción F

La regulación de riesgos en los contratos de construcción puede variar según el tipo de contrato y la naturaleza del proyecto. Sin embargo, los contratos de construcción estandarizados mantienen un mismo patrón de asignación de riesgos a la parte contractual mejor preparada para controlar o afrontar cada tipo de riesgo identificado en las matrices de riesgos correspondientes. Así, en los contratos NEC, se puede identificar las siguientes categorías de riesgos (Figueroa, 2019):

- *Compensation events (*eventos compensables*).*
- *Employer's risks (*riesgos del contratante*).*
- Todos los no detallados en el contrato (riesgos del contratista).

3.1. Esquemas generales de riesgos en el Contrato NEC 3 ECC Opción F

De forma general, a la firma del Contrato NEC 3 ECC Opción F se establecen los tres tipos de riesgos a los que Figueroa hace referencia:

a) Los riesgos listados en el Anexo 1[14] de la Ficha de Datos[15], en los que se incluyen riesgos principalmente relacionados a las actividades en el sitio de la Obra.
b) Los riesgos que se detallan en las cláusulas 80 y 81 del contrato[16], que son en su mayoría referidas a los materiales destinados a la Obra.
c) Los riesgos que se indican en otras cláusulas del Contrato, que son los que

(10) Para las Escuelas Bicentenaria, se ha dispuesto por el uso de la cuarta generación de los contratos NEC, conocido también como contrato NEC 4.
(11) Artículo 58:
"(…) el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura" (Constitución Política del Perú, 1993).
(12) La pregunta que surge en este caso es si realmente sería productivo normativizar el uso de un contrato estándar que viene con gran parte de reglas y condiciones ya prestablecidas.
(13) Este modelo estándar no cuenta con una traducción oficial al español, por lo que se realizará una traducción propia de las cláusulas que se analicen.
(14) Anexo 1: Registro de Riesgos del sector educación, que se adjunta a la Ficha de Datos del Contrato tipo.
(15) La Ficha de Datos es un documento que se adjunta al contrato. En ella, se especifican los datos de las partes, el objeto del contrato, las opciones elegidas, entre otros detalles relevantes.
(16) Cláusula 80 del Contrato, denominada "Riesgos del Contratante" y cláusula 81, denominada "Riesgos del Contratista".

no han sido expresamente establecidos en los listados anteriores.

En el primer caso de esta lista, se trata de riesgos únicamente del contratante, mientras que en el segundo se señalan los riesgos que asumen el contratante y el contratista, respectivamente. En el último caso, se puede tratar de riesgos asignados a una de las partes o a ambas partes de forma conjunta.

3.1.1. Riesgos contenidos en el "Anexo 1: Registro de riesgos"

La Ficha de Datos de los contratos NEC 3 Opción F considera, en resumen, los siguientes tipos de riesgos:

Tabla 1
Lista de riesgos que asume el Contratante

Subcategoría	Detalle
Condiciones del sitio	La información existente sobre la condición del sitio y/o del activo podría no ser suficiente.
	Es posible que se requieran obras civiles y/o remediaciones importantes del terreno que no estén incluidas en los presupuestos del proyecto.
Clima y tiempo	Se podrían advertir peligros graves, incluido el cambio climático, que aún no se han incorporado en el diseño MBR y los presupuestos del Contratante.
Logística y acceso al sitio	Los factores específicos de la ubicación podrían causar variaciones en el costo de construcción.
Comunidad / vecinos	Posible ocurrencia de disturbios o protestas civiles en o cerca de los sitios del proyecto.
Sitios patrimonio / SSSI	Se puede descubrir que los sitios de los proyectos son de importancia arqueológica o histórica.
Stakeholders externos	Demoras en la ejecución del Plan de Contingencias.
Salud, seguridad y bienestar	Daños medio ambientales durante la ejecución de las obras
Gobernanza / procesos	Demoras en trámites administrativos necesarios para la implementación del proyecto.

Fuente: Ficha de datos de un contrato NEC3 ECC opción F del componente educación

Como se puede observar, estos riesgos son asignados al contratante, porque se encuentra en mejor posición para asumirlos. Por ejemplo, el sitio de la obra es proporcionado por el contratante, por lo cual éste debe asumir las condiciones imprevistas que puedan surgir en relación con el mismo.

3.1.2. Riesgos contenidos en las cláusulas 80 y 81 del contrato

En la cláusula 80 del contrato, se hace una descripción extensa de los riesgos que asume el contratante respecto a daños o pérdidas. Estos riesgos pueden resumirse de la siguiente manera:

Tabla 2
Lista de riesgos que asume el Contratante

Categorías
Reclamos, procesos, indemnizaciones y costos que deban pagarse por uso indebido del sitio, incumplimiento de obligaciones por parte del Contratante, por errores del Contratante o por un error de diseño.
Pérdida o daño al Equipamiento y Materiales antes de que el Contratista los reciba.
Pérdida o daño a las obras, Equipamiento y Materiales que se deban a eventos como guerras, insurrecciones, huelgas, disturbios, conmociones civiles o contaminación radiactiva.
Pérdida, desgaste o daño a las partes de las obras que haya asumido el Contratante luego de la emisión del Certificado de Defectos
Pérdida o desgaste o daño a las obras y cualquier Equipo después de una culminación, no imputable al Contratista.
Riesgos adicionales en la Ficha de Datos.

Fuente: Modelo de contrato estándar NEC3 ECC Opción F

En esta sección, se destaca que los riesgos asumidos por el contratante están específicamente vinculados a las condiciones y contingencias potenciales del sitio de la obra, el equipamiento y eventos relacionados. Estos riesgos se describen con un nivel de detalle más amplio que el que se encuentra en la Ficha de Datos del contrato. Por su parte, la cláusula 81 es bastante corta e indica lo siguiente: "Desde la fecha de inicio hasta que se haya emitido el Certificado de Defectos, los riesgos que no asuma el Contratante los asume el Contratista" (NEC, 2005).

Como principal diferencia, se observa que el contrato no define una lista taxativa de riesgos asumidos por el contratista. Si bien se podría suponer que ello implicaría situar al contratista en un estado de desventaja al tener que asumir una gran cantidad de riesgos, se puede observar que el contratante ya tiene asignado una serie de riesgos frecuentes y, generalmente, los de mayor impacto.

Finalmente, es necesario indicar que, cuando un riesgo que asume el contratante afecta al contratista, a este último le corresponde presentar un evento compensable para solicitar el costo y/o plazo adicional derivado de los impactos.

3.2. Gestión del riesgo de financiamiento en el Contrato NEC 3 ECC opción F

La asignación del riesgo de financiamiento no está establecida literalmente en el contrato. Sin embargo, las respectivas obligaciones de financiamiento del proyecto sí se encuentran detalladas en distintas secciones del contrato NEC 3 ECC.

Al tratarse de un contrato opción F en el cual el contratante encarga a un contratista gestor la implementación de un proyecto de construcción, la asignación del riesgo de financiamiento ha sido estructurada de la siguiente manera:

a) El contratista asume el riesgo de gestión, resultado y cumplimiento del plazo en la obra.
b) El contratante asume el riesgo de financiar el proyecto a través de las respectivas valorizaciones y el denominado ‘‘adelanto contractual’’ que tiene una función específica que será analizada más adelante.

Se determinan las anteriores conclusiones a partir de lo siguiente:

a) La lógica de la opción F, según la cual el contratista se ocupa únicamente de administrar los recursos, y no de financiar o inyectar liquidez en el proyecto.
b) Se identifica al contratante como el único encargado de realizar los pagos por la ejecución de los trabajos, sin existir algún otro actor que aporte liquidez en el proyecto.
c) La naturaleza específica del contrato como un proyecto que se financia con fondos públicos canalizados a través de una partida presupuestal específica para la construcción de infraestructura que permitirá proveer servicios públicos o infraestructura de uso público.

Ya que el contratante tiene asignadas las obligaciones de pagos, es quien asume el riesgo de obtener y gestionar los fondos para desembolsar efectivamente la contraprestación al contratista. En este punto, es preciso aclarar que el pago a cargo del contratante debe realizarse de tal modo que permita que el proyecto pueda ser gestionado sin flujos negativos de caja que determinen posibles incumplimientos de obligaciones.

4. Obligaciones financieras en el contrato NEC ECC opción F

En el marco de los contratos NEC 3 ECC opción F, las obligaciones financieras del contratante no se limitan al pago periódico de las valorizaciones. En efecto, en el contrato podemos identificar las siguientes obligaciones generales relacionadas al financiamiento:

a) Desembolso del adelanto contractual[17] respectivo.
b) Pago de valorizaciones.
c) Actualización del presupuesto del proyecto.

El cumplimiento conjunto de estas obligaciones es necesario para que un proyecto sea adecuadamente financiado y no se generen problemas por falta de liquidez. La actualización del presupuesto del proyecto puede producirse cuando existen cambios en el alcance o eventos compensables de tal magnitud que impactan en el presupuesto del proyecto. En ese sentido, surge la necesidad de actualizarlo a fin de sincerar los costos y adoptar medidas que garanticen un financiamiento adecuado en todo momento.

A diferencia de un perfil de contratante privado, una entidad estatal enfrentará mayores desafíos para obtener financiamiento no previsto originalmente (en caso el proyecto aumente de presupuesto respecto al monto originalmente determinado), pues se deberá activar procedimientos administrativos internos para la obtención de mayores partidas presupuestales, conforme a las normas de financiamiento público. La obtención de financiamiento adicional para ejecutar un proyecto que excede su presupuesto original puede tomar tiempos adicionales que indefectiblemente afectará la ejecución de un proyecto.

4.1. El adelanto contractual

4.1.1. La Opción X14 sobre pagos anticipados

El Contrato NEC 3 ECC ofrece una gama de alternativas para todas las opciones (denominadas “cláusulas de opciones secundarias”, las cláusulas “X”) que las partes de común acuerdo pueden elegir para determinar parámetros adicionales sobre las condiciones del contrato. Estas se refieren a temas como cambios normativos, penalidades o limitaciones de responsabilidad, entre otros.

(17) El adelanto contractual es el monto definido en el contrato que el contratante entrega al contratista al inicio de la ejecución de este con el objetivo de proveerle con la liquidez necesaria para comenzar a ejecutar las actividades.

Una opción relevante para determinar el financiamiento de un proyecto es la Opción X14, la cual ha sido elegida mayoritariamente en los contratos NEC 3 ECC que se han ejecutado en la experiencia nacional. Esta opción trata sobre la posibilidad de que se den "Pagos Anticipados" del contratante al contratista en los siguientes términos:

> Opción X14: Pagos anticipados al Contratista
>
> X14.1 El Contratante realiza pagos anticipados al Contratista por el monto indicado en la Ficha de Datos del Contrato.
>
> X14.2 Se realizan los pagos anticipados ya sea dentro de cuatro semanas de la Fecha del Contrato, o si se requiere el pago anticipado, dentro de cuatro semanas de lo que suceda más tarde (…)
>
> X14.3 El Contratista repaga al Contratante el pago anticipado en cuotas por el monto indicado en la Ficha de Datos del Contrato. Se incluye una cuota en cada monto adeudado calculado después del periodo indicado en la Ficha de Datos del Contrato hasta que se haya repagado el pago anticipado (NEC, 2005)

En la práctica nacional, estos pagos anticipados se han denominado "adelanto" o ''adelantos'' y se ha establecido en las Fichas de Datos con monto usual del "30% del presupuesto estimado del Contrato". Además, se ha establecido la necesidad de que el contratista presente, de forma previa, una carta fianza de fiel cumplimiento por el importe correspondiente, un requisito que se contempla como alternativa en los contratos NEC.

4.1.2. La función del adelanto

El adelanto tiene como función brindar un respaldo financiero al contratista para que éste disponga de un flujo de caja y liquidez suficientes al inicio del proyecto, de modo que pueda financiar las primeras y principales actividades que se ejecuten. Es decir, la entrega del adelanto supone un hito contractual importante, pues permite disponer de fondos para afrontar las obligaciones subcontratadas.

Además, el adelanto permite al contratista otorgar, a su vez, pagos a sus subcontratistas, y que estos puedan cumplir con sus obligaciones y actividades de ejecución establecidas en los subcontratos aprobados por el contratante. Esto, a su vez, impulsa el inicio del diseño o construcción del proyecto, creando un efecto positivo en la marcha y progreso del mismo.

De acuerdo con las disposiciones del contrato, la Parte 1 de la Ficha de Datos regula las condiciones de entrega del adelanto al contratista. Estos detalles deben ser acordados entre las partes y son fundamentales para un buen inicio del proyecto.

Es preciso aclarar que el adelanto no es parte de la ganancia del contratista[18]. Es decir, su uso está diseñado para servir como una inyección de liquidez en el proyecto que permita al contratista afrontar económicamente las actividades necesarias. Luego de entregado el adelanto, el contratante lo recuperará mediante una "amortización" gradual en valorizaciones futuras, donde se retendrá un porcentaje del pago al contratista hasta cubrir completamente el monto del adelanto. Por esta razón, el contratista debe velar por una correcta administración y gestión del adelanto durante toda la ejecución contractual.

En tanto el contrato no prevé que el contratista aporte ningún tipo de financiamiento para cubrir los gastos de ejecución, la operatividad del proyecto depende en gran medida de la disponibilidad del adelanto que el contratante desembolse. Posteriormente, el contratista usará de forma conjunta el adelanto y el pago de valorizaciones para mantener la operatividad financiera del proyecto. Sin embargo, si la envergadura de la obra aumenta, el valor del adelanto también deberá ser actualizado de acuerdo con el nuevo presupuesto de la obra producto de la mayor envergadura.

4.1.3. Características y condiciones del adelanto contractual

El otorgamiento del adelanto contractual debe cumplir con dos características básicas: ser adecuado y oportuno. Un adelanto adecuado es aquel que inyecta un flujo económico capaz de activar y mantener la operatividad del proyecto hasta que el contratista alcance un nivel de productividad suficiente para desplegar las actividades correspondientes. Además, durante la ejecución contractual, que el adelanto sea adecuado significa que se pueda adaptar a un posible incremento del presupuesto del proyecto, de modo que pueda variar su monto originalmente previsto y permita conservar la capacidad de gestión del contratista de forma eficiente.

Por otra parte, ser oportuno significa que el adelanto debe ser otorgado al contratista en un plazo razonable desde el momento en que se hace tangible la necesidad de su otorgamiento o actualización. De existir la

(18) En esta fórmula contractual, la ganancia se da a través del pago de los honorarios, también conocidos como "tarifa".

necesidad del otorgamiento de un nuevo adelanto (o de su actualización) por un eventual aumento del presupuesto del proyecto u evento compensable, éste deberá otorgarse (previa justificación financiera por parte del contratista) en un plazo razonable respecto a los tiempos de entrega y ejecución del proyecto[19]. Así, el desembolso impedirá que el proyecto entre en un periodo de falta de liquidez o flujo de caja negativo y se produzca, a su vez, impactos en la obra.

En este punto, es necesario mencionar que el otorgamiento del adelanto no podrá ser considerado como una acción aislada que solo comprende el accionar del contratante, pues la colaboración del contratista es fundamental para que el adelanto pueda cumplir con sus características básicas. Así, por ejemplo, en el primer adelanto, el contratista debe cumplir con remitir la carta fianza correspondiente en el plazo otorgado.

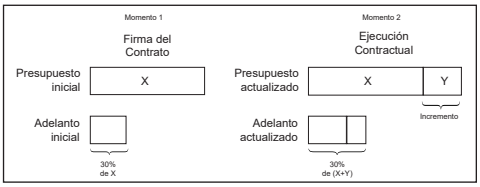
De existir siguientes adelantos (o actualización del primero), será muy importante que el contratista identifique y comunique el momento en el que surge la necesidad de actualizar el presupuesto y, por lo tanto, de recibir un nuevo adelanto o una actualización de este. Además de ello, será necesario que cumpla con remitir al contratante la información financiera suficiente para acreditar el aumento del presupuesto por causas o factores no atribuibles a la actuación del contratista y, por lo tanto, que es necesaria la actualización del pago del adelanto ya otorgado en primera instancia según el presupuesto original del proyecto.

En este sentido, se puede observar que la oportunidad del desembolso del adelanto está relacionada a la actuación diligente de las partes. Por un lado, el contratista deberá justificar de manera adecuada y anticipada la necesidad del otorgamiento de un nuevo adelanto (o su actualización). Por otro lado, el contratante deberá actuar de manera prioritaria con el fin de evaluar la información provista y activar los procedimientos administrativos internos para poder financiar un nuevo adelanto de manera oportuna.

4.1.4. La relación entre el adelanto y el presupuesto

Es importante resaltar que la forma en la que se ha adaptado la opción X14 en la práctica nacional determina una relación dependiente y proporcional entre el presupuesto contractual del proyecto y el adelanto que debe ser otorgado por el contratante: como se ha mencionado, el adelanto para el contratista corresponde al 30% del presupuesto establecido en el contrato.

Figura 1
Evolución del adelanto en función de cambios en el presupuesto



Fuente: elaboración propia

Como se puede apreciar en la Figura 1, el Momento 1 es el de la firma del contrato, donde se establece un presupuesto estimado "X", respecto del cual se calcula el adelanto inicial, que constituye el 30% de X. A medida que se avanza con la ejecución del proyecto, es habitual que el presupuesto incremente por distintos motivos, por lo que ese incremento ha sido representado con la letra "Y".

En el Momento 2, que se da durante la ejecución del contrato, el presupuesto total ahora es X + Y, es decir, el presupuesto inicial más el monto del incremento que se determine. En base al nuevo monto, se debe calcular nuevamente el 30% del total para determinar el valor del adelanto actualizado (el 30% de X + Y).

Naturalmente, si se compara el adelanto del Momento 1 con el adelanto del Momento 2, se encuentra que se ha incrementado de forma proporcional al nuevo presupuesto. En línea con ello, no debe confundirse el monto contractual del adelanto actualizado con los pagos que el contratante debe realizar para actualizar la disponibilidad de liquidez necesaria a favor del contratista. Ambos conceptos pueden distinguirse de la siguiente manera:

Tabla 3
Cálculo del adelanto

Valores referenciales:
X = 90,000 soles
Y = 20,000 soles

(19) Una característica importante a tener en cuenta sobre la duración de proyectos de infraestructura ejecutados mediante contratos NEC por parte de la ARCC es que estos han incorporado el principio *fast track*. Esto significa que, a diferencia de los contratos de obra tradicionales, en esta estructura contractual se permite que existan etapas de ejecución paralela. Así, por ejemplo, es común que, para cumplir con los plazos de ejecución, la etapa de diseño y la etapa constructiva se superpongan y se ejecuten de forma paralela en algún momento. Naturalmente, ello solo puede iniciar cuando se tienen avances aprobados del diseño.

Para efectos del Contrato	
Adelanto inicial	**Adelanto actualizado**
PPTO = X	Incremento (Y) = 20,000
PPTO = 90,000	PPTO actualizado (X+Y) = 110,000
30%(X) = 27,000	30%(X+Y) = 33,000
Total = 27,000	**Total = 33,000**

Fuente: elaboración propia

Tabla 4
Cálculo de los pagos por concepto de adelanto

Para efectos de los pagos al Contratista	
Adelanto 1 (A1)	**Adelanto 2 (A2)**
A1 = 30%(X)	**A2** = 30%(X+Y) – A1
A1 = 30% (90,000)	**A2** = 30% (110,000) – 30% (90,000)
A1 = 27,000	**A2** = 33,000 – 27,000
	A2 = 6,000
Pago total = 27,000	**Pago total = 6,000**
Suma de pagos por adelantos = 33,000 **Adelanto actualizado = 33,000**	

Fuente: elaboración propia

En el ejemplo, observamos que a la firma del contrato el presupuesto (PPTO) es de 90,000 soles (X), por lo que el contratista debe recibir un pago de 27,000 soles (A1) que corresponde al 30% del presupuesto (adelanto inicial). Por consiguiente, cuando el PPTO se incrementa en 20,000 (Y) y pasa a ser 110,000 soles (X+Y), al contratista le corresponde un segundo pago de 6,000 soles (A2), ya que ese monto permite alcanzar el monto del adelanto actualizado, que es 33,000 (el 30% de X+Y).

Como se puede apreciar en la tabla 4, la suma de los pagos de los dos adelantos (A1 + A2) igualan el monto contractual del adelanto actualizado (30% de X+Y), siendo que ambas cifran son 33,000 soles. Cada nuevo pago, que se derive de una actualización del monto contractual del adelanto, se calculará como se explica en el ejemplo.

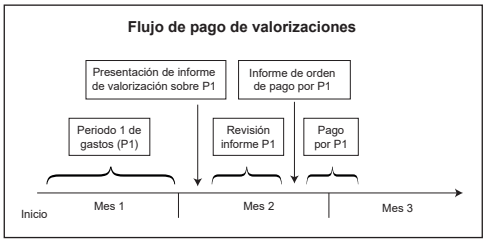
En ese sentido, es posible observar que la obligación del contratante de financiar el proyecto no se limita a la entrega de un adelanto inicial, sino que se extiende al pago de la actualización del adelanto o entrega de nuevos adelantos cuando se produce un incremento en el presupuesto por una causa no imputable al contratista. Ello con el objetivo de preservar la proporción (30%) que el mismo contrato establece como necesaria para que se mantenga una adecuada gestión, a pesar de los cambios presupuestales que experimente el proyecto. Como es posible imaginar, el contratista necesita contar con fondos suficientes durante toda la ejecución para otorgar adelantos a los subcontratistas, realizar compras de materiales, pagar por trabajos finalizados o para que los trabajos puedan ser finalizados, etc. Así, es vital que se conserve siempre su capacidad económica para poder desarrollar todas esas actividades.

4.2. El pago de valorizaciones

El pago periódico de valorizaciones corresponde al esquema de costos reembolsables de la Opción F y se encuentra regulado en la cláusula 50 del contrato tipo. El contratista gasta un monto determinado en las actividades programadas, realiza el reporte periódico al contratante y recibe un reembolso del monto gastado para volver a utilizarlo en el proyecto. La extensión del periodo, la fecha de reporte de valorización y la fecha de pago se deciden de común acuerdo (siguiendo el modelo o con una variación) y se plasma el detalle en el contrato.

Considerando el periodo usual de reporte mensual, el flujo se dará de forma similar a lo expresado en la siguiente figura:

Figura 2
Flujo de las actividades incluidas en el pago de valorizaciones



Fuente: elaboración propia

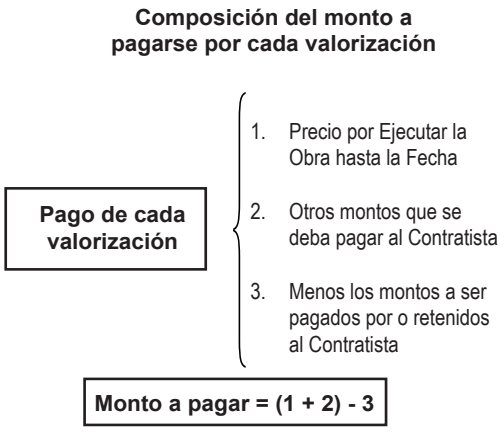
Como se puede apreciar en la Figura 2, generalmente sucede que las valorizaciones se pagan en intervalos mensuales, donde el contratista reporta los gastos del mes 1 mediante un informe detallado que entrega al contratante a inicios del mes 2. Durante

el mes 2, el contratante realiza una revisión del informe y se subsanan observaciones si las hubiera. Cuando se aprueban los conceptos y el monto asociado a cada uno de ellos, el contratante emite una orden de pago, dentro del mes 2, que generalmente se paga hacia el final del mes 2 o inicios del mes 3.

Como mencionamos anteriormente, la entrega del adelanto es particularmente relevante al inicio del proyecto, porque los gastos del mes 1 van a ser reembolsados hacia el final del mes 2 o incluso el mes 3. Eso significa que, durante el mes 1 y el mes 2, el contratista no puede contar con los fondos provenientes de valorizaciones y debe utilizar los fondos provenientes del adelanto.

En la cláusula 50.2, se especifica la composición del monto que se paga por cada valorización:

Figura 3
Elementos de composición del pago de cada valorización



Fuente: elaboración propia

Los primeros dos componentes corresponden al reembolso de los gastos efectuados, el pago de la tarifa y montos adicionales, como intereses o compensaciones derivadas de un evento compensable o una decisión del DAB[20]. Ambos montos se suman para determinar el monto a favor del contratista. El tercer componente hace referencia al monto que se va a restar, ya que corresponde a montos que están a cargo del contratista, por ejemplo, la amortización del adelanto o la retención correspondiente al fondo de garantía. El monto total por pagar se determinar con la suma de los componentes 1 y 2, a cuyo resultado se le resta el 3.

Es importante precisar que los "costos desestimados" no se incluyen en la ecuación mencionada, ya que corresponden a los gastos del contratista que no han sido respaldados adecuadamente. Por lo tanto, no se toman en consideración para el cálculo del monto a pagar.

Para efectos del pago de valorizaciones, en la cláusula 50.4, el contrato impone al contratante las obligaciones de (i) considerar "toda solicitud de pago que el Contratista haya presentado durante o antes de la fecha de valorización" y (ii) brindar información al contratista "sobre cómo se ha realizado el cálculo del monto a pagarse" (NEC, 2005). La obligación que mantiene una especial trascendencia es la segunda, ya que implica un deber de transparencia y el compromiso de sustentar cómo se ha realizado el cálculo.

En cuanto a la orden de pago, la cláusula 51 contiene regulaciones generales, como el plazo para emitirla, que pueden ser reemplazadas por acuerdo de las partes. También se regula que el retraso en la emisión de la orden genera intereses a favor del Contratista (NEC, 2005).

Si el proyecto se ejecuta de acuerdo con lo anticipado y planificado, es decir, sin cambios de gran impacto, el pago periódico de valorizaciones resultaría suficiente en términos de financiamiento y permitiría una gestión adecuada por parte del Contratista. Si, por el contrario, el proyecto sufre modificaciones importantes, por ejemplo, por cambios relevantes de alcance o por impactos imprevistos, es probable que el pago de valorizaciones ya no sea suficiente. En ese caso, correspondería sincerar la envergadura del proyecto, con la respectiva actualización de cronogramas, presupuesto y el adelanto.

4.3. La actualización del presupuesto del proyecto

Para cumplir con el objeto del contrato, el contratante y el contratista deben realizar un estrecho seguimiento y análisis de la

(20) "DAB" se refiere a las siglas que se utiliza para denominar a los "Dispute Adjudication Boards", los cuales acompañan la ejecución de los contratos NEC y se encargan de resolver las disputas que surjan en ese periodo según los reglamentos de la International Chambers of Comerce (ICC).

evolución del presupuesto y de la existencia de mayores alcances o impactos en el proyecto. Ello con el objetivo de alertarse mutuamente sobre las implicancias de dichas ocurrencias y plantear medidas de mitigación que prevengan un déficit financiero o la paralización de obras.

Algunas de las causas comunes de incremento del presupuesto en la práctica son las siguientes:

- Mayores alcances de diseño y construcción.
- Eventos compensables
- Variación de los costos de gestión.
- Variación de los costos de subcontratación.
- Incremento de costos de mercado.
- Retraso en la ejecución por causas imputables a una de las partes.

Desde la perspectiva de control financiero, una de las acciones pertinentes ante este tipo de escenarios es precisamente la actualización del presupuesto del proyecto cuando sea necesario, de manera que el contrato refleje siempre la situación real del proyecto. Para dichos efectos, será necesario contar con información detallada y actualizada de ambas partes, por lo que la elaboración, el seguimiento y la supervisión de los informes de riesgos, planes de costos, flujos de caja que contengan los informes de costos será fundamental para prevenir futuras contingencias.

La actualización del presupuesto del proyecto consiste en verificar los cambios y sincerar el costo acumulado de todas las actividades aprobadas hasta el momento del análisis. Asimismo, se considera el plazo real requerido para culminar el proyecto y los costos de gestión asociados a ello. Ante esto, el contratante puede encontrarse con dos interrogantes importantes al momento de analizar las modificaciones presupuestales:

a) ¿Cuál es la probabilidad de que se requiera actualizar el presupuesto durante la ejecución de este contrato?

La probabilidad es alta, ya que el presupuesto contractual con el que se inicia la ejecución del proyecto es un presupuesto meramente estimado, el cual se realiza en base a estudios de ingeniería básica (EIB) referenciales. Únicamente con el desarrollo del Expediente Técnico (en adelante, ET) se puede proyectar de manera aproximada la envergadura del proyecto, así como el costo real de ejecución y su duración. Además, durante la ejecución del proyecto, es probable que surjan imprevistos de todo tipo e incluso cambios y modificaciones que tendrán impactos en el costo final.

Si bien el cambio más significativo se da entre el presupuesto contractual inicial y el presupuesto estimado luego de la aprobación del ET, ambas partes deben ser conscientes de la alta probabilidad de que el proyecta siga teniendo cambios. Por lo tanto, es recomendable que se planteen estrategias para afrontar dichos cambios de forma anticipada.

b) ¿Cuándo se debe realizar una actualización del presupuesto?

Si bien se puede actualizar el presupuesto de manera previa, un hito en el cual deberá actualizarse coincide con la aprobación del ET por parte del contratante. Durante ese momento, es posible conocer la cantidad total de actividades y los costos proyectados del mismo.

De forma posterior, es frecuente que los cambios propios de la ejecución puedan acumularse de tal manera que requieran una nueva actualización del presupuesto y del Expediente Técnico. Aunque no se ha establecido una periodicidad específica para realizar estas revisiones, un enfoque a considerar es monitorear la proyección del flujo de caja elaborada por el Contratista con el objetivo de evitar cualquier déficit en el flujo de fondos. Asimismo, otra alternativa es realizar la actualización cuando se alcance un determinado porcentaje de variación, según acuerdo de las partes.

En suma, como se ha podido observar, en este tipo de contratos resulta necesario hacer un seguimiento constante a los instrumentos y componentes financieros que se relacionan con la ejecución de la obra. Así, será necesario que las partes puedan alinear criterios sobre parámetros razonables para realizar una revisión periódica y colaborativa en la que ambas analicen las proyecciones financieras del proyecto que permitan activar soluciones presupuestales con la debida anticipación necesaria.

5. Obligaciones del Contratante y del Contratista en relación con el financiamiento

5.1. Contratista: Administración adecuada de los fondos del proyecto

La opción F determina que el contratista gestione el contrato de manera adecuada y ello incluye también la correcta administración de su flujo financiero. Dentro de la adecuada administración de los fondos del contratista, se incluye la obligación de dar a conocer al contratante los cambios que se prevén en el presupuesto y los plazos de ejecución, así como las necesidades financieras que

se anticipan en concordancia con los cambios. Ello debe comunicarse formalmente a través de los mecanismos de alertas tempranas, informes de costos e informes de riesgos previstos en el contrato.

En ese sentido, si surgiera la necesidad de actualizar el presupuesto y, por lo tanto, recibir un nuevo pago para que el adelanto sea proporcional al nuevo presupuesto, el contratista tiene la obligación de justificar esta necesidad y colaborar en el proceso de desembolso. Así, si bien el encargado de activar los trámites administrativos internos de gestión a nivel presupuestal es el contratante, el contratista debe prestar su colaboración con la entrega de la información financiera pertinente que acredite y justifique la necesidad. Una expresión de esta obligación viene impuesta, por ejemplo, en el Contrato en la cláusula auxiliar S840 "Proyección del volumen de negocios y del flujo de caja".

5.2. Contratante: Trámites administrativos internos de gestión de presupuesto

En el caso que nos ocupa, el contratante es el Estado representado por una entidad pública, por lo que para obtener fondos adicionales debe realizar una serie de procedimientos administrativos. En el caso de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC), por ejemplo, los procedimientos internos incluyen la actualización del "FUR" (Formato Único de Reconstrucción), que refleja el costo total del proyecto, gestiones internas ante la Junta de Cambios y trámites administrativos ante el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), entre otros. Algunas normas que pueden tenerse como referencia para la realización de los mencionados trámites a nivel ARCC son las siguientes:

- Directiva No. 002-2021- EF/50.011: Directiva para la ejecución presupuestaria
- Directiva No. 002-2022- ARCC/GG1: Disposiciones para la ejecución y control presupuestario en la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios ARCC
- Directiva No. 002-2022- ARCC/DE: Procedimiento Técnico - Operativo para la incorporación y desembolso de nuevos adelantos previa suscripción Adenda al Contrato NEC3 en la DISE-ARCC

Es preciso señalar que, si bien existen plazos específicos de gestión administrativa de presupuesto detallados en las anteriores normas, estos plazos no figuran y no son parte del contrato. Esto, debido a que se asumen como obligaciones de orden interno que el contratante deberá cumplir para honrar a su vez las obligaciones contractuales a las que se ha comprometido con el contratista por medio de la firma del contrato. Por ello, es recomendable que se tomen todas las precauciones necesarias y que, de verificar el contratante que requerirá mayores plazos para obtener presupuesto adicional para financiar nuevos alcances, se proponga las modificaciones pertinentes en el contrato. Estas modificaciones permitirán armonizar las obligaciones del contratante con sus plazos de acción que podrían estar regulados en las normativas internas, lo cual segura una gestión eficiente y adecuada del proyecto.

5.3. Contratante y Contratista: Gestión de adenda contractual

El contratante está a cargo de gestionar la adenda contractual que modifica el presupuesto inicial del proyecto como antesala al desembolso de un adelanto actualizado, mientras que el contratista debe gestionar una carta fianza y colaborar con la firma de la adenda. Es usual que, en la adenda, se establezca expresamente que el monto total del nuevo adelanto (o adelanto actualizado), el cual será amortizado proporcionalmente en cada valorización hasta que se consuma totalmente, como sucede con el primer adelanto.

Por otra parte, la carta fianza cumple la función de respaldar la entrega de dichos fondos al contratista, pues a través de la amortización el contratante vuelve a recibir el monto otorgado bajo el concepto de adelanto. Si por algún motivo el contratista no devolviera efectivamente dicho monto, la carta fianza permitiría al contratante recuperarlo.

6. El desfinanciamiento y sus efectos en un proyecto de construcción

6.1. El desequilibrio financiero del proyecto

Los proyectos de construcción buscan ser económicamente sostenibles, Por ello, cuentan con un diseño financiero basado en estimaciones que pretende asegurar su sostenibilidad. De esta manera, los proyectos públicos que son ejecutados con contratos NEC en el Perú son financiados por fondos públicos a través del Estado, quien provee los fondos al contratista mediante la entrega de un adelanto y el pago de valorizaciones. Sin embargo, pueden surgir algunas circunstancias que alteren el diseño financiero de un contrato.

En los proyectos gestionados por la ARCC, por ejemplo, el principal cambio que ha generado problemas en el diseño financiero ha sido la existencia de mayores alcances de diseño y de construcción. Es decir, los proyectos han sufrido un cambio en relación

con su alcance original, lo cual ha generado una diferencia, mayor o menor, entre el EIB y el Expediente Técnico aprobado.

En la práctica, se observa que en varios proyectos la variación plasmada en el Expediente Técnico es considerable y que la obra ha aumentado en tal magnitud que ya no puede ser gestionada con el presupuesto inicial. Esto se debe, en gran medida, a la exigencia de ejecutar una serie de actividades al contratista, lo cual implica un volumen de negocios muy superior al inicialmente pactado y, en consecuencia, muy superior al volumen que el contratista dispone.

¿Cómo afrontar dicha circunstancia? Las acciones que tomen tanto contratante como contratista determinarán la viabilidad del proyecto. Por ello, es importante implementar todos los mecanismos de alerta y mitigación que corresponden a las partes a fin de evitar uno de los peores impactos en el proyecto: el denominado desequilibrio económico financiero o desfinanciamiento.

Cuando se da la circunstancia de que la envergadura de la obra ha incrementado considerablemente, pero el contratista no obtiene los fondos económicos necesarios para adecuarse a la modificación del proyecto, se produce un desequilibrio financiero en el flujo de caja del proyecto. Esto se manifiesta comúnmente en la existencia de más salidas de dinero que ingresos, lo que afecta la viabilidad y la ejecución adecuada del proyecto.

En la opción F, este hecho produce un inevitable quebrantamiento de la cadena de pagos del contratista a los subcontratistas, ya que el primero no cuenta con fondos suficientes para cumplir con sus obligaciones de pago ni para permitir el inicio de la ejecución de actividades faltantes. Como resultado, se genera un impacto negativo en la continuidad de la ejecución del proyecto y en el desarrollo de las actividades pendientes.

6.2. Quebrantamiento de la cadena de pagos

En un contrato de gestión, quienes ejecutan directamente las obras son, principalmente, los subcontratistas. Para ello, se celebran subcontratos entre el contratista y cada subcontratista, especificando las actividades que deben desarrollar, las condiciones que debe cumplir y, por supuesto, la contraprestación.

De acuerdo a la estructura de costos reembolsables, el contratista no debería aportar dinero propio para el pago a los subcontratistas, sino que gestiona los fondos económicos que le provee el contratante. Si es que el contratante no otorga los fondos a tiempo o no otorga los fondos suficientes, dicha acción tendrá consecuencias directas en los subcontratistas. Esto, porque el contratista no podrá pagarles a tiempo, no podrá pagar el importe completo o, en casos más extremos, no podrá pagar en absoluto por los servicios que el subcontratista ya ha prestado. La situación puede mantenerse por un periodo corto de tiempo o extenderse en el tiempo, lo cual puede generar consecuencias negativas. A este fenómeno se le conoce como el ‘‘quebrantamiento de la cadena de pagos’’.

Dicha situación sin duda afecta al proyecto, al impedir que se puedan iniciar nuevas actividades de acuerdo con lo programado o que se culminen actividades que se encontraban en curso.

6.3. Disrupción o pérdida de productividad en la ejecución del proyecto

Una pérdida de productividad o disrupción se produce cuando hay modificaciones en la metodología o secuencia de trabajo previamente acordadas entre las partes en el momento de la licitación del proyecto, lo que hace imposible para el contratista llevar a cabo los trabajos de la manera prevista (Jones, 2001); o cuando ocurre un evento que impide a un contratista completar el trabajo asignado por un contratante de acuerdo con el cronograma del proyecto previsto inicialmente (Howik et. al, 2017).

Las modificaciones o eventos no previstos a los que se refiere la disrupción determinan una menor eficiencia o productividad en determinadas actividades previstas contractualmente, o en todas. Así, la disrupción genera que las actividades del contratista no puedan ser llevadas a cabo de forma tan eficiente como fue razonablemente planeado, generando sobrecostos para retomar el nivel de eficiencia o productividad anterior.

El Delay and Disruption Protocol de la Sociedad de Derecho de la Construcción (SCL, 2017) clasifica a los impactos de la disrupción de la siguiente manera:

a) Retrasos en la ejecución de actividades.
b) Necesidad de aceleración de los trabajos, mediante el incremento de recursos para incrementar los trabajos.
c) Pérdidas económicas y gastos adicionales.

Como se observa, la disrupción genera retrasos en la ejecución de actividades. En un proyecto de construcción, ello determina que exista una necesidad posterior de acelerar el ritmo de ejecución de actividades para compensar la pérdida de productividad (generada en el caso del desfinanciamiento por el quebrantamiento de la cadena de pagos y la falta de liquidez), lo que no puede realizarse a menos que se revierta la situación que ocasionó la disrupción en primer lugar. Esta situación genera impactos en costo y plazo en la obra.

Por ello, la disrupción puede ser definida como un evento que causa detrimento en el nivel de ejecución del proyecto, extendiendo su tiempo de ejecución, lo cual aumenta los costos y ocasiona potenciales incumplimientos del contrato con los subcontratistas. Lo último puede llevar a que los subcontratistas paralicen totalmente sus actividades o decidan abandonar la obra.

Por otra parte, es necesario mencionar que, de acuerdo con el Delay and Disruption Protocol de la SCL, el análisis de impactos de una reclamación por disrupción no necesariamente se limita a las actividades de la ruta crítica. En realidad, esto debe darse en relación al proyecto en su conjunto (SCL, 2017).

A partir de ello, es posible diferenciar un reclamo por demoras no imputables al contratista de uno por disrupción o improductividad. Por un lado, las demoras no atribuibles al contratista ocasionan retrasos al plazo de ejecución. Por otro lado, la disrupción tiene como efecto inmediato la pérdida de productividad en el proyecto, lo que a su vez produce afectaciones de costo y plazo respectivamente.

Uno de los escenarios que más afecta el cumplimiento del plazo de entrega de la obra son las suspensiones o paralizaciones totales de obra a causa del desfinanciamiento. Como se explicó, esta situación genera una menor eficiencia en gestión y ejecución de la obra. Es decir, que las actividades se ejecutan a un menor ritmo del planificado, que se ejecutan menos actividades de las programadas y/o que en un periodo de tiempo no se ejecuta ninguna actividad en la obra.

El detalle de la evaluación de daños por disrupción a menudo debe ser realizada por expertos, puesto que no resulta un ejercicio sencillo el identificar las causas de un proceso de disrupción, establecer el causante (y el porcentaje de responsabilidad, si cabe), así como el nexo causal y los daños efectivamente atribuibles a la disrupción (entre ellas la técnica conocida como Milla Medida).

6.4. Atribución de responsabilidad ante el desfinanciamiento

La atribución de responsabilidad por incumplimiento de alguna obligación establecida en el modelo de contrato NEC 3 opción F se encuentra delimitada por los siguientes factores:

Tabla 5
Factores de atribución de responsabilidad en caso de desfinanciamiento

N°	Factor	Fuente
1	Atribución de responsabilidad	• Cláusula 83.1 (Responsabilidad por riesgo creado) • Cláusula 83.2 (Reducción de responsabilidad por grado de culpabilidad)
2	Supuestos compensables	• Sistema de compensación regulado a través de la gestión de reclamaciones. • Los eventos compensables se interpretan como riesgos del Contratante.

Fuente: elaboración propia

En consecuencia, si, por ejemplo, el contratista atribuye al contratante haber generado una situación de desfinanciamiento en el proyecto por la falta de pago de adelanto o falta de actualización de este, ocasionando quebrantamiento de la cadena de pagos, deberá:

a) Demostrar la existencia de un riesgo asumido o imputable al contratante.
b) Encausar dicho riesgo a los supuestos regulados por el contrato.
c) Acreditar el reconocimiento del derecho y la existencia de impactos.

De corresponder, el contratista deberá ser compensado por el contratante mediante el sistema de gestión de reclamaciones regulado en el contrato. Esta compensación, en términos de costo y plazo, se reflejará en el presupuesto y el cronograma final de ejecución del contratista. Del mismo modo, si el contratante atribuye responsabilidad al contratista, deberá seguir los mismos pasos, y la consecuencia se reflejará en el presupuesto y cronograma final en detrimento del contratista.

7. Conclusiones

La ejecución de infraestructura pública a través de un contrato estandarizado, como el contrato NEC, supone adaptar el funcionamiento del Estado (o las entidades que lo representan en la ejecución contractual) a las reglas financieras establecidas en este tipo de contrato.

En suma, un control deficiente del riesgo de financiamiento expone al proyecto a retrasos en la obra causados por falta de fondos y liquidez. Por esta razón, se recomienda que las partes destinen los máximos esfuerzos posibles en prever y anticipar cualquier situación que desencadene en un probable desfinanciamiento del proyecto. Esto, debido a que, una vez originado, las reparaciones demandan grandes esfuerzos para ambas partes (como el reconocimiento de la afectación o daño y la correspondiente compensación).

Como se ha mencionado, el control de este riesgo depende también del cumplimiento de

los deberes y obligaciones del contratista relacionados al financiamiento adecuado del proyecto. El contrato no menciona qué tipo de medidas directas puede adoptar el contratista ante un efecto de desfinanciamiento. Sin embargo, algunas experiencias nacionales han dado cuenta que se han utilizado mecanismos de financiamiento como el *factoring* o préstamos a fin de mitigar las contingencias producidas por la falta de liquidez.

Es por todo ello que se considera que uno de los principales desafíos en el contrato NEC 3 opción F se centra en implementar proyectos de construcción reales y con información técnica predecible. Por lo tanto, antes de su implementación, se debe de dimensionar correctamente los alcances del proyecto requerido para que se evite así cambios exponenciales en la envergadura de un proyecto que genere, a su vez, una modificación presupuestal.

A partir de la experiencia de los contratos ejecutados en el marco de los proyectos para la Reconstrucción con Cambios, se ha podido observar que el problema de desfinanciamiento se produce por la alta variación entre el alcance original del proyecto y el alcance registrado en el Expediente Técnico o a la finalización de la obra. Ello, sumado a los plazos burocráticos para otorgar partidas presupuestales adicionales producto de un mayor alcance, origina un retraso en el pago de nuevos adelantos (o en la actualización del adelanto), lo que a su vez genera un desequilibrio económico financiero en el proyecto y una falta de liquidez en las finanzas del contratista. El mencionado problema tiene como consecuencia inmediata una pérdida de productividad y con ello impactos en costo y plazo para el proyecto.

En este punto, es necesario mencionar que, si bien el contratante cumple un rol primordial en la gestión del financiamiento de un proyecto, no es menos importante la labor que debe desplegar el contratista. Este tiene como fin justificar y suministrar ante el contratante la información financiera que permita que los adelantos y los pagos de valorizaciones se den de manera oportuna y razonable. Además, el contratista deberá activar los mecanismos de alerta y mitigación necesarios a todo nivel a fin de que una potencial situación de desfinanciamiento no afecte la viabilidad del proyecto.

A partir de estas lecciones aprendidas, el Estado ha implementado recientemente la cuarta generación de contratos NEC (denominados NEC 4) en el proyecto Escuelas Bicentenario. En este nuevo tipo de contrato, se establece una regulación sobre el financiamiento de los proyectos más predecible que la usada en el contrato NEC 3 ECC opción F.

Evitar una situación de desfinanciamiento será posible si es que las partes actúan de manera preventiva sobre cualquier potencial indicador de falta de liquidez o variación exponencial en el presupuesto del proyecto. El contrato NEC brinda a las partes la posibilidad de utilizar, de manera conjunta, instrumentos financieros que brindan proyecciones sobre el rumbo económico de un proyecto. De esta manera, será decisión de las partes unir esfuerzos y cumplir a cabalidad con el enfoque colaborativo del contrato NEC.

Referencias bibliográficas

Constitución Política de Perú [Const.]. Art. 58. 29 de diciembre de 1993 (Perú). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf?v=1594239946

Decreto Supremo 238-2019-EF [Ministerio de Economía y Finanzas]. Aprueban el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad. 28 de julio de 2019. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/348761/DS238_2019EF.pdf?v=1564703333

Decreto Supremo 003-2019-PCM [Poder Ejecutivo]. Aprueba el Reglamento de la Ley N° 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambio. 9 de enero de 2019. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/392824/Decreto_Supremo_N__003-2019-PCM.pdf?v=1571416497

Decreto de Urgencia 021-2020 [Poder Ejecutivo]. Decreto de Urgencia que establece el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de proyectos especiales de inversión pública y dicta otras disposiciones. 24 de enero de 2020. https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-de-urgencia-que-establece-el-modelo-de-ejecucion-de-decreto-de-urgencia-n-021-2020-1848882-5

Development Bureau. (2017). *Practice notes: New Engineering Contract (NEC) Professional Services Contract (PSC) for Public Works Projects in Hong Kong*.

Figueroa, J. (2020). La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción. *Derecho y Sociedad*, (55), 197-221. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23243

Howick, S., Ackermann, F., Eden, C., & Williams, T. (2017). Delay and Disruption in Complex Projects. En R. A. Meyers (Ed.), *Encyclopedia of Complexity and Systems Science* (pp. 1845-1864). Springer.

Jones, R. M. (2001). Lost productivity: Claims for Cumulative Impact of Multiple Change Orders. *Public Contract Law Journal*, 31(1), 63-78.

NEC Contracts & Institution of Civil Engineers (Great Britain). (2020). Guidance notes for the Engineering and Construction Contract NEC. Thomas Telford

NEC Contracts & Institution of Civil Engineers (Great Britain). (2005). *NEC3 engineering and construction contract option F: Management Contract: An NEC document* (3ª ed.). Thomas Telford.

Society of Construction Law. (2017). *Delay and Disruption Protocol* (2ª ed.). Society of Construction Law.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.011

El *aftermath* de la victoria de David ante Goliat: A propósito de la ejecución de laudos en los arbitrajes entre inversor-Estado(*)

The aftermath of David's victory over Goliath: Regarding the enforcement of awards in investor-State arbitrations

Alonso Bedoya Denegri(**)
Mario Castillo Freyre Abogados (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo versa sobre el *aftermath o* las secuelas de la victoria del inversionista en arbitrajes entre inversor-Estado (ISDS). De tal manera, abordaremos sobre la problemática del inversionista que muchas veces no puede ver materializada la decisión contenida en el laudo, pues sin perjuicio de que este lo determine como la parte vencedora, el Estado, por distintas razones, bien podría negarse a acatarlo. Así, la victoria arbitral termina por convertirse en una victoria pírrica, en donde el vencedor triunfa, pero obteniendo más daños que el vencido.

En ese escenario, el autor hace referencia a las figuras del pasaje bíblico de David y Goliat para ejemplificar y equiparar la dantesca hazaña a la que cada inversor debe someterse para poder lograr ejecutar un laudo arbitral en contra de un Estado, el cual contiene montos millonarios en calidad de reparaciones e indemnizaciones. Así, desarrollaremos que dicha dantesca hazaña empieza con un *due dilligence* y un posterior *asset hunting,* lo que en buena cuenta significa que el inversionista deberá identificar y perseguir activos pertenecientes al Estado vencido, siempre que se traten de activos de índole comercial y no estén determinados como bienes soberanos.

En consecuencia, se analizará el procedimiento antes descrito en dos escenarios: (i) cuando el mecanismo de arbitraje haya nacido de algún tratado bilateral, multilateral y por ende sea un arbitraje de inversión y (ii) cuando el mecanismo del arbitraje haya encontrado su génesis en un contrato comercial, con lo cual estaremos ante un arbitraje comercial.

Palabras clave: Estado - Inversionista - Laudo - Ejecución - Inmunidad soberana - Arbitraje

Abstract: It is well known that the confrontation in an arbitral procedure to obtain a favorable award implies a strenuous effort by both the parties and their respective legal. Even more in the framework of international arbitration and investment treaty arbitration between a State and a foreign investor. However, it should not be overlooked that many times the heart of the matter lies in the enforcement of the award. Having a favorable award is no small task, yet we cannot ignore the dire reality in which investors face off a perilous journey in order to enforce what is lawfully theirs.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 30 de mayo de 2023.
(**) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Máster en Comparative & International Dispute Resolution por la Universidad Queen Mary de Londres. Profesor de postgrado en la Universidad San Martín de Porres. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-0494-4537. Correo electrónico: abd@castillofreyre.com.

Thus, this article deals with the aftermath of a victorious award for the foreign investor, who often cannot see the decision contained in the award materialize, due to a lack of compromise of the respective State which adduces several foreign immunity regulations, which makes enforcing an award a titanic feat, therefore turning the arbitral victory into a Pyrrhic victory.

In this scenario, and for illustration purposes we will use, the biblical passage of David and Goliath to demonstrate the Dantesque feat to which each investor must succumb in order to enforce assets pertaining to the State. Consequently, this paper will analyze the ways in which investors may have a chance of enforcing a favorable award without being limited to sovereign immunity legislation.

Keywords: State - Investor - Award - Enforcement - Foreign sovereign immunity - Arbitration

1. Introducción

Muchos de los que nos encontramos vinculados al mundo del arbitraje internacional, principalmente, en arbitrajes entre inversor-Estado (o ISDS, por sus siglas del inglés *Investor-state dispute settlement*) en algún momento nos hemos llegado a preguntar lo siguiente: si ganamos el proceso arbitral, ¿qué sigue?

Sabemos que parte de la hazaña es llegar a conseguir un laudo favorable, pero con lo que no contamos es con lo que nos espera después. Para ilustrar la epopéyica tarea del Inversor que ganó un arbitraje, ya sea de inversión o comercial, y lo que debe hacer para cobrarle al Estado perdedor, considero pertinente usar como analogía el pasaje bíblico de David y Goliat.

De acuerdo con el pasaje de la Biblia, contenido en 1ro de Samuel 17, Goliat era un gigante que retaba a los israelitas y los desafiaba a que alguno de ellos combata personalmente con él. Lógicamente, no había existido hasta ese momento algún israelita capaz de dar frente a la titánica fuerza de Goliat; esto es, hasta que se enfrentó a David, quien, con honda y piedra en mano, logró derribar al gigante.

Para no dejar espacio al error, a efectos del presente trabajo, entenderemos que Goliat es el Estado y David es el inversor privado. Así también, para efectos prácticos del presente trabajo, partiremos de la premisa de que el inversor privado obtuvo una victoria ante el Estado, y un tribunal arbitral ha condenado a dicho Estado al pago de una reparación económica[(1)]. Para complicar más las cosas, partiremos también de la premisa de que el Estado no está dispuesto a cumplir con lo dispuesto en el laudo.

Es así que en estas líneas no se analizará nada de lo ocurrido durante el proceso arbitral, sino, por el contrario, analizaremos las secuelas o el *aftermath* de la victoria arbitral a cargo de David.

De acuerdo a Bravin et..al (2022), de cada 170 casos estudiados en donde un tribunal arbitral condenó al pago de daños al Estado inversor, solo en un 60% de las veces el Estado cumplió con su obligación pecuniaria, obligando así al inversor extranjero a indicar procedimientos en el Poder Judicial local, ya que el Estado no estaba dispuesto a pagar su obligación.

2. ¿Arbitraje de inversión o arbitraje comercial?

Primero, tendremos que analizar bajo qué marco regulatorio nos encontramos. Recordemos que en disputas entre inversor-Estado hay dos posibilidades. La primera es que el mecanismo del arbitraje esté contenido en un tratado bilateral, multilateral o en un contrato, en donde las partes decidan acudir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y, además, ambas partes pertenezcan a un país suscriptor de la Convención de Washington.

La otra alternativa es que el marco regulatorio de la disputa entre inversor-Estado no esté contenida en ningún tratado y que la misma surja del contrato que vincula a ambas partes. Específicamente, en la cláusula arbitral que, entre varias opciones, opte por un arbitraje comercial (*ad-hoc*, por ejemplo), bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o un arbitraje institucional, que podría ser administrado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Singapore International Arbitration Center (SIAC), la Cámara de Comercio de Lima (CCL), etc.

(1) De ningún modo este trabajo tiene como finalidad analizar o desarrollar lo que sucede dentro de un proceso de arbitraje de inversión o comercial, ni por qué gana o pierde el inversor privado ante un Estado. Sobre esto ya mucho se ha dicho y no corresponde analizar las defensas a cargo de los Estados, ni de los inversores privados dentro del proceso arbitral.

2.1. En el arbitraje de inversión

El CIADI es conocido como un mecanismo de resolución de disputas autónomo, respecto del cual los países suscriptores de la Convención de Washington se obligan al cumplimiento de sus reglas, en especial de aquellas relativas a la ejecución de laudos.

El artículo 54.1 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, dispone lo siguiente:

> (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado confor- me a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado [énfasis agregado]. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá´ hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá´ disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los Estados que lo integran.

En estricto rigor, cuando un Estado se encuentra con un laudo desfavorable y el tribunal arbitral de inversión lo condena al pago de una reparación económica, no hay mayor mecanismo legal que dicho Estado pueda aplicar para frenar o detener la ejecución del laudo; en cambio, esto sí sucede cuando estamos ante un laudo que pretende ser ejecutado en mérito de la Convención de Nueva York, punto respecto del cual hablaremos más adelante.

De acuerdo con las propias normas del CIADI, el cual es un tratado, y no olvidemos que los países miembros se han obligado a cumplirlo, pues, al menos en el Perú, los tratados cuentan con rango constitucional, se entiende que dichos laudos obtienen el valor de una sentencia definitiva de un tribunal del Estado contratante del Convenio del CIADI. Es decir, sobre este fallo no existe recurso ni apelación disponible interno en el aparato judicial.

Por consiguiente, teóricamente, lo único que debería presentar el inversionista es la copia certificada de un laudo del CIADI, y la Corte o Poder Judicial de dicho país, en principio, tendría que estar obligada a acatar y ejecutar ese laudo.

Lamentablemente, la realidad es otra y son innumerables las dificultades para ejecutar un laudo, aunque sea al amparo del CIADI. Tantas que, tal vez, si el inversionista las conociera de antemano, no dejaría de lamentarse siquiera de haber comenzado un arbitraje en contra del poderoso Goliat. La experiencia en algunos casos que veremos en este trabajo podrían parecer el testimonio de un real calvario.

Si Goliat decide no pagar o no cumplir con el laudo condenatorio, sin importar que este cuente como una sentencia firme del mismo Estado, el asunto se complica muchísimo. Esto se debe a que ejecutar laudos de inversión y, por tanto, pretender ejecutar activos de un Estado es como ir cuesta arriba por un camino lleno de espinas.

Recordemos que cada Estado es soberano; asimismo, los activos del Estado, en principio, gozan de inmunidad y son inalienables por temas de orden público. Sin ir muy lejos, el artículo 73 de la Constitución Política del Perú prescribe que los bienes de dominio público son inalienables, esto es, no pueden ser enajenados por ningún motivo. El mismo escenario observamos en el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 132 de la Constitución Española[(2)].

A mayor abundamiento, la sentencia C-263-1994 de la Corte Constitucional de Colombia señala como fundamento de la inembargabilidad de los bienes estatales lo siguiente:

> […] la inembargabilidad como principio constitucional contribuye a realizar los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, porque elimina el riesgo de embargos a determinados bienes que, por su naturaleza, deben gozar de una especial protección constitucional, y, además, garantiza la disponibilidad de los recursos económicos para el cumplimiento de sus fines.

Por otro lado, recordemos que, como señala Linares:

> No existe, por tanto, en el ámbito internacional, una autoridad superior que vele y garantice, con el empleo de un procedimiento uniforme, la ejecución

(2) Recordemos que, de acuerdo con el reporte estadístico publicado por la página del CIADI, en el año 2019, Perú, Colombia y España fueron los tres países que encabezaron la lista de los más demandados en el periodo de 2018. Asimismo, Perú repitió la tendencia de encabezar la lista en el año 2021. Al respecto, *véase* Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (s/f). El Perú entre los tres países más demandados en arbitraje CIADI 2018. Recuperado de: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf.

> efectiva de los laudos dictados en protección de inversiones, sino que en última instancia la materialización del laudo, va a depender de la apreciación del tribunal del foro concreto en que se busque la ejecución, que aplicará las normas y procesos de su propio ordenamiento interno, aunque suelen tomar en cuenta la costumbre y prácticas internacionales, sobre todo, en lo referente a la aplicación de la inmunidad de ejecución cuando el demandado en ejecución es un Estado soberano (2018, p. 55).

En otras palabras, ningún inversor va a poder conseguir que un tribunal judicial, ya sea del mismo Estado o uno internacional, pueda embargar algún bien de ese Estado y que se encuentre en territorio nacional.

Entonces, ¿está todo perdido? Pues, al final del túnel siempre hay un rayo de luz o, al menos, eso quiere creer David. En este caso, el rayo de luz puede encontrarse en forma de diversos activos, ya sea propiedad, bonos, acciones o cuentas bancarias pertenecientes al Estado deudor que se encuentren fuera de su territorio nacional, y que puedan ser accesitados por David.

Antes de iniciar la fase de recolección de activos pertenecientes al Estado y que estén dispersos por todo el mundo, siempre es aconsejable quemar una etapa previa, la cual es la vía diplomática. Como suele decir un viejo proverbio: "no hay peor gestión que la que no se hace".

En esta línea, vale remarcar que el propio Convenio CIADI, en su artículo 27, abre las puertas para la protección diplomática que, de cierta forma, sirve como herramienta de apalancamiento o persuasión, y para generar presión en el Estado deudor. Sin duda, la presión diplomátca extranjera es un potente disuasivo para cualquier Estado que quiera acceder al mercado internacional, salvo que, como sucedió con Rusia, esto no sea de su mayor interés y decida hacer caso omiso a todo tipo de llamado internacional, y retirarse de cuanto tratado haya suscrito o, en su defecto, desconocerlo si es que va en contra de sus intereses como Estado. En ese sentido, el numeral 1 del artículo mencionado, señala lo siguiente:

> Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo [énfasis agregado].

Algo que siempre repito en mis clases de arbitrajes de inversión es que, sin la inversión extranjera directa, la economía de los países en desarrollo no saldría adelante. A modo de ilustración, Perú no es un país autosuficiente. No tiene los recursos por su cuenta para construir, operar y gestionar los grandes proyectos de infraestructura, como construcción de carreteras u optimización, y explotación de los recursos naturales, tal como el petróleo, gas y *commodities*, como el oro, plata, cobre, etc.

Sin inversión privada directa, el país se paraliza y no podrá cumplir con las expectativas que el Estado genera sobre los ciudadanos. El país no promovería riqueza y, simplemente, la inversión privada y pública no existiría.

En esa línea, lo peor que le puede pasar a un país en desarrollo carente de infraestructura y de capital es que se quede sin inversionistas privados, ya sean nacionales o extranjeros, para poder generar trabajo y capital. A decir de Schwartz:

> Sin esta inversión extranjera no se tendría: (i) una mejor red de transporte público mejora nuestro acceso al mercado laboral, derivando en ciudades menos congestionadas y contaminadas, (ii) Un mejor servicio de agua corriente y saneamiento significa menos esquistosomiasis, diarrea y problemas de salud infantiles, (iii) Una red eléctrica más confiable significa más tiempo para estudiar y aprender, y la libertad de trabajar desde el hogar, (iv) Las carreteras transitables todo el año significan un mejor acceso a los mercados, escuelas y hospitales y alimentos más baratos (2011).

Lógicamente, un Estado que no cumple con pagar las reparaciones ordenadas por un tribunal arbitral, ya sea comercial o de inversión, está mandando un mensaje disuasivo a los inversores extranjeros. De esta manera, los invita a no invertir en su país, dado que no cumplirá con sus obligaciones y no respetará las reglas del comercio y de la inversión extranjera. En consecuencia, no ofrecerá garantías a los inversionistas que deseen contribuir al desarrollo del país.

Entonces, si la vía diplomática resultara ser insuficiente, el inversor acreedor, o David aún, tiene algunos cartuchos que quemar antes de tirar la toalla. Primero, David deberá realizar una búsqueda exhaustiva (*due dilligence*) de los activos pertenecientes al Estado deudor, es decir, de Goliat. No estamos hablando de cualquier activo en

término general, sino aquellos que configuran como activos de naturaleza comercial[3].

Ahora bien, la principal ley que regula lo relativo a la inmunidad o inalienabilidad de los activos soberanos internacionales es la *Foreign Sovereign Immunities Act* (en adelante, FSIA) de 1976, que, si bien es una ley de origen estadounidense, gracias al criterio de precedentes vinculantes o *stare decisis,* que opera en los sistemas del derecho anglosajón, ha permitido codificar una teoría restrictiva sobre la inmunidad de ciertos activos.

El principio de precedente vinculante consiste en que se respete las decisiones tomadas previamente por un juez o tribunal que resolvieron una controversia semejante. Al respecto, el *World Dictionary of Foreign Expressions* ha definido, entre sus acepciones, al *stare decisis* de la siguiente manera: "Una doctrina que requiere que los jueces sigan los precedentes o principios legales establecidos basados en sentencias anteriores, a menos y hasta que sea absolutamente necesario para remediar una injusticia flagrante y prolongada"[4].

La inmunidad de un Estado a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado es un principio indiscutible del derecho internacional consuetudinario, es decir, es un principio que está basado en la costumbre, prácticas y creencias internacionales que son aceptadas como normas de obligatorio cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo con el espíritu de la FSIA, hasta el siglo XX, la inmunidad soberana de la jurisdicción de los tribunales extranjeros parecía no tener excepciones; es decir, aplicaba una teoría amplia o absoluta de la inmunidad soberana. Sin embargo, a medida que los gobiernos participaban cada vez más en el comercio de Estado y diversas actividades comerciales, como consecuencia de la globalización, se instó a que el derecho internacional no exigiera la inmunidad de los Estados que participaban en tales actividades.

En resumidas cuentas, lo que se buscaba era que, si un Estado decidía tomar o participar en determinadas actividades comerciales, no pudiera ampararse en una inmunidad soberana absoluta para no ser responsable de sus incumplimientos.

Lógicamente, a medida que la globalización ha proliferado y los Estados han empezado a tener un rol más comercial y equiparable con el inversor privado, la teoría de la inmunidad total o absoluta de los bienes estatales ha ido flexibilizándose. De ahí viene el término "teoría restrictiva".

Según la teoría restrictiva de la inmunidad soberana, un Estado o instrumento estatal es inmune a la jurisdicción de los tribunales de otro, excepto con respecto a las reclamaciones que surjan de actividades del tipo que pueden llevar a cabo personas privadas.

Entonces, bajo esta teoría, un Estado es inmune a cualquier ejercicio de jurisdicción judicial por parte de otro con respecto a reclamos que surjan de actividades gubernamentales, pero no será inmune por reclamaciones producto de actividades derivadas de actividades comerciales[5].

En sus casi cinco décadas de vigencia, la FSIA ha ido ampliando las excepciones generales que aplican a la inmunidad jurisdiccional de un Estado, abarcando más actividades bajo el rubro "actividad comercial".

Concretamente, la FSIA, en su artículo 1605, establece diversas excepciones a las que un Estado puede apelar a su inmunidad soberana. Básicamente, las excepciones son las siguientes:

- Que un Estado no será inmune cuando renuncie explícita o implícitamente a su inmunidad.
- Que un Estado no será inmune cuando la actividad comercial realizada por dicho Estado sea realizada en los Estados Unidos o que dicha actividad comercial cause efectos en los Estados Unidos.
- Que un Estado no será inmune cuando haya tomado propiedad de determinado activo, en violación del derecho internacional, y que dicho asunto esté en cuestión.

(3) Es decir, aquellos activos que podrán ser embargados, toda vez que no están protegidos bajo la cubierta de la soberanía del Estado por una u otra razón.

(4) Traducción libre de: "(2); to stand by decisions or what has been decided. Law. A doctrine which requires judges to follow precedent or established legal principles based on previous judgments unless and until it becomes absolutely necessary to remedy glaring and long continued injustice. Res judicata Cf. relates to a decision; stare decisis relates to a rule or principle of law involved". Al respecto, *véase* Sienkewicz, T., & McDonough, T. (Eds.). (1999). *World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers*. Bolchazy-Carducci Publishers.

(5) U.S. Department of State - Bureau of Consular Affairs. (s/f). *Foreign Sovereign Immunities Act*. Recuperado de: https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/internl-judicial-asst/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html.

- Que un Estado no será inmune cuando los derechos de propiedad de ese Estado sean adquiridos en los Estados Unidos, ya sea por sucesión o donación, o los derechos sobre bienes inmuebles sobre ese Estado estén en cuestión.
- Que un Estado no será inmune cuando se reclaman daños monetarios contra ese Estado por lesiones personales o muerte, o daño o pérdida de propiedad ocurridos en los Estados Unidos y causados por la acción ilícita u omisión de ese Estado extranjero.
- Que un Estado no será inmune cuando se haya iniciado una acción iniciada para hacer cumplir un acuerdo hecho por ese Estado con o en beneficio de una parte privada para someterse a arbitraje.
- Que un Estado no será inmune cuando se reclaman daños monetarios contra dicho Estado por lesiones personales o muerte causadas por un acto de tortura, ejecución extrajudicial, sabotaje de aeronaves, toma de rehenes o la provisión de apoyo material o recursos para tal acto, si ese Estado es designado como Estado patrocinador del terrorismo bajo la sección 6(j) de la Ley de Administración de Exportaciones de 1979 (50 U.S.C. App 2405(j) o la Sección 620A de la Ley de Asistencia Extranjera de 1961 (22 USC 2371).
- Que un Estado no será inmune cuando se trabe un embargo marítimo o se busque hacer cumplir un gravamen marítimo contra una embarcación o carga de dicho Estado, cuyo gravamen marítimo se basa en una actividad comercial de ese Estado extranjero.

Si bien la FSIA brinda parámetros y criterios útiles para determinar cuándo un inversor puede ejecutar determinados bienes relacionados a actividades comerciales de un Estado perdedor de un arbitraje de inversión o internacional, el principal problema radica en que su aplicación está casi limitada a la ejecución de bienes relacionados con la actividad comercial de Estado perdedor dentro de los Estados Unidos. Fuera de esa jurisdicción, la FSIA tiene efectos limitados o prácticamente nulos.

A su vez, en la comunidad europea, se promulgó la Convención Europea de Inmunidad de los Estados en 1972. La propia convención, en su preámbulo, tiene en cuenta que existe en el derecho internacional una tendencia a restringir los casos en que un Estado puede reclamar inmunidad ante tribunales extranjeros. Tal tendencia desea establecer, en sus relaciones mutuas, reglas comunes relativas al alcance de la inmunidad de un Estado, de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado y destinadas a asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas contra otro Estado. Y, finalmente, la misma considera que la adopción de tales normas tenderá a hacer avanzar la labor de armonización emprendida por los Estados miembros del Consejo de Europa en el ámbito jurídico.

El espíritu de la Convención Europea sobre Inmunidad estatal es similar al de la FSIA. La convención parte de la premisa de que cada Estado goza de inmunidad ante las cortes de otro Estado, salvo que se presenten determinados casos en las que se presenten disputas en contra de un Estado relativas a la actividad comercial, como lo pueden ser las patentes, diseño industrial, marcas comerciales, entre otras que se detallan a mayor profundidad en la Convención.

La Convención cuenta con 41 artículos llenos de excepciones a la inmunidad estatal y, adicionalmente, cuenta con un protocolo adicional; sin embargo, el quid del asunto es el mismo. Se busca limitar la soberanía estatal respecto de sus bienes cuando el propio Estado haya incursionado en actividades comerciales.

Adicionalmente, tenemos la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, la cual fue preparada por una Comisión experta que ha tenido en cuenta los constantes cambios en las disposiciones de cada país y que ha buscado uniformidad de criterios, de manera que la mayor cantidad de países se adhieran sin inconveniente alguno a la Convención[6].

Para lo que nos interesa reseñar en el presente trabajo, conviene señalar el artículo 19, que señala que no podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, o medidas coercitivas posteriores al fallo, salvo:

- El Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados.
- Acuerdo internacional.
- Acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito.

(6) Naciones Unidas. (s/f). Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2004 [Archivo PDF]. Recuperado de: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_ph_s.pdf.

- Por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes.
- El Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso.

Ahora bien, como hemos podido observar, encontrar activos comerciales que sean perseguibles por el inversionista no es tarea sencilla, y, por si no fuera ya complicado todo lo anterior, no es infrecuente que determinados países incurran en prácticas de las más innovadoras de ocultar sus activos comerciales o de transferirlos o incluso hacerlos figurar como activos soberanos, lo cual está dirigido a evitar el pago de sentencias arbitrales.

Afortunadamente, para cada adversidad existe una solución. Existen firmas especializadas en buscar activos comerciales de los Estados para poder ejecutarse. A modo de ejemplo, en el 2018, tuve la oportunidad de conocer a uno de los socios de la firma Internacional Cooley LLP, situada en Londres. La experiencia del socio en esta firma radicaba en representar a empresas públicas y privadas, gobiernos, organismos del sector público en disputas comerciales complejas, de derecho público, fraude y rastreo de activos.

En otras palabras, existen firmas de primer nivel mundial que, dentro de los servicios que prestan, están los de recuperación de activos, incluida la presentación de casos para recuperar daños sustanciales, tierras y otros activos en todo el mundo.

Pues, teniendo en cuenta lo anterior, David ya no estará solo y, con apoyo de firmas especializadas, podrá localizar activos comerciales del Estado contra los cuales podrá solicitar la ejecución, y, finalmente, estará a un paso más cerca de reclamar su acreencia frente a Goliat.

Para una mayor precisión, los activos pertenecientes al Estado que usualmente pueden ser embargados son los bienes estatales de dominio privado, como por ejemplo un terreno eriazo sin uso. Por contraparte, aquellos activos que no se pueden embargar ni ejecutar son los activos de propiedad de un banco central extranjero, o cualquier activo asignado para fines militares(7).

A manera de ejemplo, en el caso *Liberian Estaren Timer Corporation vs. The Government of The Republic of Liberia*, la Corte, con buen criterio, decidió que embargar cuentas de una misión diplomática generaría graves efectos en las actividades que tuviere que realizar esta.

Así también, en el caso *Benvenuti and Bonfanti vs. People's Republic of the Congo*, el Tribunal de Grande Instance de París determinó que no se podía ejecutar el laudo en contra de los activos del Congo que se encontraban en Francia, sin previa autorización de la Corte de Apelaciones de París, dado que dichos activos podían estar protegidos por inmunidad soberana (Vasquez, 2018).

Para pasar de la parte teórica a la práctica, que mejor ejemplo que el tan famoso caso *Yukos Capital SARL vs. Federación Rusa,* el cual ilustra de manera clara cómo esto funciona en la práctica. Recordemos que inicialmente Yukos derrotó a Rusia en un arbitraje de inversión al amparo del Tratado de la Carta de Energía (Tratado Multilateral).

A grosso modo, podemos comentar que, en este caso, en 2016 un Tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje condenó a Rusia por expropiación en un caso iniciado por Yukos debido a la expropiación de sus inversiones en su filial rusa, además de un trato injusto y discriminatorio. El laudo inicialmente condenó al Estado ruso al pago de USD 50 billones.

Entre los tantos activos que se pudo recuperar o, al menos, trabar un embargo de retención, se encuentran las marcas de vodka *Stolichnaya and Moskovskaya* que pertenecieron a los accionistas de Yukos, pero fueron absorbidos por Rusia cuando expropiaron Yukos (Sanderon, 2022).

(7) A manera de ilustración, la sentencia recaída en el Expediente 01873-2011-PA/TC del Tribunal Constitucional desarrolló, en el fundamento 2, lo siguiente:
"[…] la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables. […] ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está afecto o no a un uso público".

En su momento, tanto la Unión Europea como otras naciones dieron cierto apoyo a Yukos. Brindaron sanciones que estaban dirigidas a la cooperación y los intercambios sectoriales con Rusia. Asimismo, se trató de limitar el acceso al capital perteneciente a Rusia en los mercados de Capital de la Unión Europea. Adicionalmente, se trató de restringir el acceso de Rusia a tecnologías sensibles, particularmente, en el campo del sector petrolero.

Como se puede apreciar de las líneas anteriores, todas las medidas tomadas en contra de Rusia, en su momento, fueron provisorias. Muchas de ellas ya no se encuentran vigentes. Es difícil cuantificar realmente, de los 50 billones, cuánto se pudo recuperar en la etapa post laudo, pero, lamentablemente, no considero que dicha cifra sea ni una fracción del monto total otorgado en sede arbitral.

Se prohibieron exportaciones de bienes y tecnología de doble uso para utilización militar en Rusia. Las exportaciones de determinados equipos y tecnologías relacionados con la energía a Rusia estaban sujetas a la autorización previa de las autoridades competentes de los Estados miembros de la Corte Permanente de Arbitraje. Se denegó también las licencias de exportación si los productos estaban destinados a la exploración y producción de petróleo en aguas profundas, la exploración o producción de petróleo en el Ártico y proyectos de petróleo de esquisto en Rusia(8).

En contraste a lo observado en el caso de Yukos, Durán (2021) expone un caso en el cual sí fue posible el seguimiento y posterior congelamiento de activos del Estado, esto es, sí existió un caso en el cual Goliat cedió ante David:

> En un caso ante tribunales belgas, los demandantes promovieron la ejecución de un laudo arbitral de U$S 500 millones contra Kazajstán y congelaron activos del Banco Central de dicho Estado, que se encontraban en la sucursal del Banco de Nueva York Mellon en Bélgica. Kazajstán y el Banco Central argumentaron que los activos congelados gozaban de inmunidad según el Código Judicial belga, porque se utilizaron con fines soberanos. El tribunal señaló que los fondos congelados eran parte del Fondo de Ahorro Nacional de Kazajstán y que el objetivo a largo plazo de estos fondos era generar rendimientos basados en un nivel moderado de riesgo. El tribunal señaló que obtener retornos de inversión era una actividad comercial y rechazó el motivo de inmunidad soberana (2021, p. 188).

No obstante, no dudamos que el inversionista de este caso no tuvo menos dificultades que Yukos para hacer valer su acreencia ante los tribunales.

2.2. En el arbitraje comercial

Las diferencias procedimentales para localizar y ejecutar bienes pertenecientes a un Estado que ha sido desfavorecido con un laudo no difieren sustancialmente respecto de la aplicación del CIADI o de la Convención de Nueva York.

Lo primordial y medular del asunto sigue siendo lo mismo: se deben ubicar bienes de índole comercial para poder ejecutar. Luego, habría que revisar si aquellos bienes comerciales se encuentran situados en un país signatario de la Convención de Nueva York, en donde David pudiera buscar su ejecución, caso contrario el laudo y sus reparaciones no podrían ser ejecutados.

Dependiendo de la jurisdicción en la que un inversionista elija iniciar procedimientos de ejecución (suponiendo que el Estado deudor tiene bienes comerciales en más de una jurisdicción), la investigación formal para identificar los activos del deudor del laudo puede ocurrir a través, incluso, de procedimientos judiciales.

De acuerdo con Bravin et. al, 2022, este tipo de investigación generalmente aumenta las posibilidades de que un inversionista descubra activos embargables; incluso, si esos activos se encuentran fuera de los límites geográficos de la jurisdicción de ejecución del tribunal y se encuentran repartidos por todo el mundo.

A modo de ejemplo, citan el caso *NML Capital vs. Argentina*, en donde Argentina no tenía bienes embargables en Nueva York ni en ningún otro lugar de los Estados Unidos. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que la FSIA no impedía que un acreedor judicial usara la autoridad de la corte de los EE. UU. Para obligar al descubrimiento a investigar los activos argentinos ubicados en todo el mundo, en la medida en que terceros, bajo la jurisdicción de la corte, tuvieran acceso a esa información.

Ahora bien, el principal problema que se avizora respecto de querer ejecutar bienes pertenecientes al Estado mediante la

(8) El Economista. (29 de junio de 2018). *Los líderes europeos acuerdan extender seis meses más las sanciones a Rusia*. https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9241435/06/18/Los-lideres-europeos-acuerdan-extender-seis-meses-mas-las-sanciones-a-Rusia-.html

Convención de Nueva York es que su sistema de aplicación no es un proceso autocontenido como el CIADI. Recordemos que, en mérito del artículo 54 del Convenio CIADI, es obligación de cada Estado reconocer el laudo como sentencia firme y, por consiguiente, pagar la reparación ordenada por el tribunal arbitral. Como ya hemos visto antes, esta provisión no evita que el Estado pueda interponer recursos o entorpecer el pago o, incluso, la ejecución de bienes del Estado, aún así lo disponga el CIADI.

Sin embargo, la aplicación de la Convención de Nueva York le da mucha más muñeca y manejo al Estado deudor de un laudo con una reparación económica para no cumplir con sus obligaciones. Al margen de la inalienabilidad de ciertos bienes del Estado que no son comerciales y, por consiguiente, son considerados soberanos, tenemos que la Convención de Nueva York le da los típicos mecanismos que otorga a cualquier privado para frenar o resistir la ejecución de laudos y la posible ejecución de bienes, y que podemos encontrar en el artículo V de esta.

Sería poco novedoso y estéril discutir mediante este trabajo las causales específicas y la forma mediante la cual el Estado deudor podría demorar o frenar la ejecución del laudo y la ejecución de sus bienes. En buena cuenta, el Estado es una parte comercial más, y los mecanismos y maniobras judiciales en todo el mundo aplican *mutatis mutandi* para entorpecer la ejecución de un laudo.

No obstante, para efectos prácticos, se hará una pequeña explicación sobre esto. Que quede claro que cualquier Estado deudor puede alegar cualquiera de las causales establecidas en el artículo V de la Convención. Sin embargo, la causal más relevante para el presente análisis es el recogido en el numeral V.2 (b): "Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

Si bien este trabajo no trata sobre cualquier Estado en particular, ni mucho menos una determinada jurisdicción, para ilustrar nuestro punto, usaremos el ordenamiento civil peruano. Adicionalmente al artículo V.2(b), tenemos el artículo 2102, 2103 del Código Civil peruano, que prescriben lo siguiente:

> **Artículo 2102.-** Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos.
>
> Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos.
>
> **Artículo 2103.-** Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República.
>
> Están comprendidas en la disposición precedente las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos.

De igual manera al artículo 2104 del Código Civil referente al exequátur (aunque no aplica, ya que la finalidad de la Convención de Nueva York es, justamente, eliminar dicho procedimiento), tenemos que la normativa va en el mismo sentido que el artículo V.2(b). Veamos:

> **Artículo 2104**.- Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103:
>
> 1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.
> 2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo con sus normas de derecho internacional privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
> 3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
> 4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
> 5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
> 6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
> 7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres [énfasis agregado].
> 8.- Que se pruebe la reciprocidad.

Como vemos, lo recurrente en los precitados artículos es lo relativo al orden público, y es en este cajón de sastre en donde los Estados suelen ampararse para no pagar

o liquidar activos soberanos e, incluso, aquellos que encajarían como bienes resultantes de actividades comerciales(9). El orden público cumple en el derecho internacional privado y público un mecanismo de defensa por parte del Estado, que limita la libertad de la voluntad. Se podría ver de modo paradójico como un chaleco antilaudos que pudieran generar una incidencia o perjuicio en el interés general del colectivo.

> […] conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder estos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares (Domínguez, 2011).

En consecuencia, los Estados han adoptado y desarrollado sus propias formulaciones de orden público a través de su propia legislación y jurisprudencia. De esta forma, el orden público puede variar de país a país. Para efectos ilustrativos de este artículo, estamos ilustrando las normas peruanas.

Sin perjuicio de lo anterior, los estándares económicos, religiosos, sociales y políticos fundamentales de cada Estado son los que definen determinado sistema legal y bajo esos méritos forman su propia definición de orden público.

Ahora bien, al ser cada Estado y sus cortes los que generen jurisprudencia respecto del orden público, corresponde a ellos ejercer su control sobre el control posterior al laudo. Recordemos que al, amparo de la Convención de Nueva York, es la parte victoriosa la que deberá solicitar su ejecución en sede judicial.

Por consiguiente, son las cortes nacionales quienes intentan lograr un equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes y el propio interés del Estado en la preservación y salvaguarda de aquellos valores fundamentales que caen dentro del ámbito de la política pública(10).

Analizando la jurisprudencia internacional y la forma en cómo el orden público se relaciona con el objeto del laudo, y si viola o no las leyes y principios fundamentales del Estado donde se busque reconocer y ejecutar, vienen a ser las únicas defensas que permiten a los tribunales nacionales realizar una revisión sustantiva, aunque limitada del laudo, según el régimen de arbitraje nacional aplicable.

Como corolario, podemos mencionar que, si bien en este trabajo nos hemos remitido a analizar el *aftermath* de los arbitrajes inversor-Estado, habiendo conocido lo anterior, considero que no resulta menos pertinente comentar la mencionado por Reinisch(11) respecto a la estipulación previa de cláusulas de renuncia a la inmunidad de ejecución de los bienes de los Estados en caso de laudos favorables, de manera que podamos tener el remedio, incluso, antes de que aparezca la enfermedad.

3. Conclusión

Ya de por sí es difícil vencer a un Estado en un arbitraje de inversión, al margen de que se lleve a cabo en un foro como el CIADI o bajo reglas comerciales como la UNCITRAL. Esto solo resalta parte de la ardua batalla que se deberá seguir. Cada inversor privado tendrá que completar hazañas similares a las de David en contra de Goliat para poder reclamar el monto condenado por un tribunal arbitral en contra del Estado, en el supuesto de que el Estado decida no pagar o reparar al inversor.

La primera dantesca hazaña que David deberá lograr es encontrar determinados bienes pertenecientes a Goliat y determinar si son bienes comerciales o soberanos, teniendo en cuenta las leyes aplicables en cada Estado. Si son lo último, poco podrá hacer David al respecto, pero si son lo primero, hay una luz al final del túnel que se avizora.

---

(9) El autor está utilizando de ejemplo el ordenamiento jurídico peruano, lo cual no significa que el Estado peruano sea quien necesariamente incurra en este tipo de medidas. No obstante, se emplea para poder centrar el tema con normas de determinado país, para aterrizar el tema y que sea ilustrativo para los lectores.

(10) Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.
Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

(11) In this context, particular problems have arisen when courts have been requested to interpret the meaning of arbitration clauses accepted by states. The restrictive language of the UN Convention, the ILC Draft Articles, and the ECHR indicates that a mere arbitration clause does not imply a waiver of enforcement immunity but rather requires an additional, express consent to such enforcement measures. This approach has been traditionally adhered to by courts in Europe. (Footnote 108. See *Duff Development vs. Kelantan Government* [1923] 1 Ch 385 (CA), 2 ILR 124, [1924] AC 797 (HL).

Por último, David deberá buscar ejecutar aquellos bienes comerciales para poder satisfacer su crédito y cobrarle a Goliat. Tengamos en cuenta que cualquier camino (sea arbitraje de inversión o sea arbitraje comercial) es escabroso; sin embargo, mayor porcentaje de éxito encontrará David en aplicación del CIADI, o de cualquier tratado bilateral o multilateral que recoja ciertas protecciones contra el inversor, pues la Convención de Nueva York permite al Estado resistir la ejecución de laudos.

Lamentablemente, muchos de los laudos con decisiones condenatorias en contra de determinado Estado termina quedándose en papel y nunca se llega a materializar por lo extenuante y oneroso que puede ser perseguir y buscar ejecutar bienes pertenecientes al Estado, lo cual lleva a concluir que las victorias arbitrales en contra de los Estados terminan siendo pírricas.

Afortunadamente, las tendencias en el mundo van cambiando y se van otorgando mayores mecanismos para que el inversor extranjero pueda hacer valer su derecho. Prueba de lo anterior es la relativización de la doctrina amplia de la inmunidad con la que gozaba los bienes de un Estado, en donde básicamente todo activo perteneciente a éste último era intangible e inembargable. En contraposición, la mayoría de los tratados internacionales que regula lo relativo a bienes soberanos ha adoptado una doctrina más restrictiva que permite a los tribunales jurisdiccionales poder embargar activos de un Estado, siempre y cuando estén relacionados a la actividad comercial.

Sin perjuicio de lo anterior, un aspecto que es inmutable es lo oneroso y complicado que viene a ser encontrar bienes estatales de índole comercial y seguir todo el procedimiento correspondiente para ejecutarlos en un tribunal jurisdiccional.

Referencias bibliográficas

Bravin, M., Bey, T., Bowman, T., & Gasanbekova, A. (14 de enero de 2022). *Enforcement and Recovery: Practical Steps*. https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/enforcement-and-recovery-practical-steps#footnote-088

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (s/f). *El Perú entre los tres países más demandados en arbitraje CIADI 2018*. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf

Departamento de Derecho Internacional. (2006). *Arbitraje comercial internacional reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.* Organización de los Estados Americanos.

Domínguez, J. (2011). Orden público y Autonomía de Voluntad. En J. Sánchez (Coord.), *Cien Años de Derecho Civil en México.* Universidad Nacional Autónoma de México.

Durán, F. (2021). Inmunidad soberana: jurisdicción y ejecución aplicación a Estados y sus entidades. *Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho*, (24), 177-201. https://doi.org/10.22235/rd24.2568

Hodgson, M., Kryvoi, Y., & Hrcka, D. (2021). *2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration.* [Archivo PDF]. https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration.pdf

Linares, E. (2018). *Ejecución en terceros estados de laudos emitidos en arbitrajes de protección de inversiones. Especial referencia al sistema de CIADI.* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. https://eprints.ucm.es/id/eprint/46047/1/T39517.pdf

Naciones Unidas. (s/f). *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes, de 2004* [Archivo PDF]. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_ph_s.pdf

Reinisch, A. (2006). European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures. *The European Journal of International Law, 17*(4).

Sanderson, C. (28 de junio de 2022). *Yukos shareholders win appeal over Russian vodka asset. Global Arbitration Review.* https://globalarbitrationreview.com/article/yukos-shareholders-win-appeal-over-russian-vodka-assets

Sienkewicz, T., & McDonough, T. (Eds.). (1999). *World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers*. Bolchazy-Carducci Publishers.

Schwartz, J. (29 de septiembre de 2011). *Más allá del crecimiento: ¿es bueno para el bienestar de la población invertir en infraestructura?* Banco Mundial Blogs. https://blogs.worldbank.org/es/latinamerica/m-s-all-del-crecimiento-es-bueno-para-el-bienestar-de-la-poblaci-n-invertir-en-infraestructura

Sommer, C. G. (2011). El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: ¿Ejecución directa o aplicación del exequatur? *RECORDIP*, 1(1). https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/270

U.S. Department of State – Bureau of Consular Affairs. (s/f). *Foreign Sovereign Immunities Act*.

https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/internl-judicial-asst/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html

Vasquez, R. (2 de octubre de 2018). *Cumplimiento y ejecución del laudo arbitral CIADI*. Estado Diario.

https://estadodiario.com/columnas/cumplimiento-y-ejecucion-del-laudo-arbitral-ciadi/

Vucsanovich, I. (2019). *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en el derecho internacional de inversiones*. [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2160

Wiesinger, E. (2006). *State Immunity from Enforcement Measures.* [Archivo PDF]. https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/wiesinger.pdf

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.012

Cláusulas escalonadas de solución de controversias: una aproximación a sus principales problemáticas(*)

Multi-tiered dispute resolution clauses: an approach to their main problems

Dario Andrés Rodríguez Uriol(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Las cláusulas escalonadas de solución de controversias son un tipo de convenio arbitral muy popular hoy en día. Estas cláusulas prevén que, para solucionar las controversias que surjan en torno a una relación contractual, las partes podrán o deberán recurrir a más de un mecanismo de solución de controversias, los cuales serán utilizados de forma progresiva, uno después de otro. Si bien este tipo de pactos pueden presentar ventajas para las partes, también pueden llegar a ser cláusulas problemáticas que, de diseñarse o gestionarse de forma inadecuada, pueden ser fuente de conflictos adicionales a los ya surgidos. Por ello, en el presente artículo, se analizarán las principales problemáticas que surgen en torno a este tipo de acuerdos. Más concretamente, se analizan tres problemáticas en torno a las etapas pre arbitrales: su obligatoriedad, los factores más relevantes a tener en cuenta para su ejecución y cumplimiento, y las consecuencias que su incumplimiento trae para el proceso arbitral.

Palabras clave: Arbitraje - Convenio arbitral - Cláusulas escalonadas - Solución de controversias - Mecanismos autocompositivos - Tutela jurisdiccional efectiva - Admisibilidad del arbitraje - Incompetencia jurisdiccional

Abstract: The multi-tiered dispute resolution clauses are a very popular type of arbitration agreement nowadays. These clauses provide that, in order to resolve disputes arising out of a contractual relationship, the parties may or should have recourse to more than one dispute resolution mechanism, which will be used progressively, one after the other. Although this type of covenants may present advantages for the parties, they may also become problematic clauses, which, when inadequately designed or managed, may be a source of additional conflicts to those already arising. For this reason, this article will analyze the main problems that arise in connection with this type of agreement. More specifically, three issues are analyzed in relation to the pre-arbitration stages: their enforceability, the most relevant factors to be taken into account for their execution and compliance, and the consequences of non-compliance for the arbitration process.

Keywords: Arbitration - Arbitration agreement - Multi-tiered dispute resolution clauses - Self-compositive dispute resolution mechanisms - Effective judicial protection - Admissibility of arbitration - Jurisdictional incompetence

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 15 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 01 de junio de 2023.
(**) Abogado por la Pontifica Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). ORCID: https://orcid.org/0009-0009-1356-9988. Correo electrónico: rodriguezu.dario@pucp.pe.

1. Introducción

A medida que el arbitraje se ha ido posicionando y popularizando como uno de los mecanismos más utilizados para la solución de controversias, las cláusulas arbitrales han ido ganando mayor sofisticación y se han ido adaptando a efectos de responder a distintas necesidades y tipos de contratos. En la actualidad, uno de los tipos de cláusula arbitral que se utiliza con mayor frecuencia son las denominadas "cláusulas escalonadas de solución de controversias", o, en inglés, *"multi-tiered dispute resolution clauses"*. Este tipo de cláusulas se caracterizan por incluir diversos mecanismos de solución de conflictos a fin de que sean utilizados de forma progresiva por las partes del conflicto, uno después de otro.

Si bien es indudable la utilidad de estas cláusulas para la mejor resolución de las disputas, no deja de ser cierto que existen problemáticas en relación a su obligatoriedad, forma de ejecución y las consecuencias de su incumplimiento. En el presente trabajo, realizamos un análisis jurídico de las principales problemáticas que giran en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias. Para ello, partiremos por realizar una definición de estas. Luego, haremos un análisis acerca de la obligatoriedad de su cumplimiento para las partes. Posteriormente, se desarrollarán los principales factores que deben tomarse en cuenta para determinar si la etapa pre arbitral ha sido cumplida o no. Finalmente, analizaremos el impacto que genera el incumplimiento de la etapa pre arbitral para el inicio y/o el desarrollo del arbitraje.

Analizar las problemáticas que surgen en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, así como determinar la obligatoriedad y vinculatoriedad de las etapas pre arbitrales, es muy importante. En primer lugar, porque este tipo de cláusulas se han vuelto muy comunes hoy en día, y cada vez están presentes en mayor cantidad de contratos. En segundo lugar, porque definir sus características, alcances y naturaleza puede tener un gran impacto en relación al correcto inicio y desarrollo del arbitraje. En tercer lugar, porque, si no se resuelven adecuadamente las cuestiones problemáticas que presentan las cláusulas escalonadas de solución de controversias, estas podrían convertirse en un arma de doble filo; es decir, podrían terminar generando mayores conflictos entre las partes, lo cual agrava e impide que las controversias se solucionen con la mayor rapidez y eficiencia posible.

2. Definición: ¿qué son las cláusulas escalonadas de solución de controversias

En términos simples, las cláusulas escalonadas de solución de controversias son aquellas que regulan la utilización de dos o más mecanismos de resolución de conflictos a efectos de que puedan y/o deban ser aplicados de manera consecutiva o "escalonada". Estas cláusulas se incluyen en los contratos con el propósito de regular de modo más eficiente las disputas que puedan surgir entre las partes.

En la mayoría de casos, estas cláusulas comprenden dos etapas. La primera suele estar compuesta por la negociación, mediación, conciliación o *dispute boards* (este último mayormente en contratos de construcción). Posteriormente, en caso de que estos mecanismos no logren solucionar el conflicto, se recurrirá al arbitraje como la etapa definitiva. Por ejemplo, en el "Reglamento de Mediación" publicado por la Cámara de Comercio Internacional (2014), podemos encontrar un modelo de cláusula arbitral escalonada que prevé a la mediación como paso previo al arbitraje:

> En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje (p. 102).

Si bien la mayoría de cláusulas escalonadas prevén solo dos etapas, también es posible encontrar algunas que contienen tres mecanismos de solución de controversias. Podemos encontrar un modelo de esta cláusula en la "Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas", publicada por Internacional Centre For Dispute Resolution (2020). En este modelo, se pacta la utilización de la negociación, la mediación y, posteriormente, el arbitraje:

> En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con

> su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de medición por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (p. 5).

En términos prácticos, el hecho de que este tipo de cláusulas contemplen una instancia previa al arbitraje, sea de negociación, mediación, conciliación, o cualquier otro mecanismo de solución de controversias, significa que las partes han establecido condiciones previas sin cuyo cumplimiento el arbitraje no podrá llevarse a cabo. Es decir, las partes han acordado que el acceso a la vía arbitral no será directo e inmediato.

¿Por qué se pactan este tipo de cláusulas? Desde nuestro punto de vista, ello se debe, principalmente, al interés que tienen las partes de solucionar sus controversias de forma rápida y eficiente, evitando, en la medida de lo posible, recurrir al arbitraje, que puede llegar a ser un proceso largo y costoso. Asimismo, el usar mecanismos previos como la negociación, mediación o conciliación, que son de tipo autocompositivo, permite a las partes mantener en buen estado sus relaciones comerciales y contractuales. Ello es muy importante, sobre todo, cuando se trata de contratos de ejecución continuada, o de proyectos de larga duración y complejidad.

Como expresa Caivano (2011), los mecanismos autocompositivos de solución de controversias traen ventajas como armonizar los intereses contrapuestos de las partes, permitiéndoles extinguir el desacuerdo desde la raíz, preservar sus buenas relaciones comerciales y contractuales, brindar a las partes la posibilidad de arribar a una solución en la que ambas resulten ganadoras, y la reducción de costos y tiempo. En esa línea, Jones (2009) sostiene que los contratos de ejecución compleja son propensos a derivar en conflictos, los cuales pueden detener la ejecución de los proyectos. Para evitar esa situación, es útil pactar que las controversias sean resueltas, primero, mediante mecanismos autocompositivos. Según el autor, ello funciona como un filtro en el que sólo aquellas disputas que, por su complejidad, requieran procedimientos más sofisticados para su solución, darán lugar al arbitraje, que es un mecanismo más costoso, largo y engorroso. De esta forma, logrará preservarse en mayor medida la buena relación y entendimiento entre las partes.

En suma, el objetivo de este tipo de cláusulas no es otro que dar la oportunidad a las partes para que puedan solucionar la controversia de manera más expedita, económica y menos conflictiva posible, preservando así su buena relación comercial y contractual, lo cual muchas veces no es posible en un proceso arbitral (Cremades, 2016).

Sin embargo, así como pueden tener ventajas, este tipo de cláusulas no están exentas de problemas. Desde nuestro punto de vista, las principales problemáticas en torno a este tipo de pactos se relacionan a si es que cumplimiento de la etapa pre arbitral es obligatorio o no para las partes, a los factores que se deben tener en cuenta para determinar si esta etapa pre arbitral se ha cumplido o no, y al impacto que su incumplimiento tiene para el inicio del arbitraje o para la competencia de los árbitros.

Plantear una respuesta adecuada a las cuestiones antes indicadas es muy importante, pues si no se resuelven adecuadamente, estas problemáticas pueden terminar perjudicando el deseo primigenio de las partes de garantizar una solución rápida, vinculante y neutral a sus controversias (Born, 2021). En otras palabras, si no se diseñan y gestionan adecuadamente las cláusulas escalonadas de solución de controversias, estas pueden terminar convirtiéndose en una fuente de conflictos y problemas adicionales a los ya surgidos.

3. La obligatoriedad de los mecanismos de solución de controversias previos al arbitraje

Una primera problemática en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias versa sobre si las etapas pre arbitrales son de obligatorio cumplimiento para las partes o no. Respecto a este punto, como lugar de partida, deben evaluarse los términos contenidos en el propio acuerdo contractual. Es decir, si las propias partes han

acordado que la etapa pre arbitral será obligatoria u optativa. Ello se determina a partir del lenguaje empleado por las partes en la redacción de la cláusula.

Si para referirse al cumplimiento de la etapa previa las partes han usado fraseos como: "las partes podrán resolver sus controversias de forma amistosa, antes de recurrir a un arbitraje", o "las partes, facultativamente, intentarán solucionar sus controversias a través de un mecanismo conciliatorio, de forma previa a recurrir al arbitraje", entonces nos encontramos ante una cláusula en la que el mecanismo pre arbitral no se ha regulado de forma obligatoria, sino optativa. Por el contrario, si las partes han utilizado fraseos como "las partes deberán resolver sus controversias de forma amistosa, previo a recurrir a un arbitraje" o "las partes se obligan a intentar solucionar sus controversias a través de un mecanismo conciliatorio, de forma previa a recurrir al arbitraje", entonces podemos concluir que la intención de las partes ha sido que las etapas previas sean de obligatorio cumplimiento (Born, 2021; Caivano, 2011).

Este criterio ha sido adoptado en diversos laudos arbitrales emitidos bajo la administración de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en los que se ha interpretado que cuando se usan palabras que expresan una obligación, como "las partes deberán", ello genera que las etapas pre arbitrales sean vinculantes y de obligatorio cumplimiento (Born, 2021). De la misma forma, existen laudos arbitrales de la ICC en los que se ha considerado que el uso de términos como "las partes podrán", significa que el paso por las etapas pre arbitrales es facultativo y no obligatorio (Jones, 2009). En este caso, los tribunales de la ICC han considerado que pueden proceder directamente con el arbitraje, aunque la etapa previa no se haya llevado a cabo (Friedrich, 2005).

Ahora bien, es poco usual que las partes pacten que el paso por las etapas pre arbitrales sea meramente optativo o facultativo. Como explica Caivano (2011), ello carecería de sentido, debido a que la posibilidad de intentar arribar a un acuerdo amistoso siempre estará disponible para las partes, por lo que un pacto facultativo resulta ser innecesario e irrelevante, dado que es una potestad que las partes nunca pierden. Lo que generalmente ocurre es que la intención de las partes, al menos en la etapa de negociación y suscripción del contrato, es que el paso por las etapas pre arbitrales sea obligatorio.

En muchas jurisdicciones, se ha observado una tendencia general a dotar de validez y obligatoriedad a las cláusulas escalonadas de solución de controversias. Como indica Torterola (2011), incluso en aquellas tradiciones jurídicas que se caracterizan por ser respetuosas del arbitraje, y por impulsarlo y promoverlo como mecanismo de solución de controversias, también se puede apreciar una marcada tendencia a darle validez y efectos vinculantes a las cláusulas que establecen condiciones para que una parte acceda al arbitraje. Según el autor, el enfoque *favore arbitri* no implica que los tribunales arbitrales puedan apartarse de lo acordado por las partes.

Así, por ejemplo, en la jurisdicción alemana, hay una tendencia favorable a otorgar validez y efectos obligatorios a cláusulas escalonadas de solución de controversias (Torterola, 2011). Los tribunales alemanes consideran que una acción jurisdiccional interpuesta en incumplimiento de la etapa pre arbitral es prematura, por lo que rechazan dicha acción considerándola como temporalmente inadmisible (Friedrich, 2005; Mitrovic, 2019).

En la jurisdicción francesa, la jurisprudencia ha considerado que las partes pueden establecer, vía pacto contractual, requisitos o condiciones de admisibilidad de la acción jurisdiccional. En diversas sentencias de la Corte de Casación Francesa, se ha ratificado que el incumplimiento del mecanismo de solución de controversias que las partes han pactado de forma previa al arbitraje constituye una cuestión de admisibilidad de la acción jurisdiccional; es decir, la convierte en inadmisible (Cremades, 2016).

En Suiza, también se ha reafirmado el carácter obligatorio de los pactos que establecen procedimientos de solución de controversias previos al arbitraje. A consideración del Tribunal Federal Suizo, hasta que no se haya cumplido con el mecanismo pre arbitral pactado, el acuerdo de las partes para someterse a arbitraje aún no es obligatorio y, por tanto, el tribunal arbitral carece de competencia. En una importante decisión emitida en el año 2016 (Decisión 4A_628/2015), el Tribunal Federal Suizo aclaró cuál debía ser la sanción o consecuencia del incumplimiento de la etapa pre arbitral, concluyendo que la opción más adecuada era declarar la suspensión del proceso y la fijación de un plazo para que la etapa previa pueda llevarse a cabo (Cremades, 2016; Mitrovic, 2019).

La tendencia favorable a considerar como obligatorias las cláusulas escalonadas de solución de controversias también se han apreciado en jurisdicciones del *common law*. Los tribunales estadounidenses, por ejemplo, han tenido una tendencia cada vez más creciente a dar efectos vinculantes

y ejecutables a las cláusulas que establecen etapas de negociación o mediación previas al mecanismo jurisdiccional (Caivano, 2011). Los tribunales estadounidenses han hecho énfasis en que la etapa pre arbitral debe haberse diseñado de forma clara y precisa para que no quepa duda de su obligatoriedad y sea posible determinar si se ha cumplido o no. Es decir, aquellos acuerdos cuyos términos sean demasiado abiertos no han sido considerados como vinculantes ni ejecutables debido a su vaguedad e imposibilidad de determinar cuándo se ha cumplido la etapa pre arbitral (Bernal et. al, 2012).

De la misma forma, en la jurisdicción inglesa, tradicionalmente se sostenía que los *agreements to agree* o los *agreements to negotiate* no eran ejecutables ni obligatorios por ser acuerdos imprecisos y con falta de certeza, por lo que carecían de fuerza vinculante (Friedrich, 2005). Sin embargo, a raíz del caso *Channel Tunnel* (1993), la Corte Comercial de Inglaterra cambió la jurisprudencia imperante y consideró que ese tipo de acuerdos solo eran ejecutables y obligatorios si se había definido de forma suficiente cuáles eran las obligaciones concretas que debían cumplir las partes en cada etapa; así, aquellos acuerdos cuyos términos no se hayan definido de forma suficiente seguirían siendo inejecutables a la luz del Derecho inglés (Bernal et. al, 2012). Otro caso importante fue el caso *Cable & Wireless* (2002), en el cual se otorgó efectos obligatorios y ejecutables a una cláusula escalonada que preveía una etapa de negociaciones previa al arbitraje, la cual debía llevarse a cabo ante una entidad en concreto que provea este servicio. En este caso, se consideró que ya no se trataba de una simple "promesa de negociación", sino que las partes habían definido un método en específico que era susceptible de ser ejecutado (Caivano, 2011).

Si nos remitimos a un ámbito geográfico más cercano al peruano, la tendencia favorable a otorgar validez y obligatoriedad a las cláusulas escalonadas de solución de controversias no se ha repetido. Así, por ejemplo, Bernal et. al (2012) explica que, en Colombia, las cortes más altas del país han fijado criterios no solo dispares, sino incluso contradictorios. Como detalla el autor, por un lado, el Consejo de Estado[1] ha marcado una línea jurisprudencial que niega los efectos vinculantes y obligatorios a las cláusulas escalonadas bajo la lógica de que las partes no pueden establecer contractualmente requisitos de procedibilidad distintos a los que establece el ordenamiento jurídico por ser una cuestión de derecho público. Pero, por otro lado, en el año 2008, el Tribunal Superior de Bogotá emitió una sentencia en la que se declaró nulo un laudo arbitral por el incumplimiento de la cláusula escalonada, indicando que esta era producto de la voluntad de las partes y, por tanto, era una estipulación contractual válida y de obligatorio cumplimiento. Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana, en una sentencia emitida en el año 2009, consideró que las etapas previas al arbitraje sí eran de obligatorio cumplimiento, pues se habían pactado en el marco de la autonomía de la voluntad y su exigencia no negaba a las partes del acceso a la administración de justicia, por lo que, según la Corte Constitucional, su incumplimiento determinaba la incompetencia del tribunal arbitral. No obstante, posteriormente a estos pronunciamientos jurisprudenciales, en el año 2012, se aprobó en Colombia el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en cuyo artículo 13 se establece que los acuerdos entre las partes que establezcan requisitos de procedibilidad para acceder a la tutela jurisdiccional no se consideran obligatorios. A raíz de esta norma, doctrina colombiana ha interpretado que se ha quitado total validez y eficacia a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, por lo que las etapas pre arbitrales no son obligatorias para las partes (Brito, 2019).

En el ámbito peruano, el desarrollo jurisprudencial que se ha brindado al tema que nos ocupa ha sido escaso y contradictorio. Como explican Yano y Serván (2020), mientras que el Tribunal Constitucional ha considerado que los procedimientos pre arbitrales son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, la Corte Superior de Justicia de Lima ha considerado que no resulta válido impedir el acceso de las partes a la tutela jurisdiccional efectiva. Por su parte, la postura de los autores se alinea con la expresada por la Corte Superior de Justicia de Lima, pues consideran que, en tanto el arbitraje en el Perú tiene naturaleza jurisdiccional, la posición jurídicamente correcta es aquella que niega la obligatoriedad de la etapa pre arbitral, pues esta afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al suponer una traba al derecho de acción. De esta manera, los autores entienden que, en atención al principio de acceso irrestricto a la jurisdicción, no resultaría jurídicamente válido imponer

(1) En Colombia, el Consejo de Estado es la máxima instancia en los procesos contencioso-administrativos y se encarga de conocer las demandas de anulación de laudos en aquellos casos en los que alguna entidad del Estado haya sido parte del arbitraje.

límites o restricciones para acceder a este derecho. Una posición similar ha sido sostenida por Cantuarias y Repetto (2014), quienes expresan que, en el marco de una concepción jurisdiccional del arbitraje (como es la concepción que ha adoptado el Tribunal Constitucional peruano), las cláusulas escalonadas de solución de controversias no tendrían validez, debido a que impedirían el acceso a la jurisdicción.

Teniendo en cuenta el tratamiento dispar que los tribunales nacionales peruanos le han brindado al tema, así como el escaso tratamiento doctrinario que se ha ocupado del asunto en el Perú, creemos que es necesario e importante profundizar más en el análisis de las cláusulas escalonadas de solución de controversias.

Nuestra postura es que, en el Perú, las cláusulas escalonadas sí deben ser consideradas como válidas y de obligatorio cumplimiento para las partes. Sostenemos ello, en primer lugar, porque la regulación arbitral peruana brinda un carácter vinculante y obligatorio a la común intención de las partes expresada en el convenio arbitral; por tanto, las condiciones para el inicio del arbitraje que hayan pactado las partes serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento. En segundo lugar, porque, desde nuestro punto de vista, exigir el paso por la etapa pre arbitral no implica ni supone una privación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos puntos.

El carácter vinculante y obligatorio del convenio arbitral es un principio reconocido expresamente en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje). Esta norma define al convenio arbitral como aquel acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que surjan respecto de una determinada relación jurídica. En términos simples, lo que esta norma dispone es que el arbitraje surge a raíz de la voluntad común de las partes para someter a arbitraje sus controversias.

Como indica Soto (2011), el arbitraje es una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, por lo que el acuerdo (contenido en el convenio arbitral) es lo que constituye la partida de nacimiento del arbitraje. En el mismo sentido, Bullard (2011) sostiene que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo provienen del acuerdo entre las partes para arbitrar; en ese sentido, indica el autor que el arbitraje es obligatorio, porque se trata de un contrato que vincula a las partes que lo suscriben.

Más allá de que un sector de la doctrina nacional peruana sostenga que el arbitraje tiene una naturaleza jurisdiccional, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, ello no implica una negación de su origen contractual, materializado en el convenio arbitral. El propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC, ha reconocido el origen contractual del arbitraje, indicando que el convenio arbitral tiene una naturaleza contractual, lo cual obliga a las partes a la realización de los actos necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo.

El valor e importancia de la voluntad común entre las partes no solo se ve reflejado en el convenio arbitral, sino también en el carácter vinculante y obligatorio de todos los acuerdos a los que arriben las partes sobre aspectos procesales. Así, el inciso 1 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje establece que las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones y, que solo a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decide las reglas que considere más apropiadas al caso. En relación a esta norma, Kundmüller (2011) indica que la libertad de las partes para establecer libremente las reglas del proceso, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, es un principio inherente al arbitraje. Según el autor, dicha libertad reconocida a las partes surge de los componentes económicos y comerciales que están inmersos en el arbitraje, así como de la finalidad pragmática de este medio de solución de controversias.

El valor vinculante y la importancia que tiene la voluntad común entre las partes se ve plasmada también en múltiples disposiciones de la Ley de Arbitraje, como el artículo 23, que establece que las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros. De igual manera, en el literal c) del inciso 1 del artículo 63, que establece como una causal de anulación del laudo cuando la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes. Asimismo, el inciso 2 del artículo 64 determina que las partes pueden establecer de común acuerdo requisitos o condiciones para la interposición del recurso de anulación del laudo, entre otras disposiciones.

En suma, la voluntad común entre las partes es uno de los principios y valores más importantes para el arbitraje, lo que trae como consecuencia que dicha voluntad común tenga un carácter vinculante y obligatorio, ya sea que esté plasmada en el convenio

arbitral o en las reglas procesales pactadas. De esta forma, las condiciones que las partes han pactado para acceder al arbitraje gozan de toda la protección jurídica que nuestro ordenamiento jurídico otorga al convenio arbitral. Por lo tanto, los mecanismos de solución de controversias pactados de forma previa al inicio del arbitraje, al formar parte del convenio arbitral, son de obligatorio cumplimiento. Es decir, las cláusulas escalonadas de solución de controversias son vinculantes y obligatorias porque son un tipo de convenio arbitral.

Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia recaída en el Expediente 05311-2007-PA/TC. Al referirse a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, el Tribunal Constitucional indica lo siguiente:

> 12) Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es analogable a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.

Entonces, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado una importancia fundamental al acuerdo entre las partes, expresado tanto en el convenio arbitral, que es la institución jurídica en base a la que se funda el arbitraje, como también en todos los acuerdos a los que arriben las partes en uso de su autonomía privada. Por ello, consideramos que las cláusulas escalonadas de solución de controversias son válidas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que las etapas pre arbitrales que las partes hayan pactado son de cumplimiento obligatorio.

Ahora bien, en relación con el argumento en torno a la vulneración al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, somos de la postura de que las cláusulas escalonadas de solución de controversias no suponen ni implican una vulneración a este derecho fundamental. Afirmamos ello, principalmente, por tres razones.

En primer lugar, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho absoluto (como, en general, no lo es ningún derecho fundamental). Por el contrario, nos encontramos ante un derecho fundamental relativo, lo que implica que puede ser sometido a restricciones en aras de salvaguardar otros bienes constitucionales (Landa, 2017). En el caso de las cláusulas escalonadas de solución de controversias, el bien constitucional que las respalda es la autonomía privada de las partes, en cuyo ejercicio estas han pactado condiciones para el inicio del arbitraje.

La autonomía privada de las partes, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, también es un derecho fundamental. Por tanto, como sostiene Campos (2020), la sola invocación de un derecho en contra de otro no resulta útil a efectos de definir si es válido o no un determinado acuerdo arbitral. Por ello, desde nuestro punto de vista, negar la validez jurídica de las cláusulas escalonadas de solución de controversias por el solo hecho de que establecen condiciones al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una visión alejada del estado constitucional de derecho, en el que los derechos fundamentales son relativos y están en constante interacción entre ellos. Además, niega la razonabilidad y lógica jurídica que está detrás de este tipo de acuerdos.

En segundo lugar, el hecho de que las partes hayan establecido condiciones para el inicio del arbitraje no equivale a que estas hayan renunciado a la tutela jurisdiccional efectiva que las asiste. En general, establecer requisitos para el ejercicio de un derecho no es lo mismo que renunciar a este derecho o privar su goce. Ello ha sido dejado en claro por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 014-2002-AI/TC, en la que ha indicado que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra muy distinta es disminuirlo o suprimirlo. Según el Tribunal Constitucional, la limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones en las que deberá realizarse su ejercicio, siempre que se respete el contenido esencial de tal derecho.

En el caso de las cláusulas escalonadas de solución de controversias, estas no suponen una privación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, sino que se trata únicamente del establecimiento de condiciones que las partes, en uso de su autonomía privada, se han impuesto a sí mismas, persiguiendo la reducción de costos y eficacia en la solución de sus controversias. Por tanto, consideramos que las cláusulas escalonadas no deben ser vistas como impedimentos o restricciones al acceso a la tutela jurisdiccional, sino como el mecanismo

que han pactado las partes, en uso de su autonomía privada, para resolver sus controversias.

En esa misma línea, Campos (2020) sostiene que solo podría cuestionarse la autonomía de los particulares y, por lo tanto, calificar a sus acuerdos como nulos o inválidos si mediante dichos negocios jurídicos se renunciara o abdicara, de forma general y abstracta, al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (en su dimensión de acceso a la justicia). Esta misma posición ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 05728-2015-PA/TC, en la que ha indicado que no toda restricción al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es por sí misma inconstitucional o inválida. Según los propios términos del Tribunal Constitucional:

> 16. En consecuencia, existirá una lesión al derecho de tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación de acceso a la justicia, cuando: (i) se impida o prohíba a una persona solicitar tutela en la vía jurisdiccional sin que exista una justificación constitucional válida para ello; o, (ii) se establezcan barreras, requisitos u obstáculos que, sin prohibir directamente el acceso a la jurisdicción, dificulten o restrinjan arbitrariamente la posibilidad de solicitar tutela en sede jurisdiccional.

Las cláusulas escalonadas de solución de controversias no implican una privación arbitraria o absoluta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que se trata únicamente del establecimiento de condiciones previas que deben cumplirse para el ejercicio de este derecho. Estas condiciones cuentan con una justificación y respaldo constitucional al estar amparadas en un bien constitucional como lo es la común intención de las partes en uso de su autonomía privada.

En tercer lugar, no debe perderse de vista que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que pueden someterse a arbitraje únicamente aquellas materias que, por su naturaleza, sean de libre disposición entre las partes. Es decir, las materias que las partes someten a conocimiento de los tribunales arbitrales son, por definición y naturaleza, materias de libre disponibilidad.

Siendo ello así, el pacto por el que se establecen condiciones para acceso al arbitraje no vulnera ninguna norma de orden público ni atenta contra el interés público, pues atañe a derechos de libre disponibilidad para las partes. Por tanto, no habría imposibilidad o prohibición alguna para que las partes puedan establecer condiciones para el acceso al arbitraje, precisamente porque dicho arbitraje versará sobre derechos que, por definición, son de libre disposición. Como sostiene Bernal et al. (2012), desde un punto de vista lógico, resultaría contradictorio que las partes puedan renunciar a la jurisdicción estatal, privilegiando otro mecanismo de solución de controversias como es el arbitraje, pero no puedan pactar una serie de requisitos o escalones obligatorios antes de llegar al arbitraje.

Por todas las razones anteriormente expuestas, consideramos que las cláusulas escalonadas de solución de controversias son obligatorias y vinculantes en el ámbito peruano, debido a que es la propia legislación arbitral la que le otorga un carácter válido y obligatorio a este tipo de pactos contractuales y, además, porque este tipo de cláusulas no implican ni suponen una privación, renuncia, o limitación arbitraria del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

4. Factores a tener en cuenta para evaluar la ejecución y el cumplimiento de las etapas pre arbitrales

Una segunda problemática que surge en torno a las cláusulas escalonadas de solución de controversias radica en su ejecución; o, dicho de otro modo, en la forma en cómo debe cumplirse la etapa previa al arbitraje. En torno a este tema, una idea general expresada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional ha sido que el factor más importante para determinar el modo de ejecución de las etapas pre arbitrales ha sido la forma en cómo las propias partes han diseñado o regulado dichas etapas. Concretamente, lo que debe analizarse es con cuánto detalle y especificación se han diseñado los mecanismos de solución de controversias previos al arbitraje.

Existe una marcada tendencia en la jurisprudencia internacional que considera que cuando las etapas pre arbitrales han sido descritas con suficiente detalle y con hitos de cumplimiento objetivamente verificables, serán obligatorias y ejecutables. Por el contrario, si la mención de la etapa previa ha sido genérica, vaga e imprecisa, el paso por esta no será obligatorio. Como afirma Born (2021), ante la presencia de términos precisos y un lenguaje claro que detalle con precisión cuales son las obligaciones que deben cumplir las partes, tanto las cortes nacionales como los tribunales arbitrales han considerado que las etapas de negociación y mediación previas al arbitraje son válidas y obligatorias; por el contrario, la mayoría de veces en que las que las cortes estatales han declarado que los acuerdos para negociar son

inválidos e inejecutables ha sido debido a la falta de certidumbre en cuanto a su forma de ejecución.

Esta tendencia a exigir directrices claras y específicas en cuanto al diseño de los mecanismos de solución de controversias previos al arbitraje ha estado más presente en países de la tradición jurídica del *common law*. En la jurisdicción estadounidense, ha surgido el concepto de "definiteness", que *se* refiere a la exigencia de requisitos específicos y objetivamente verificables para determinar si se ha cumplido o no con la etapa pre arbitral. Estos requisitos pueden consistir, por ejemplo, en establecer una duración mínima o máxima de los periodos de negociación, establecer un número determinado de sesiones en las que los representantes de las partes intentarán resolver sus controversias, o que la negociación, mediación o conciliación se haya sometido a reglas específicas de alguna institución, o bajo su auspicio (Bernal et. al, 2012). En la jurisdicción inglesa, tradicionalmente se sostenía que los acuerdos para negociar no eran ejecutables por su imprecisión y vaguedad, lo cual los hacía carecer de fuerza vinculante (Friedrich, 2005). No obstante, dicha postura tradicional cambió a raíz de casos célebres en los que se exigió que, para que ese tipo de acuerdos sean ejecutables y obligatorios, las partes debían definir de forma clara las obligaciones que se debían cumplir. Por ejemplo, si las partes pactaban que la etapa de negociación debía realizarse ante una entidad en concreto que provea este servicio, ya no era simplemente una promesa de negociación, sino que se había establecido un método en específico susceptible de ser exigido y ejecutado (Bernal et. al, 2012; Caivano, 2011).

Otro factor importante al momento de evaluar la forma de ejecución y cumplimiento de la etapa pre arbitral radica en cuál es el mecanismo de solución de controversias que las partes han pactado. Como hemos visto, son diversos los mecanismos de solución de controversias que pueden pactarse en una cláusula escalonada. Dependiendo de qué mecanismo se haya elegido, habrá mayores o menores complejidades al momento de evaluar su cumplimiento y ejecución.

Cuando se trata de mecanismos como la mediación o la conciliación, generalmente hay mayor claridad sobre las reglas y obligaciones que se deben seguir para considerar que se ha cumplido con la etapa previa. Por ejemplo, en el caso de la conciliación, en el Perú contamos con la Ley 26872, en la que se regulan principios, actuaciones, plazos, formalidades y otros aspectos relevantes en torno a este mecanismo de solución de controversias. Adicionalmente, las partes suelen someterse a centros especializados que brindan servicios de mediación o conciliación. Todo ello hace que las partes y, eventualmente, los árbitros tengan mayores herramientas y estándares para determinar si se ha cumplido o no con la etapa pre arbitral.

Un acuerdo de mediación o conciliación requiere que se realicen esfuerzos para seleccionar a un mediador o conciliador. Además, frente a este mediador o conciliador, las partes deben mostrar sus mejores esfuerzos en aras de resolver el conflicto; de lo contrario, puede considerarse que están incumpliendo sus obligaciones. Por otro lado, dado que en los procedimientos de conciliación o mediación participa un tercero (conciliador o mediador), el que dirige las sesiones conciliatorias, o hace intentos para que las partes puedan arribar a un acuerdo, es más sencillo probar el cumplimiento de la etapa pre arbitral en base a las declaraciones o actas suscritas por este tercero (Caivano, 2011).

Por tanto, cuando la etapa pre arbitral seleccionada es la mediación o la conciliación, o incluso un mecanismo aún más especializado como las "dispute boards", es más fácil determinar cuándo esta etapa pre arbitral ha sido cumplida. En cambio, cuando el mecanismo de solución de controversias previo al arbitraje es la negociación o el trato directo entre las partes, puede llegar a ser más difícil determinar si la etapa pre arbitral se ha cumplido o no. Por ello, en estos casos, cobra aún mayor importancia que las partes detallen con suficiente precisión la forma en cómo va a cumplirse esta etapa.

Al respecto, las "Directrices para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional" de la International Bar Association (IBA, 2010), establecen, como lineamientos para la redacción de cláusulas escalonadas de solución de controversias, que se indique un período de tiempo específico que durará la negociación. Además, recomiendan que se establezca un evento concreto, definido e indiscutible, cuya ocurrencia marcará el inicio de la etapa de negociaciones o trato directo; por ejemplo, puede aludirse a una invitación escrita para iniciar las negociaciones. Otras recomendaciones de la doctrina se centran en que este tipo de cláusulas sean pactadas preferentemente en contratos complejos y de larga duración (como contratos de obra o de explotación de recursos naturales), y siempre que las partes tengan una trayectoria comercial en conjunto, de forma tal que puedan prever si realmente existirán posibilidades de arribar a un acuerdo amistoso en caso surja alguna controversia (Umpiérrez, 2021). En general, todas estas

recomendaciones buscan evitar que las cláusulas escalonadas de solución de controversias, más que solucionar el conflicto, lo agrave aún más, y minimizar el riesgo de que una parte las use de mala fe únicamente con el objetivo de trabar el curso normal del arbitraje.

Ahora bien, ¿qué sucede si las partes no han detallado de forma suficiente el procedimiento de negociación o trato directo, o no han establecido directrices para determinar cuándo la etapa ha sido cumplida? Esta situación suele producirse en una gran cantidad de contratos, en los que las partes simplemente indican que, previo al arbitraje, deberán pasar por una etapa de negociaciones o trato directo, sin brindar ningún detalle adicional. ¿Ello genera que la etapa pre arbitral deje de ser obligatoria? Desde nuestro punto de vista, en esos casos, la etapa pre arbitral sigue siendo obligatoria; sin embargo, para efectos de analizar si esta etapa se ha cumplido o no, debe adoptarse un enfoque flexible y favorable al arbitraje.

Es decir, cuando contractualmente no se ha establecido ninguna directriz o detalle acerca de la etapa previa de negociaciones o trato directo, esta etapa sigue siendo de obligatorio cumplimiento, pues forma parte del convenio arbitral. Sin embargo, para considerar que esta etapa se ha cumplido, basta con que una de las partes haya comunicado a la otra la existencia de una controversia, que la otra parte haya expresado su posición o haya tenido la oportunidad de hacerlo, y que, ya sea por falta de pronunciamiento de la otra parte o por posiciones incompatibles, no se haya podido solucionar el conflicto en cuestión. Consideramos que, si se han cumplido estos requisitos, entonces se deberá considerar que la etapa de negociación o trato directo previa al arbitraje ha sido cumplida.

Al respecto, Caivano (2011) sostiene que, si las partes no han detallado suficientemente las características que tendrá la etapa de negociación, deberá considerarse que la sola existencia de comunicaciones o reuniones entre las partes permite presumir que sí hubo negociaciones. En la misma línea se expresa Born (2021), quien indica que el pacto para negociar no implica que las partes estén obligadas a arribar a un acuerdo, sino únicamente a que participen de buena fe en un procedimiento para discutir una controversia determinada, por lo que la obligación de negociar, en sí misma, no impone obligaciones más allá de escuchar la posición de la contraparte y expresar la posición propia.

Consideramos que este enfoque flexible y favorable al arbitraje es el más acorde con la voluntad común de las partes y su deseo de solucionar sus controversias de forma rápida y eficiente. De esta forma, se pueden reducir significativamente los casos conflictivos en torno a si la etapa previa de negociaciones o trato directo se ha cumplido o no. Evidentemente, este enfoque flexible es aplicable siempre y cuando las partes no hayan establecido directrices o exigencias para la etapa de trato directo. En caso lo hayan hecho, estas son de obligatorio cumplimiento y deben ser respetadas.

5. Consecuencias del incumplimiento de las etapas pre arbitrales

Otra problemática que ha sido objeto de constante análisis en la jurisprudencia internacional y la doctrina está relacionada con las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas escalonadas de solución de controversias; es decir, cuál es el impacto que el incumplimiento de la etapa pre arbitral trae para el arbitraje.

Sobre este aspecto, han sido dos las posiciones que se han sostenido en la jurisprudencia internacional. La primera postura considera que el incumplimiento de la etapa pre arbitral afecta la competencia de los árbitros (es decir, que es un elemento de jurisdicción), debido a que el cumplimiento de la etapa previa fue una condición para que las partes den su consentimiento para someterse al arbitraje. Por tanto, si no se cumplen las condiciones en base a las cuales las partes consintieron someterse a arbitraje, los árbitros no gozarán de potestad jurisdiccional en base al convenio arbitral. En otras palabras, al no haberse cumplido con los requisitos para acudir al arbitraje, el convenio arbitral no surtiría efectos, por lo que el tribunal arbitral no tendrá competencia para dilucidar la controversia.

La otra postura considera que el incumplimiento de la etapa pre arbitral constituye únicamente un impedimento para el inicio de la acción arbitral (es decir, que se trata de un aspecto de admisibilidad), pero no determina la incompetencia de los árbitros. El razonamiento detrás de esta postura consiste en que el incumplimiento de la etapa pre arbitral implica que la pretensión jurisdiccional aún no está lista para ser conocida por un tribunal arbitral, Sin embargo, ello no genera que el convenio arbitral pierda sus efectos ni su validez, por lo que privar de competencia jurisdiccional a los árbitros iría en contra de

la voluntad común de las partes de someter sus controversias a arbitraje.

Ambas posturas han sido acogidas por las cortes nacionales de diversas jurisdicciones, dependiendo de cada país. En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha considerado que las partes tienen la potestad para pactar contractualmente condiciones para la admisibilidad de las acciones jurisdiccionales, por lo que el incumplimiento de la etapa pre arbitral constituiría un aspecto que afecta la admisibilidad definitiva del arbitraje. Según la Corte, dicha inadmisibilidad no puede ser subsanada, lo cual conlleva a la conclusión del proceso arbitral (Cremades, 2016; Mitrovic, 2019).

En Suiza, en la Decisión 4A_46/2011, emitida en el año 2011, el Tribunal Federal Suizo consideró que hasta que no se haya cumplido con el mecanismo pre arbitral pactado, la cláusula arbitral aún no era obligatoria, por lo que el tribunal arbitral carecía de competencia para pronunciarse sobre la controversia. Por su parte, en la Decisión 4A_628/2015, emitida en el año 2016, el Tribunal Federal Suizo consideró que el cumplimiento de las etapas pre arbitrales era una condición previa que las partes habían pactado para el inicio del arbitraje. Esto significa que la validez de arbitraje estaba subordinada a la obligación de cumplir con la etapa previa, por lo que un tribunal arbitral carecía de competencia si esta no era cumplida. Según el Tribunal Federal Suizo, ante el incumplimiento de la etapa pre arbitral, la solución más adecuada era la suspensión del proceso hasta que las partes cumplan con dicha etapa (Cremades, 2016; Mitrovic, 2019).

En el caso de Alemania, existe una arraigada tendencia de los tribunales para considerar que el incumplimiento de las etapas pre arbitrales no afecta la atribución jurisdiccional de los árbitros, sino que su efecto es que torna a la acción arbitral como prematura, por lo que rechazan dicha acción considerándola como temporalmente inadmisible (Friedrich, 2005; Mitrovic, 2019). Esta postura ha sido consolidada mediante diversas decisiones del Tribunal Federal Supremo de Alemania (Bernal et. al, 2012; Mitrovic, 2019).

En Estados Unidos, mientras que los tribunales de New York han sostenido que el incumplimiento de las condiciones pactadas para acceder al arbitraje tiene el efecto de excluir la competencia jurisdiccional de los árbitros, otros tribunales han tenido criterios diferentes. Por ejemplo, en el caso BG Group plc c. Argentina (2014), el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que el incumplimiento de las condiciones pactadas por las partes no afectaba su consentimiento para acceder al arbitraje, por lo que no privaba de competencia a los árbitros ni constituía un impedimento jurisdiccional para el arbitraje; por lo tanto, el incumplimiento de la etapa pre arbitral debía ser tratado como un elemento de admisibilidad (Born, 2021).

En general, en el ámbito internacional, la tendencia más creciente y arraigada es la que considera que el incumplimiento de las etapas pre arbitrales impacta en la admisibilidad de la acción arbitral y no en la competencia jurisdiccional de los árbitros; como resultado, la evaluación de dicha cuestión recae exclusivamente en el ámbito de decisión de los árbitros, estando excluida la competencia de las cortes nacionales para pronunciarse sobre el asunto (Camilleri, 2022).

Lo cierto es que la discusión en torno a cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas escalonadas de solución de controversias no se queda simplemente en el plano conceptual, sino que tiene importantes consecuencias prácticas para el arbitraje. Desde nuestro punto de vista, son dos las principales consecuencias prácticas de optar por una u otra postura.

La primera radica en que, si se opta por considerar que el incumplimiento de la etapa pre arbitral es un asunto que afecta la admisibilidad de la demanda y no la competencia de los árbitros, ello determina que es un vicio que podría ser objeto de subsanación dentro del proceso arbitral ya iniciado, sin que sea necesario iniciar un nuevo arbitraje ni volver a conformar al tribunal arbitral, pues los árbitros designados sí cuentan con competencia jurisdiccional para conocer la causa. Por el contrario, si se considera que el incumplimiento de la etapa pre arbitral sí afecta la potestad jurisdiccional de los árbitros, entonces sí será necesario iniciar un nuevo arbitraje y, con ello, volver a constituir el tribunal arbitral, puesto que los árbitros designados carecían de jurisdicción. Es decir, estaríamos ante un vicio insubsanable.

La segunda consecuencia práctica consiste en que, si se considera que el incumplimiento de la cláusula de solución de controversias afecta la potestad jurisdiccional de los árbitros, la decisión que adopten los árbitros respecto al cumplimiento de la etapa pre arbitral podría ser objeto de revisión por parte de los tribunales y cortes nacionales y, si este determina que la decisión fue equivocada, podría incluso declarar la nulidad del laudo arbitral por haber sido emitido por un árbitro incompetente. Por el contrario,

si se considera que el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje es un requisito de admisibilidad, la decisión que adopte el tribunal arbitral sería definitiva y no podría ser objeto de revisión judicial.

Habiendo delimitado ello, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Cómo determinar si una cuestión impacta en la admisibilidad de la acción arbitral o en la competencia jurisdiccional de los árbitros? Respecto a este punto, Rubio (2011) expresa que, cuando se discute si una determinada controversia puede o no ser conocida por un fuero particular, como sería el arbitraje, la cuestión que se está planteando es una de competencia jurisdiccional. Por el contrario, cuando lo que se discute es si el momento en que los árbitros conocen la controversia es el adecuado o no, la cuestión que se plantea es una de admisibilidad. En esa misma línea, Paulsson (2005), citado por Cremades (2016), indica que para determinar si una objeción es relativa a la admisibilidad o a la competencia, uno debe preguntarse cuál es el motivo que justificaría amparar dicha objeción. Según el autor, si el motivo para ampararla es que la demanda no puede ser presentada ante un tribunal arbitral, entonces dicha objeción plantea una cuestión de competencia; por el contrario, si la razón para amparar la objeción al arbitraje es que la demanda aún no puede ser conocida por los árbitros, entonces se plantea una cuestión de admisibilidad.

Desde nuestro punto de vista, el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje es un aspecto que afecta la admisibilidad de la acción arbitral y no la competencia jurisdiccional de los árbitros. El hecho de que las partes hayan pactado requisitos previos para acudir a la vía arbitral no deja sin efecto el convenio arbitral ni invalida la voluntad de las partes de que sean los árbitros los que resuelvan de forma definitiva sus controversias. Los árbitros siguen siendo competentes, pero el incumplimiento de la etapa pre arbitral ha generado que la acción arbitral sea temporalmente inadmisible. Es decir, el incumplimiento de la etapa pre arbitral genera que la etapa posterior (el arbitraje) todavía no se entienda activada.

Como mencionamos anteriormente, el pacto de una cláusula escalonada de solución de controversias es completamente válido y compatible con nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no significa que, en caso no se cumpla con la etapa pre arbitral, los árbitros pierdan su investidura jurisdiccional, pues una conclusión de tal naturaleza sería contraria a la voluntad e interés de las partes consistente en que sean los árbitros los que resuelvan de forma definitiva la controversia. Desde nuestro punto de vista, el tomar el incumplimiento de la etapa pre arbitral como un elemento que afecta la admisibilidad de la acción arbitral es la postura más compatible y respetuosa de la voluntad de las partes pactada en el convenio arbitral, así como del deseo de estas de solucionar sus controversias la forma más rápida, segura y eficiente posible.

En tal sentido, nos adherimos a lo señalado por Born (2021), quien sostiene que el considerar a las etapas de negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje como barreras jurisdiccionales que impiden que una parte pueda acceder al arbitraje es contrario al acuerdo entre las partes. Con ello, se imponen costos y retrasos desproporcionados a todo el proceso de resolución de disputas, lo cual evidentemente es contrario a lo que las partes razonablemente buscaron cuando pactaron un convenio arbitral.

Desde nuestro punto de vista, el incumplimiento de la etapa pre arbitral es un aspecto que determina la inadmisibilidad de la acción arbitral y no la falta de competencia jurisdiccional de los árbitros. Siendo ello así, la pregunta que se debe responder es la siguiente: ¿Qué deben hacer los árbitros cuando el arbitraje ha sido iniciado sin que se haya cumplido con la etapa pre arbitral? Respecto a este punto, han sido reiteradas las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias que han considerado que los árbitros están facultados para declarar la suspensión del arbitraje y brindar a las partes la oportunidad para que cumplan con la atapa pre arbitral para así subsanar el defecto que afecta la admisibilidad del arbitraje.

Así, por ejemplo, Caivano (2011) sostiene que los árbitros, en base a su investidura jurisdiccional, tienen la atribución de hacer cumplir a las partes el procedimiento autocompositivo previo al arbitraje y, posteriormente, determinar si este procedimiento se ha cumplido o no de la forma en que lo pactaron. Según el autor, la solución más beneficiosa para las partes y la más compatible con su interés de resolver sus conflictos es que se suspenda el arbitraje hasta que las partes cumplan con la etapa previa, debido a que así, en caso llegue a fracasar la etapa previa, ya no será necesario que se recomponga nuevamente el tribunal arbitral ni que se inicie nuevamente el arbitraje. En la misma línea se ha pronunciado Born (2021), quien considera que la solución más razonable a la problemática consiste en que el tribunal arbitral ordene a las partes que lleven a cabo el mecanismo de resolución de conflictos pactado en la cláusula escalonada, ya sea de forma previa o paralela al arbitraje.

Esta solución también se ha replicado en la doctrina nacional. Así, Yano y Serván (2020) han considerado que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, los árbitros tienen plenas facultades para decidir las reglas procedimentales más apropiadas al proceso, lo cual los habilita para suspender las actuaciones arbitrales y remitir a las partes a cumplir con los procedimientos pre arbitrales pactados.

Consideramos que esta solución tiene pleno sentido y es coherente con tratar al incumplimiento de la etapa previa al arbitraje como un factor que no afecta la competencia jurisdiccional de los árbitros, sino la admisibilidad de la acción arbitral. Al ser el incumplimiento de la etapa previa un defecto de admisibilidad, este puede ser subsanado por las partes, lo cual se logra precisamente cuando estas implementan el mecanismo de solución de controversias correspondiente. Cuando ello suceda, se habrán cumplido las condiciones pactadas por las partes para acceder al arbitraje y los árbitros podrán resolver la controversia sin ninguna objeción.

El otro aspecto vinculado con esta problemática radica en si las cortes nacionales podrían revisar la decisión adoptada por los árbitros respecto al cumplimiento de las etapas pre arbitrales y, eventualmente, declarar nulo un laudo arbitral por considerar que dicha decisión fue incorrecta. Desde nuestro punto de vista, la respuesta a esta interrogante también depende de si se considera que el incumplimiento de la etapa previa es un aspecto de admisibilidad o un componente de jurisdicción. Como ya explicamos, nuestra posición es que el incumplimiento de la etapa previa al arbitraje es un asunto que impacta en la admisibilidad de la acción arbitral. Ello determina que la decisión que adopten los árbitros sobre si se ha cumplido o no con la etapa pre arbitral es una decisión definitiva que no puede ser objeto de revisión judicial ni causal para la anulación del laudo.

Nuestra postura es que, al ser un aspecto que impacta en la admisibilidad de la acción arbitral, el análisis que hagan los árbitros respecto al cumplimiento de la etapa previa es un análisis definitivo, pues se trata de evaluar si la acción arbitral está lista para ser conocida en el arbitraje o aún no. Es decir, es un aspecto vinculado con los méritos de la acción, por lo que el Poder Judicial estaría impedido de revisar si dicha decisión fue correcta o no. Asimismo, desde nuestro punto de vista, es perjudicial otorgar competencia a las cortes nacionales para evaluar si fue correcta o no la decisión adoptada por los árbitros respecto al cumplimiento de las etapas pre arbitrales, ya que ello provocaría que la solución de la controversia sufra entorpecimientos, retrasos y gastos adicionales, además del riesgo de que se puedan producir interferencias judiciales indebidas. Todo ello es contrario a la voluntad originaria de las partes cuando pactaron el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Como indica Cremades (2016), la confianza en el criterio de los árbitros es la piedra angular del arbitraje; por tanto, así como se confía plenamente en los árbitros para que evalúen la correcta interpretación de un contrato o la correcta aplicación de las normas jurídicas. De la misma forma, debería confiarse y respetarse plenamente el criterio de los árbitros en lo que respecta a la evaluación de los méritos sustantivos de la acción arbitral en relación a su admisibilidad. Por ello, la autora considera que debe incumbir exclusivamente a los árbitros y no a los jueces estatales el verificar el cumplimiento de la etapa previa regulada en las cláusulas escalonadas de solución de controversias.

En el ámbito nacional, es interesante el análisis que realizó la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en la Sentencia recaída en el Expediente No. 00159-2016, en la cual indicó que las cláusulas que prevén etapas pre arbitrales son de naturaleza sustancial y no procesal, pues en estas se reconocen, modifican o extinguen derechos subjetivos de las partes. Más concretamente, estás cláusulas regulan el ejercicio del derecho que tienen las partes para controvertir actos producidos en el *iter* contractual. Por lo tanto, en atención al principio de irrevisabilidad que rige el arbitraje, no es posible que una parte alegue el incumplimiento de una cláusula escalonada de solución de controversias como motivo de anulación del laudo en base a la causal de anulación contenida en el literal c) del artículo 63(1) de la Ley de Arbitraje, pues esta causal está prevista para el incumplimiento de reglas procedimentales del arbitraje, y no para infracciones a los términos contractuales o normas sustantivas que regulan la materia controvertida.

Sin duda, el tema que nos ha ocupado en el presente trabajo es uno en el cual convergen múltiples aristas y puntos de análisis. Las cláusulas escalonadas de solución de controversias son cláusulas que cada vez se hacen más populares y están presentes cada vez en más contratos. Con nuestro análisis, hemos procurado brindar mayores elementos de juicio para evaluar y afrontar correctamente las problemáticas que puedan surgir al momento de pactar y aplicar las cláusulas escalonadas de solución de controversias.

Como reflexión final, consideramos que, si bien este tipo de cláusulas pueden presentar determinadas situaciones problemáticas, también pueden ofrecer importantes beneficios a las partes para la solución eficiente de sus controversias y para mantener en buenas condiciones sus relaciones contractuales y comerciales. Por ello, nuestro punto de vista es que este tipo de cláusulas son útiles para las partes y es bueno que estas las estipulen en sus contratos. Sin embargo, deben tener cuidado de regular las etapas pre arbitrales con la mayor claridad posible y ejecutarlas correctamente a fin de evitar que se generen obstáculos o trabas al proceso arbitral, así como mayores conflictos para las partes.

6. Conclusiones

- Las cláusulas escalonadas de solución de controversias son aquellas en las que se regulan más de un mecanismo de resolución de conflictos, a efectos de que puedan y/o deban ser aplicados de manera consecutiva. El objetivo de este tipo de cláusulas es procurar una solución de conflictos rápida, menos costosa, y que no dinamite o desgaste las buenas relaciones contractuales y comerciales entre las partes. Usualmente, se pacta, como primer mecanismo, uno de tipo autocompositivo (negociación, conciliación o mediación). La segunda etapa está constituida por un mecanismo de solución de controversias heterocompositivo y jurisdiccional, como vendría a ser el arbitraje.
- Para determinar si el paso por las etapas previas al arbitraje es obligatorio, lo primero a lo que se debe prestar atención es a la redacción que las propias partes han plasmado en la cláusula. Si al referirse al paso por la etapa previa, las partes han usado términos como "podrán", entonces dicho pacto ha sido facultativo; por el contrario, el uso de términos como "deberán" o "están obligadas a" determina que la voluntad de las partes ha sido que el transcurso por la etapa previa sea obligatorio.
- En el ámbito internacional, ha habido una tendencia favorable a otorgar validez y carácter obligatorio a las cláusulas escalonadas de solución de controversias, tanto en jurisdicciones del derecho continental como también del common law. Por su parte, en entornos cercanos como Colombia ha existido un avance a nivel doctrinal, mientras que en el ámbito peruano el tratamiento que las altas cortes le han brindado al tema ha sido dispar y contradictorio.
- En base al ordenamiento jurídico peruano, las cláusulas escalonadas de solución de controversias deben ser consideradas como válidas y obligatorias, debido a que forman parte del convenio arbitral. La voluntad común entre las partes tiene una importancia fundamental para el sistema arbitral peruano. Dicha voluntad común puede expresarse tanto en el convenio arbitral como en las reglas procesales pactadas entre las partes.
- Las cláusulas escalonadas de solución de controversias no implican una privación arbitraria o absoluta del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Este derecho fundamental no es un derecho absoluto, sino relativo, el cual puede ser sometido a restricciones en aras de la salvaguarda de otros bienes constitucionales, tales como el derecho a la autonomía de las partes. Asimismo, las cláusulas escalonadas son acuerdos en los que las partes han establecido condiciones para el ejercicio de la tutela jurisdiccional, lo cual no es equivalente a que se haya privado por completo a una parte de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Al momento de pactar una cláusula escalonada de solución de controversias, es de vital importancia diseñar correctamente las etapas pre arbitrales, estableciendo lineamientos y directrices claras que nos ayuden a determinar, de manera objetiva y certera, cuándo la etapa previa se ha cumplido. Cuando el mecanismo previo es la conciliación o la mediación, u otro más sofisticado, como las *dispute boards*, es más fácil acreditar que la etapa previa se ha cumplido correctamente, puesto que generalmente las partes recurren a organizaciones que brindan este tipo de servicios, las cuales cuentan con reglamentos y personal calificado para llevar a cabo estas etapas.
- Cuando la etapa pre arbitral es la negociación o trato directo entre las partes, se vuelve aún más importante establecer lineamientos claros sobre cómo se va a llevar a cabo esta etapa. Si las partes no han establecido estos lineamientos, debe adoptarse un enfoque flexible, y considerar que la etapa de negociaciones o trato directo se cumple cuando, de forma previa al arbitraje, una de las partes haya manifestado a la otra la existencia de un conflicto y su posición al respecto; la otra se haya pronunciado o haya tenido la oportunidad de hacerlo; y, debido a posiciones disconformes o por

falta de pronunciamiento de una de las partes, no se haya podido arribar a un acuerdo que ponga fin a la controversia. Si están presentes estos requisitos, debe entenderse que la etapa de negociaciones o trato directo se ha cumplido, siempre y cuando las partes no hayan pactado mayores directrices o lineamientos adicionales.

- El incumplimiento de la etapa previa al arbitraje consiste en un aspecto que afecta la admisibilidad de la acción arbitral y no la competencia jurisdiccional de los árbitros. Al ser un defecto de admisibilidad, puede ser subsanado por las partes. Por tanto, si se ha incumplido con la etapa pre arbitral, no es necesario que se inicie un nuevo proceso ni se designe nuevamente a los árbitros. Esta postura es la más compatible y respetuosa de la voluntad de las partes pactada en el convenio arbitral, así como de su deseo de solucionar sus controversias la forma más rápida, segura y eficiente posible.
- Si los árbitros observan que la etapa pre arbitral no ha sido cumplida, tienen la potestad para suspender las actuaciones arbitrales y dar la oportunidad a las partes para cumplir con el mecanismo de solución de controversias correspondiente. Cuando ello suceda, se habrán cumplido las condiciones pactadas por las partes para el inicio del arbitraje, por lo que el proceso arbitral podrá continuar y los árbitros podrán resolver la controversia sin ninguna objeción.
- En tanto que el incumplimiento de la etapa pre arbitral es un aspecto que determina la admisibilidad del arbitraje y no la competencia jurisdiccional de los árbitros, la decisión sobre si se ha cumplido con la etapa pre arbitral compete exclusivamente a los árbitros, por lo que es una decisión definitiva que no puede ser objeto de revisión judicial posterior.

Referencias bibliográficas

Born, G. (2021). Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements. *International Commercial: Commentary and Materials* (3.ª ed., pp. 675-1026). Kluwer Law International.

Brito, L. (2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. *Revista de Derecho - Valdivia* (32), 251-272. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7262379

Bullard, A. (2011). Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto & A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 200–231). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf

Caivano, R. (2011). Las cláusulas 'escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral* (Tomo I, pp. 65–94). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf

Cámara de Comercio Internacional [CCI]. (2014). *Reglamento de Mediación*.

Camilleri, S. (2022). Arbitration: The Line Between Admissibility and Jurisdiction. En R. Weeramantry & J. Choong (Eds.), *Asian Dispute Review* (Vol 24, pp. 168 - 172). Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC).

Cantuarias, F., & Repetto, J. (2014). La Naturaleza Jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino. *Forseti Revista de Derecho*, (1), 97-110.

Campos, H. (2020). Apuntes respecto de la validez de los acuerdos procesales que condicionan el acceso a la anulación de laudo a la constitución de una garantía en el ordenamiento jurídico peruano. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), 331-366. https://doi.org/10.18800/themis.202001.018

Código General del Proceso de Colombia. Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012 (Colombia).

Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial. Sentencia recaída en el Expediente No. 00159-2016. 2 de diciembre de 2016.

Cremades, A. (2016). ¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias? *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 26, 57-70. Kluwer Law International.

Decreto Legislativo 1071 (1 de setiembre de 2008).

Friedrich, F. (2005). The enforceability of mediation clauses – The approach of English and German courts and ICC arbitral tribunals. En J. Risse, G. et. al (Eds.), *SchiedsVZ German Arbitration Journal* (pp. 250–254). Kluwer Law International.

Internacional Centre For Dispute Resolution [ICDR]. (2020). *Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*. https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20Spanish.pdf

International Bar Association [IBA]. (2010). *Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional*. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_iba.pdf

Jones, D. (2009). Dealing with Multi-Tiered Dispute Resolution Process. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 75(2), 188-198. Kluwer Law International.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ley 26872. Ley de Conciliación (13 de noviembre de 1997).

Mitrovic, M. (2019). Dealing with the Consequences of Non-Compliance with Mandatory Pre-Arbitral Requirements in Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. The Swiss Approach and a Look Across the Border. En M. Scherer (Ed.), *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin* (pp. 559–579). Kluwer Law International.

Kundmüller, F. (2011). Comentario al artículo 34 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto y A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 391–396). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf

Rubio, R. (2011). Comentario al artículo 41 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto y A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 470–492). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf

Soto, C. (2011). Comentario al artículo 13 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto y A. Bullard (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 147–200). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf

Torterola, I. (2011) Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral* (Tomo I, pp. 287-295). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en el Expediente No. 014-2002-AI/TC, 21 de enero de 2002. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en el Expediente No. 06167-2005-PHC/TC, 28 de febrero de 2006. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Sala Primera. Sentencia recaída en el Expediente No. 05311-2007-PA/TC, 5 de octubre de 2009. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en el Expediente No. 05728-2015-PA/TC, 20 de diciembre de 2017. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05728-2015-AA.pdf

Umpiérrez, M. (2021) Cláusulas escalonadas: ¿Cómo evitar que se conviertan en cláusulas patológicas? Concepto, problemática y soluciones. *Revista Arbitraje Alumni*, (2), 1-14. https://www.arbitrajealumni.org/pages/revista/larevista.html

Yano, N., & Serván, N. (2020). El gran dilema: el problema de las cláusulas escalonadas en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), 99-109. https://doi.org/10.18800/themis.202001.004

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.013

El Cuarto Pleno Casatorio Civil vs. los Plenos Jurisdiccionales: desencuentros, contradicciones e incertidumbre. Necesitamos un nuevo pleno casatorio sobre la posesión precaria(*)

The Fourth Plenary Session on Civil Matters vs. Jurisdictional Plenary Sessions: Disagreements, Contradictions, and Uncertainty. We need a new casatory plenary session on precarious possession

Alan Augusto Pasco Arauco(**)
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú)

Resumen: El IV Pleno Casatorio ha sido desbordado por la realidad. A lo largo de los últimos diez años, se han venido dando una serie de Plenos Jurisdiccionales que, en algunos casos, han abordado temas que no fueron analizados en el IV Pleno (la competencia de los Jueces de Paz Letrado para conocer desalojos por precario o la posibilidad de prescindir de la conciliación en los desalojos derivados de contratos de arrendamiento con cláusula de allanamiento) y, en otros, han arribado a conclusiones que contradicen abiertamente los precedentes adoptados en el IV Pleno (el plazo prescriptorio aplicable a la pretensión de desalojo, o el título posesorio en las demandas de desalojo interpuestas contra familiares).

La situación en la que nos encontramos es similar al contexto en el que se realizó el IV Pleno: (i) variedad de criterios sobre diversos temas referidos a la posesión precaria, (ii) falta de certeza respecto de cómo resolver problemas cotidianos, (iii) fallos contradictorios sobre temas idénticos y (iv) absoluta incerteza y ausencia de predictibilidad en perjuicio del justiciable.

A partir de esto, es necesario un nuevo pleno casatorio sobre la posesión precaria que, tal como lo hizo el IV Pleno en el año 2013, nos permita ordenar la casa y nos proporcione (al menos en el mediano plazo) algo de predictibilidad y certeza.

Palabras clave: Posesión Precaria - Cuarto Pleno - Pleno Jurisdiccional - Precedente Vinculante - Título Posesorio - Arrendamiento - Desalojo

Abstract: The Fourth Casatory Plenary has encountered significant challenges due to the evolving circumstances. Throughout the past decade, a series of Jurisdictional Plenary Sessions have emerged, some of which have addressed issues that were not examined during the Fourth Plenary (such as the jurisdiction of Magistrate Judges to adjudicate precarious eviction cases or the potential waiver of conciliation in evictions arising from lease agreements with forfeiture clauses). Moreover, certain

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 17 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 25 de mayo de 2023.
(**) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente de Derecho Civil en la PUCP, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad de Lima. Asociado Senior de Hernández & Cía. Abogados. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4318-4279. Correo electrónico: apasco@ehernandez.com.pe.

conclusions reached in these sessions openly contradict the precedents established in the Fourth Plenary (including the prescriptive period applicable to eviction claims or the possessory title in eviction lawsuits filed against family members).

The current situation bears resemblance to the environment in which the Fourth Plenary was conducted, characterized by: (i) divergent perspectives on various aspects concerning precarious possession, (ii) a lack of certainty regarding the resolution of everyday challenges, (iii) inconsistent verdicts on identical matters and (iv) a pervasive atmosphere of uncertainty and unpredictability to the detriment of the litigants.

An imperative exists for a new casatory plenary session focused on precarious possession that, akin to the Fourth Plenary in 2013, enables the restoration of order and furnishes a measure of predictability and certainty, at least in the medium term.

Keywords: Precarious Possession - Fourth Plenary Session - Plenary Jurisdictional - Binding precedent - Possessory Title - Leasing - Eviction

1. Introducción

En el año 2013, se emitió la sentencia del Cuarto Pleno Casatorio Civil (en adelante, el "IV Pleno"). Antes de ello, los casos vinculados a la posesión precaria se encontraban en una situación de total incerteza. Esto se debe a que no solo no se tenía claridad respecto del concepto de posesión precaria (la doctrina se debatía entre una concepción amplia y otra restrictiva), sino que incluso los Jueces habían llegado a considerar que cualquier circunstancia invocada por los demandados para justificar su posesión hacía inútil el desalojo y obligaba al demandante a acudir a la acción reivindicatoria (Pasco, 2021, p. 421).

Así, el criterio que hasta ese momento se había consolidado a nivel jurisprudencial era que "cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien" descartaba la condición de precario y, por ende, facultaba al Juez del desalojo a emitir un fallo inhibitorio.

Por ejemplo, cualquier contrato presentado por el demandado (al margen de su manifiesta nulidad) eliminaba su condición de precario sin que el accionante tuviese espacio para discutir su validez dentro del desalojo. Lo propio ocurría con las construcciones que realizaba el demandado en el inmueble: su defensa era que tales construcciones legitimaban su posesión, por lo que, antes de discutir si correspondía o no su desalojo, debía dilucidarse quién era el dueño legítimo de las construcciones.

Entonces, el mensaje que se le había transmitido a los poseedores precarios era tan claro como preocupante: "fabriquen contratos que legitimen su posesión (arrendamientos, usufructos, compraventas) o realicen edificaciones en el bien, pues ni la invalidez de los primeros, ni la determinación de la propiedad sobre las segundas, podrán ser dilucidadas en un desalojo" (Pasco, 2021, p. 422).

Y la situación no era menos caótica en el caso de los desalojos que tenían como antecedente relaciones de mediación posesoria (principalmente, contratos de arrendamiento), porque habíamos llegado a un punto en el que nadie sabía cuándo el inquilino dejaba de ser tal para convertirse en precario, o si la demanda debía sustentarse en la causal A o B.

El IV Pleno ayudó a ordenar este complejo panorama, por lo que, sin perjuicio de las críticas que fundadamente se le puedan realizar, el balance es positivo: no solo trajo certeza en aquellos casos en donde existía indecisión, falta de uniformidad y criterios contradictorios, sino que además amplió el espectro del desalojo. Esto permitió que dentro del mismo se discutan temas de gran complejidad, como la prescripción adquisitiva invocada por el demandado, la nulidad manifiesta del título posesorio o incluso la eventual resolución del vínculo contractual que ostentaba la parte demandada. Estos temas complicados eran utilizados como una excusa perfecta para que los jueces se inhibieran de tomar decisiones.

Sin embargo, el tiempo ha pasado y nuevos temas vinculados al desalojo y la posesión precaria han venido ganando protagonismo. Ello ha generado que, buscando unificar criterios, se hayan venido realizando diversos Plenos Jurisdiccionales[1] en los que: (i) en algunos casos se han abordado temas que van más allá de lo que

(1) De acuerdo con el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

fue analizado y debatido en el IV Pleno, y (ii) en otros se han arribado a conclusiones que contradicen manifiestamente la posición fijada por la Corte Suprema en el IV Pleno.

Lo primero se da, por ejemplo, en cuanto a la competencia de los Jueces de Paz Letrados para conocer desalojos precarios o en la posibilidad de prescindir de la conciliación en los desalojos derivados de contratos de arrendamiento con cláusula de allanamiento. Lo segundo, por su parte, lo podemos encontrar en lo que se refiere a la determinación del plazo prescriptorio aplicable a la pretensión de desalojo o la fuerza protectora (equiparable a la de un título posesorio) que puede derivarse del solo hecho de ser "familiar" del accionante en un proceso de desalojo.

Esta situación genera un problema mayúsculo: en la medida que no existe consenso sobre la fuerza vinculante de los Plenos Jurisdiccionales (como sí lo hay respecto de los Plenos Casatorios), las conclusiones a las que se han arribado en ellos (sobre temas respecto de los cuales el IV Pleno no se pronunció) no siempre son acatadas por los jueces al momento de resolver las demandas de desalojo. Esto deja al justiciable en una incerteza absoluta, pues no sabe si el Juez aplicará el Pleno Jurisdiccional o si, aprovechando el silencio del IV Pleno, resolverá en base a su particular criterio.

La situación no es distinta respecto de aquellos Plenos Jurisdiccionales que contradicen al IV Pleno: la Ley Orgánica del Poder Judicial no establece una jerarquía entre ambos tipos de Pleno, por lo que el justiciable se encontrará en la disyuntiva de si el Juez a cargo del caso aplicará el criterio fijado por el IV Pleno o si se apartará del mismo[2] y optará por el criterio establecido en el Pleno Jurisdiccional.

Con este breve trabajo, mi objetivo es analizar cómo estos Plenos Jurisdiccionales han generado una situación similar a la que existía antes de la emisión del IV Pleno. En algunos casos, se han abordado temas que no fueron analizados en tal pleno y, en otros, se han llegado a conclusiones que contradicen abiertamente los precedentes establecidos en él. Como resultado, nos encontramos con los siguientes problemas: (i) una variedad de criterios sobre temas relacionados con la posesión precaria, (ii) falta de certeza en la resolución de problemas cotidianos, (iii) fallos contradictorios, (iv) completa incertidumbre y falta de previsibilidad, lo cual perjudica a las partes involucradas en el proceso judicial.

¿Cómo salir de esta encrucijada? ¿De qué modo interpretar (en la medida de lo posible) el IV Pleno a la luz de los pronunciamientos contenidos en los Plenos Jurisdiccionales? ¿Es factible, mediante tal ejercicio interpretativo, conservar la coherencia del sistema o, por el contrario, necesitamos medidas estructurales que permitan ordenar el panorama? ¿Qué le espera al justiciable y a los jueces a cargo de la solución de las controversias, en tanto convivan con este paisaje de distintas posiciones y fallos dispersos?

Estas son las interrogantes que guiarán la presente investigación, y, si se me permite, quisiera anticipar la principal conclusión a la que he arribado luego de haber recorrido los plenos jurisdiccionales vinculados a la posesión precaria de los últimos 10 años: se necesita un nuevo pleno casatorio. Solo así lograremos ordenar (nuevamente) el sistema judicial, garantizar la predictibilidad en la decisión de los jueces y brindar al ciudadano un poco de certeza y confianza en el aparato judicial. Esto último, al menos de manera temporal, ya que el paso de los años hará lo suyo y probablemente nos obligue, en el mediano plazo, a abogar por un nuevo Pleno.

2. Temas que no fueron analizados en el IV Pleno y que han sido abordados por Plenos Jurisdiccionales[3]

Dentro de este rubro, encontramos los siguientes temas:

a) La competencia de los jueces de Paz Letrado para conocer desalojos contra el arrendatario con contrato vencido que ha devenido en precario.
b) La posibilidad de prescindir de la conciliación extrajudicial en el denominado "desalojo express".

2.1. La competencia del Juez de Paz Letrado para conocer demandas de desalojo contra arrendatarios convertidos en precarios

2.1.1. La posición del IV Pleno

Antes de la emisión del IV Pleno, existían posiciones encontradas respecto de en qué

(2) De acuerdo con el artículo 386 del Código Procesal Civil, el recurso de casación procede en caso de "apartamiento inmotivado" del precedente judicial, lo cual significa que sí hay lugar para que los jueces se alejen del criterio fijado en un Pleno Casatorio, siempre que dicha decisión cuente con la debida argumentación.

(3) Pleno Jurisdiccional de Lambayeque 2015, Pleno Nacional Civil 2017 y Pleno Jurisdiccional Regional de Lima 2019.

momento un arrendatario con contrato vencido devenía en precario. Para unos, el solo vencimiento del plazo contractual generaba tal situación, mientras que para otros, solo con el pedido formal de restitución del bien, el arrendatario pasaba a convertirse en un poseedor precario.

Por ejemplo, a favor de la segunda posición, Lama (2007) había señalado lo siguiente

> A diferencia de cualquiera otro contrato, el arrendamiento no concluye al simple vencimiento del plazo, por el contrario, conforme lo establece el Art. 1700 del Código Civil, hay continuación del arrendamiento si, vencido el plazo, el arrendatario permanece en uso del bien. Sin embargo, tal continuación no es *´ad infinitum´,* es decir, para siempre, pues la propia norma antes citada precisa que dicha continuación es hasta que el arrendador solicite su devolución. Del texto de la propia norma se evidencia que, solicitada la devolución del bien arrendado por el arrendador, cesa la continuación del arrendamiento, de lo que se concluye que en adelante no existirá arrendamiento vigente (p. 149).

El IV Pleno puso fin a los debates y dejó en claro que, mientras no se realice el requerimiento de devolución, el contrato "continuaba bajo sus mismas estipulaciones, por lo que el poseedor mantenía el estatus de "arrendatario"; solo con el pedido de restitución, aquél pasaba a convertirse en un precario:

> Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título (Precedente 5.2).

Sin embargo, este Precedente no supuso el establecimiento de ninguna regla en cuanto a la competencia judicial para conocer procesos de desalojo. Me explico:

Como es bien sabido, el desalojo puede estar sustentado en la causal de: (i) precariedad, (ii) vencimiento del plazo del contrato y (iii) falta de pago de la renta[4]. Por su parte, el artículo 547 del Código Procesal Civil (en adelante, el "CPC") distribuye la competencia del desalojo entre el Juez Especializado y el Juez de Paz Letrado dependiendo de (i) si existió cuantía entre las partes, es decir, si éstas estuvieron vinculadas por una mediación posesoria (poseedor mediato-poseedor inmediato) en virtud de la cual una de ellas (poseedor inmediato) venía abonando una renta, y (ii) el monto de dicha renta.

Tomando en cuenta ello, la norma procesal distribuye la competencia del siguiente modo:

Tabla 1
Asignación de competencia para el desalojo conforme al Código Procesal Civil

Desalojo competencia del Juez Especializado	Desalojo competencia del Juez de Paz Letrado
a. Cuando no exista cuantía b. Cuando existiendo cuantía, ésta supere las 50 URP[5]	Cuando existiendo cuantía (renta), ésta sea igual o menor a las 50 URP

Fuente: elaboración propia

Es claro que no existirá cuantía cuando el desalojo se interponga contra alguien con quien el demandante nunca ha tenido ninguna clase de vínculo contractual, como sería el caso de un invasor. Por el contrario, estaremos ante un caso con "cuantía" siempre que haya existido entre las partes del proceso una mediación posesoria. Independientemente de que ésta haya devenido en ineficaz (fenecimiento del título) por cualquier razón, ya sea por la resolución del vínculo, porque venció su plazo de vigencia (imaginemos un contrato de usufructo o un comodato) o porque habiendo vencido tal plazo, el poseedor mediato ha exigido la devolución del bien (como ocurriría en el arrendamiento). En estos casos de título fenecido, será la renta aplicada en su momento entre las partes (cuantía histórica) la que deberá ser tomada en cuenta para determinar la competencia judicial.

Y esta distribución de competencia no es un tema menor, ya que la extensión del proceso dependerá de dónde éste inicie: una

(4) En estricto, fenecimiento del título por resolución contractual derivada del incumplimiento de pago de la renta.
(5) La Unidad de Referencia Procesal equivale al 10% de la UIT.

demanda de desalojo que inicia ante el Juez Especializado puede llegar hasta la Corte Suprema vía recurso de casación; por el contrario, una demanda de desalojo que inicia ante el Juez de Paz Letrado termina (como máximo) ante el Juez Especializado, quien será el encargado de resolver el recurso de apelación, sin que exista la posibilidad de presentar un recurso de casación.

El IV Pleno en ningún momento modificó las reglas de competencia reguladas en el CPC, por lo que sí es posible demandar, ante el Juez de Paz Letrado y por la causal de precario, al (ex) arrendatario con contrato vencido, a quien ya se le hubiese exigido la devolución del bien, siempre que la renta que originalmente pagaba no supere las 50 URP.

2.1.2. La posición de los Plenos Jurisdiccionales

Con posterioridad al IV Pleno, se han venido celebrando una serie de Plenos Jurisdiccionales que establecen la competencia judicial para el desalojo de un modo muy particular (por decir lo menos), yendo más allá de lo que fue dicho en el IV Pleno y desconociendo la regulación del CPC.

Así, la competencia que tales Plenos han venido estableciendo es la siguiente:

Tabla 2
La posición de los Plenos Jurisdiccionales

Desalojo competencia del Juez Especializado	Desalojo competencia del Juez de Paz Letrado
Cuando el desalojo se sustente en la causal de posesión precaria, ya sea porque el poseedor nunca tuvo título o porque el mismo feneció.	Cuando el desalojo se sustente en la causal de vencimiento del plazo del contrato.

Fuente: elaboración propia

A continuación, analizaré por separado cada uno de estos Plenos Jurisdiccionales.

a) El Pleno Jurisdiccional de Lambayeque del 2015

En el Pleno Jurisdiccional Distrital de Jueces de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, llevado a cabo el año 2015, se arribó a la siguiente conclusión:

> Según las reglas de competencia en la norma procesal, las demandas por desalojo precario son de conocimiento de los jueces especializados. Sin perjuicio que el demandante no haya invocado dicha causal, si el juez de paz letrado advierte que ésta se subsume dentro de los presupuestos de precariedad contenidas en la Casación N° 4628-2013-Arequipa, en aplicación del principio de economía y celeridad procesal, debe inhibirse y remitir el expediente al juez competente [énfasis agregado].

Es evidente que, para este Pleno, no hay posibilidad de que un Juez de Paz Letrado conozca la demanda de desalojo (por precario) interpuesta contra el (ex) arrendatario con contrato vencido a quien ya se le hubiese exigido la devolución del bien.

¿En base a qué fundamento este Pleno arribó a tal conclusión? El IV Pleno, como ya fue dicho, se limitó a señalar que el arrendatario con contrato vencido a quien ya se le hubiese exigido la restitución devenía en precario, pero en ningún momento concluyó que tal demanda de desalojo, por posesión precaria, no podía ser interpuesta ante el Juez de Paz Letrado.

Es evidente, entonces, que el Pleno de Lambayeque se inmiscuye en un tópico que en ningún momento fue abordado ni planteado por el IV Pleno.

b) El Pleno Nacional Civil del 2017

Un mayor desarrollo sobre el tema lo encontramos en el Pleno Nacional Civil del 2017, aunque con un resultado similar al de Lambayeque. La interrogante que se formularon los jueces fue la siguiente:

> Tras la emisión del IV Pleno Casatorio Civil, ¿ha quedado impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato cuando ya realizó el requerimiento (carta notarial) de restitución del bien, o es facultativo que lo haga valer por esa causal o por ocupación precaria?

Nótese que aquí la pregunta toma como premisa lo resuelto en el IV Pleno. Es decir, este Pleno Nacional estaría buscando "interpretar" o "arribar a una conclusión" en función a lo dispuesto por el IV Pleno.

Tomando en cuenta ello, lo que habría tenido que señalar este Pleno Nacional es que, habiendo vencido el plazo del arrendamiento y habiéndosele exigido al inquilino la restitución del bien: (i) si el arrendador pretende el desalojo, deberá fundamentar su pretensión en la causal de precariedad (el inquilino devino en precario producto del pedido de devolución) y (ii) el arrendador no puede optar por el desalojo por vencimiento del contrato, pues esta causal es incompatible con la de precario: la primera causal presupone que el arrendamiento se mantenga vigente, es decir, que el inquilino aún no haya devenido en precario. La segunda, por el contrario, implica que el poseedor ya

devino en precario producto del fenecimiento de su título como consecuencia del pedido de devolución.

Sin embargo, el Pleno Nacional entró a un terreno que no solo no había sido abordado por el IV Pleno, sino que tampoco guardaba ninguna relación con la pregunta que había sido planteada como problema; así, el Pleno concluyó que los Jueces de Paz Letrados no eran competentes para conocer demandas de desalojo por posesión precaria:

> Luego de la publicación del Cuarto Pleno Casatorio Civil, los Jueces de Paz Letrado han quedado impedidos de conocer los procesos de desalojo en los casos de que exista requerimiento de restitución del bien [énfasis agregado] (carta notarial) de parte del arrendador hacia el arrendatario; toda vez que en todos estos casos este último ha quedado constituido en poseedor precario, por lo que el Juez competente para conocerlos es el Especializado, quedando impedido el arrendador de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato, sino únicamente por ocupación precaria.

El problema con esta conclusión, tal como lo he advertido en otra oportunidad (Pasco, 2017a, p. 22), es que:

a. No toma en cuenta que el hecho de que el arrendatario haya devenido en precario no hace que desaparezca el concepto de renta que hasta ese momento venía regulando la relación entre las partes (cuantía histórica). Como tal, debería ser tomada en cuenta para determinar la competencia (si dicha renta histórica no superaba las 50 URP, el desalojo por precario debería ser de conocimiento del Juez de Paz Letrado).
b. No solo no tiene ningún sustento en el IV Pleno, sino que además contradice la forma como el CPC regula la competencia en materia de desalojo. Así, el Pleno Nacional parte de la equivocada premisa que el desalojo por precario es de competencia exclusiva del Juez Especializado, cuando lo cierto es que el CPC determina la competencia en función a la cuantía, y en un desalojo por precario contra quien en un inicio fuera arrendatario, existe una cuantía histórica que debe ser tomada en cuenta.
c. Condena a los arrendadores que percibían rentas de baja cuantía (menores a las 50 URP) a iniciar sus demandas de desalojo ante el Juez Especializado y, con ello, los expone a la posibilidad de que sus casos lleguen hasta la Corte Suprema. Esto implica asumir un costo excesivo (en términos monetarios y de tiempo) por el bien que se busca recuperar.

Como bien han señalado Rosas y Silva (2017) sobre la conclusión del Pleno 2017:

> No es menor, ya que despoja al arrendador de la posibilidad de obtener la satisfacción de su derecho mediante un proceso más corto y menos costoso, forzándolo a acudir al juez especializado. Ello pese a que el proceso de desalojo tiene por finalidad tutelar los intereses del titular del derecho de restitución (en este caso, el arrendador) y que, en definitiva, el vencimiento del plazo que se concreta mediante el requerimiento no constituye un hecho que necesite complejos debates ni la actuación de medios probatorios distintos a los que se exigen en el artículo 591 del Código Procesal Civil (p. 42).

c) El Pleno Jurisdiccional Regional de Lima 2019

En el Encuentro Jurisdiccional Regional de Jueces de Paz Letrado realizado en Lima en el año 2019, se abordó el mismo tema (la interrogante fue: "¿Subsiste o no la causal de desalojo por vencimiento de contrato?"). No obstante, la particularidad es que se planteó la posibilidad de que el arrendador, luego de haber convertido a su inquilino en precario, pueda elegir entre demandarlo por dicha causal o por vencimiento del plazo del arrendamiento.

Así, como Segunda Ponencia, el mencionado Pleno planteó lo siguiente:

> El Cuarto Pleno Casatorio Civil no ha eliminado la causal de desalojo por vencimiento de contrato, pues si bien el requerimiento de devolución del bien que efectúe el arrendador, en el marco de un contrato de arrendamiento con plazo vencido, hace que la posesión del arrendatario devenga en precaria, es posible que el arrendador pueda demandar el desalojo por vencimiento de contrato en aquellos casos en donde (i) no ha efectuado el requerimiento de devolución del bien o, (ii) habiéndolo hecho, dicho requerimiento no es invocado en la demanda [énfasis agregado].

El punto a) no merece mayor discusión, ya que es evidente que mientras al arrendatario (con contrato vencido) no se le exija la devolución del bien, aquél no deviene en precario, por lo que el desalojo solo podría sustentarse en la causal de "vencimiento de contrato". Asimismo, en función a la renta vigente, se determinará si el competente es el Juez Especializado o el Juez de Paz Letrado.

Por el contrario, el punto b) representa una novedad (al menos si lo comparamos con lo

resuelto en el IV Pleno y en los dos Plenos Jurisdiccionales recién comentados). Lo que aquí se establece es que, incluso luego de haber convertido al arrendatario en precario producto del pedido de devolución, el (ex)arrendador puede optar por demandarlo por vencimiento del plazo del contrato, para lo cual en su demanda deberá omitir cualquier referencia al pedido de devolución y a la conversión del inquilino en un precario. Es decir, en su escrito, el demandante deberá limitarse a señalar que las partes celebraron en su momento un contrato de arrendamiento cuyo plazo a la fecha ya venció.

De este modo, quedará a criterio del (ex)arrendador optar por el camino del desalojo por vencimiento de contrato o por la vía del desalojo por precario.

Esta "alternativa" quedó incluso más clara en la Tercera Ponencia sustentada en el Pleno:

> El Cuarto Pleno Casatorio Civil no ha eliminado la causal de desalojo por vencimiento de contrato, pues dicho Precedente no ha señalado que el arrendador que, en el marco de un contrato de arrendamiento con plazo vencido, haya requerido la devolución del bien, solo puede instar la causal de desalojo por ocupación precaria, y tampoco ha derogado el artículo 591 del Código Procesal Civil. Por lo tanto, el justiciable, aun cuando hubiese requerido la devolución del bien, es libre de decidir, si opta por demandar el desalojo por ocupación precaria o el desalojo por vencimiento de contrato [énfasis agregado].

Como se puede apreciar, no existe ninguna diferencia entre la segunda y la tercera ponencia. En ambos casos se reconoce que, pese a haber convertido al arrendatario en precario, el arrendador puede optar entre demandar el desalojo por precario o por vencimiento del plazo del contrato (pese a tal similitud, se declaró como ganadora a la segunda ponencia)[6].

Es evidente que esta posición va mucho más allá de lo que fue resuelto en el IV Pleno, el cual en ningún momento le reconoció al arrendador un derecho a optar entre dos causales de desalojo, los cuales son contradictorias. Además, la situación es aún más preocupante si tenemos en cuenta que ese "derecho a elegir" no cuenta con ningún respaldo jurídico: si el arrendador ha convertido a su inquilino en precario (producto de haberle solicitado la devolución del bien), no puede retroceder en el tiempo y demandarlo por vencimiento del plazo del arrendamiento, ya que esta causal presupone que la relación jurídica entre las partes aún esté vigente.

> El caso es similar al del acreedor que, debido al incumplimiento de una obligación esencial de su contraparte, procede a resolver el contrato: queda impedido de demandar el cumplimiento forzoso, en tanto el vínculo obligacional ya se extinguió. Lo mismo ocurre con el arrendador que ya cursó la comunicación exigiendo la devolución del bien: el título posesorio fenece, por lo que nos encontramos, indefectiblemente, ante un poseedor precario y ya no frente a un inquilino con contrato vencido.
>
> En todo caso, en donde el arrendador sí tiene un poder de elección es en el periodo de tiempo que media entre el vencimiento del plazo del arrendamiento y el momento en que decide solicitar la devolución del bien. En este lapso, el arrendador puede elegir entre enviar dicha comunicación y convertir al inquilino en precario, o mantener vigente la relación jurídica a plazo indeterminado, conforme al artículo 1700 del Código Civil (en adelante, el "CC"). Mientras no pida la devolución del bien, el arrendador podrá demandar el desalojo al invocar la causal de vencimiento del plazo del contrato; una vez hecho tal pedido, solo habrá espacio para demandar el desalojo por la causal de precariedad.

Entiendo que el objetivo de darle al arrendador el derecho a elegir (pese a haber convertido al inquilino en precario) era que aquél pueda interponer su demanda de desalojo (por la causal vencimiento de plazo del contrato) ante el Juez de Paz Letrado, y así transitar por un proceso más rápido (iniciando ante el Juez de Paz Letrado se evita llegar hasta la Corte Suprema vía recurso de casación).

Sin embargo, esto mismo puede lograrse con una adecuada interpretación del CPC, tal como ya fue expuesto. En efecto, si bien por

(6) Es importante hacer notar que esta posición (darle al arrendador el derecho a elegir entre dos causales de desalojo contradictorias) ya había sido planteada como alternativa en el Pleno Nacional 2017, solo que no logró imponerse pese a haber obtenido 43 votos a favor. Dicha posición fue expuesta en los siguientes términos: "El Cuarto Pleno Casatorio no establece que el arrendador, cuando envía al arrendatario la carta notarial de requerimiento de devolución del bien, queda impedido de interponer demanda de desalojo por vencimiento de contrato, sino que únicamente lo faculta demandar [sic], alternativamente, por esta causal o por ocupación precaria. Por ello, el Juez de Paz Letrado ante quien se interpone desalojo por vencimiento de contrato aun existiendo tal requerimiento, debe calificar la demanda y conocer el proceso".

haberle solicitado la devolución del bien el arrendatario quedó convertido en precario, ello no excluye que el desalojo se pueda plantear por dicha causal ante el Juez de Paz Letrado: bastará tomar en cuenta la renta (cuantía) histórica, de modo que, si ésta no supera las 50 URP, el arrendador podrá iniciar su demanda de desalojo por precario ante el Juez de Paz Letrado.

2.1.3. ¿Por qué es necesario un Pleno Casatorio que se pronuncie sobre la competencia en el desalojo interpuesto contra el arrendatario devenido en precario?

Como ha quedado en evidencia, los Plenos Jurisdiccionales posteriores al año 2013 se han planteado interrogantes que no fueron debatidas en el IV Pleno, con el agravante de que no existe uniformidad en la manera como ellas han sido, y vienen siendo, resueltas.

Quedan una serie de dudas para aquellos casos en donde, luego de vencido el plazo del contrato de arrendamiento, el arrendador ha solicitado la devolución del bien:

a) ¿El arrendador puede elegir entre demandar el desalojo por precario o por vencimiento del plazo del contrato, o la única alternativa que tiene es la de posesión precaria?
b) En caso se determine que la demanda debe sustentarse en la causal de posesión precaria, ¿es válido sostener que estamos frente a un caso "sin cuantía" y, por ende, el único competente será el Juez Especializado?
c) En caso se determine que la demanda debe sustentarse en la causal de posesión precaria, ¿es válido tomar en cuenta la renta que se venía pagando (cuantía histórica) para, en función a ella, determinar si el competente es el Juez Especializado o el Juez de Paz Letrado?

Estas interrogantes son cruciales para todo justiciable, pues de su respuesta dependerán las decisiones que se tomen: (i) si se notifica al arrendatario solicitando la devolución del bien, (ii) si se le invita a conciliar directamente, (iii) si la demanda se invoca ante éste o el otro Juzgado y (iv) si la pretensión se sustenta en tal o cual fundamento, etc.

Hasta el día de hoy, existe absoluta incerteza sobre cada uno estos temas. Lo único que esto genera es zozobra y desconfianza el ciudadano de a pie. Por ello, urge un Pleno Casatorio que ponga orden en este mar de dudas, y posiciones encontradas, y dé certeza sobre cómo debe procederse.

2.2. La necesidad de la invitación a conciliar en los desalojos derivados de contratos de arrendamiento con cláusula de allanamiento

2.2.1. La posición del IV Pleno

El IV Pleno no se pronunció sobre la necesidad de la invitación a conciliar como un requisito para la posterior interposición de la demanda de desalojo. Esta omisión implica, desde mi punto de vista, una aceptación de la forma como el tema se encuentra regulado tanto en el CPC como en la Ley 26872, Ley de Conciliación ("LC").

El artículo 425 CPC establece que la demanda *debe* acompañarse de una serie de anexos, entre ellos, la "copia certificada del acta de conciliación extrajudicial en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo". Con este mismo tenor imperativo, el artículo 427 CPC establece que el Juez "declarará inadmisible la demanda cuando (…) no se acompañan los anexos exigidos por ley"

Entonces, siempre que la LC exija para la pretensión de desalojo la fase (previa) conciliatoria, la demanda de desalojo deberá ir acompañada de la respectiva acta de conciliación ¿Y qué dice la LC sobre el desalojo?

Como regla general, la LC establece que la conciliación aplica para aquellas pretensiones que versen sobre derechos disponibles. En la medida que en el desalojo se discute la posesión, y esta es una materia con contenido patrimonial, queda claro que estamos ante un derecho disponible. Por ende, aplicando la regla general, el desalojo es una pretensión que debe pasar por el filtro previo de la conciliación.

Sin embargo, también es cierto que la LC regula determinados supuestos en donde (i) la conciliación está proscrita, o (ii) la conciliación es facultativa. Debemos determinar si el desalojo no está considerado dentro de algunos de estos casos.

Las materias proscritas las encontramos en el artículo 6 de la LC. Para ellas, la norma establece que "no procede la conciliación", aun cuando, en algunos supuestos, se trate de derechos disponibles. Es el caso, por ejemplo, de las tercerías y los procesos de ejecución. Las primeros versan sobre el derecho de propiedad, mientras que en los segundos está en juego tanto la propiedad (por el lado de quien sufrirá la ejecución) como el derecho de crédito (por parte de quien pretende la ejecución). Pese a que se trata de materias claramente "disponibles", la LC ha considerado pertinente prescindir en estos casos del requisito de la conciliación. Sin embargo, el desalojo no ha sido incluido dentro de este listado.

Por su parte, el artículo 7-A de la LC regula aquellos supuestos en donde la

conciliación es "facultativa" (a diferencia del artículo 6, en donde la conciliación está proscrita de plano). En este listado, encontramos algunas pretensiones que, pese a versar sobre derechos disponibles, dependerá del demandante si pasan o n por la fase conciliatoria.

Es el caso, por ejemplo, de las demandas de nulidad e ineficacia de acto jurídico. Pese a que estas pretensiones usualmente están vinculadas a contratos, materia claramente disponible, la LC le permite al accionante prescindir de la conciliación. Y lo propio ocurre con las pretensiones de desalojo listadas en el inciso i) del art. 7-A LC: (i) el desalojo regulado en el Decreto Legislativo 1177, Decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda(7) y (ii) el desalojo previsto en la Ley 28364, Ley que regula el Contrato de Capitalización Inmobiliaria, modificado por el Decreto Legislativo 1196(8).

Se trata de desalojos "especiales", para los cuales no aplican las disposiciones del CPC. Pero más allá de esas dos particulares pretensiones de desalojo, el LC no contiene ninguna otra excepción.

En conclusión, conforme a la LC, todas las pretensiones de desalojo reguladas por el CPC, ya sea por la causal de precario, falta de pago o vencimiento del contrato, deben agotar la fase conciliatoria previa. El IV Pleno no modificó esta regla, por lo que, siendo estrictos, no es jurídicamente posible demandar por desalojo a alguien sin antes invitarlo a conciliar (salvo las dos excepciones contenidas en el inciso i) del art. 7-A de la LC).

2.2.2. La posición del Pleno Nacional Civil 2017

En el Pleno Nacional Civil y Procesal Civil realizado en Chiclayo en el año 2017, los jueces se plantearon la siguiente interrogante:

> En los procesos de desalojo con cláusula de allanamiento (desalojo express), regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, ¿es exigible el Acta de Conciliación Extrajudicial? Asimismo, ¿procede o no darle trámite a las excepciones y defensas previas planteadas?

Como es bien sabido, mediante la Ley 30201, Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos, publicada en mayo del 2014, se modificó el artículo 594 del CPC. Esta modificación le permitió a las partes de un contrato de arrendamiento incorporar una cláusula en la que el arrendatario se "allane" a la eventual demandada de desalojo que formule el arrendador, ya sea invocando la causal de vencimiento del plazo o falta de pago de la renta(9).

La opinión pública creyó erróneamente que, incorporando esta cláusula al contrato, el arrendatario aceptaba la futura y eventual demanda de desalojo, con lo cual el arrendador evitaba el litigio y la recuperación del bien se producía de manera casi inmediata.

(7) El D.L. 1177 contiene un capítulo titulado "Proceso Único de Ejecución de Desalojo". Entonces, el arrendador que ha suscrito un contrato de arrendamiento al amparo de las disposiciones contenidas en el D.L 1177 y que pretenda recuperar la posesión del inmueble de manos de su arrendatario no tendrá que acudir al desalojo regulado en el CPC, sino que podrá valerse de un proceso especial y excepcional regulado en dicho D.L 1177.

(8) El artículo 5 del D.L. 1196 define al Contrato de Capitalización Inmobiliaria como uno mediante el cual una empresa de operaciones múltiples o Empresa de Capitalización Inmobiliaria financia el acceso del cliente al uso de un inmueble para destinarlo a vivienda, mediante el pago de cuotas periódicas (que incluyen el arrendamiento, los aportes a la capitalización individual, entre otros) y con la opción del cliente de comprar dicho bien por un valor pactado mediante la aplicación de la capitalización individual. Si bien esta norma no creó un proceso especial de desalojo, somete la eventual recuperación del inmueble al Proceso Único de Desalojo regulado en el D.L 1177.

(9) Artículo 594 CPC: "El desalojo puede demandarse antes del vencimiento del plazo para restituir el bien. Sin embargo, de ampararse la demanda, el lanzamiento sólo puede ejecutarse luego de seis días de vencido el plazo. Si el emplazado se allanara a la demanda y al vencimiento del plazo pusiera el bien a disposición del demandante, éste deberá pagar las costas y costos del proceso. En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado. Vencido el plazo establecido sin que se acredite lo señalado en el párrafo anterior, el Juez ordena el lanzamiento en quince días hábiles, de conformidad con el artículo 593 del Código Procesal Civil. Es competente para conocer la solicitud de restitución del inmueble, en contratos con cláusulas de allanamiento, el Juez del lugar donde se encuentra el bien materia del contrato. La deuda del arrendatario judicialmente reconocida origina la inscripción del demandado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos**".**

Contribuyó a esta equivocada idea el hecho que el segundo párrafo del 594 CPC señale que "si dentro de los seis días calendario" desde que el inquilino fue notificado con la demanda, no acredita que el contrato se mantiene vigente o que está al día en el pago de la renta, la demanda es amparada y se procede al "lanzamiento en quince días hábiles".

Tanto la inadecuada terminología ("allanamiento"), como los plazos de ficción establecidos por el legislador, generaron que se instale en el imaginario popular la idea de que los arrendadores iban a poder recuperar sus bienes de manos de inquilinos morosos en no más de 30 días calendario. Nada más alejado de la realidad, pues aun cuando el 594 CPC haga referencia al "allanamiento" del inquilino a la futura demanda de desalojo, dicho término no debe ser equiparado al "allanamiento" que el CPC regula, en sus artículos 330 y siguientes, como una forma especial de conclusión del proceso (este allanamiento sí genera que la pretensión sea amparada y el proceso concluya).

De hecho, el propio artículo 594 CPC establece la posibilidad de que el inquilino que se "allanó" conteste la demanda y ofrezca los medios probatorios que acrediten la vigencia del arrendamiento o el pago de la renta. Es decir, no es que por haberse incorporado esta cláusula al contrato el Juez emitirá sentencia ordenando el lanzamiento sin darle al inquilino la posibilidad de pronunciarse o ejercer su derecho de defensa. Es más: (i) una vez que el inquilino haya contestado la demanda, el Juez deberá convocar (conforme al art. 554 CPC[10] a la "Audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia", pues la Ley 30201 no suprimió dicha etapa, y (ii) el inquilino siempre tendrá la posibilidad de apelar con efecto suspensivo el fallo de primera instancia que no lo favorezca, incluso en algunos casos procederá el recurso de casación.

Por todas estas razones, queda claro que el desalojo iniciado al amparo de un contrato de arrendamiento con cláusula de allanamiento está muy lejos de ser "express". Sin embargo, dado que esta es la terminología que se ha instalado en la comunidad jurídica, haré uso de ella para el análisis que expondré a continuación.

Hechas estas precisiones, corresponde analizar cómo resolvió el Pleno Nacional el problema planteado. Sobre el particular, se formularon dos posiciones: La primera, alineada con la norma vigente, es decir, exigiendo la conciliación como un trámite previo e indispensable para poder plantear la demanda de desalojo. La segunda, en cambio, exonerando al desalojo express del trámite de la conciliación, invocando para ello razones de "celeridad procesal" y "mala técnica legislativa":

> Primera Ponencia:
>
> De acuerdo a la Ley de Conciliación, el Acta de Conciliación Extrajudicial es exigible en el proceso de desalojo regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, en tanto el desalojo es una materia conciliable. Asimismo, proceden las excepciones y defensas previas planteadas por la parte demandada; por ello, el Juez debe darles trámite.
>
> Segunda Ponencia:
>
> El Acta de Conciliación Extrajudicial no es exigible en el proceso de desalojo regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, en tanto se trata de un proceso especial y rápido. Asimismo, tampoco proceden las excepciones y defensas previas planteadas por la parte demandada, por lo que el Juez debe declarar de plano su improcedencia

El Pleno 2017 concluyó a favor de la segunda ponencia, exonerando al "desalojo express" del requisito de la conciliación. Sin embargo, el inconveniente con esta decisión es que únicamente se sustenta en la pretendida "celeridad" procesal, sin entrar a analizar si realmente es posible pasar por alto un requisito legal por la sola invocación de la "celeridad" y por una supuesta "mala técnica legislativa".

En efecto, como parte de su fundamento, la segunda ponencia se limitó a señalar lo siguiente:

> El proceso previsto por el artículo 594 del Código Procesal Civil, si bien se encuentra regulado dentro del Título correspondiente al proceso sumarísimo, el trámite allí previsto corresponde, en strictu sensu, a uno especial y rápido, análogo al proceso único de ejecución; siendo ello así, su introducción en el referido Título obedece a una mala técnica legislativa. Sin embargo, ello no impide al Juez a interpretar lo previsto por el artículo 594 según su espíritu y finalidad, cual es resumir los procesos de desalojo

(10) Artículo 554 CPC: "Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad".

> en favor del justiciable. Es por ello que en las demandas de desalojo que se interpongan en virtud del artículo antes citado, el Juez no debe exigir el Acta de Conciliación Extrajudicial, como en los demás casos. Lo contrario implicaría desnaturalizar el espíritu de la Ley N° 30201, que busca agilizar el sistema de justicia para que el arrendador recupere con prontitud la posesión del inmueble. Además, el hecho de que previamente el arrendatario haya asentido allanarse a la futura demanda que el arrendador plantee, es un claro indicador de que la invitación a la conciliación sería inoficiosa, desproveyendo a este acto de su ratio essendi.

En su momento, un sector de la doctrina se pronunció de manera favorable a esta tesis. Es el caso de Casassa (2017), quien mencionó lo siguiente:

> Para quien "si bien es cierto yodo derecho disponible es susceptible de conciliación, consideramos que su obligatoriedad pasa por la tempestividad de tutela que estos derechos exigen, acorde al ordenamiento procesal. En ese orden de ideas, si se ha creado un procedimiento especial para que en forma rápida se pueda obtener la restitución de la posesión de un bien alquilado en donde previamente el demandado ha consentido limitar la discusión en acreditar estar al día en los pagos o estar vigente su contrato, la exigencia de la conciliación previa sería contradictoria con su propia naturaleza especial. Es por estas razones que coincidimos con la posición mayoritaria del pleno de considerar innecesaria la conciliación extrajudicial previa al inicio del proceso de desalojo express (pp. 66-67).

En mi opinión, la posición adoptada en el Pleno Nacional 2017 resulta abiertamente ilegal, pues, como ya fue expuesto: (i) el CPC no contiene ninguna excepción a la exigencia de conciliación como requisito de la demanda de desalojo y (ii) la única dispensa de conciliación que la LC regula para la pretensión de desalojo es cuando esta se encuentra vinculada a contratos de arrendamiento celebrados al amparo del DL 1177 y de la Ley 28364 (por el contrario, ninguna referencia hace la LC respecto del desalojo invocado al amparo de un contrato de arrendamiento con cláusula de allanamiento).

De hecho, esta situación ya había sido advertida en el fundamento de la Primera Ponencia (que se alineaba con el CPC y la LC):

> El proceso de desalojo con contrato que contengan una cláusula de allanamiento ("desalojo express"), como puede verse, se encuentra previsto en el artículo 593 del Código Procesal Civil. Ello indica que, al estar legislado dentro del Título que regula al proceso sumarísimo, en general, y al de desalojo, en particular, en todo lo que específicamente no regula el citado artículo, debe regirse por las reglas del proceso sumarísimo.

En ese sentido, respecto a la existencia del Acta de Conciliación:

> En todos los procesos de desalojo, por ser materia conciliable y de acuerdo a la Ley 26872, Ley de Conciliación, la misma es requisito de procedencia [énfasis agregado]. Por ello, para la tramitación de la demanda, el accionante debe haber emplazado previamente a la demandada en el procedimiento extrajudicial de conciliación. Siguiendo tal razonamiento, ni la Ley de Conciliación ni la Ley N° 30201 excluyen a este tipo de procesos ("desalojo express") del trámite de conciliación, por lo que cabe concluir que en los casos en que la parte demandante no adjunte el Acta de Conciliación Extrajudicial, la demanda será rechazada.

Como bien ha anotado un sector de la doctrina (Rioja, 2017), es la primera ponencia la que refleja una observancia estricta de la ley:

> Bajo una aplicación estricta de la norma, no se establece excepción al caso propuesto, es decir, la norma no prevé que en los casos de desalojo con cláusula de allanamiento no es exigible el acta de conciliación y que el juez debería admitir la demanda. En tal sentido, la primera ponencia resulta tener sustento normativo en la Ley de Conciliación y en la Ley 30201 (p. 72).

2.2.3. ¿Por qué es necesario un Pleno Casatorio que determine si es posible prescindir de la conciliación en el "desalojo express"?

Nos encontramos, nuevamente, ante un tema que excede ampliamente lo que fue objeto de análisis y pronunciamiento en el IV Pleno Casatorio y que, si no es abordada adecuadamente, podría viciar de origen el proceso de desalojo que se interponga con posterioridad.

Por ello, sería importante que la Corte Suprema tome posición sobre el particular y, en caso decida seguir la línea trazada por el Pleno Nacional 2017:

a) Debería emplear argumentos más sólidos para justificar su posición. Y es que, valgan verdades, si la urgencia de tutela por parte del justiciable fuese fundamento suficiente para prescindir de la conciliación, ésta tendría que suprimirse para cualquier

proceso de desalojo, al margen de que el mismo derive o no de un contrato de arrendamiento con cláusula de allanamiento.

b) Debería justificar cómo es que, vía interpretación, es posible suprimir un requisito que se encuentra regulado de manera imperativa por la ley. Es decir, la Corte tendrá que ingresar a un terreno todavía inhóspito (al menos en nuestro país): cuáles son los límites de la interpretación judicial y cómo ésta puede colisionar con la labor legislativa.

Mientras no exista un pronunciamiento a nivel de Corte Suprema y con el carácter de vinculante, el justiciable siempre quedará a merced de que el Juez a cargo opte por seguir el criterio del Pleno Nacional o apartarse del mismo. Esta incertidumbre no solo impedirá que se tomen decisiones adecuadas y eficientes, sino que, en muchos casos, podría conllevar a una pérdida absurda de recursos. Por ejemplo, si el demandante agotó la vía de conciliación para evitar una resolución de inadmisibilidad o improcedencia, pero finamente su caso llega a un Juez que considera prescindible dicho requisito, se estaría ante un problema.

3. Temas tratados en Plenos Jurisdiccionales[11] que contradicen al IV Pleno

Dentro de este rubro, encontramos los siguientes temas:

a) El plazo prescriptorio para interponer la demanda de desalojo por precario.
b) La posibilidad de que la sola relación de parentesco entre el accionante y el demandado constituya título posesorio que justifique la permanencia de este último en el bien.

3.1. El plazo prescriptorio para demandar el desalojo: ¿plazo interdictal, acción real o pretensión imprescriptible?

3.1.1. La posición del IV Pleno

De acuerdo con lo establecido en el precedente 7 del IV Pleno (en adelante, el "Precedente 7"), el plazo prescriptorio para interponer la demanda de desalojo es de un (1) año:

> En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

La referencia que hace el Precedente 7 al artículo 601 CPC no es gratuita. Dicha norma regula al interdicto de recobrar, que es el mecanismo de tutela en favor del poseedor, legítimo o no, que ha perdido el control del bien por el proceder ilegal de un tercero.

Dentro de este proceso, el Juez no analizará los títulos de las partes en conflicto a efectos de determinar cuál de ellas tiene el "derecho a la posesión", sino que se limitará a constatar si el demandante fue indebidamente privado de la posesión. Es decir, no importará si su posesión estaba respaldada o no por un derecho; incluso, un usurpador puede valerse del interdicto. De igual manera, el juez solo verificará si el despojo se produjo sin sustento legal, por ejemplo, si el demandado por interdicto acredita que tomó control del bien ejerciendo la defensa extrajudicial, la demanda no tendrá éxito.

Asimismo, tal como lo señala el propio 601 CPC, el afectado solo tiene un año, contado desde que fue víctima del despojo, para interponer su demanda:

> La pretensión interdictal prescribe al año de iniciado el hecho que fundamenta la demanda. Sin embargo, vencido este plazo, el demandante puede ejercer su derecho a la posesión en un proceso de conocimiento.

Ahora bien, ¿qué nos está queriendo decir el Precedente 7 cuando cita al artículo 601 CPC y establece el plazo de un año para interponer la demanda de desalojo? Me parece que la intención de la Corte Suprema fue fijar dicho plazo prescriptorio solo para aquellos desalojos que, al igual que el interdicto de recobrar, tengan como origen un despojo ilegítimo del bien. En otras palabras, este plazo será aplicable únicamente para los supuestos de posesión precaria en donde el demandante haya estado originalmente en posesión del bien y se haya visto privado de ella por la acción ilegal de un tercero (como sería el caso de una invasión, tratándose de un predio, o un robo, en el caso de un bien mueble).

Por el contrario, este plazo prescriptorio no aplicará para aquellos desalojos que deriven de lo siguiente:

(11) Pleno Jurisdiccional de Ica 2019, además de las Casaciones No. 1784-2012-Ica, 2945-2013-Lima y 4425-2015-Lima Este.

a) Supuestos de mediación posesoria cuyo plazo ya venció o cuyo título fue resuelto, y el poseedor inmediato se niega a restituir el bien. Este sería el caso, por ejemplo, del usufructuario, usuario, habitante o comodatario que ha devenido en precario por el fenecimiento de su título, ya sea porque su contrato quedó resuelto o su plazo venció, y pese a ello se niega a restituir la posesión. Ya que en estos casos el afectado (propietario, usufructuante, comodante, etc.) no ha sido víctima de un despojo (él consintió que su contraparte ingrese al bien), no estaremos dentro del supuesto del art. 601 CPC, por lo que no aplicará el plazo prescriptorio de 1 año.
b) Supuestos de posesión precaria por ausencia de título, pero sin que el demandado haya ingresado el bien despojando al demandante. Este sería el caso, por ejemplo, de quien compra un inmueble que a la fecha ya cuenta con un precario instalado. No podemos aplicarle al nuevo propietario el plazo de un año, contado desde su adquisición, para que interponga su demanda de desalojo, ya que el art. 601 CPC no contempla dicho supuesto. Si no hubo despojo contra el demandante, el Precedente 7 sencillamente no le será aplicable[12].

En conclusión, según el IV Pleno, quien haya sido privado ilegítimamente, por despojo o invasión, de la posesión de un bien, tendrá solamente un año, contado desde tal evento, para interponer su demanda de desalojo. Vencido dicho plazo, solo le quedará el camino de la acción reivindicatoria[13].

3.1.2. La posición del Pleno Jurisdiccional Ica 2019

El Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, realizado en el año 2019, abordó la siguiente interrogante: ¿Existe plazo de prescripción en la pretensión de desalojo por ocupante precario? Al respecto, se formularon dos ponencias:

Ponencia 1:

"No existe plazo de prescripción en la pretensión de desalojo por precario, por no estar establecido en la ley".

Ponencia 2:

"Sí existe plazo de prescripción en la pretensión de desalojo por ocupante precario, por tratarse de una acción personal, conforme a lo previsto en el artículo 2001 inciso 1) del Código Civil".

Es importante notar que ambas ponencias contradicen abiertamente al IV Pleno, pues ninguna de ellas reconoce, en ningún caso, el plazo prescriptorio de un año. Así, para la ponencia 1, el desalojo constituye una pretensión imprescriptible, ya sea que el mismo se interponga contra el precario sin título (invasor) o frente al precario con título fenecido (por ejemplo: usufructuario con contrato vencido o arrendatario a quien se le solicitó la devolución del bien). Por el contrario, la ponencia 2 consideró que el plazo prescriptorio aplicable siempre será de diez (10) años.

El Pleno adoptó por mayoría la Ponencia 1, con lo cual concluyó que el desalojo constituye, al igual que la reivindicatoria, una pretensión imprescriptible.

3.1.3. ¿Por qué es necesario un Pleno Casatorio que se pronuncie sobre el plazo prescriptorio aplicable a la pretensión de desalojo?

Interponer una demanda fuera de plazo puede generar consecuencias irreversibles. Precisamente por ello, es muy importante que el justiciable tenga certeza sobre: (i) cuál es el plazo prescriptorio aplicable a determinada pretensión, (ii) en qué supuestos (antecedentes) aplica dicho plazo[14], (iii) desde cuándo se computa dicho plazo y (iv) cuál es el camino alternativo en caso dicho plazo haya vencido, etc.

Nos encontramos frente a una contradicción manifiesta entre el IV Pleno y el Pleno de Ica. Y la situación es incluso más grave si tomamos en cuenta que las conclusiones a la que han arribado ambos Plenos son abiertamente ilegales.

En el caso del IV Pleno, se vulnera el artículo 2000 del CC, según el cual los plazos prescriptorios únicamente los fija la ley;

(12) Dado que IV Pleno guardó silencio en cuanto al plazo prescriptorio aplicable a estos desalojos, estimo que habría que aplicarles los diez años que el artículo 2001.1 CC ha consagrado para las denominadas "acciones reales".
(13) Asumiendo siempre que el afectado haya sido el propietario, porque en caso no lo fuese, imaginemos que se trata de un usufructuario, tendrá que valerse de una "acción real" o, en todo caso, solicitarle al propietario que plantee la correspondiente acción reivindicatoria.
(14) En efecto, una misma pretensión puede ser aplicada en diversos escenarios, dependiendo de los antecedentes del caso; ello ocurre, precisamente, con el desalojo, el cual puede sustentarse en la carencia de título (desalojo contra invasor) o en un título fenecido por (i) resolución, (ii) vencimiento del plazo, (iii) falta de pago, etc. Entonces, no solo se requiere tener certeza sobre el plazo prescriptorio aplicable a la pretensión como tal (desalojo), sino a qué casos en concreto dicho plazo podrá ser aplicado.

entonces, en la medida que se trata de un tema reservado al legislador, no hay espacio para que el Poder Judicial modifique tal regulación (por más "precedente vinculante" del que se trate). Por ello, aun si el CC no hubiese regulado un plazo para el desalojo contra el precario sin título, la Corte Suprema no podría establecer por extensión o analogía el plazo regulado para el interdicto de recobrar.

Con relación a este punto, se ha advertido con acierto que estamos frente a un precedente:

> De dudosa legalidad, pues solo la ley puede fijar los plazos de prescripción en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 2000 del Código Civil), y no hay ningún dispositivo normativo que vincule la prescripción de la acción interdictal con el plazo para demandar el desalojo (Del Risco, 2016, p. 142).

Además, sumémosle a ello el hecho de que el CC no establece ninguna distinción en cuanto al plazo prescriptorio aplicable dependiendo de si el desalojo se origina en las circunstancias A, B o C.

Es decir, al margen que el desalojo se plantee contra el invasor, o contra el poseedor inmediato que se niega a irse, o en contra de alguien que ya se encontraba en posesión del bien cuando el demandante adquirió el dominio, en todos los casos estaremos ante una "acción real". Así, en todos, siguiendo a lo que establece el artículo 2001 CC,[(15)] debiera aplicarse el plazo prescriptorio de diez (10) años.

El IV Pleno, en cambio, ha creado un plazo prescriptorio especial (un año) para determinado supuesto de desalojo (contra el precario invasor), pero no ha dicho nada sobre cuál es el plazo aplicable para los otros supuestos (¿o es que para la Corte se trata de una pretensión imprescriptible?), lo cual significa que los casos serán resueltos de manera diferenciada (dependiendo de cómo el ocupante ingresó al bien) pese a no tener ninguna base legal que justifique tal proceder (Pasco, 2017b, p. 267).

Finalmente, y como si no fuese suficiente la manifiesta ilegalidad en que incurre el Precedente 7, la Corte ni siquiera se tomó la molestia de fundamentar su posición. En otras palabras, no hay un desarrollo de (i) por qué no aplica el plazo prescriptorio de diez (10) años diseñado por el CC para las acciones reales, (ii) cuál es el sustento para, vía interpretación, pasar por alto un tema reservado al legislador, (iii) cuál es el fundamento para haber creados diversos plazos prescriptorios, dependiendo de cómo se origine el desalojo y (iv) cuál sería, en todo caso, el plazo prescriptorio aplicable a aquellos supuestos no contemplados en el Precedente 7.

A tal punto, es criticable la posición del IV Pleno, respecto de la cual la propia Corte Suprema ha emitido un fallo desconociendo el Precedente 7. Así, en el Fundamento Décimo Tercero de la Casación No. 61-2015-Lima, de fecha 12 de marzo del 2019, la Corte esbozó las razones que la llevaron a apartarse de dicho Precedente:

> De otro lado, cabe señalar que se advierte que el fundamento central de la sentencia expedida por la instancia de mérito, es que el plazo para interponer la demanda de desalojo por ocupación precaria ha prescrito, atendiendo al fundamento sesenta y cinco del IV Pleno Casatorio, al haber superado el plazo de un año contemplado en el artículo 601 del Código Procesal Civil, para interponer la pretensión interdictal; sin embargo, se debe precisar que en un proceso de desalojo por ocupación precaria no es aplicable el supuesto invocado por las siguientes razones:
>
> a) Un precedente no puede constituir plazos de prescripción, solo la ley puede fijar los plazos de prescripción [énfasis agregado], en virtud del principio de legalidad en plazos prescriptorios, regulado por el artículo 2000 del Código Civil.
>
> b) Existe la prohibición expresa establecida en el artículo 1992° del citado Código de declarar de oficio la prescripción extintiva, la norma establece que el juez no puede fundar sus fallos en la prescripción sí no ha sido convocada.

Pero, así como es criticable la posición del IV Pleno, pasa lo propio con la ponencia ganadora en el Pleno de Ica 2019, pues se calificó al desalojo como una pretensión imprescriptible pese a que, como ya fue dicho, tenemos un artículo (2001, inciso 1) del CC que expresamente fija el plazo de 10 años para las "acciones reales". Dado que el desalojo está encaminado a lograr la recuperación de la posesión, y ésta se encuentra reconocida como un "derecho real" dentro del Libro V del CC, nos encontramos, qué duda cabe, frente a una acción real.

Todo esto deja en evidencia la necesidad de un Pleno Casatorio que ponga orden en esta discusión y, de ser necesario, como creo

(15) Artículo 2001 CC: **"**Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:
1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico".

que lo es, corrija lo dicho en el IV Pleno. La cuestión resulta aún más apremiante si tenemos en cuenta que el Precedente 7 puede tener incidencia sobre el resto de los precedentes vinculantes que ha establecido el IV Pleno. Por ejemplo: el Precedente 5.6 señala que el demandado por desalojo puede defenderse acreditando haber adquirido la propiedad del bien por usucapión, lo cual implica probar que ha venido ejerciendo la posesión por más de diez (10) años. Sin embargo, gracias al Precedente 7, podría ya no ser necesario que el usurpador acredite haber estado en el bien 10 años, sino únicamente un año, pues con ello lograría evitar el lanzamiento. Es decir, el demandado ya no necesitaría invocar la prescripción adquisitiva (probando posesión por 10 años), sino que le bastará utilizar la prescripción extintiva (acreditando posesión por tanto solo 12 meses).

3.2. El vínculo de familiaridad como título posesorio en los procesos de desalojo entre familiares

3.2.1. La posición del IV Pleno

Para que una persona evite ser desalojada, debe acreditar la existencia de un título posesorio a su favor. El IV Pleno, en su Considerando 61, reconoció una concepción amplia de dicho término:

> En consecuencia, se presentará esta figura [la del poseedor precario] en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya nacido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario en el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante —sea a título de propietario, poseedor mediato, administrador, comodante, etc.— pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante [énfasis agregado].

Entonces, según el IV Pleno, el título posesorio bien podrá derivar de un acto de autonomía privada (*título negocial o "acto", como lo denominado el IV Pleno*), como lo sería un contrato de compraventa o el otorgamiento unilateral de un derecho de usufructo o habitación a favor del demandado, o bien de una norma legal (*título legal o "hecho", como lo denomina el IV Pleno),* como lo sería la propiedad adquirida vía usucapión, mediante herencia, el derecho de uso ganado por aplicación del artículo 1028 CC o el derecho de retención obtenido en aplicación del art. 1123 CC.

3.2.2. La posición del Pleno de Ica 2019

Los magistrados reunidos en el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, llevado a cabo en el año 2019, se formularon la siguiente interrogante: "¿La condición de familiar de una persona con relación al propietario de un inmueble, le otorga a aquella legitimidad o título posesorio?" Originalmente, se plantearon dos Ponencias:

> **Ponencia 1**:
>
> "Si el demandado en un proceso de desalojo por ocupante precario mantiene vínculo familiar con algún poseedor legítimo del predio materia de desalojo, aquel no tendría la condición de precario".

Durante el desarrollo del Pleno, esta Ponencia 1 fue reformulada, precisando en su parte final lo siguiente:

> Si, el demandado en un proceso de desalojo por ocupante precario, mantiene vínculo familiar con algún poseedor legítimo del predio materia de desalojo, aquel no tendría la condición de precario, restringiéndola a ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente, analizando caso por caso [énfasis agregado].

> **Ponencia 2**:
>
> "Si el demandado en un proceso de desalojo por ocupante precario mantiene vínculo familiar con algún poseedor legítimo del predio materia de desalojo, aquel aun así tendría la condición de precario*".*

Luego de desarrollado el debate, uno de los grupos de trabajo propuso una Tercera Ponencia:

> No existe una regla cerrada sobre la condición de precarios en demandas interpuestas contra familiares, debiendo analizarse caso por caso, desde un punto de vista constitucional, en cuanto a la protección al anciano y a la familia. Fallos con mucha sensibilidad social. No solo el vínculo familiar exonera la precariedad, hay que ponderarse otras circunstancias.

El Pleno adoptó por unanimidad la Primera Ponencia, con lo cual se reconoció que los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente del demandante por desalojo, por el solo hecho de tener tal estatus, no podían ser calificados como "precarios". Es decir, el vínculo de familiaridad constituye, por sí mismo, título posesorio.

Esta posición ha sido criticada, correctamente, desde mi punto de vista, por un sector de la doctrina (Barboza, 2022):

> (…) atendiendo a la naturaleza contractual del comodato de precario, se requerirá siempre de un acuerdo entre el precario dans y el accipiens. Por tanto, la mera relación familiar no es sucedáneo de la prueba para estos efectos, debiéndose acreditar que hubo un acuerdo o intención previa de permitir el ingreso al bien sin establecer una finalidad o propósito especial, o un plazo específico para usar el bien (p. 37).

Entonces, es evidente la forma cómo el Pleno de Ica 2019 contradice al IV Pleno, pues aquél reconoce como circunstancia justificante de la posesión una situación (el vínculo de familiaridad con el demandante) que, formalmente, no califica como título legal ni negocial. Como si esta contradicción no fuese suficiente, también hemos tenido a nivel de la propia Corte Suprema una serie de sentencias casatorias que colisionan con el IV Pleno, sin que ello implique que se alineen con la posición del Pleno Ica 2019, conforme pasa a detallar.

a) La Casación No. 1784-2012-Ica

En esta casación, se resolvió la demanda de desalojo por ocupación precaria interpuesta por Dora Isabel Huarcaya Toledo (la "Demandante") contra Jessica Yanina Saravia Trillo (la "Demandada").

La Demandante sustentó su pretensión en su condición de propietaria registral del inmueble. La Demandada, por su parte, sostuvo que vivía en el bien en su condición de conviviente y madre de los hijos del señor Robin Fausto Bendezú Huarcaya, hijo de la Demandante, a quien esta última le había otorgado un derecho de uso y habitación sobre el predio. Entonces, en la medida que el derecho de uso y habitación se extienden a favor de la familia del titular(16), la Demandada, en su condición de conviviente, consideraba tener derecho a ocupar el bien.

Las instancias de mérito ampararon la pretensión en tanto la Demandante había acreditado su condición de propietario sobre el inmueble, mientras que la Demanda no había probado la existencia de un título posesorio a su favor.

En su recurso de casación, la Demandada insistió en que su derecho a estar en el inmueble derivaba de su condición de conviviente del hijo de la Demandante, a quien ésta le había otorgado un derecho de uso, el cual le era extensible en aplicación del artículo 1208 CC.

La Corte Suprema, por mayoría, declaró fundado el recurso de casación, por lo que anuló la sentencia de vista, revocó la de primera instancia y declaró infundada la demanda. El sustento de la Corte fue la siguiente: (i) según el artículo 1028 CC, la familia del titular del derecho de uso podrá beneficiarse del mismo mientras éste se encuentre vigente; una vez extinguido el derecho a favor del beneficiario directo, concluye también el de sus familiares, (ii) el derecho de uso que la Demandante le había otorgado a su hijo se extendía a favor de la Demandada, por tratarse de su conviviente y (iii) no se había acreditado en autos que la Demandante haya extinguió el derecho de uso otorgado a favor de su hijo(17), por lo que mantenía vigencia a favor de la Demandada.

En conclusión, según esta casación, el solo vínculo familiar no constituyo título posesorio, sino que el demandado deberá acreditar que su caso encaja dentro del supuesto de hecho del art. 1028 CC, es decir, que tiene un familiar en cuyo favor se ha constituido un derecho de uso sobre el inmueble en controversia, y que por extensión el mismo le es aplicable.

b) La Casación No. 2945-2013-Lima

En esta casación, se resolvió la demanda de desalojo planteada por Susana Cuéllar Remigio (la "Demandante") en contra de Nicolás Remigio Viachiule y Cirila Clemente Tafur, en calidad de demandados (los "Demandados") y Felicita Remigio Clemente, Leonardo Remigio Clemente y Carlos Remigio Clemente, en calidad de litisconsortes pasivos (los "Litisconsortes"). La Demandante, además de ser propietaria registral del inmueble en litigio, era nieta de los Demandados y sobrina de los Litisconsortes (los Litisconsortes, a su vez, eran hijos de los Demandados).

La demanda fue contestada únicamente por los Litisconsortes, quienes negaron que la Demandante fuese la propietaria del inmueble, ya que, según indicaron, ella había engañado a sus abuelos (los Demandados) para que estos le vendan el bien. Adicionalmente a ello, los Litisconsortes sostuvieron que habían venido viviendo en

(16) Artículo 1208 CC: "Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta".

(17) "Décimo Primero: (…) no obstante el carácter personal del derecho de uso, la ley permite una excepción: El derecho de uso puede extenderse a la familia del usuario, salvo disposición distinta, a tenor de lo prescrito en el artículo 1028 del Código Civil (…) de lo expuesto se puede advertir que el derecho de uso y habitación que otorgó la demandante a su hijo se extiende por excepción, a la familia de éste, es decir, a su conviviente (la demandada) y a sus menores hijos" [el énfasis es agregado].

el inmueble junto con sus padres (los Demandados) desde el año 1978.

En primera instancia, se amparó la demanda por considerar que, si bien los Litisconsortes habían venido ejerciendo la posesión en virtud de un título (su condición de hijos de los originales propietarios, esto es, los Demandados), dicho título feneció, y aquellos devinieron en precarios luego de la venta efectuada por los Demandados a favor de la Demandante.

En segunda instancia, la decisión fue revocada y la demanda desestimada, pues si bien la Demandante había acreditado su derecho de propiedad sobre el inmueble, se tuvo en cuenta el vínculo que unía a los Demandados (abuelos) con la Demandante (nieta):

> (…) el goce de la titularidad no faculta por sí solo a la Demandante para desalojar a los Demandados [sus abuelos] por la causal de posesión precaria, en tanto existe una circunstancia razonada que justifica el hecho que éstos se encuentren disfrutando de la posesión del Inmueble. De la partida registral consta que los Demandados han sido propietarios originarios del bien en litigio y que posteriormente lo fue de una de sus hijas [la madrea de la Demandante], quién a su vez lo transfirió a la accionante.

Atendiendo a ello, la Sala Superior concluyó que:

> (…) los Demandados [abuelos] nunca ejercieron posesión precaria en dicho inmueble, pues ingresaron al bien a título de propietarios, y posteriormente, luego de las transferencias de propiedad, ha sido el vínculo familiar, primero con su hija [madre de la Demandante] y posteriormente con su nieta [Demandante], lo que ha permitido su permanencia en dicho inmueble, incluso desde que esta última lo adquirió el dieciséis de marzo de dos mil nueve.

Al momento de resolver el recurso de casación interpuesto por la Demandante, la Corte Suprema distinguió la posición de los Litisconsortes de la de los Demandados:

> Cuarto.- Que, en lo que concierne a los litisconsortes pasivos [tíos] debe indicarse que ellos no han tenido nunca titularidad alguna sobre el bien, contrariamente de lo que sucede con los demandados [abuelos], quienes han sido antiguos propietarios del inmueble.

Hecha tal distinción, la Corte se enfocó en la posición de los Demandados, y esbozó una serie de circunstancias que justificaban y legitimaban su permanencia en el bien:

> (…) en el caso de los abuelos existen circunstancias que permiten evaluar su situación de manera distinta [énfasis agregado]. Así existe una relación entre demandante y demandados que pasa por vínculos directos de parentesco, haber sido titulares del mismo bien y haber vivido juntos en el mismo inmueble. A ello se aúna la edad de los propios demandados, los que a la fecha tienen noventa y dos y ochenta y dos años, respectivamente. En esas condiciones, este Tribunal Supremo estima que no resulta razonable señalar que dichas personas son precarias, tanto por lo expuesto en los acápites precedentes, como por la necesidad de interpretar la legislación atendiendo a normas constitucionales; en esencia a los valores que informan nuestra Carta Magna y que se dirigen a la defensa y respeto de la persona y la dignidad humanas (artículo 1) y que, en consonancia con ello, ordena proteger al anciano y a la familia (artículo 4) e indica como deber de los hijos respetar y asistir a los padres (artículo 6).

Finalmente, la Corte sostuvo que todas estas circunstancias constituían el "título posesorio" de los Demandados:

> En esas circunstancias, si se declarara fundada la demanda contra los demandados se infringirían normas de orden constitucional, pues, en la práctica, se negaría la propia subsistencia de los abuelos demandados, lo que implicaría que el rol de solidaridad familiar fuera seriamente lesionado, postergando derechos fundamentales. Por consiguiente, en este caso concreto, los demandados poseen título para poseer derivado de las razones que se han expuesto en este considerando [énfasis agregado].

Nótese la diversidad de criterios que la Corte Suprema aplicó de forma conjunta para evitar el desalojo en contra de los abuelos demandados: (i) los vínculos directos de parentesco que los unían con la Demandante, (ii) su edad (ambos superaban los 90 años), (iii) el hecho que los Demandados hubiesen convivido anteriormente en el Inmueble con la Demandante, (iv) la defensa y respeto de la persona y la dignidad humana, (v) el mandato constitucional de protección del anciano y la familia y (vi) la tutela de la solidaridad familiar.

Entonces, a diferencia del IV Pleno, el Pleno de Ica 2019 y la Casación No. 1784-2012, aquí tenemos un nuevo título posesorio: no lo es el artículo 1028 y tampoco la sola condición de familiar; por

el contrario, el título está conformado por un complejo de circunstancias que, si bien toman como punto de inicio el vínculo familiar, van más allá de él (edad de los demandados, dignidad, solidaridad familiar, etc.).

c) La Casación No. 4425-2015-Lima Este

En esta casación, se resolvió la demanda de desalojo interpuesta por Flora Margarita Arapa Caso (la "Demandante") en contra de Rosa Gloria Marín Peñaloza y Alejandro Washington Cáceda del Pozo (los "Demandados"), para que estos últimos le restituyan la posesión del inmueble que aquélla tenía inscrito a su favor junto a su cónyuge, quien a su vez era hijo de los Demandados (en adelante, me referiré a dicho cónyuge como el "Hijo"). Es decir, se trataba de un proceso de desalojo planteado por la nuera contra sus suegros.

La Demandante sostuvo que los Demandados ejercían la posesión del inmueble desde hace 9 años gracias a que el Hijo, sin consentimiento de aquélla, les había permitido el ingreso. Sin embargo, la tolerancia de la Demandante para permitir que sus suegros permanezcan en el bien había finalizado, por lo que debían retirarse.

Los Demandados se defendieron señalando que ellos habían ingresado al inmueble con la autorización de su Hijo, y que debido a su avanzada edad (62 y 76 años) no contaban con los medios necesarios para sustentar un lugar dónde vivir.

Las instancias de mérito ampararon la demanda al considerar que, si bien en un inicio la posesión de los Demandados había estado justificada gracias al acto de liberalidad otorgado por el Hijo, este título ("beneficio", como lo denominó la Sala Superior) feneció (y los Demandados devinieron en precarios) una vez que la Demandante exigió la restitución del predio.

En sede casatoria, la Corte Suprema reiteró todos y cada uno de los argumentos empleados en la Casación 2945-2013-Lima para evitar que los Demandados sean desalojados, pero añadió un criterio que resultó determinante: los Demandados habían tenido que demandar por alimentos a su Hijo, dado el estado de necesidad en que ellos se encontraban. Así, la Corte sostuvo lo siguiente:

> En esas circunstancias, si se declarara fundada la demanda contra los demandados Rosa Gloria Marín Peñaloza y Alejandro Washington Cáceda del Pozo se infringirían normas de orden constitucional, pues, en la práctica, se negaría la propia subsistencia de los padres demandados, lo que implicaría que el rol de solidaridad familiar fuera seriamente lesionado, postergando derechos fundamentales, todo ello en el contexto de que la demandada Rosa Gloria Marín Peñaloza ha interpuesto demanda de alimentos contra su hijo José Cáceda Marín (Expediente N° 0036-2008) y demanda de obligación de dar suma de dinero contra el mismo (Expediente N° 0067-2010) [énfasis agregado].

Como se puede apreciar, aquí tenemos un cuarto (y nuevo) criterio aplicable al desalojo contra familiares: la razón para que no proceda el desalojo no es el vínculo de familiaridad como tal (Pleno de Ica), ni que aquellos cuenten con la extensión de un derecho de uso a su favor (Casación 1784-2012), ni el complejo de circunstancias detalladas en la Casación 2945-2013; lo fundamental es que dichos familiares puedan acreditar el estado de necesidad en que se encuentran y que el mismo no venga siendo atendido por quien ahora pretende desalojarlos.

3.2.3. ¿Por qué es necesario que la Corte Suprema determine cuál es el título posesorio en el caso de los desalojos interpuestos contra familiares?

Como se ha podido apreciar, existen hasta 4 posiciones distintas y contradictorias con respecto a los criterios que un familiar demandado por desalojo debe cumplir para evitar el lanzamiento:

a) IV Pleno: la condición de familiar *per se* no constituye título posesorio. Para que el familiar no sea desalojado deberá acreditar, al igual que cualquier otra persona, la existencia a su favor ya sea de un título negocial o de un título legal.
b) Pleno Jurisdiccional de Ica 2019: la sola condición de familiar (siempre que se trate de un ascendiente, descendiente, cónyuge o conviviente) constituye *per se* título posesorio y por ende impide el desalojo.
c) Casación 1784-2912-Ica: la sola condición de familiar no constituye título posesorio; el familiar demandado deberá acreditar que tiene un familiar en cuyo favor se ha constituido un derecho de uso sobre el inmueble en controversia y que por extensión el mismo lo favorece (art. 1028 CC).
d) Casación 2945-2013-Lima: la sola condición de familiar no constituye título posesorio; el familiar demandado (además del vínculo) deberá acreditar, entre otras circunstancias, que es un adulto mayor y que un eventual lanzamiento afectaría su dignidad, supondría una vulneración del mandato constitucional que exige proteger al anciano y quebrantaría el deber de solidaridad familiar.

e) Casación 4424-2015-Lima Este: la sola condición de familiar no constituye título posesorio; el familiar demandado deberá acreditar, además del vínculo y de las circunstancias descritas en el punto iv precedente, encontrarse en estado de necesidad el cual no viene siendo atendido por el accionante.

Este variopinto escenario no hace sino generar inestabilidad para el justiciable, tanto de lado de quien pretende la recuperación del bien. De igual manera, afecta a quienes se encuentran en posesión del mismo y están siempre bajo la amenaza de una demanda de desalojo. Por ello, se hace imperativo que la Corte Suprema se incline por alguna de las posiciones que se han venido planteando con posterioridad al IV Pleno o, en todo caso, reafirme la tesis asumida en este último y determine cómo es que el caso de los familiares puede calificar como un título legal o negocial.

Por ejemplo, tal como lo he planteado en otra sede (Pasco, 2019, p. 73), si lo que se quiere es evitar que familiares en estado de necesidad, y que no pueden valerse por sí mismos, sean víctimas de un lanzamiento judicial, bastaría con aplicar la regla del IV Pleno. De esta manera, es posible utilizar dichas circunstancias y "construir" a favor de ellos un título legal que legitime su posesión. Me explico: Como se sabe, entre familiares existe la obligación de proporcionarse sustento, habitación, vestido, asistencia médica, etc. Es lo que el CC y el Código de los Niños y Adolescentes denominan "obligación alimentaria", la cual resulta exigible entre cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos (artículo 474 CC).

De acuerdo con el artículo 473 CC, quien siendo mayor de edad alegue su condición de "alimentista", deberá acreditar que no se encuentra en aptitud de atender a su subsistencia por causa de incapacidad física o mental debidamente comprobada. Por consiguiente, no cualquier persona, por el solo hecho de ser padre, hijo, hermano o abuelo del demandante, podrá alegar su condición de alimentista a efectos de impedir un desalojo. El primer paso es acreditar que se encuentra en la situación de incapacidad que exige el CC.

Ahora bien, incluso acreditada dicha incapacidad, la misma no le otorga (automáticamente) a quien la padece un derecho a la posesión respecto de los bienes de la persona sobre quien pesa la "obligación alimentaria". En efecto, el derecho a los alimentos no se materializa en un derecho de uso, usufructo, habitación ni en una concesión gratuita respecto de los bienes del obligado (eventual demandante en un proceso de desalojo). Los alimentos se expresan en una suma dineraria que resulta indispensable para, entre otras cosas, satisfacer la necesidad de vivienda. Así lo establece el artículo 472 CC: "Se entiende por alimentos lo que es indispensable para la (…) habitación, según la situación y posibilidades de la familia".

Por ello, la pregunta que debemos responder es si los alimentos sólo pueden ser pagados en dinero o si existe alguna forma distinta para el cumplimiento de esta obligación. Es decir, ¿el "acreedor" de alimentos, a quien no se le viene entregando ninguna suma dineraria para que satisfaga la necesidad de vivienda, puede mantenerse en posesión del inmueble de propiedad del deudor alimentario? ¿Podría el padre o el abuelo que es demandado por desalojo, y que ha acreditado su condición de alimentista, aferrarse al bien de propiedad de su hijo o nieto invocando que éste no viene cumpliendo con su obligación alimentaria?

El inconveniente con esto es que, si bien el CC reconoce la posibilidad de prestar alimentos en una forma distinta al pago de una pensión dineraria, por ejemplo, a través del otorgamiento de un derecho de uso respecto de la vivienda del obligado; esta opción queda a discreción del obligado (en el ejemplo propuesto, el hijo o nieta que demanda el desalojo) y no del beneficiario (el padre o abuelo demandado por desalojo). Así, el artículo 484 CC señala que "el obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida". Nuestro artículo 484 CC se alinea con legislaciones, como la francesa, la alemana y la portuguesa, que prescriben que la forma normal de prestar los alimentos es a través del pago de una cantidad en metálico. De esta manera, se reconoce como forma excepcional o subsidiaria el pago in natura, pero siempre a solicitud del obligado.

Entonces, ¿qué puede hacer el Juez para proteger al acreedor alimentista cuando, estando acreditado que se encuentra en una situación de incapacidad y que no recibe una pensión de parte del obligado, pretende ser desalojado por este último? Nótese que aquí nos encontramos frente a un acreedor insatisfecho que se encuentra en posesión de un bien de titularidad del obligado incumplidor, por lo que sería factible argumentar que la existencia del crédito alimentario insatisfecho faculta a su titular (familiar en situación de desamparo) a mantenerse en posesión del bien en ejercicio de un derecho de retención.

Así, de acuerdo con el artículo 1123 CC, la retención es el derecho que legitima al

acreedor insatisfecho a retener el bien de su deudor si su crédito (alimentario, en este caso) no está garantizado, siempre que haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene. La conexión en este caso podría ser acreditada alegando que por, medio del uso del inmueble, el acreedor alimentista (demandado por desalojo) satisface directamente su necesidad de habitación, necesidad que podría satisfacer sin necesidad de mantener en posesión del bien si es que recibiese la pensión dineraria a la que por ley tiene derecho y que el demandante no viene cumpliendo.

Y para el caso de todos los demás familiares que no se encuentren incursos en este supuesto (es decir, aquellos que sí pueden perfectamente valerse por sí mismos), su situación en un eventual desalojo debería ser analizada como la de cualquier otra persona. Es decir, aquellos deberán acreditar a su favor o bien la existencia de un título legal (por ejemplo, que han adquirido el dominio del bien en controversia por prescripción o que se extiende a su favor un derecho de uso conforme al artículo 1028 CC) o bien un título negocial.

Esto último (título negocial) se daría en aquellos casos en donde, como es frecuente, la relación de familiaridad coincide con un contrato de comodato (aunque también podría tratarse de derecho de uso, usufructo, habitación), es decir, acuerdos en virtud del cual un familiar concede al otro el uso gratuito y temporal del bien. Y por tratarse, precisamente, de acuerdos en donde no se ha fijado un límite temporal, cualquiera de las partes (usualmente el concedente) estará legitimado para ponerle fin cuando así lo considere conveniente (art. 1365 CC). Por ende, una vez revocado el título o el derecho, el familiar deviene en precario y deberá ser tratado como tal.

En conclusión, la Corte Suprema tiene una amplia gama de posibilidades por las cuales inclinarse. Sin duda alguna, el escenario ideal sería que la posición que adopte la Corte cuente con el debido respaldo legal y pueda ser sólidamente argumentada y defendida. Sin perjuicio de ello, aun si no se logarse alcanzar este escenario idóneo, el solo hecho de que se defina un criterio vinculante nos dejará en una mejor posición que la actual, en donde nadie tiene certeza sobre cómo debe afrontarse un desalojo entre familiares y cuál es, finalmente, el título posesorio que justificará la permanencia en el bien.

4. Conclusiones

El IV Pleno Casatorio ha sido desbordado por la realidad. A lo largo de los últimos diez años, se han venido dando una serie de Plenos Jurisdiccionales que, o bien han abordado temas que no fueron materia de debate y análisis en el IV Pleno, o bien han tomado una posición abiertamente contradictoria con los precedentes establecidos por aquél.

A modo de síntesis, el escenario actual es el siguiente:

Tabla 3
Escenario actual

Temas en discusión	IV Pleno	Pleno Jurisdiccional
Competencia del Juez de Paz Letrado para conocer desalojos por posesión precaria.	No se pronuncia	Los Jueces de Paz Letrado carecen de competencia para conocer desalojos por posesión precaria.
Necesidad de conciliación previa a la demanda de desalojo en los casos de arrendamientos con cláusula de allanamiento.	No se pronuncia	No es necesaria la conciliación previa en el caso del desalojo derivado de contratos de arrendamiento con cláusula de allanamiento.
Plazo prescriptorio aplicable a la pretensión de desalojo.	Un año para el caso del desalojo interpuesto contra el despojante del bien.	La pretensión de desalojo, en todos los casos, es imprescriptible.
El título posesorio cuando el demandado es un familiar del accionante.	La sola condición de familiar no constituye título posesorio, debiendo el demandado acreditar a su favor ya sea un título legal o un título negocial.	La sola condición de familiar (siempre que se trate de ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente) del accionante constituye por sí mismo título posesorio y como tal impide el desalojo.

Fuente: elaboración propia

La situación en la que nos encontramos es similar al contexto en el que se realizó el IV Pleno: (i) variedad de criterios sobre diversos temas referidos a la posesión precaria, (ii) falta de certeza respecto de cómo resolver problemas cotidianos, (iii) fallos contradictorios sobre temas idénticos y (iv) absoluta incerteza y ausencia de predictibilidad en perjuicio del justiciable. Si el IV Pleno logró un marco en el 2013, un nuevo Pleno sobre la posesión precaria (con el debate pertinente y la fundamentación adecuada), nos proporcionará algo de predictibilidad y certeza, al menos en el mediano plazo. Por lo tanto, permitirá tener una base hasta que el devenir de los años y los casos que se planteen saquen a la luz nuevos temas y discusiones que, seguramente y llegado el momento, ameritarán un nuevo Pleno.

Referencias bibliográficas

Barboza, G. (2022). ¿Comodato (de) precario o derecho real de uso? Una interpretación histórica del precario y su tratamiento en los artículos 911 y 1737 del Código Civil peruano a propósito de la precariedad en las relaciones familiares en los procesos de desalojo. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 112, 25-40.

Casassa, S. (2017). El desalojo express a la luz del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del 2017. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 54, 61-68.

Del Risco, L. (2016). El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil. *IUS ET VERITAS*, 53, 132-142.

Lama, H. (2007). *La Posesión y la Posesión Precaria en el Derecho Civil Peruano*. Gaceta Jurídica.

Pasco, A. (2017a). Desalojo contra arrendatario por fenecimiento del título: cuando la lavada sale más cara que la camisa. A propósito del Pleno Nacional Civil 2017. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 54, 13-30.

Pasco, A. (2017b). La posesión precaria antes y después del Cuarto Pleno Casatorio: de la ansiada predictibilidad a la confusión absoluta. En H. Lama & C. Cárdenas (Eds.), *Los Plenos Casatorios Civiles (*pp. 253-298). Instituto Pacífico.

Pasco, A. (2019). *El Poseedor Precario. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial.* Gaceta Jurídica.

Pasco, A. (2021). Análisis de los precedentes vinculantes y una (necesaria) lectura sistemática con el noveno pleno. En Jurista Editores (Ed.), *Los plenos casatorios civiles - Análisis a los 10 plenos vinculantes* (pp. 421-469). Jurista Editores.

Rioja, A. (2017). El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil: desalojo express. No tolo lo rápido siempre resulta mejor. Las limitaciones al derecho de defensa. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 54, 69-79.

Rosas, V., & Silva, M. (2017). Las consecuencias del envío de la carta notarial requiriendo la desocupación del bien cuando el contrato de arrendamiento ha vencido. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 54, 39-48.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.014

La regulación del Cannabis Medicinal en el Perú(*)(**)

Regulation of Medical Cannabis in Peru

Carlos Loayza Ormachea(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo desarrolla el marco normativo vigente para el Cannabis Medicinal en el Perú. Para ello, en primer lugar, presenta y desarrolla ciertos conceptos clave para entender las propiedades medicinales del Cannabis y sus componentes. Posteriormente, analiza la relación entre el derecho fundamental a la salud y sus elementos con el Cannabis Medicinal. Luego, se analiza tanto su marco legal como reglamentario y, finalmente, se analizan sus deficiencias y se brindan propuestas para mejorarlo desde una perspectiva regulatoria.

Palabras Clave: Cannabis Medicinal - Derecho a la salud - Ley 30681 - Ley 31312 - Derecho Regulatorio - Perú

Abstract: The article develops the current regulatory framework for Medical Cannabis in Peru. At first, it presents and develops certain key concepts to understand the medicinal properties of Cannabis and its components. Subsequently, it analyzes the relationship between the fundamental right to health and its elements with Medical Cannabis. Then, it analyzes both its legal and regulatory framework and, finally, it analyzes its deficiencies and offers proposals to improve it from a regulatory perspective.

Keywords: Medical Cannabis - Right to Health - Law 30681 - Law 31312 - Regulatory Law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 21 de abril de 2023 y su publicación fue aprobada el 18 de mayo de 2023.

(**) La responsabilidad de todo lo afirmado e indicado en el presente artículo corresponde exclusivamente al autor y no compromete de ninguna manera a las entidades en las que presta sus servicios ni supone adelanto de posición alguno.

(***) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). **Asociado extraordinario y ex editor en jefe de la Revista IUS ET VERITAS.** Practicante del área de Derecho Público y Administrativo del estudio Garrigues (oficina Lima). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5328-3169. Correo electrónico: cloayzao@pucp.edu.pe.

1. Introducción

El 5 de agosto de 2022, la Policía Nacional del Perú intervino una vivienda en el distrito limeño de San Miguel con la excusa de que, en ella, se estaba cultivando ilegalmente plantas de Cannabis. En la operación, se detuvo a dos personas, quienes supuestamente eran las encargadas de dicho cultivo. El "certero golpe contra el tráfico ilícito de drogas" fue anunciado entre bombos y platillos por la institución policial. El supuesto delito: instalar un laboratorio clandestino de marihuana.

Sin embargo, días después se dio a conocer la realidad que escondía aquel cultivo: este era parte de la Asociación Sin Fines de Lucro "El Jardín de María José", dedicada al cultivo asociativo artesanal del Cannabis con fines medicinales. El cultivo, como ya se imaginará, servía exclusivamente para el tratamiento de pacientes a quienes se les había prescrito el uso de Cannabis para calmar el dolor por las enfermedades que los aquejaban. Los pacientes se veían beneficiados con los productos de índole medicinal que se podían extraer de la planta del Cannabis. Servía, claramente, para beneficio de su salud.

El asunto saltó en los diversos medios de prensa y abrió diversas interrogantes: ¿por qué se incautó un cultivo de Cannabis cuyos fines eran medicinales?, ¿acaso no debería ser legal una actividad que busca, antes que nada, proteger un derecho fundamental como lo es la salud?, ¿no era acaso justa la actividad de la asociación? El caso antes mencionado abrió un problema jurídico bastante importante: la deficiente regulación peruana de acceso al Cannabis Medicinal.

En lo relativo a las investigaciones sobre eltema, al ser relativamente nuevo, existen muy pocos estudios acerca de la situación del Cannabis Medicinal en el Perú y, en específico, sobre su marco normativo y regulatorio. La contribución académica nacional acerca del tema es baja a pesar de la relevancia que implica su estudio (Chambergo-Michilot y Velit-Rios, 2019, p. 397), y más aún en el ámbito jurídico, considerando, como se analizará durante el presente artículo, la necesidad de un marco regulatorio adecuado que permita que los usuarios puedan acceder al Cannabis Medicinal.

El presente artículo busca desarrollar el marco normativo actual del Cannabis Medicinal en el Perú, así como sus deficiencias y posibles soluciones a las mismas. Para ello, en primer lugar, se presentarán diversos conceptos básicos cuyo entendimiento servirá de base para el lector para familiarizarse con el Cannabis Medicinal y saber diferenciarlo del Cannabis utilizado con fines recreativos. En segundo lugar, se desarrollará el marco constitucional del Cannabis Medicinal desde la perspectiva del derecho fundamental a la salud, utilizando como base tanto los instrumentos internacionales como nacionales de protección de los derechos humanos. En tercer lugar, se expondrá tanto el marco legal como reglamentario vigente del Cannabis Medicinal en el Perú, así como, brevemente, la regulación penal existente al respecto. Finalmente, se analizarán las posibilidades de mejora que requiere el marco regulatorio del Cannabis Medicinal para que con ella se logre una verdadera protección de la salud del sector de la comunidad que lo requiere.

Antes de comenzar con el desarrollo del presente artículo, cabe hacer una aclaración al lector. Este artículo pretende desarrollar la regulación del Cannabis Medicinal y no la del Cannabis para usos recreativos, la cual representa un espectro bastante diferente y que difiere en bastantes puntos cruciales de la regulación del Cannabis Medicinal en el sistema jurídico peruano.

2. Conceptos introductorios

Para poder conocer y entender de manera adecuada el marco regulatorio del Cannabis Medicinal es necesario desarrollar brevemente algunos conceptos básicos que se manejan en su entorno.

El Cannabis Medicinal proviene de la planta denominada científicamente *Cannabis Sativa L*, también conocida coloquialmente como Cannabis Sativa o, simplemente, Cannabis[(1)]. Esta es una planta que ha tenido desde siglos pasados usos tanto medicinales como recreacionales, en especial en países como la India, China o en zonas cercanas al Asia Oriental, que es de donde proviene la planta. Está conformada, entre otros, por una serie de compuestos químicos llamados cannabinoides, los cuales tienen la capacidad de activar una serie de receptores en nuestro organismo llamados

(1) En la actualidad existe un debate académico entre los taxónomos botánicos en torno a la denominación del Cannabis como especie polimórfica. Por un lado, están aquellos que consideran a la planta del Cannabis como especie única (el *Cannabis Sativa*); mientras, por otro lado, están aquellos que la dividen en cuatro especies (*Cannabis Sativa*, *Cannabis Indica*, *Cannabis Ruderalis* y *Cannabis Afghanica*) dependiendo de la predominancia de THC, CBD y otros cannabinoides en su composición. Al respecto, *véase* Piomelli y Russo (2016, p. 45) y Small (2017, pp. 288-289).

endocannabinoides cuya acción produce diversas reacciones en el cuerpo humano.

El cuerpo humano posee principalmente dos tipos de receptores cannabinoides: el CB1 y el CB2. Por un lado, el CB1 es un receptor que está asociado con la actividad del sistema nervioso central y que, a su activación, produce efectos en la memoria, la percepción del dolor, la coordinación motora, entre otros. Su actividad está asociada principalmente con los efectos psicoactivos del Cannabis. Por otro lado, el CB2 es un receptor asociado a la actividad del sistema inmunológico y de los tejidos periféricos cuyos efectos están principalmente en los procesos fisiológicos y en la respuesta inmunológica. A diferencia del CB1, su actividad no está relacionada con los efectos psicoactivos del Cannabis.

Otro término que entra en la discusión cuando hablamos de la planta del Cannabis es el cáñamo, o también llamado *hemp* en la literatura en inglés. Por un lado, están autores como Duvall (2014, p. 23) y Small (2017, p. 16), quienes consideran que cáñamo es sinónimo de Cannabis, por lo que no cabe hacer diferencias entre ambos términos. Por otro lado, otros autores, como The Stanley Brothers y Gutiérrez, tienen una posición distinta, pues consideran que el cáñamo es el nombre que se da a la planta Cannabis Sativa cuando su volumen de THC es apto para su uso medicinal (es decir, es menor al 1%, como veremos más adelante) (García Calderón, 2017, p. 6)[(2)].

El Cannabis Medicinal puede entenderse entonces como el "conjunto de productos o sustancias obtenidas luego del procesamiento de la planta del Cannabis, los cuales serán utilizados para fines medicinales" (García Calderón, 2017, p. 9). Es decir, solo podremos considerar a un producto como Cannabis Medicinal cuando este ha sido procesado y producido de tal manera que conserve sus características medicinales y cuando el fin de su uso sea únicamente el medicinal. El producto final del Cannabis Medicinal puede presentarse en las más diversas fórmulas, desde aceite, pastillas, pomadas, lociones, gel, cremas y sprays, hasta presentaciones más innovadoras como gomitas de fruta, vaporizadores, desodorantes, bálsamos calmantes y limonadas, entre muchas presentaciones más (Campuzano, 2021; BBC, 2018).

Ahora bien, ¿qué da al Cannabis propiedades medicinales? Para ello, debemos introducir a dos cannabinoides que resultan ser los principales compuestos de la planta: el Cannabidiol (en adelante CBD) y el Tetrahidrocannabinol (en adelante THC). Por un lado, el CBD es el compuesto del Cannabis que contiene la mayor cantidad de propiedades medicinales y no psicoactivas del mismo. Por otro lado, el THC es el compuesto del Cannabis que le da al mismo sus principales propiedades psicoactivas.

Como se mencionó líneas arriba, nuestro organismo posee diversos receptores de endocannabinoides, los cuales se activan mediante la acción de los cannabinoides como el CBD o el THC a su ingreso en el organismo. Esta activación produce diversos efectos en el organismo, dependiendo de los cannabinoides en acción y de las cantidades de los mismos que ingresen al organismo[(3)]. Estos efectos van desde aquellos psicoactivos (relacionados con la activación de los receptores CB1), hasta los que tienen efectos medicinales (relacionados principalmente con la activación de los receptores CB2). Sin embargo, estudios recientes han demostrado que, como veremos a profundidad más adelante, la interacción entre el CBD y el THC también puede tener importantes efectos medicinales.

Asimismo, es importante resaltar que cuando hablamos de efectos medicinales del Cannabis no nos referimos a que el Cannabis puede curar enfermedades. El efecto medicinal del Cannabis viene relacionado a sus propiedades terapéuticas y a la posibilidad de que su uso pueda paliar

(2) Antes de la promulgación del Decreto Supremo 004-2023-SA, el Perú asumía la posición de Gutiérrez y The Stanley Brothers, en tanto se indicaba expresamente en el Reglamento antes vigente que el cáñamo y el Cannabis son distintos entre sí. A día de hoy, incluso existe en trámite (según lo actualizado a la entrega de este artículo) un proyecto de Ley enfocado en el "desarrollo agrícola y productivo del cáñamo industrial" (PL 3938/2022-CR), en el cual justamente se mantiene esta diferenciación entre "cáñamo" y "Cannabis". Sin embargo, con la nueva tendencia normativa de dejar de lado esta diferencia, resulta necesario que este proyecto, en caso sea aprobado en Comisión y luego en el Pleno del Congreso, sea adecuado a la terminología planteada por Duvall y Small, la cual es la asumida ahora por nuestro marco normativo.

(3) Como se estudiará más adelante, existe evidencia suficiente de que la interacción entre el THC y el CBD tiene propiedades médicas, contrario a lo que parte de la sociedad médica piensa. Esta evidencia podría resultar de bastante utilidad si es que se busca permitir el uso de las fórmulas magistrales reguladas. Al respecto, *véase* Small (2017, pp. 288-289).

el dolor que producen diversas enfermedades y dolencias en el organismo. Hoy en día no existe evidencia concluyente de que el Cannabis posea propiedades curativas; sin embargo, sí existen estudios científicos que avanzan en esa vía.

3. El derecho a la salud y el Cannabis Medicinal

Para poder comprender en su totalidad la regulación del Cannabis Medicinal es necesario comenzar por el marco constitucional que acompaña su uso. Para ello, debemos remitirnos al derecho fundamental a la salud y su relación con el Cannabis Medicinal.

Diversos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos reconocen a la salud como un derecho humano clasificado dentro de los llamados Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (o también llamados DESCA); en específico, como un derecho de carácter social. Al respecto, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[4] establece que "los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (1966). Asimismo, según la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la protección de este derecho no implica el deber del Estado a que todos sus ciudadanos estén sanos, sino a que el Estado sea capaz de proveer a sus ciudadanos un sistema de protección que pueda generar en sus ciudadanos oportunidades iguales para que estos disfruten del nivel más alto posible de salud (2000, p. 3).

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[5], también conocido como Protocolo de San Salvador, garantiza en su artículo 10 el derecho a la salud, el cual entiende como "el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social" (1988). Así, dicho instrumento internacional indica que la salud no debe ser vista solo como el bienestar físico, sino también como el bienestar mental y social de la persona.

A nivel nacional, el artículo 7 de la Constitución Política del Perú indica que "todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (…)" (1993). Según el Tribunal Constitucional, este artículo garantiza a las personas el derecho de "alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica" (2004, FFJJ. 30).

Según Salomé, este derecho presenta una doble dimensión: i) una dimensión subjetiva, en tanto la persona debe ser capaz de conservar un estado de bienestar físico y mental y, a su vez, ser capaz de recuperarlo; y, ii) una dimensión objetiva, en tanto el Estado se encuentra obligado a garantizar la ejecución de este derecho, ya sea directamente (a través de la creación de instituciones públicas de salud) o indirectamente (a través de la adopción y promulgación de planes, políticas y programas) (2022, p. 94).

Por un lado, la dimensión subjetiva del derecho a la salud se cumplirá en el caso del Cannabis Medicinal cuando se garantice el acceso al producto final a los pacientes que lo requieran. Garantizando dicho acceso es que el Estado podrá hacer que sus ciudadanos tengan un mejor estilo de vida, en tanto serán capaces de conservar un mayor bienestar tanto físico como mental. Asimismo, como se mencionó previamente, si bien es cierto el Cannabis Medicinal no tiene propiedades curativas *per se*, este tiene propiedades paliativas demostradas científicamente, que son capaces de calmar el dolor que pueden producir ciertas enfermedades. La dimensión subjetiva del derecho a la salud no cubre únicamente a aquellas opciones que curan, sino también a aquellas que calman el dolor y, con ello, permiten una mejor calidad de vida.

Por otro lado, en cuanto a la relación entre la dimensión objetiva del derecho a la salud y el acceso al Cannabis Medicinal, el Estado se encuentra en la obligación de asegurar que los pacientes puedan acceder al producto finalizado del Cannabis Medicinal; ya sea a través de una oferta directa mediante las farmacias o boticas del Estado, o asegurando las condiciones para que el sector privado pueda comercializarlo libremente.

Asimismo, el acceso no solo implica la posibilidad de encontrar el producto en una farmacia o en una botica, sino también que el Estado no imponga barreras que limiten

(4) Ratificado y firmado por el Estado peruano mediante Decreto Ley 22129 del 28 de marzo de 1978.
(5) Ratificado y firmado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26448 del 28 de abril de 1995.

irrazonablemente su acceso. Las leyes, reglamentos, directivas, políticas públicas, tanto sectoriales como multisectoriales, y demás normativas deben procurar que el acceso sea sencillo y de calidad, y que los filtros y límites que vayan a ser impuestos sean realmente necesarios, razonables y proporcionales.

De igual manera, según Salomé (2022, pp. 98-101), como todos los derechos sociales, el derecho a la salud comprende cuatro elementos esenciales:

a) Disponibilidad: se refiere a la obligación del Estado de garantizar que se cuente con la cantidad suficiente de centros de salud, programas, servicios, medicamentos esenciales, y de demás bienes y servicios necesarios para su adecuada protección.

   En lo relativo con el Cannabis Medicinal, la disponibilidad supone, como se mencionó previamente, una doble obligación por parte del Estado: garantizar la distribución del producto, y eliminar toda limitación no razonable y proporcional que se coloque a su expendio por parte del agente privado. Asimismo, la disponibilidad también se relaciona indirectamente con la promoción de la investigación responsable respecto a la planta y a todo el proceso de producción del Cannabis Medicinal.

b) Accesibilidad: se refiere a que el Estado deberá garantizar que el servicio de salud esté a disposición de toda la ciudadanía en torno a las siguientes cuatro dimensiones:

   - No discriminación: permitir el acceso al servicio de salud sin distinción alguna por motivo de raza, sexo, origen, religión, idioma o de cualquier otra índole.
   - Accesibilidad física: permitir el acceso físico a los establecimientos, bienes y servicios de salud, y que estos se encuentren a distancias geográficamente razonables para toda la ciudadanía.
     Respecto a este punto, resulta esencial asegurar que el acceso a establecimientos autorizados para el expendio del Cannabis Medicinal sea descentralizado y que este no sea exclusivo para los entornos con mayor poder adquisitivo. Asimismo, en caso no fuera posible lograr que las farmacias y boticas se encuentren a distancia razonable de toda la ciudadanía, se deben brindar las herramientas para que se supla dicha carencia mediante el comercio en línea, el cual resulta ser una herramienta de gran importancia a falta de la accesibilidad física a los productos.
   - Accesibilidad económica: evitar que un sector de la ciudadanía no pueda acceder a los servicios de salud por motivos de índole económica. En ese sentido, el Estado deberá garantizar que los pagos, de ser necesarios, sean razonables y estén al alcance de todas las personas.
     Sobre este punto, resulta importante que el Cannabis Medicinal sea accesible para la mayor cantidad de ciudadanos que lo requiera, sin importar su estatus económico o su posición social. Para ello, el Estado debe garantizar que las farmacias y boticas de los centros de salud, hospitales y similares de propiedad estatal provean el producto a quienes lo necesiten.
   - Acceso a la información: garantizar la posibilidad de solicitar y recibir información referida a la salud, sus factores determinantes básicos y a todo cuanto sea necesario para mantener un buen estado de salud. Asimismo, impone al personal médico el deber de informar adecuadamente a sus pacientes sobre su situación de salud.
     Este resulta uno de los puntos más importantes en lo relativo al Cannabis Medicinal, en tanto la información debe llegar hacia ambos lados: hacia los médicos y hacia los pacientes.
     Por un lado, los médicos deben tener acceso a información verificada y de calidad acerca de los diversos tratamientos que involucran a Cannabis Medicinal, el dosaje adecuado para cada situación, la pertinencia en su uso ante diversas enfermedades y los posibles riesgos que su consumo podría generar en la comunidad.
     Al respecto, diversos estudios (Philpot et al., 2019; Balneaves et al., 2018; Queirolo et al., 2021) demuestran que uno de los factores principales por los que los médicos aún son renuentes a recetar el Cannabis Medicinal a sus pacientes es por la falta de educación en los médicos acerca de su uso. Al respecto, un estudio realizado en Uruguay ha demostrado que parte de la comunidad médica estaría dispuesta a recetar el Cannabis Medicinal, pero que para hacerlo necesitarían sentirse más seguros en que la prescripción que están

brindando es adecuada[6] (Queirolo et al., 2021, pp. 31-34). Abordaremos esta cuestión en relación al caso peruano más adelante.

Por otro lado, la información que brinden los médicos a sus pacientes en lo relativo al Cannabis Medicinal debe ser adecuada, actualizada y completa. Ello va muy de la mano con el nivel de información que tendrán los médicos acerca del uso del Cannabis Medicinal, pues si ellos mismos no se sienten preparados para recetarlo, entonces será importante que lo informen a sus pacientes y que se abstengan de prescribirlo.

c) Aceptabilidad: se refiere a que los bienes y servicios de salud sean respetuosos y que cumplan con obligaciones mínimas como, por ejemplo, la ética médica, la confidencialidad y con respeto al ciclo de vida.

En cuanto a lo relativo al Cannabis Medicinal, existe la obligación de que los médicos guarden estricta reserva con los casos en los que recetan dicho producto, así como todos los registros en los cuales sea necesario que se inscriban los pacientes que requieren de su uso sean confidenciales.

En esa misma línea, el criterio de aceptabilidad también guarda relación con la ética que debe mantener el médico tratante con su paciente en caso decida recomendar un tratamiento basado en Cannabis Medicinal debido a las particularidades que conlleva su prescripción. Al respecto, según Carracedo, es deber de los médicos juzgar en qué situaciones resulta apropiado prescribir su uso pues "el recomendar el uso del Cannabis Medicinal no es igual que recomendar cualquier otro tratamiento médico estándar […] pues la evidencia de la efectividad del uso del cannabis medicinal es aún limitada" (2019, p. 337).

En dicha línea, Carracedo plantea tres cambios legislativos que podrían llegar a fortalecer la decisión de los médicos en caso decidan recetar el Cannabis Medicinal a sus pacientes. Estas son: i) la creación de un registro de médicos autorizados a prescribir Cannabis Medicinal; ii) establecer que el Cannabis Medicinal podrá ser proscrito solo como última ratio o si los efectos secundarios de un tratamiento convencional son intolerables para el paciente; y, iii) disponer que el Cannabis Medicinal solo sea recetado en el marco de una relación médico-paciente de *bona fide*; es decir, cuando la relación entre ambas partes se mantenga en el tiempo y el médico conozca de primera mano la historia clínica del paciente (2019, pp. 337-339). Si bien es cierto las propuestas están diseñadas para el contexto peruano, consideramos que son extrapolables para los países en los que sea legalmente posible prescribir el Cannabis Medicinal.

d) Calidad: se refiere a que los establecimientos, bienes y servicios deben ser apropiados tanto desde un punto de vista médico como desde un punto de vista científico y humano.

En cuanto a lo relacionado con el Cannabis Medicinal, la calidad engloba tanto al producto como al servicio que brindan los médicos que lo prescriben. Por un lado, el producto debe cumplir con los estándares de calidad correspondientes que aseguren que el proceso de producción ha sido el adecuado y que el producto final que se está proveyendo al consumidor es de calidad. Para que se pueda cumplir con dichos estándares es necesario que el Estado promueva que los productores del Cannabis Medicinal realicen estudios de calidad, ya sea directamente (siempre y cuando tengan las posibilidades de hacerlo) o a través de laboratorios de calidad estatales o del sector privado.

Sobre este punto, también resulta necesario que el Estado estimule la investigación en Cannabis Medicinal, ya sea por parte de las universidades, de los laboratorios privados o de las propias entidades o laboratorios estatales. Solo investigando y aprendiendo más acerca del Cannabis y sus propiedades medicinales es que se podrá brindar mejores servicios al sector de la comunidad que así lo necesita. Dichas investigaciones pasan tanto por artículos académicos, ensayos clínicos y preclínicos, charlas magistrales, cursos especializados y demás.

(6) El mismo estudio mencionado brinda datos bastante interesantes sobre la apertura de la comunidad médica a informarse sobre el Cannabis Medicinal y la pertinencia de su uso. Indican, por ejemplo, que el principal *gap* de conocimientos acerca del Cannabis Medicinal se encuentra en la dosificación y en la creación de planes de tratamiento, así como en las diferencias y similitudes entre los diversos productos que contienen cannabinoides (Queirolo et al., 2021, p. 32). Asimismo, indica que gran parte de los médicos encuestados preferiría recibir información mediante cursos dentro de la educación médica y mediante artículos científicos revisados por pares a doble ciego (Queirolo et al., 2021, p. 34).

Por otro lado, se debe asegurar que el médico que prescriba el Cannabis Medicinal se encuentre debidamente preparado para hacerlo. Sin embargo, como se desarrolló previamente, este aún resulta ser un problema, pues los médicos sienten que las brechas de información acerca del Cannabis Medicinal evitan que puedan recetarlo sin temor.

Al igual que todos los derechos fundamentales, el derecho a la salud no es un derecho ilimitado. Uno de sus principales límites está en que este derecho no implica necesariamente que las personas no vayan a enfermarse o a que no vayan a encontrar situaciones que puedan afectar su bienestar tanto físico como mental (Landa, 2017, p. 163). Asimismo, al ser este un derecho social de carácter progresivo, no garantiza su cobertura inmediata. Más bien, lo que garantiza es la obligación de que el Estado destine la mayor cantidad de recursos posibles para ampliar su cobertura en el menor tiempo posible (Landa, 2017, p. 163). Ello está relacionado, a su vez, con los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, según los cuales el Estado no debe dar pasos atrás en su protección ni en la cantidad de presupuesto que se le asigna. Todo lo contrario, esta deberá mantenerse y crecer sostenidamente conforme pase el tiempo.

A continuación, ya habiendo realizado el análisis del Cannabis Medicinal desde la perspectiva del derecho fundamental a la salud, procederemos a desarrollar el marco regulatorio del Cannabis Medicinal en el Perú.

4. Marco normativo del Cannabis Medicinal en el Perú

El uso de la planta del Cannabis Sativa con fines medicinales y terapéuticos fue autorizado durante el año 2017 mediante la Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del Cannabis y sus derivados, Ley 30681, dictada por el Congreso de la República del Perú después de largos años de debates, entredichos y propuestas legislativas que no prosperaban(7). Mediante dicha Ley es que el uso medicinal y terapéutico del Cannabis se hizo legal en todo el país.

Años después, y en búsqueda de ampliar el alcance de la Ley 30681, el Congreso de la República promulgó en el año 2021 la Ley 31312, la cual incorpora y modifica una serie de artículos dentro de Ley 30681. En adelante, y en tanto esta última Ley solo supone agregados y modificaciones, y no un cuerpo normativo totalmente nuevo, nos referimos a la Ley 30681 y a la Ley 31312 en su conjunto como "la Ley" o "la Ley del Cannabis Medicinal".

La Ley, a su vez, se encuentra reglamentada por el Decreto Supremo 004-2023-SA (en adelante, el Reglamento), promulgado durante el año 2023 por la presidencia de la República y adecuado a la Ley 31312 en todos sus extremos. Durante el presente capítulo, estudiaremos dichos cuerpos normativos, así como su relación con otras normas relevantes en el sector salud.

4.1. Objetivos y generalidades

Para empezar, la Ley declara en su artículo 1 que el principal objetivo de esta es garantizar la protección del derecho fundamental a la salud mediante el acceso al Cannabis Medicinal, además de promover su uso racional. Consideramos muy importante que el legislador reconozca desde el inicio de la norma la relación que existe entre el derecho a la salud y el acceso al Cannabis Medicinal, relación que ya hemos explicado a detalle en el acápite anterior.

Dicho cuerpo normativo deja en claro desde el inicio su ámbito de aplicación: este solo autoriza los usos del Cannabis que tengan fines medicinales o terapéuticos. El legislador no abre el uso del Cannabis ni de ninguno de sus derivados para fines recreativos o para cualquier fin ajeno al medicinal o terapéutico.

En ese sentido, el Reglamento define expresamente como derivados del Cannabis para usos medicinales y terapéuticos a "todo compuesto, mezcla o preparación, o producto, derivado del Cannabis para uso medicinal y terapéutico […]. Además, se considera producto derivado […] a las preparaciones herbarias (…)" (2023).

Asimismo, la Ley autoriza expresamente el Cannabis Medicinal en cinco contextos:

- Uso informado: se puede considerar que existe un uso diligente y responsable

(7) A pesar de que el apoyo congresal a la propuesta legislativa fue mayoritario y abrumador, no faltaron voces de dentro del Congreso que se opusieron frontalmente a la aprobación de la Ley. Los principales argumentos fueron que "el CBD produciría más de 100 efectos dañinos al organismo", "no existe evidencia científica concluyente sobre su eficacia en ninguna enfermedad", "la FDA de Estados Unidos no ha aprobado su uso", "con una Ley como esta se pone una primera piedra para que luego se termine legalizando la droga y se estaría dando puerta abierta al narcotráfico" y demás prejuicios, *fake news* y datos ya rebatidos y falseados que no vale la pena replicar. Respecto al debate congresal para la aprobación de dicha Ley, *véase* Congreso de la República (2017a, pp. 70-129).

por parte del paciente cuando el médico tratante ha informado sobre las razones de su decisión de recetarle el Cannabis Medicinal, las ventajas que podría producir su uso en la enfermedad que le aqueja y los posibles efectos secundarios de su uso. Asimismo, ello también incluye el deber del médico de indicar el estado de las investigaciones científicas en lo relativo al uso del Cannabis Medicinal como paliativo para su enfermedad. Este último deber resulta de particular importancia debido a que, en el caso de muchas enfermedades, las investigaciones relacionadas con el uso del Cannabis como paliativo aún son escasas o poco concluyentes.

- Investigación: toda actividad cuyo objetivo es conocer más acerca del Cannabis Medicinal y sus componentes para profundizar en sus beneficios, sus posibles efectos secundarios, la seguridad en su uso y demás temas relacionados con él. Son principalmente las universidades y los laboratorios farmacéuticos tanto públicos como privados quienes se encargan de llevar a cabo las investigaciones sobre el Cannabis Medicinal.
- Producción: el Reglamento define el proceso de producción como el "procesamiento para obtener derivados de cannabis para fines medicinales y terapéuticos que consiste [principalmente] en la fabricación, acondicionado y transporte de productos derivados del cannabis, así como actividades de almacenamiento y transporte (…)" (2023). Asimismo, dicho proceso puede ser hecho tanto con cultivo de la planta del Cannabis como sin cultivo. Ello resultará importante más adelante, cuando se explique más a fondo el tema de las licencias.
- Importación: según el Reglamento, se trata de la "actividad de ingreso al territorio nacional de semillas de cannabis, cannabis y sus derivados para uso medicinal y terapéutico" (2023). Así, la importación cubre tanto a las semillas, a la planta del cannabis y a los productos del cannabis, siempre y cuando estos sean utilizados con fines medicinales y terapéuticos y provengan de países cuya legislación autorice expresamente su uso para fines medicinales y terapéuticos. Cabe resaltar, al respecto, que hasta el 7 marzo de 2023 se habían importado en total 0.14 kg de semillas de Cannabis Sativa (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, 2023).
- Comercialización: según el Reglamento, se trata de la "transferencia de propiedad de los productos derivados del cannabis para uso medicinal y terapéutico (…)" (2023). Dicha comercialización es, en la gran mayoría de casos, el paso final por el cual el producto del Cannabis Medicinal llega a los pacientes que lo necesitan.

La Ley, a su vez, delega directamente en la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (en adelante, la DIGEMID) la facultad de establecer las condiciones, requisitos y procesos necesarios para regular tanto el proceso de producción como el de abastecimiento de insumos para la investigación del Cannabis Medicinal.

4.2. Producción artesanal, cultivo asociativo y asociaciones de pacientes

En este punto, resulta importante resaltar una de las innovaciones que incluyó la Ley 31312, la cual fue la autorización de la producción artesanal del Cannabis Medicinal mediante el cultivo asociativo. Previamente, la Ley 30681 daba exclusividad de licencias a la industria farmacéutica, lo que dejó expuestos a productos artesanales y asociaciones de pacientes a posibles demandas y denuncias tanto penales como administrativas (Paucar, 2022). Sin embargo, con el paso del tiempo, tanto la propia DIGEMID como los legisladores cayeron en cuenta de que la gran mayoría de pacientes usuarios del Cannabis no tiene como fuente principal de abastecimiento a los establecimientos farmacéuticos por lo difícil que su acceso resulta, sino que son las asociaciones mediante el cultivo asociativo las que resultan ser la fuente más importante de acceso al producto (Paucar, 2021).

En ese sentido, y con esas consideraciones, se promulga la Ley 31312, la cual modifica y amplía los alcances de la Ley 30681. El artículo 3.A de la Ley define el cultivo asociativo como:

> (…) [El] cultivo de cannabis y su procesamiento para obtener cannabis medicinal que realizan las asociaciones formadas únicamente por pacientes inscritos en el Registro de pacientes usuarios del cannabis y sus derivados para uso medicinal y terapéutico, o sus apoyos designados o representantes legales, para exclusivo beneficio de los pacientes calificados que las integran (2021).

Como se puede observar, la Ley autoriza expresamente que los pacientes que requieran tratarse con Cannabis Medicinal puedan acceder al producto a través de la técnica del cultivo asociativo. Las condiciones que impone el Reglamento para que una asociación cultive Cannabis para fines medicinales de manera legal es que esta cuente con al menos dos miembros, que todos los miembros de la asociación estén dentro

del Registro de pacientes usuarios del Cannabis y que todos los productos sean para beneficio exclusivo de sus asociados. Es decir, está expresamente prohibida la comercialización o transferencia del Cannabis Medicinal obtenido por medio de asociaciones de pacientes de Cannabis.

Asimismo, el DIGEMID, como órgano delegado por la norma, está encargado de crear un Registro de asociaciones que realizan actividad de producción artesanal del Cannabis Medicinal. Sin embargo, y como veremos más adelante, a la fecha de la publicación del presente artículo, dicho registro aún no ha sido creado, lo que ha perjudicado seriamente a las asociaciones de cultivo artesanal de Cannabis para usos medicinales pues, a falta de dicho registro, se han visto obligadas a operar prácticamente en la clandestinidad y con el constante miedo de ser criminalizadas.

4.3. Registros

Una de las principales innovaciones que trae la Ley 30681 es la creación de una serie de registros dentro del Ministerio de Salud cuyo principal objetivo será, como se menciona tanto en el Diario de Debates de la norma como en su exposición de motivos, el de mantener un control más estricto de todas las personas y entidades involucradas en todos los contextos para los que el Cannabis Medicinal se encuentra autorizado. Dichos registros son:

a) Registro de pacientes usuarios del cannabis y sus derivados para uso medicinal y terapéutico (en adelante, el RENPUC)[8]. Dicho registro, conducido por la DIGEMID, tiene como finalidad principal mantener un registro de todas aquellas personas calificadas y autorizadas por su médico tratante a utilizar el Cannabis Medicinal. El registro en el RENPUC de un paciente que utiliza Cannabis Medicinal resulta prácticamente obligatorio; pues, en caso este no se dé, no podrá adquirir el producto, importarlo, ni tampoco podrá formar parte de asociaciones de pacientes usuarios. Según información brindada por la DIGEMID para fines de la presente investigación[9], a la fecha existen 37,448 pacientes inscritos en el RENPUC. Esta cifra ha ido creciendo exponencialmente con el paso de los años. A enero de 2020, por ejemplo, existían tan solo 3,440 pacientes inscritos; cifra que aumentó a enero de 2021, cuando ya eran 9,675, y a agosto de 2022 cuando eran 29,878 pacientes inscritos (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, 2022).
b) Registro de personas naturales o jurídicas importadoras, comercializadoras o asociaciones que realizan actividad de producción artesanal de derivados de cannabis con cultivo asociativo de la planta del género Cannabis con fines medicinales y terapéuticos.
c) Registro de entidades de investigación autorizadas a estudiar el cannabis y sus derivados para uso medicinal y terapéutico.
d) Registro de entidades públicas y laboratorios debidamente registrados y certificados, autorizados para la producción.

4.4. Licencias

Siguiendo el mismo objetivo indicado para el caso de los registros, tanto la Ley como el Reglamento prevén una serie de licencias a tramitar en caso se busque obtener la autorización formal de las entidades competentes para llevar a cabo las actividades autorizadas en la ley (investigación, importación, comercialización y producción).

Dichas licencias son:

a) Licencia para la investigación, con o sin cultivo, de la planta del género Cannabis, para las universidades e instituciones de investigación agraria y en salud. Como bien indica su nombre, esta licencia es exclusiva para las actividades desarrolladas por aquellas universidades (licenciadas por la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria) e instituciones autorizadas por el Instituto Nacional de Salud (en adelante, el INS). Esta licencia, a su vez, puede ser de tres tipos:
   - Licencia para la investigación para ensayo clínico sin cultivo[10]. Según el propio Reglamento, el ensayo clínico se entiende como "toda investigación que asigna prospectivamente a seres humanos a derivados del cannabis que constituye un producto farmacéutico" (2023). Sobre ello, el sentido de un ensayo clínico es el de averiguar acerca de los posibles efectos en la salud que podría generar el consumo

(8) El link de acceso a la web del RENPUC es http://serviciosweb.digemid.minsa.gob.pe/ControlCannabis/registroDeclaracionJurada.jsp
(9) Información solicitada mediante solicitud de Acceso a la Información Pública No. 23-002389-1.
(10) Los requisitos específicos para la tramitación de esta licencia se encuentran detallados en el artículo 8 del Reglamento.

de los productos farmacéuticos derivados del Cannabis que forman parte de dicha investigación. Esta se puede realizar en cualquiera de las cuatro fases en las que se reconoce internacionalmente un ensayo clínico. Asimismo, como el propio Reglamento lo solicita, será necesario que se cuente con la autorización de parte de un Comité de Ética acreditado ante el INS.

Esta licencia es evaluada y posteriormente expedida por el Instituto Nacional de Salud, en tanto se trata del ente encargado de la promoción, la difusión y el desarrollo de la investigación científica y tecnológica en cuanto a temas de salud se refiere.

- Licencia para la investigación para estudio preclínico sin cultivo[11]. Según el Reglamento, el estudio preclínico es aquel que se realiza de manera previa a los ensayos clínicos. Este tiene como principal objetivo "evaluar la seguridad (…) y la actividad farmacológica del producto de investigación" (2023). Sus resultados también son de utilidad para poder diseñar el ensayo clínico y para conocer sus posibles alcances. Asimismo, al igual que en la licencia anterior, será necesario que se cuente con la autorización de parte de un Comité de Ética acreditado ante el INS.
- Licencia para la investigación con cultivo de la planta del género Cannabis[12]. El punto diferencial del otorgamiento de esta licencia está en que, en este caso, sí se estará permitiendo el cultivo de la planta del Cannabis, a diferencia de los dos casos anteriores en los cuales el estudio no englobaba la actividad del cultivo.

  El Reglamento, a su vez, entiende cultivo como la "actividad comprendida desde la obtención de la semilla, siembra, manejo y cosecha de la planta de cannabis (…) para uso medicinal". Como se ve de la propia definición, el proceso de cultivo del Cannabis es una actividad compleja pues requiere de instalaciones controladas, de tratar semillas, de utilizar técnicas de cultivo especializadas, entre otras actividades.

  El solo hecho de que se prevea el cultivo de la planta del Cannabis involucra a una serie de organismos estatales, como el Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (en adelante, el MIDAGRI) y el Ministerio del Interior (en adelante, el MININTER). Sin embargo, será el MIDAGRI a través del Instituto Nacional de Innovación Agraria el encargado de evaluar y entregar esta licencia.

b) Licencia para la importación del cannabis y sus derivados y/o comercialización de derivados de cannabis[13]. Esta licencia tiene como principal objetivo el garantizar que el paso final para el acceso del Cannabis Medicinal a los pacientes (la comercialización o la importación) sea garantizado con los estándares de calidad pertinentes. De acuerdo con el Reglamento, esta licencia será otorgada a (i) laboratorios farmacéuticos; (ii) droguerías; (iii) farmacias; (iv) boticas; y (v) farmacias de establecimientos de salud.

Tanto la licencia de comercialización como la licencia de importación serán otorgadas por la entidad competente (en este caso, la DIGEMID o las Direcciones Regionales de Salud) según la localización geográfica y el alcance del establecimiento que la solicite.

En lo relativo al proceso de importación, las características del mismo dependerán del porcentaje de THC que los productos contengan. En ese sentido, en caso el THC sea mayor de 1%, será necesario que se tramite un Certificado Oficial de Importación; y en caso el THC sea menor de 1%, bastará con la emisión de un documento de no objeción para importación por parte de la DIGEMID.

Según información provista por la DIGEMID, a marzo de 2023, hay 63 establecimientos farmacéuticos con licencia para la comercialización del Cannabis Medicinal. De estos 63, 53 son boticas y 10 son farmacias. Como analizaremos más adelante, resulta preocupante tanto la cantidad de farmacias del Estado que están autorizadas para la comercialización como la baja presencia de establecimientos farmacéuticos autorizados fuera de la capital.

c) Licencia para la producción de derivados de cannabis, con o sin cultivo de la planta del género Cannabis, que se otorga exclusivamente a las entidades públicas y laboratorios debidamente registrados y certificados. Esta licencia se enfoca principalmente en la autorización de todo lo que engloba el proceso de producción del Cannabis, considerando desde la siembra, el cultivo, la cosecha, la fabricación y el acondicionamiento

(11) Los requisitos específicos para la tramitación de esta licencia se encuentran detallados en el artículo 9 del Reglamento.
(12) Los requisitos específicos para la tramitación de esta licencia se encuentran detallados en el artículo 10 del Reglamento.
(13) Los requisitos específicos para la tramitación de estas licencias se encuentran detallados en el artículo 11 del Reglamento.

del producto en su fórmula final. Como se mencionó previamente, el producto puede llegar al paciente en una gran serie de presentaciones. La normativa no especifica procedimientos específicos dependiendo del producto del que se trate, lo cual consideramos acertado, en tanto intentar regular un procedimiento específico para cada producto generaría una sobre burocratización de los procesos y un marco regulatorio exageradamente específico. Lo más recomendable es que la entidad competente para la emisión de estas licencias (en este caso, la DIGEMID) analice y resuelva las solicitudes caso por caso, siempre con la consciencia de los avances tecnológicos en la materia que generan constantemente nuevos e innovadores productos derivados del Cannabis.

Asimismo, resulta importante señalar que, en torno al otorgamiento de la licencia, será necesario que el solicitante entregue un plan de producción para la fabricación de los derivados del Cannabis Medicinal. Dicho plan es un documento que contiene, principalmente, un cronograma de los trabajos a realizar, el monto aproximado de la inversión en la ejecución de las actividades y un organigrama funcional de quien solicita la licencia. En dicho organigrama deben estar claras las responsabilidades y funciones de quienes están encargados del proceso de producción del Cannabis Medicinal.

En caso el proceso de producción incluya actividades de cultivo del Cannabis, será necesario que se tramite un Plan de Producción Agrícola. Dicho plan presenta una peculiaridad, pues será presentado ante la DIGEMID, pero será evaluado por el MIDAGRI como organismo competente especializado en las actividades de sembrado y cultivo de insumos potencialmente peligrosos como el Cannabis. Este plan contiene un cronograma de trabajo, un croquis o plano de las instalaciones y de las áreas de cultivo, entre otros[14].

d) Licencia para la producción artesanal de derivados de cannabis con cultivo asociativo de la planta del género Cannabis, con fines medicinales y terapéuticos, que se otorga a asociaciones debidamente acreditadas y certificadas. Como bien su nombre lo menciona, esta licencia es exclusiva para las asociaciones que busquen producir, para único y exclusivo beneficio de sus asociados, el Cannabis Medicinal. Como se mencionó previamente, el requisito principal para la formación de estas asociaciones es que todos sus asociados, o sus representantes o apoyos legales, de ser el casolmse encuentren inscritos en el RENPUC.

Asimismo, en el entendido de que la licencia contendrá necesariamente actividades de cultivo del Cannabis Medicinal, será necesario que, al igual en la licencia de producción con cultivo de la planta de Cannabis, se presente un Plan de Producción Agrícola, aunque con diversas particularidades especiales para el caso concreto, las cuales están detalladas en el artículo 23 del Reglamento.

Otra de las obligaciones impuestas a las asociaciones como parte de la entrega de su licencia está en que deberán reportar a la DIGEMID de manera anual sus previsiones; y, de manera trimestral, los balances del empleo o disposición del Cannabis y sus derivados con sustento en las recetas de los asociados provistas por sus médicos tratantes.

También como parte de la tramitación de las licencias será necesario que se formule un protocolo de seguridad para el Cannabis y sus derivados, con el principal objetivo de garantizar su intangibilidad física. La necesidad de presentar este protocolo va en consonancia de que, a pesar de la autorización del Cannabis para usos medicinales, esta planta sigue siendo calificada por nuestra legislación como un elemento peligroso que puede derivar finalmente en productos ilícitos (principalmente, en drogas). Es en ese sentido que quienes de alguna manera estén relacionados con el Cannabis deban garantizar tener un plan que evite hurtos, robos y demás que desvíen el Cannabis para usos ilícitos.

El órgano encargado de realizar las verificaciones pertinentes a los dispositivos de seguridad será la Dirección Antidrogas de la Policía Nacional del Perú (en adelante, la DIRANDRO), en tanto se trata del órgano competente en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, la DIRANDRO ha facultado a la División de Investigación contra el desvío de Insumos Químicos (DIVICDIQ) a realizar las labores de control y fiscalización que considere, según lo atribuido a ellas en la norma. Finalmente, después de verificar el cumplimiento de la documentación y los requisitos, la DIRANDRO expide el "Certificado de cumplimiento de dispositivos de seguridad para el desarrollo de actividades

(14) Los requisitos específicos para la tramitación de este plan se encuentran detallados en el artículo 18 del Reglamento.

con cannabis y sus derivados, regulado para el uso medicinal y terapéutico".

En línea con la actividad de la DIRANDRO, también será obligación de quienes obtengan el mencionado certificado el comunicar, primero a la Policía Nacional y luego a la DIGEMID o al órgano regional competente, cualquier siniestro o sustracción que implique pérdidas o mermas del Cannabis destinado para uso medicinal y terapéutico.

Según información recabada por el Estudio Rodrigo, Elías y Medrano, al primero de marzo de 2023 se han dado en total 185 aprobaciones de protocolos de seguridad sobre el uso medicinal y terapéutico del Cannabis Medicinal (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, 2023). De estas 185, 179 fueron aprobadas automáticamente, pues se trataban de protocolos que no conllevaban cultivo; y otras 6 fueron aprobadas vía evaluación previa, en tanto sus protocolos sí implicaban cultivo (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, 2023).

Cabe resaltar que el Reglamento indica expresamente que las licencias y los derechos otorgados por las mismas son intransferibles. También la Ley menciona en su artículo 9 que el Ministerio de Salud podrá suspender o cancelar las licencias otorgadas, previa resolución debidamente motivada, ante el incumplimiento de las regulaciones establecidas.

4.5. Prescripción médica y tratamiento

Antes que nada, es importante mencionar que los protocolos médicos del Ministerio de Salud respecto a la prescripción del Cannabis Medicinal indican que este debe ser utilizado como una medida de última ratio. Es decir, antes de prescribir el Cannabis Medicinal, es necesario que el médico haya agotado todos los tratamientos previos que sean posibles. Además, es importante que el médico haya comunicado previo a la prescripción los beneficios y riesgos de su consumo, en conjunto con el estado actual de las investigaciones en la materia.

El Reglamento ha sido en este caso el encargado de tratar a fondo la obligatoriedad de la prescripción médica para el consumo del Cannabis Medicinal y sus derivados. En ese sentido, el médico cirujano (único autorizado para prescribir el uso del Cannabis Medicinal) podrá expedir tanto una receta médica común como una receta especial. Por un lado, la receta médica será expedida solo cuando el contenido de THC en la formulación del producto sea inferior al 1% o cuando en su formulación solo se contenga CBD. Esta es una receta médica común y corriente, como las emitidas para la prescripción de cualquier producto farmacéutico por parte del médico cirujano. Por otro lado, la receta especial es aquella que se expide cuando el contenido de THC en la formulación del producto sea superior al 1%. La receta especial es numerada, de tal manera que tiene una fórmula única de identificación que evita que pueda ser utilizada nuevamente, además de que hace que el paciente a quien se le recetó dicho producto pueda ser identificable.

Podemos encontrar el origen de la distinción entre receta médica y receta especial en los diarios de debates y en los dictámenes legislativos que antecedieron a este marco regulatorio. El legislador asumió desde un principio que, en tanto el contenido de THC de un producto de Cannabis Medicinal sea mayor al 1%, resulta necesario un mayor control por parte del Estado. Ello se debe a que mientras más alto sea el porcentaje de THC, mayores serían sus propiedades psicotrópicas. Por otro lado, en tanto el CBD no tiene las mismas características psicotrópicas, no resulta necesario un control más estricto y, por tanto, no requiere de recetas numeradas[15].

Cabe mencionar que, para ambos casos, será obligatorio que el paciente se inscriba en el RENPUC previo a poder obtener el producto. En este punto, resulta importante señalar que la legislación peruana prevé la posibilidad de que se realice el expendio del Cannabis Medicinal mediante fórmulas magistrales, conocidas en el Reglamento como "preparados farmacéuticos". Prever la posibilidad de realizar fórmulas magistrales es un avance importante pues, como indica García de Palau, en el tratamiento no existen dosis estandarizadas ni exactas, lo que genera que cada paciente requiera de distintas combinaciones de cannabinoides (Paucar, 2020).

Los preparados farmacéuticos son elaborados por un químico farmacéutico en los establecimientos autorizados para tales fines, de acuerdo con la Sexta Disposición Complementaria Final del Reglamento. Para que sea posible su preparación, será necesario que el médico tratante especifique con claridad el porcentaje de THC y CBD que deberá tener la fórmula, ello con el objetivo

(15) Cabe mencionar que, para el caso peruano, el legislador no ha previsto un tope máximo de THC que pueda recetar el médico tratante, a diferencia de otros países que sí lo han limitado.

de medir la posología. Asimismo, consideramos, de una lectura conjunta de la norma, que para este punto también será de aplicación lo referido a recetas médicas y recetas especiales. Es decir, en caso el porcentaje de THC recetado como preparado farmacéutico sea mayor a 1%, será necesario que se expida una receta especial. Sin embargo, cabe resaltar que hoy en día ninguna farmacia en el Perú vende productos personalizados como preparados farmacéuticos. Según Paucar, ello se debe a que las Direcciones de Red Integrada de Salud, órganos competentes para la habilitación de las licencias, no se ponen de acuerdo en la adecuación de este proceso (2020).

4.6. Control, destrucción y facultad de fiscalización

Como mencionamos previamente, el legislador peruano ha previsto un modelo bastante restrictivo para el Cannabis Medicinal debido a la gran importancia que hoy en día se le ha dado a la política de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, además de los aún existentes prejuicios sobre el Cannabis que parte de la población mantiene. En línea con ello es que las facultades de control y fiscalización previstas en el Reglamento son bastante amplias.

El Reglamento autoriza al MININTER, a través de la DIRANDRO, a realizar los controles y fiscalizaciones que considere necesarios dentro de las operaciones de producción, almacenamiento, transporte y demás actividades relacionadas con el proceso del Cannabis Medicinal. Las facultades que brinda el Reglamento son bastante amplias, y, hasta cierto punto, exageradas, pues incluso se establece la posibilidad de que la DIRANDRO pueda constituirse al establecimiento donde se realizan las actividades y/o de solicitar la información que así lo requiera.

La normativa también ha sido bastante restrictiva en lo relativo al proceso de destrucción del Cannabis y sus derivados. El Reglamento no da más opción que la incineración de todo residuo del Cannabis y sus derivados. Es decir, todas las plantas, semillas, restos de plantas y plántulas sobrantes deberán ser incineradas. Asimismo, los saldos sobrantes del proceso de producción del Cannabis Medicinal deberán ser destruidos obligatoriamente mediante algún mecanismo que permita la incineración. Todo el proceso a ser seguido deberá ser comunicado a la DIGEMID o al órgano regional competente mínimo diez días hábiles antes del inicio de la destrucción. La reutilización solo está permitida cuando se trate de semillas de Cannabis que serán destinadas a nuevos proyectos de investigación o producción debidamente acreditados ante la autoridad competente.

Asimismo, también se contempla la posibilidad de que se realice el Control de Calidad de los productos terminados que deriven del Cannabis Medicinal. Este es un proceso de suma importancia, pues permite garantizar a los usuarios finales que el producto que están consumiendo cumple con los estándares de calidad necesarios. En específico, hace que se verifique que el Cannabis Medicinal contiene los niveles adecuados y consistentes de CBD y THC en su composición; y permite que se puedan detectar y, de ser necesario, eliminar posibles elementos contaminantes dentro de su composición (como, por ejemplo, metales pesados provenientes de los fertilizantes, pesticidas utilizados durante la siembra, microbios, hongos, entre otros). Dicho control de calidad podrá ser realizado únicamente por aquellos laboratorios autorizados por el INS y que se encuentren en la Red Nacional de Laboratorios Oficiales de Control de Calidad; además del Centro Nacional de Control de Calidad del INS. La realización de un Control de Calidad no es obligatorio; sin embargo, resulta altamente recomendable pues permite al usuario tener la certidumbre de que el producto al que está accediendo cumple con una serie de estándares.

Adicionalmente, el Reglamento también otorga a la DIGEMID, las Direcciones de Redes Integradas de Salud o las Direcciones Regionales de Salud, en el marco de sus competencias, la facultad de realizar las acciones de fiscalización sanitaria del Cannabis Medicinal. Dichas fiscalizaciones tendrán como objetivo el verificar si es que quienes portan las licencias respectivas están cumpliendo con las obligaciones referidas a dichas licencias, así como se verifica que el Cannabis esté siendo utilizado únicamente para fines medicinales.

4.7. Regulación Penal

Dentro de los cambios promovidos por la Ley, también se encuentra las modificaciones de tres artículos del Código Penal Peruano, los cuales forman parte de la sección de Tráfico Ilícito de Drogas dentro del capítulo de Delitos contra la Salud Pública. A continuación, presentaremos los principales cambios al Código Penal y los desarrollaremos, sin ánimos de extendernos o ser específicos en su análisis, en tanto que el carácter de la presente investigación no es uno penal, sino más bien regulatorio y administrativo.

En primer lugar, el artículo 296-A del Código Penal indica lo siguiente:

> Artículo 296-A. Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva
>
> El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie papaver somníferum o marihuana de la especie cannabis sativa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).
>
> El que comercializa o transfiere semillas de las especies a que alude el párrafo anterior será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).
>
> (…)
>
> (…). Se excluye de los alcances de lo establecido en el presente artículo, la siembra o cultivo cuando se haya otorgado licencia para la investigación del cannabis y sus derivados, o para la comercialización o producción farmacológica o artesanal de los derivados del cannabis con fines medicinales y terapéuticos. De incumplirse con la finalidad de la licencia señalada, se deja sin efecto la presente exclusión. Será reprimido con la pena máxima más el cincuenta por ciento de la misma al funcionario público que otorga irregularmente la licencia o autorización referida [énfasis agregado] (2021).

El artículo precitado trata en específico la situación de la siembra o el cultivo de la planta del género Cannabis Sativa, la cual está prohibida para toda situación excepto aquella relativa al uso medicinal de la misma. Este, según Ugaz, es el artículo base que irradia toda la regulación penal referida al Cannabis Medicinal (2021). Sin embargo, para que no se produzca el hecho típico que configura el delito sería necesario que se haya otorgado cualquiera de las licencias mencionadas en el apartado 4.4. del presente texto. Caso contrario, se entendería, a una primera interpretación, que se estaría cometiendo un delito. Sin embargo, ello no es así, pues lo que prohíbe el legislador no es el auto consumo o incluso el autocultivo (sea para fines medicinales o recreativos), sino el tráfico y todas las actividades relacionadas con él, incluidos el cultivo, la siembra, el transporte y toda actividad que lo favorezca.

En esa misma línea, desde una interpretación basada tanto en la ubicación del presente artículo en la norma como en la doctrina penal, este tipo penal tiene como bien jurídico protegido la salud pública. Para Azabache, estas sanciones se entienden como "derivadas de la prohibición de comercializar determinados elementos que la ley denomina genéticamente como 'drogas' o 'estupefacientes' (…) en condiciones que comprometan la salud y la seguridad pública" (2021, p. 2). Al ser este el bien jurídico, lo que se busca es proteger a la persona de cualquier ataque contra su integridad tanto física como psicológica, así como el estado normal de funcionamiento del cuerpo. Como es bien conocido, toda actividad que vaya en contra del bien jurídico protegido será la actividad punible. En ese sentido, para Ugaz, cualquier actividad relacionada con el proceso del Cannabis, siempre y cuando esta sea para fines medicinales, no es punible pues no hay una vulneración al bien jurídico protegido (2021). Asimismo, para Prado Saldarriaga, la propia naturaleza del delito de tráfico ilícito de drogas demanda que la acción del agente tenga fines lucrativos (2017, pp. 165-166). Sería un completo sinsentido penar con un delito a la salud pública a un sujeto que ejerce una actividad que busca, justamente, promover la salud pública.

La existencia de este artículo también ha resultado todo un problema para las asociaciones de cultivo artesanal del Cannabis para uso medicinal, en tanto que su existencia ha sido utilizada como justificativo para que la policía pueda intervenir a estas asociaciones, como en el caso mostrado en la introducción del presente texto.

En segundo lugar, el artículo 299 del Código Penal indica:

> Artículo 299. Posesión no punible
>
> No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados (…).
>
> Tampoco será punible la posesión del cannabis y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos, siempre que la cantidad sea la necesaria para el tratamiento del paciente registrado en el Ministerio de Salud [énfasis agregado], supervisado por el Instituto Nacional de Salud y la DIGEMID, o de un tercero que se encuentre bajo su cuidado o tutela, o para investigación según las leyes sobre la materia y las disposiciones que establezca el ente rector (2021).

La redacción del artículo indica que no será objeto de pena la posesión del Cannabis, siempre y cuando sea para usos medicinales, sea en la cantidad estrictamente necesaria y que sea para uso exclusivo de pacientes registrados en el RENPUC. Sin embargo, este artículo, nuevamente, debe ser irradiado por la explicación brindada por Ugaz citada previamente: es un total sinsentido siquiera pensar que el consumo para fines medicinales del Cannabis debe ser punible.

En tercer lugar, el artículo 300 del Código Penal menciona lo siguiente:

> Artículo 300. Suministro indebido de droga
>
> El médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otro profesional sanitario que indebidamente receta, prescribe, administra o expende medicamento que contenga droga tóxica, estupefaciente o psicotrópica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4; a excepción del cannabis y sus derivados, con fines medicinales o terapéuticos, que no es punible, siempre que se suministre a pacientes que se registren en el registro a cargo del Ministerio de Salud, constituido para tal fin [énfasis agregado] (2021).

Este tipo penal ya no está dirigido a los consumidores o a los traficantes, sino al personal médico que recete sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, con excepción del Cannabis utilizado para fines medicinales. En ese sentido, los médicos cirujanos ,hasta ahora, únicos autorizados por el Reglamento para prescribir Cannabis Medicinal, que decidan prescribirlo no tiene por qué ser penalizados, salvo que bajo una actividad aparentemente legal prescriban el Cannabis a una persona que no lo necesite o que quiera hacerse pasar como paciente para poder utilizar el Cannabis con fines ilícitos.

En resumen, tanto la Ley, el Código Penal y el Reglamento han regulado el uso y el proceso del Cannabis Medicinal dentro del país. Sin embargo, como ya el lector habrá podido darse cuenta, esta regulación dista aún de ser eficiente. A continuación, desarrollaremos diversos puntos que, según nuestro punto de vista, deben ser considerados en este marco normativo.

5. Críticas, cambios y posibilidades de mejora

Si bien es cierto en la actualidad existe un marco normativo para el Cannabis Medicinal en el Perú, desarrollado en el capítulo precedente, este resulta ser poco efectivo y no llega a satisfacer en la realidad el acceso a los pacientes que lo necesitan. Durante el presente capítulo, desarrollaremos una serie de críticas y propuestas normativas que, desde nuestra perspectiva, podrían mejorar el acceso seguro e informado al producto del Cannabis Medicinal.

5.1. Cuestión previa: ¿es necesario regular el acceso al Cannabis Medicinal?

Para poder responder adecuadamente la pregunta planteada como cuestión previa al presente capítulo, es necesario remitirnos a las bases y a los motivos que permiten al Estado regular una actividad o un sector.

Antes que nada, es importante partir de la idea de que el mercado no es perfecto. A pesar de que es necesario darle la mayor libertad posible y no restringirlo injustificadamente, el mercado, como decía Gaspar Ariño, necesita del Estado. Es así que el Estado puede y debe regular el mercado en ciertas circunstancias y siempre y cuando pueda asegurarse de que su actividad no dañará más el mercado(16). Como indica Breyer, el mercado no regulado es la norma, lo que hace que cuando el Estado necesite intervenir deberá justificarlo demostrando que es necesario para lograr objetivos que, de lo contrario, un mercado no regulado no podría lograr (2006, p. 9). Asimismo, según Barrantes, será necesario que el Estado intervenga cuando (i) tenga la capacidad de hacerlo; (ii) se necesite corregir posibles ineficiencias del mercado; (iii) resulte estrictamente necesario hacerlo; y (iv) se busque garantizar la equidad en la sociedad (2019, p. 23).

(16) La intervención del Estado en el marco de una Economía de Mercado también está infundida por una serie de principios y presupuestos constitucionales que guían su actividad. Según Cosculluela y López (2011), estos principios son: (i) el respeto y la garantía a la economía de mercado; (ii) la unidad del mercado nacional; (iii) la protección del consumidor; (iv) la protección del medio ambiente; (v) la racionalidad y proporcionalidad; (vi) la menor onerosidad en intervenciones que restrinjan la libertad de empresa; (vii) confianza y buena fe; (viii) la sumisión a las reglas de la competencia; y, (ix) la agilidad y eficacia en todas las actividades públicas. Al respecto, *véase* Cosculluela y López (2011, pp. 21-30).

(17) Para mayor desarrollo de las ideas de Breyer, *véase* Sacristán (2016, pp. 77-104).

(18) A efectos del presente artículo utilizaremos la interpretación de Bullard acerca del Teorema de Coase, según la cual el mismo tiene dos formulaciones, ambas relacionadas con la importancia de las soluciones legales o transaccionales en la búsqueda de soluciones

Como ya intuirá el lector, no es necesario que el Estado lo regule absolutamente todo. Es por ello que, para que la actividad de limitación se lleve a cabo de manera adecuada, se requerirá que el Estado tenga fundamentos suficientes para hacerlo. Según Breyer, "la regulación solo se justifica si logra a un costo no tan elevado los objetivos de política que un consenso de observadores racionales consideraría de interés público" (2006, p. 10)[17]. Asimismo, la idea de Breyer va de la mano con lo planteado en su momento por Coase acerca de la intervención del Estado en la búsqueda de soluciones eficientes en el mercado. Al respecto, dicho autor es de la idea de que en caso los costos de transacción sean demasiado altos, es de importancia la solución legal que se adopte para llegar a la solución más óptima y deseable (Bullard, 1991, p. 68)[18]. En la misma línea, Ariño indica que será necesario regular solo en aquellas actividades que necesiten del Derecho para mantenerse en marcha dentro de un equilibrio prestablecido y de parámetros estables (2006, pp. 10-11).

Ahora bien, ¿resulta de interés público regular el acceso al Cannabis Medicinal?, ¿necesita el Cannabis Medicinal del Derecho para garantizarle un acceso de calidad?, ¿existen justificaciones al establecimiento de un marco regulatorio del Cannabis Medicinal?

Al respecto, consideramos que la existencia de una regulación específica del Cannabis Medicinal tiene bastante relación con las políticas y planes emprendidos con el Estado de lucha contra las drogas, los cuales son temas de interés público. Como se indicó en el segundo capítulo, la planta del Cannabis es un insumo esencial en la producción de la Marihuana, la cual es una droga actualmente prohibida para su comercialización por la legislación nacional. En ese sentido, el Gobierno peruano publicó el año 2020 la Política Nacional Contra las Drogas al 2030, según la cual los cultivos ilícitos, el tráfico ilícito y el consumo de drogas son problemas públicos contra los cuales el Estado se encuentra obligado a tomar acciones (2020, p. 26). Desde esta perspectiva, la acción del Estado en el caso del Cannabis Medicinal resulta necesaria pues sirve para evitar que insumos que están siendo utilizados con fines medicinales sean desviados y sean posteriormente utilizados con fines psicoactivos o potencialmente ilegales.

En esa misma línea, regular el acceso al Cannabis Medicinal resulta de interés público, pues se encuentra de por medio el ejercicio del derecho fundamental a la salud, derecho de carácter social que requiere de prestaciones y acciones específicas, tanto positivas como negativas, por parte del Estado para su ejercicio. Desde esta perspectiva, la acción del Estado, tanto limitando como permitiendo, es necesaria, pues se debe asegurar el acceso a los productos derivados del Cannabis que tengan uso medicinal, siempre y cuando dicho acceso se dé con las condiciones descritas en el capítulo 3.

Sin embargo, si bien es cierto es importante regular el acceso al Cannabis Medicinal, llegar al extremo de la sobre regulación o de una regulación en exceso restrictiva puede generar efectos contrarios a la solución de los problemas planteados inicialmente. Como bien indica Breyer, establecer estándares o limitaciones estrictas dentro de mercados regulados puede ser causante de problemas en la competencia debido al costo transaccional alto que genera tanto entrar al mercado como hacer negocios (2006, pp. 21-22). La posibilidad de crear empresas encargadas del proceso de producción del Cannabis Medicinal que entren al mercado y compitan dentro de él disminuye considerablemente si la regulación llega a ser tan restrictiva que ni siquiera es posible acceder a él. Inclusive, se puede correr el riesgo de que se creen mercados negros al margen de la ley a los cuales los consumidores se vean obligados a acceder por necesidad[19].

---

eficientes. Otros autores, como Pasquel (2004), no están de acuerdo con dicha interpretación del Teorema, pues consideran que Coase en ningún momento propuso que es necesaria la intervención del Estado en un escenario de altos costos de transacción (pp. 125-126). Incluso, para él, Coase creería que el mercado debería dejar todo en su lugar y no atender el problema (p. 126). Sin embargo, como mencionamos, no estamos de acuerdo con la posición de Pasquel por razones que exceden al motivo del presente artículo. En ese sentido, utilizaremos la posición planteada por Bullard a efectos de este artículo.

(19) No es un secreto para nadie que hoy en día existe un mercado negro de venta del Cannabis Medicinal por Internet. El lector puede entrar a páginas como Marketplace, Mercado Libre u otras de comercio en línea y encontrará una inmensa cantidad de productos hechos a base de CBD (principalmente aceites, cremas y vapeadores) que son ofrecidos al público totalmente al margen del mercado legal y sin restricción alguna para su acceso. Claramente, al no cumplir con los procedimientos legales ni haber pasado por controles de calidad, estos productos son potencialmente perjudiciales para la salud del consumidor. Ante ello, por un tiempo, el legislador intentó limitar la venta por Internet de todo producto del Cannabis Medicinal. Como el lector imaginará, esta medida no trajo más resultados que dos líneas más en un papel y ninguna sanción efectiva. Nuevamente, regular más no es efectivo. Regular adecuadamente y cuando sea necesario sí lo es.

Por otro lado, en el caso de las asociaciones de cultivo asociativo, hasta la fecha de publicación del presente artículo, ninguna asociación ha podido inscribirse en el registro correspondiente . Esto se debe a que, según la segunda disposición complementaria final del Decreto Supremo 004-2023-SA, las nuevas disposiciones aprobadas en el Reglamento, entre las que se encuentra el mencionado registro, serán válidas recién seis meses después de su publicación; es decir, en agosto de 2023. En teoría, sin ese registro, ninguna asociación estaría autorizada a funcionar, pues solo con el registro se autoriza la producción artesanal del Cannabis Medicinal. Hasta que ello suceda, muchos pacientes no podrán acceder al producto y verán definitivamente afectado su derecho a la salud.

En ese sentido, nuestra posición es que sí resulta necesario regular el Cannabis Medicinal, pero tomando en cuenta criterios sobre qué es importante y razonable regular y qué no. Y, principalmente, no usar el temor o el paternalismo excesivo como justificación regulatoria.

5.2. Problemas y propuestas de cambio y mejora

A lo largo de los últimos años, se han evidenciado una serie de fallas dentro del mercado del Cannabis Medicinal que hacen necesario tanto regular como desregular. A continuación, compartimos una serie de propuestas al respecto:

- Uno de los problemas más grandes identificados no solo a nivel nacional sino incluso desde la experiencia comparada es la baja confianza de los médicos en recetar el Cannabis Medicinal. Al respecto, según datos del Ministerio de Salud, al 2021 solo 691 médicos a nivel nacional habían recetado productos derivados del Cannabis (Congreso de la República, 2021, pp. 13-14). Un problema similar ha sido identificado en Uruguay, donde a pesar de los importantes avances normativos, los médicos aún son renuentes a recetar el Cannabis Medicinal debido principalmente a la falta de información acerca de la dosificación, los posibles riesgos y precauciones, la variedad de productos, entre otros (Queirolo et. al, 2021, p. 32).

  Creemos que el problema uruguayo se está replicando en el Perú. El número de personal de salud realmente preparado para recetar Cannabis Medicinal es bastante bajo, lo que genera, entre otros factores, que no sea un medicamento accesible al sector de la ciudadanía que lo necesita.

  Ahora bien, ¿este problema se puede solucionar desde la regulación? Consideramos que sí. Tengamos en cuenta que la regulación no sirve solo para sancionar, sino también para incentivar actividades. En ese sentido, se pueden brindar incentivos a los médicos para que se capaciten en el uso del Cannabis Medicinal, además de crear un registro de médicos capacitados para recetar dicho producto. La creación de este debe ir de la mano con la promoción de programas de capacitación para médicos (tanto desde el sector público como privado) en los que se brinde información acerca de la composición del Cannabis Medicinal, los casos en los que se justifica su prescripción, su dosificación, los posibles efectos secundarios de su uso, entre varios otros temas necesarios. En ese sentido, es importante que se incentiven fórmulas mediante las cuales los *gaps* de acceso a la información se vayan cerrando.

  Después de solucionado el asunto de la información de los médicos podríamos pensar en opciones regulatorias más restrictivas, pero que van en consonancia con la protección del derecho a la salud; como, por ejemplo, la posibilidad de que los médicos formen parte de las asociaciones de pacientes de cultivo artesanal o los estándares éticos de la relación médico-paciente para la prescripción del Cannabis desarrollados por Carracedo y explicados en el capítulo 3 del presente.

  Asimismo, el cierre de la brecha de información abriría una puerta sumamente importante que no ha sido del todo explotada en nuestro país: las fórmulas magistrales. Como se explicó previamente, estudios han demostrado que la mezcla del CBD con el THC y con otros cannabinoides tiene propiedades medicinales incluso mayores que el solo CBD. Entonces, al ser cada caso particular, el pesaje que se requiere para cada situación varía, lo que hace importante que existan químico farmacéuticos preparados para la elaboración de las fórmulas magistrales recetadas por los médicos. En ese sentido, un mayor conocimiento de los químicos farmacéuticos sobre los pesajes y la preparación del producto permitiría mayor efectividad en los tratamientos y, con ello, una mejor protección del derecho a la salud.
- Otro problema bastante grande que se ha detectado dentro del mercado del Cannabis Medicinal es la baja producción nacional del mismo, aunado ello con la baja disponibilidad de dicho producto en el mercado formal. A la fecha, solo hay dos empresas en todo el país que cuentan

con licencia para la producción del Cannabis Medicinal, una con cultivo y la otra sin cultivo. Creemos que ello se debe a la sobre burocratización de los procesos del Estado y a los bajos incentivos que el mismo brinda para el ingreso en el mercado de nuevos competidores que puedan abrir el mercado.

La apertura del mercado del Cannabis Medicinal generaría mayores incentivos para la inversión, la disminución en los precios de los productos, la descentralización del mercado y un mayor acceso de los consumidores al mercado formal. Hoy en día, el paciente que necesita del Cannabis Medicinal no puede acceder a él con facilidad debido a la baja cantidad de distribuidores autorizados del mismo (existen 63 establecimientos autorizados para su comercialización a nivel nacional); a los altos precios de los productos formales (un promedio de más de 100 soles por frasco en el sector privado y de 50 soles en la única farmacia de la DIGEMID autorizada a nivel nacional) y al alto nivel de centralización del mercado (de los 63 establecimientos autorizados, solo 8 se encuentran fuera de Lima a pesar de la gran demanda por los productos del Cannabis Medicinal a nivel nacional). Esta imposibilidad ha llevado a un amplio sector de pacientes a tener que recurrir al mercado informal del Cannabis Medicinal, el cual resulta más peligroso y potencialmente dañino que el mercado formal debido a la falta de controles de calidad de sus productos y a la inexistencia de licencias que garanticen la procedencia de este.

Sin embargo, abrir el mercado no significa eliminar las licencias y registros creados. Estos son útiles, puesto que brindan las garantías necesarias de calidad a los pacientes que requieren de los productos. Lo que ayudaría a dinamizar estos procesos sería diseñarlos de tal manera que sean eficientes y, en todo cuanto sea posible, que sean de aprobación automática. También resultaría de utilidad que los plazos de su aprobación sean lo más expeditos posibles y que no incluyan barreras irrazonables. Asimismo, esta dinamización incluye capacitar a los servidores públicos encargados del proceso de toma de decisiones en torno a la entrega de licencias.

- Una problemática que resulta igual de preocupante es la falta de información de parte de los pacientes en lo relativo al Cannabis Medicinal. Más allá de que los médicos en muchos casos no han sido capaces de brindar información adecuada debido a sus propias deficiencias de información, es necesario que se rompan mitos acerca del Cannabis Medicinal, en especial aquellos que desincentivan su uso equiparándolo con el Cannabis para usos recreativos. Como indican Sunstein y Thaler, si en el contexto del mercado de los medicamentos de prescripción muchas personas se sienten confundidas o desinformadas, el mercado no recibirá las señales necesarias para funcionar adecuadamente (2009, p. 188) [(20)].

  Es importante tener en cuenta que informar no significa de ninguna manera incentivar a la automedicación, la cual no es recomendable en ninguna circunstancia. Informar implica indicar las diferencias del Cannabis Medicinal con el Cannabis para usos recreativos, sus potenciales beneficios en la salud de los pacientes y las situaciones en las cuales podría ser utilizado, siempre y cuando se cuente con prescripción y seguimiento médico.

  A su vez, la existencia de programas informativos adecuados podría legitimar a que, en un futuro, se retire la necesidad de solicitar receta médica (sea esta simple o especial) para el expendio de productos que tengan solo CBD. Ello no resulta lesivo contra la lucha contra el tráfico ilícito de drogas pues, como bien explicamos en el capítulo 2, el CBD no tiene propiedades psicoactivas, a diferencia del THC que sí las tiene.

- Una propuesta que consideramos podría englobar parte de las propuestas esgrimidas a lo largo del presente artículo sería la creación de un programa nacional encargado de velar por el acceso al Cannabis Medicinal, en el marco de lo permitido por la Ley Marco de Modernización de Gestión del Estado, Ley 27658. Este programa, potencialmente a cargo del Ministerio de Salud, pero en el que participen organismos como el Ministerio del Interior o el Ministerio de Trabajo (como encargado del Seguro Social de Salud), y en el cual se centralicen las funciones referidas a la aprobación de licencias, la gestión de registros y la promoción de la investigación y

(20) Si bien es cierto la cita mencionada se refiere al caso estadounidense y, en específico, al programa Medicare y su división de subsidios para la cobertura de recetas médicas llamada "Parte D", consideramos que la conclusión acerca de la necesidad de información dentro del mercado de los medicamentos es igual de aplicable para el mercado nacional. Para más información, *véase* Sunstein y Thaler (2009, pp. 185-202).

del conocimiento médico en todo lo relacionado con el Cannabis Medicinal. Un órgano especializado generaría eficiencia en la gestión de procedimientos administrativos, mayor calidad en la toma de decisiones en las licencias y sanciones, mayor capacidad en la inspección y supervisión de posibles fallas en la calidad de los productos, menor burocratización en los procedimientos y, con todo ello, una protección adecuada del derecho fundamental a la salud de los pacientes.

La experiencia comparada resulta positiva en cuanto a la aplicación de programas similares al presentado. Por ejemplo, en Uruguay existen tanto el Instituto de Regulación y Control del Cannabis, así como el Programa Nacional del Cannabis Medicinal y Terapéutico. Por un lado, el primero centraliza el trámite de autorizaciones y el desarrollo de actividades encargadas de la producción de conocimiento científico mediante investigaciones. Por otro lado, el Programa tiene como objetivo la mejora de la calidad de vida de los pacientes del Cannabis Medicinal mediante la promoción de la formación del personal de salud, y la generación y distribución de información a los usuarios acerca de los potenciales riesgos y beneficios del uso del Cannabis Medicinal(21).

Otro ejemplo de un caso similar lo tenemos en Argentina, donde existe el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta del Cannabis, y sus Derivados y Tratamientos No Convencionales. Este programa, similar a nuestra propuesta, se encuentra bajo las funciones del Ministerio de Salud de la Argentina (en específico, de la Dirección Nacional de Medicamentos y Tecnología Sanitaria) y tiene como funciones tanto la expedición de autorizaciones para el cultivo y aprovisionamiento del Cannabis Medicinal, la promoción de la investigación y el desarrollo de programas de concientización y capacitación tanto a la comunidad como a los médicos.

Nuestra propuesta, nuevamente, no implica la creación de dos órganos distintos (como en el caso uruguayo), sino de uno solo que centralice tanto la labor de promoción, de información y de autorización de los productos derivados del Cannabis Medicinal.

5.3. ¿Es necesario regular el autocultivo?

Un tema que ha generado opiniones encontradas en lo relativo a la regulación del Cannabis Medicinal refiere a si es que es o no necesario regular el auto cultivo; es decir, regular la posibilidad de que una persona haga su propio cultivo de plantas de Cannabis o si es que de por sí ello ya se encuentra permitido.

Como se mencionó en el subcapítulo 4.7, un grupo de reconocidos penalistas argumenta que lo que sanciona en realidad el tipo penal es la comercialización del Cannabis, mas no su cultivo o su consumo personal. En ese sentido, en tanto no se está vulnerando el bien jurídico protegido por el tipo penal, no es posible imponer una sanción penal. Con dicho argumento, entonces, el auto cultivo y posterior consumo del Cannabis Medicinal ya se encuentra permitido por la normativa.

Sin embargo, en el Perú aún le tenemos horror al vacío regulatorio. Muchas veces el operador jurídico necesita ver a la norma como la Capilla Sixtina: sin un espacio dejado en blanco. Lamentablemente vivimos en una realidad en la que los fiscales y la policía se apegan con terquedad a la norma. A pesar de ello, mantenemos nuestra posición de que no es necesario regular el autocultivo y, con ello, tampoco es necesario crear ninguna licencia o promover ningún registro (más allá del RENPUC) para tener un cultivo de Cannabis con fines medicinales para uso propio. En ese sentido, nuestra posición es que no es necesario regular el auto cultivo del Cannabis Medicinal pues este ya se encuentra de por sí permitido implícitamente por la normativa administrativa y penal.

6. Conclusiones

En conclusión, regular el acceso al Cannabis Medicinal sí es necesario y se encuentra justificado por la existencia de un interés público de por medio que el Estado tiene el deber de proteger, como lo es la salud pública. Sin embargo, el marco normativo y regulatorio que tiene el Cannabis Medicinal en nuestro país aún dista de ser eficiente en cumplir el objetivo de proteger adecuadamente el derecho a la salud de los pacientes. Si bien es cierto la promulgación de la Ley 31312 y del Decreto Supremo 004-2023-SA ha supuesto avances importantes en el proceso de reconocimiento de los derechos, aún no es suficiente, pues los procedimientos de obtención de licencias, tal y como están planteados, resultan ser en la práctica barreras de acceso al mercado.

Para solucionar dicha problemática se han planteado, como propuesta general, la

(21) Al respecto, *véase* los artículos 10 al 12 de la Ley No. 19847-2019 del Uruguay.

creación de un Programa Nacional encargado de velar por el acceso al Cannabis Medicinal. Dicho programa, potencialmente adscrito al Ministerio de Salud y con competencias amplias en la aprobación de licencias y programas, sería de gran ayuda para agilizar la entrega de licencias y, con ello, posibilitar el acceso al producto del Cannabis Medicinal. Asimismo, esta medida también ayudaría a potenciar la investigación científica y a brindar la información necesaria a los pacientes.

Asimismo, el acceso al Cannabis Medicinal tiene particular importancia por su relación con el derecho fundamental a la salud. El Estado, en ese sentido, tiene tanto la obligación de garantizar su cumplimiento, ya sea mediante medidas positivas (como normas, la garantía en los estándares o las prestaciones directas), como negativas (que implican deberes de abstención). Esta relación, a su vez, implica que el producto del Cannabis Medicinal debe ser accesible, aceptable, de calidad y estar disponible para los sectores de la ciudadanía que así lo requieran.

Desde el punto de vista del derecho penal, el consumo, producción y expendio del Cannabis Medicinal no tiene por qué configurarse como un delito, pues no existe vulneración alguna al bien jurídico protegido del delito previsto en el artículo 296-A del Código Penal, el cual es la salud pública. Como se mencionó, sería un completo sinsentido sancionar a un sujeto por un delito cuyo bien jurídico protegido es la salud pública justamente cuando lo que busca al consumir el Cannabis Medicinal es preservar su salud o la de un tercero. Asimismo, por esta misma línea interpretativa es que podemos considerar que el autocultivo del Cannabis Medicinal sí se encuentra permitido.

Finalmente, pido al lector regresar al caso presentado en la introducción. ¿No es acaso justa la actividad de los miembros de "El Jardín de María José" y de otras asociaciones de cultivo asociativo? ¿No es justo que los pacientes que necesiten del Cannabis Medicinal puedan acceder a él? Desde una perspectiva aristotélica e, incluso, kantiana, es totalmente justo que quienes necesiten del Cannabis Medicinal para calmar sus dolores puedan acceder a dicho producto. En tanto es justo, tanto el Derecho, los operadores jurídicos y el Estado están en la obligación brindar las herramientas adecuadas para que su acceso no quede solo en un compendio normativo o en un artículo jurídico.

Referencias bibliográficas

Ariño, G. (2006). Logros y fracasos de la regulación. *Revista de Derecho Administrativo*

Económico, (16), 7-22. https://doi.org/10.7764/redae.16.1

Azabache, C. (2021). *Amicus Curiae* [Documento legal]. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/AMICUS%20CURIAE.pdf

Balneaves, L., Alraja, A., Ziemianski, D., McCuaig, F. & Ware, M. (2018). A National Needs Assessment of Canadian Nurse Practitioners Regarding Cannabis for Therapeutic Purposes. *Cannabis and Cannabinoid Research, 3*(1). https://doi.org/10.1089%2Fcan.2018.0002

Barrantes, R. (2019). *Teoría de la Regulación*. Material de enseñanza No. 4. Departamento de Economía, Pontificia Universidad Católica del Perú. https://files.pucp.education/departamento/economia/ME004-1.pdf

BBC News Mundo. (23 de noviembre de 2018). *Cuáles son los 38 productos que contienen cannabis legalizados en México (y que no tendrán efectos sicotrópicos)*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46323911

Breyer, S. (2006). Analizando el fracaso en regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictas y reforma. *THEMIS Revista de Derecho,* (52), 7-42.

Bullard, A. (1991). Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991. *Apuntes Revista de Ciencias Sociales,* (28), 65-71. https://doi.org/10.21678/apuntes.28.327

Campuzano, J.F. (1 de marzo de 2021). *Estos son algunos de los productos derivados del cannabis que se han puesto de moda*. La República. https://www.larepublica.co/ocio/estos-son-algunos-de-los-productos-que-el-cannabis-puso-de-moda-en-colombia-3132433

Carracedo, S. (2019). Consideraciones bioéticas sobre la relación médico-paciente para el uso del cannabis medicinal en Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, 36*(2), 334-340. https://doi.org/10.17843/rpmesp.2019.362.3293

Chambergo-Michilot, D. y Velit-Rios, B. (2019). Producción científica peruana sobre cannabis en tres bases de datos. *Anales de la Facultad de Medicina, 80*(3), 397-398. http://dx.doi.org/10.15381/anales.803.16311

Coase, R. (1995). El problema del costo social. *Estudios públicos,* (45), 81-134. https://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635. 03 de abril de 1991 (Perú).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf

Congreso Constituyente Democrático (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Congreso de la República del Perú (2017). *Primera Legislatura Ordinaria de 2017 - Diario de los Debates. 16.ª sesión (Matinal) del jueves 19 de octubre de 2017* [Diario de Debates], pp. 70-129.

Congreso de la República del Perú (2017, 16 de noviembre). Ley 30681. Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados. Diario Oficial El Peruano. https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-el-uso-medicinal-y-terapeutico-del-cannabis-y-ley-n-30681-1587374-1/

Congreso de la República del Perú (2021, 23 de julio). Ley 31312. Ley que incorpora y modifica artículos de la Ley 30681, Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados. Diario Oficial El Peruano. https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-incorpora-y-modifica-articulos-de-la-ley-30681-ley-ley-n-31312-1976352-1/

Consejo Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (2020).

Cosculluela, L. y López, M. (2011). *Derecho Público Económico*. IUSTEL.

Duvall, C. (2014). *Cannabis*. Reaktion Books.

García Calderón, M.I. (2017). *La despenalización del Cannabis Sativa y el derecho a la salud* [Tesis para optar al título profesional de abogada, Universidad de Lima]. Repositorio institucional de la Universidad de Lima. https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/6052

Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la "Regulación". *IUS ET VERITAS,* 40, 302-344. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP.

Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Nugent, J. (27 de mayo de 2022). *El último y complicado tramo hacia la regulación del cannabis medicinal en Perú*. Ojo Público. https://ojo-publico.com/3503/el-ultimo-tramo-hacia-la-regulacion-del-cannabis-medicinal-en-peru

Pasquet, E. (2004). Expropiación: una visión económica alternativa. *THEMIS Revista de Derecho*, (48), 123-132.

Paucar, J. (04 de setiembre de 2020). *Demoras burocráticas impiden acceso real a medicamentos cannabinoides*. La Mula. https://redaccion.lamula.pe/2020/09/04/policia-peru-dirandro-cannabis-fitofarmacos-medicamentos-farmacias-laboratorios-acceso-salud/jorgepaucar/

Paucar, J. (27 de setiembre de 2021). *¿Por qué la mayoría de usuarios medicinales de cannabis no compra en establecimientos autorizados?* La Mula. https://lamula.pe/2021/09/27/cannabis-medicina-peru-acceso-real-cultivo-asociativo-reglamento-reporte-setiembre-ministerio-salud/jorgepaucar/

Paucar, J. (2022, 08 de agosto). *¿Por qué la Policía detiene a pacientes de cannabis si Perú ya tiene dos leyes?* La Mula. https://redaccion.lamula.pe/2022/08/08/por-que-la-policia-detiene-a-pacientes-de-una-asociacion-cannabica-registrada/jorgepaucar/

Philpot, L., Ebbert, J. & Hurt, R. (2019). A survey of the attitudes, beliefs and knowledge about medical cannabis among primary care providers. *BMC Family Practice, 20*(1). https://doi.org/10.1186/s12875-019-0906-y

Piomelli, D. and Russo, E.B. (2016). The *Cannabis sativa* Versus *Cannabis indica* Debate: An Interview with Ethan Russo, MD. *Cannabis and Cannabinoid Research,* 1(1), 44-46. https://doi.org/10.1089/can.2015.29003.ebr

Prado Saldarriaga, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial PUCP.

Presidencia de la República del Perú (2019, 21 de febrero). Decreto Supremo 005-2019-SA. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados. Diario Oficial El Peruano. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297302/Decreto_Supremo_N%C2%BA_005-2019-SA.PDF

Presidencia de la República del Perú (2023, 27 de febrero). Decreto Supremo 004-2023-SA. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados. Diario Oficial El Peruano. https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-que-regula-el-uso-decreto-supremo-n-004-2023-sa-2155611-1

Queirolo, R., Sotto, B., & Álvarez, E. (2021). Cannabis Medicinal en Uruguay: Estudio sobre la comunidad médica y los desafíos persistentes. Documento de trabajo. Universidad Católica de Uruguay. https://www.colegiomedico.org.uy/wp-content/uploads/2021/08/Informe-Cannabis-Medicinal-en-Uruguay.pdf

Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (2022, agosto). *Cannabis Medicinal en el Perú: Registro de pacientes*. https://www.estudiorodrigo.com/life-sciences-cannabis-medicinal-en-el-peru-registro-de-pacientes/

Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (2023, marzo). *Boletín Cannabis Medicinal - Marzo 2023*. https://www.estudiorodrigo.com/boletin-cannabis-medicinal-marzo-2023/

Sacristán, E. (2016). Teoría de la regulación (en especial, acerca de los fundamentos de la regulación). *Derecho PUCP,* (76), 77-104. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.003

Salomé, L. (2022). *Derechos sociales. Trabajo, educación, salud y pensión*. Palestra Editores.

Sativa Info Perú. (27 de diciembre de 2021). *José Ugaz sobre Ley de Cultivo Asociativo (Entrevista de Pedro Wong)* [Video]. Youtube. https://youtu.be/0j3JFsZjga8

Small, E. (2017). *Cannabis. A Complete Guide*. CRC Press.

Sunstein, C. y Thaler, R. (2009). *Un pequeño empujón (Nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Taurus.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 2945-2003-AA/TC; 20 de abril de 2004.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.015

Errores probatorios en materia tributaria(*)

Evidentiary errors in tax law

César Alejandro Dávila Alvarado(**)
CMS Grau (Lima, Perú)

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivos: (i) a nivel conceptual, presentar una tipología (no exhaustiva) de errores probatorios que se presentan usualmente en los procedimientos y procesos tributarios en el Perú, agrupados en función a las etapas de la actividad probatoria donde se producen, y proponer un aparato terminológico que permita describir con mayor poder explicativo lo que ocurre cuando se decide sobre la premisa fáctica en los procedimientos y procesos tributarios. Asimismo, (ii) a nivel dogmático, analizar cuáles serían los efectos jurídicos que se siguen como consecuencia de dichos errores, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Palabras clave: Medios probatorios - Razonamiento probatorio - Valoración probatoria - Estándar de prueba - Carga de la prueba - Errores probatorios

Abstract: The aims of this paper are: (i) at a conceptual level, to present a typology (not exhaustive) of evidentiary errors that usually occur in tax proceedings and processes in Peru, grouped according to the stages of the evidentiary activity where they occur, and to propose a terminological apparatus to describe with greater explanatory power what happens when a decision is made on the factual premise in tax proceedings and processes. Similarly, (ii) with regards to the dogmatic dimension, an examination shall be undertaken to scrutinize the legal ramifications ensuing from these errors, in strict accordance with the prevailing legal framework.

Keywords: Evidence - Evidentiary reasoning - Assessment of evidence - Standard of proof - Burden of proof - Evidentiary errors

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 1 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 21 de junio de 2023.

(**) Abogado por la Universidad de Piura (Piura, Perú). Maestrando del programa "Global Rule of Law & Constitutional Democracy" por la Universidad de Génova. ORCID: https://orcid.org/ 0009-0005-0839-6809. Correo electrónico: mdabogados.cdavila@gmail.com.

1. Introducción

El presente trabajo tiene dos tipos de objetivos[1]:

- A nivel conceptual, presentar una tipología (no exhaustiva) de errores probatorios que se presentan usualmente en los procedimientos y procesos tributarios en el Perú[2], agrupados en función a las etapas de la actividad probatoria donde se producen. Asimismo, se pretende proponer un aparato terminológico que permita describir con mayor poder explicativo lo que ocurre cuando se decide sobre la premisa fáctica en los procedimientos y procesos tributarios.
- A nivel dogmático, analizar cuáles serían los efectos jurídicos que se siguen como consecuencia de dichos errores, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Para dichos efectos, a nivel conceptual, la estrategia consiste en analizar la actividad probatoria que se desarrolla en los procedimientos y procesos tributarios a través del marco que proporciona la concepción racionalista de la prueba. Ello permitirá presentar la actividad probatoria divida en tres etapas, todas ellas dirigidas al objetivo institucional de la búsqueda la verdad (apartado 2). Así, se avanzará con una descripción sucinta de lo que ocurre en cada etapa, los problemas principales que persisten y, en especial, las reglas de derecho positivo y epistémicas presentes en cada una de dichas etapas (apartado 3). Ello permitirá presentar una tipología de errores en cada una de esas etapas, entendidos como desviaciones a las reglas mencionadas. Asimismo, se enfatizará un elenco de errores que son especialmente relevantes debido a su recurrencia (apartado 4.1).

Por otro lado, a nivel dogmático, se realiza una propuesta de los efectos jurídicos que podrían seguirse de la impugnación de los referidos errores probatorios, en especial, si ello genera una nulidad o revocación, según sea el caso (apartado 4.2). Finalmente, luego de efectuada distintas precisiones a lo largo del trabajo, se propondrá asumir un aparato terminológico conceptual más idóneo para describir lo que sucede cuando se decide sobre los hechos en los procedimientos y procesos tributarios (apartado 5).

Naturalmente, las conclusiones a las que se arriben en este trabajo son preliminares y únicamente pretenden proporcionar algunas bases conceptuales o terminológicas, que sirvan para clarificar el desarrollo y discusión, teórica y dogmática, alrededor de la actividad probatoria en materia tributaria.

2. El marco de la concepción racionalista de la prueba

La presentación de las etapas de la actividad probatoria que se hará a continuación asume como punto de partida la concepción racionalista de la prueba[3]. El postulado básico de dicha concepción consiste en comprometerse con la averiguación de la verdad como el objetivo institucional de la actividad probatoria. Ello supone aceptar que la decisión probatoria sólo puede ser justificada con base en razones epistémicas. Se trata de razones que funcionan como indicadores de la verdad, entendida como la correspondencia entre una proposición que afirma la existencia de un hecho y la realidad[4].

En el Perú, existen buenas razones de orden constitucional[5], legal[6] y

(1) El primer objetivo es teórico en el sentido que pretende proporcionar las bases de un aparato conceptual para describir los errores que se producen en los procedimientos y procesos tributarios. El segundo objetivo es más bien dogmático, pues propone una interpretación del ordenamiento jurídico vigente.

(2) Debido a su publicidad, se tomará como caso de análisis las resoluciones que resuelven recursos de apelación emitidas por el Tribunal Fiscal peruano, así como las sentencias emitidas por el Poder Judicial como consecuencia de demandas contencioso administrativas. Si bien el trabajo utiliza como caso de análisis la legislación y jurisprudencia peruana, considero que no existen mayores impedimentos para trasladar las herramientas conceptuales que acá se desarrollan (tales como, el aparato conceptual y terminológico sobre la actividad probatoria, el análisis crítico de cada una de las etapas de la actividad probatoria y los tipos de medios probatorios, o la tipología de errores probatorios epistémicos), para el análisis de otros ordenamientos jurídicos de la tradición del civil law.

(3) El abanderado en la teoría hispanohablante es, sin duda, el profesor Jordi Ferrer Beltrán. No obstante, para un análisis detallado acerca de los presupuestos de la concepción racionalista de la prueba, *véase* Accatino (2019).

(4) Al respecto, *véase* Dei Vecchi (2020b). De acuerdo con este autor, si la justificación de la decisión jurisdiccional está compuesta por la justificación de una premisa fáctica que constituye una *aserción*, esto es, una afirmación acerca del acaecimiento de ciertos hechos, entonces la actividad probatoria tendría que estar dirigida a determinar la verdad dicha afirmación.

(5) En efecto, puede encontrarse sustento constitucional de la concepción racionalista de la prueba. Me refiero a las garantías de *motivación de las decisiones jurisdiccionales*, del *debido proceso* y del *derecho a la prueba* reconocido por nuestro Tribunal Constitucional. Para un análisis ampliado sobre las razones de orden constitucional para asumir esta concepción, *véase* Dávila (2021, pp. 431-437).

(6) Se trata de la regulación legal de los principios de presunción de veracidad y verdad material que tendremos oportunidad de analizar.

jurisprudencial[7] para aceptar el postulado de la concepción racionalista, por lo que considero se trata de una asunción justificada[8].

3. Las etapas de la actividad probatoria

De acuerdo con la presentación dominante, es posible diferenciar tres etapas de la actividad probatoria[9] que se presentan en el marco de las decisiones jurisdiccionales (judiciales y administrativas):

a) Etapa de conformación de los elementos de prueba.
b) Etapa de valoración racional (individual y conjunta) de dichos elementos de prueba.
c) Etapa de la decisión probatoria.

El objetivo consiste en identificar una tipología de errores[10] que pueden presentarse en cada etapa de los procedimientos y procesos en materia tributaria debido a desviaciones o incumplimientos respecto de las reglas institucionales (o de derecho positivo) o reglas epistémicas correspondientes a cada una de dichas etapas.

Evidentemente, no se trata de etapas expresamente diferenciadas en nuestro derecho positivo. No obstante, aquellas pueden identificarse de una mirada a la estructura profunda de todo procedimiento o proceso encaminado a tomar una decisión acerca de si un hecho está probado para efectos de una decisión jurisdiccional (administrativa o judicial).

3.1. Etapa de conformación de los elementos de prueba

Esta etapa puede subdividirse, además, en una fase de ofrecimiento y admisión, y otra de práctica de los medios probatorios.

3.1.1. Ofrecimiento y admisibilidad de los medios de prueba

Si se asume el ideal de la verdad como objetivo institucional de la prueba, entonces esta fase debería estar dirigida a la acumulación del conjunto de medios probatorios relevantes y fiables más completo posible. Para dicho fin, el criterio primordial a evaluar en esta fase sería la relevancia del medio probatorio, debiendo admitirse o incorporarse al proceso o procedimiento todos aquellos que superen dicha evaluación. Se entiende que un conjunto de medios probatorios (relevantes y fiables) de mayor completitud incrementa las posibilidad de acierto de la decisión, incrementa el peso probatorio[11].

La relevancia de un medio probatorio respecto de una hipótesis «H», que es el objeto de prueba, supone que, al tenerlo en cuenta por sí solo o en conjunto con otros[12], impacta en alguna medida, incrementando o disminuyendo la justificación para afirmar el contenido de dicha hipótesis[13]. Por otro lado, la fiabilidad refiere a la verosimilitud del medio probatorio por sí mismo, así como de la información que de él se extrae[14].

(7) Cada vez más, se puede identificar en la jurisprudencia la aplicación de la concepción racionalista de la prueba. Una buena evidencia de ello es el X Pleno Casatorio Civil (Casación No. 1242-2017-Lima Este).

(8) No obstante, también existen razones de mayor alcance. Se afirma que, si la verdad no fuera el objetivo de la actividad probatoria, todo el derecho perdería su capacidad de servir como guía de conducta mediante normas generales. Se trata de una razón técnica, pues si los efectos jurídicos previstos en dichas normas se aplicasen aun cuando no fuera verdad que se ha realizado su supuesto de hecho, entonces para los sujetos sería indiferente conducirse de una u otra manera (Dei Vecchi, 2020b).

(9) Al respecto, *véase* Ferrer (2007, 2022) y Dei Vecchi (2020b). Vale aclarar que, en cualquier caso, esta presentación en fases de la actividad probatoria es solo una representación teórica que posee como objetivo describir de manera más estructurada lo que realizan los funcionarios, dividiendo su actividad en fases o momentos arquetípicos aunque sus contornos puedan no ser exactos.

(10) Para estos efectos, se utilizará una *noción estructural* de "*error*", entendido como un término que describe "una relación de ajuste de una cosa con otra; o para describir el resultado de una operación de contraste entre una cosa y un *parámetro* o *criterio prefijado*. Cuando el ajuste se produce, o el contraste arroja conformidad, se dice que la cosa objeto de comparación es correcta; en caso contrario, se dice que es incorrecta, que es un "error" (Carbonell, 2017, p. 5).
Asimismo, se tratará de describir las reglas *institucionales (legales)* y *epistémicas*, presentes en cada etapa, pues serán esas reglas las que servirían de parámetro para evaluar la configuración o no del error.

(11) Puede ser útil mantener una distinción entre *valor y peso probatorios*. Conceptualmente, el primero mediría el grado de confirmación que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis, mientras el segundo el grado de completitud o riqueza del conjunto de elementos de juicio con el que se adopta la decisión. Así, mientras que el *valor probatorio* da cuenta de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, el *peso probatorio* determina la probabilidad de acierto de la decisión, ya sea de la verdad o falsedad de la hipótesis. Al respecto, *véase* Ferrer (2016, pp. 299-300).

(12) Aquí, sugiero tener en cuenta una distinción entre medios probatorios *concurrentes* que serían aquellos que en conjunto con otros poseen algún impacto en la confirmación (o negación) de la hipótesis y otros que serían más bien *redundantes*, pues ya no tienen ningún impacto en ese sentido.

(13) Para esta definición de "relevancia", *véase* Dei Vecchi (2020b, 43, 55).

(14) Para esta definición de "fiabilidad", *véase* Dei Vecchi (2020b, p. 58).

En el procedimiento tributario peruano, una muestra del compromiso con la relevancia, fiabilidad y completitud de los medios probatorios puede sustentarse en el hecho que nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General recoge el Principio de Verdad Material(15), en virtud del cual las autoridades deben utilizar todas las "medidas probatorias necesarias", incluso las no propuestas por las partes, para verificar los hechos que sustentan sus decisiones.

Evidentemente, los procesos y procedimientos requieren establecer la verdad de los hechos, pero también es necesario que las controversias se resuelvan de manera definitiva y en un tiempo razonable(16). Ello explica por qué en los ordenamientos jurídicos modernos la etapa de conformación de medios probatorios resulta particularmente reglada, pues es ahí donde se determina y acota el conjunto de medios probatorios que serán materia de análisis. Se trata de reglas institucionales referidas al tipo de medios probatorios admitidos, requisitos de ofrecimiento, a la preclusión procesal de su ofrecimiento, entre otras. De esta manera, sólo aquellos medios probatorios que cumplan con los criterios de relevancia y fiabilidad y, además, sean incorporados conforme a las reglas institucionales señaladas, podrán ser tomados en cuenta a efectos de la decisión(17).

Veamos, de manera sintética, cuáles serían esas reglas institucionales durante la fase de ofrecimiento y admisibilidad en el Perú:

- En lo que respecta al procedimiento administrativo, el Código Tributario ("CT") y la jurisprudencia han establecido reglas de admisibilidad de pruebas, en especial sobre (i) el tipo de medios probatorios admitidos (artículo 125)(18), incluidas (ii) las pruebas de oficio (artículo 126), (iii) reglas de preclusión de ofrecimiento (artículos 75,141,148)(19),así como unos (iv) requisitos específicos acerca del ofrecimiento de medios probatorios, que la jurisprudencia se ha encargado de ir delineando(20).
- Por otro lado, con relación al proceso judicial, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA) y la jurisprudencia también han hecho lo propio, estableciendo reglas referidas a (i) la preclusión procesal para el ofrecimiento (artículo 30)(21),

(15) Artículo IV. 1.11. Principio de verdad material. "En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público".

(16) Carbonell (2017, 2022) se ha encargado de resaltar esta tensión entre *corrección* (por ejemplo, de la decisión probatoria) y la *definitividad* de las decisiones jurisdiccionales (es decir, la necesidad de ponerle fin a las controversias). Dicha autora resalta cómo un modelo jurisdiccional debe hacerse cargo de aquella tensión, por ejemplo, seleccionando un número limitado de errores que habilitan la impugnación de decisiones.

(17) Como consecuencia ello, la valoración y decisión probatoria es siempre relacional al conjunto de los medios de prueba admitidos.

(18) Artículo 125. "Los únicos medios probatorios que pueden actuarse en la vía administrativa son los documentos, la pericia y la inspección del órgano encargado de resolver, los cuales serán valorados por dicho órgano conjuntamente con las manifestaciones obtenidas por la Administración Tributaria".

(19) Para un análisis crítico de las reglas de preclusión probatoria en el Código Tributario, *véase* Chau y Garay (2013), y Dávila (2021, p. 441 y ss.).

(20) Por ejemplo, en la Resolución del Tribunal Fiscal No. 577-4-2002, se establecieron un conjunto de condiciones que debe cumplir la *pericia* para calificar como tal, concluyendo que no califican como tales los informes de auditoría. En la misma línea, en la Resolución del Tribunal Fiscal No. 17524-4-2013, se señaló que, conforme al Código Procesal Civil, no califican como pericias los informes de auditoría, porque no están elaborados ni "dirigidos a resolver la controversia".
Además, en la Resolución del Tribunal Fiscal No.01451-2-2016 señaló que, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General, la *pericia* no puede ser ofrecida para que sea realizada por la Administración, sino que, para ser admitida como tal, el contribuyente debe proponer los peritos que la realizarían a su costa y precisar los aspectos sobre los cuales versará.
Por otro lado, en la Resolución del Tribunal Fiscal No. 478-1-2017, se estableció que no califica como *testimonio* las declaraciones presentadas por un proveedor, pues no se ajusta a ninguno de los supuestos previstos en el artículo 125 del CT.
También, en la Resolución del Tribunal Fiscal 18012-10-2013, se precisó que los *testimonios*, para calificar como tales, deben cumplir el régimen del artículo 62 numeral 4 del CT, lo que supone realizar una comparecencia con sus requisitos legales.
En todos estos casos, al no cumplir con las reglas de ofrecimiento, los medios probatorios no fueron considerados para efectos de la valoración probatoria.

(21) Artículo 30. Oportunidad: "Los medios probatorios deberán ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, acompañándose todos los documentos y pliegos interrogatorios. Se admitirán excepcionalmente medios probatorios extemporáneos, cuando estén referidos a hechos ocurridos o conocidos con posterioridad al inicio del proceso, vinculados directamente a las pretensiones postuladas (…)".

(ii) pruebas de oficio (artículo 31)[22] o (iii) ciertas reglas desarrolladas jurisprudencialmente[23] sobre la admisibilidad de medios probatorios específicos ofrecidos en sede judicial.

Sobre esto, debemos hacer dos comentarios. Primero, nótese que, en la etapa judicial, no existe una restricción sobre el tipo de pruebas admisibles, como existe en los procedimientos administrativos en materia tributaria en el Perú. De hecho, dicha restricción es exclusiva del procedimiento tributario, pues, para los demás procedimientos, el artículo 177 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece que pueden usarse "todos los medios de prueba necesario".

Lo anterior, sin duda, debe ser materia de crítica que impulse una modificación en la legislación, pues no se encuentra una justificación racional para dicha restricción, presente exclusivamente en el ámbito de los procedimientos tributarios[24]. Un listado numerus clausus de tipos de medios probatorios restringido para los procedimientos tributarios iría en contra del objetivo institucional de la actividad probatoria: la búsqueda de la verdad.

Segundo, una de las reglas institucionales del proceso judicial sujeta a mayores comentarios es la que recoge que "la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso" (artículo 29 de la LPCA), la que, bajo una interpretación concordada con los valores constitucionales y el valor de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria, no puede interpretarse como una restricción para la admisión de medios probatorios ofrecidos recién en sede judicial[25].

3.1.2. La práctica de los medios de prueba admitidos y la importancia del Principio de Presunción de Veracidad

En los procedimientos y procesos jurisdiccionales, en general, una vez que se determinan los medios probatorios admitidos, el paso siguiente es realizar la práctica (actuación, producción, desahogo, etc.) de los mismos. Se trataría de la fase dirigida a efectos de extraer de los medios probatorios la información o proposiciones que funcionen como elementos de juicio, es decir, los elementos de prueba que serán utilizadas

(22) Artículo 31. Pruebas de oficio: "Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes".

(23) Un caso muy interesante de analizar es el que versó sobre la admisibilidad de pericias de designación judicial ofrecida por el contribuyente, el cual se resolvió por el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. 04392-2019-PA/TC.

(24) Para mayores comentarios *véase* Dávila (2021, p. 437 y ss.).

(25) El actual artículo 29 de la LPCA señala: Actividad probatoria: "En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios. En el caso de acumularse la pretensión indemnizatoria, podrán alegarse todos los hechos que le sirvan de sustento, ofreciendo los medios probatorios pertinentes".
Existe una corriente de interpretación que señala que esta disposición prohibiría presentar medios probatorios más allá del expediente administrativo. Sin embargo, una interpretación acorde a las garantías constitucionales (motivación, debido proceso y derecho a la prueba), así como con la concepción racional de la prueba, concluiría que, si bien la actividad probatoria se restringe a las "actuaciones recogidas en el procedimiento", es decir, a los aspectos discutidos en el procedimiento administrativo, ello no impide la admisión de nuevos medios probatorios, siempre que estén referidos a dichos aspectos discutidos en etapa administrativa. Incluso, admite la presentación de medios probatorios de aspectos no discutidos en etapas administrativas siempre que se trate de "nuevos hechos". La Corte Suprema ha sido del mismo parecer en las Sentencias No. 3412-2008-Lima, 2081-2009-Lima, en donde se ha establecido que en instancia judicial existe la posibilidad de presentar nuevos medios probatorios, siempre que se trate de hechos discutidos en el expediente administrativo, pues el artículo 27 de la LPCA nunca restringió las pruebas presentadas recién en instancia judicial, siempre que versen sobre actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo y que incluso dicho dispositivo desde su nueva formulación (luego de la modificación por el DL 1067, publicado el 28 de junio de 2008), más bien amplía el alcance de la actividad probatoria respecto de los denominados "hechos nuevos". Más aún, un reciente criterio recogido en la Casación No.2779-2020 establece que, en sede judicial, los jueces se encuentran facultados en virtud al principio de "plena jurisdicción" a evaluar todos los medios probatorios presentados durante la etapa administrativa, incluso si se tratara de medios probatorios extemporáneos. En consecuencia, una interpretación conforme a los valores constitucionales señalados y que se comprometa con la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria debe concluir que en el proceso judicial pueden darse tres tipos de medios probatorios según su oportunidad: (i) los medios probatorios ofrecidos y admitidos en el procedimiento administrativo, (ii) los medios probatorios ofrecidos y admitidos recién en etapa judicial que versan sobre aspectos recogidos en el procedimiento administrativo y (iii) los medios probatorios ofrecidos y admitidos recién en etapa judicial que versan sobre "nuevos hechos".

en la fase siguiente de valoración para realizar las inferencias probatorias correspondientes.

En esta fase, cobra especial relevancia el principio de contradicción, por el que las partes pueden realizar diversos controles sobre las pruebas de su parte contraria, tales como cuestionar la fiabilidad, relevancia, o información que puede brindar un medio probatorio o presentar medios probatorios de sentido contrario; todo con el objetivo de asegurar la calidad epistémica de la información que se extrae de los medios probatorios admitidos. En general, las legislaciones no suelen contener mayores desarrollos con relación a la información que puede ser extraída de las evidencias admitidas, sino únicamente del ritual de práctica de medios probatorios, que debe seguirse por o ante las autoridades. En el Perú, la regulación de los procedimientos y procesos tributarios sigue la misma línea, es decir, existen reglas institucionales que, principalmente, establecen el ritual de práctica de los medios probatorios.

Sin perjuicio de ello, la LPAG recoge quizá uno de los aspectos institucionales más relevantes para tener en cuenta la actuación de medios probatorios en los procedimientos administrativos: se trata del Principio de Presunción de Veracidad, por el cual en la "tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman"(26). Si bien dicha presunción admite prueba en contrario, ello no afecta y no debería afectar el impacto de dicha regla al momento de determinar la información que proporcionan las evidencias presentadas por los administrados y/o contribuyentes. Pero, más allá de lo anterior, ante la ausencia de regulación legal referida a la información que puede ser extraída de los medios probatorios y, siempre que se acepte la búsqueda de la verdad como objetivo institucional, correspondería remitirse a consideraciones o criterios epistémicos para la realización de dicha labor.

El artículo 125 del CT peruano señala que solo pueden actuarse en vía administrativa documentos, pericias, inspección y las manifestaciones obtenidas por la administración. Por ello, resulta de provecho analizar los siguientes criterios epistémicos que podrían aplicar a cada uno de los tipos de medios probatorios señalados:

A) El caso de los "documentos"

Por lo general, los medios probatorios actuados tanto en sede administrativa como judicial son de tipo documental(27). En materia tributaria, son muchos los documentos usualmente presentados. Por analizar solo algunos de los casos más relevantes:

a) Documentos contractuales y similares,
b) Documentación corporativa interna,
c) Comprobantes de pago y documentos similares,
d) Libros y registros contables incluidos sus asientos contables y análisis,
e) Entregables de servicios y documentos similares, etc.

El criterio que vienen aplicando las autoridades es el siguiente: (i) que los documentos del a) al d), cuando están presentes por sí solos, no aportan más información probatoria sobre los hechos que alegan los contribuyentes y, sin embargo, (ii) cuando están ausentes sí servirían para refutar la verdad de dichos hechos(28). Sin embargo, ninguno de los extremos de dicho criterio tiene fundamento epistémico ni legal.

(26) Artículo 1.7 de la LPAG. Cabe recalcar que a la vez que se reconoce el "Principio de presunción de veracidad" en la fase de práctica de los medios probatorios, también se reconoce en la etapa de decisión sobre los hechos probados el "Principio de verdad material", lo cual da cuenta de una inclinación del legislador por comprometerse con el valor de búsqueda de la verdad a lo largo de todas las etapas de la actividad probatoria.

(27) De acuerdo con la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo 953, publicado el 05 de febrero de 2003, mediante el cual se modifica el Código Tributario, califica como documento: "todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho y en consecuencia al que se le aplica en lo pertinente lo señalado en el Código Procesal Civil". A su vez, de acuerdo con el artículo 234 del Código Procesal Civil: "son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado".

(28) El único caso en donde el criterio de las autoridades tendría justificación normativa sería el caso de la ausencia de comprobantes de pago, en donde las disposiciones legales en materia tributaria sí han vinculado su ausencia con la pérdida de algún efecto tributario (crédito fiscal, deducción de un gasto, etc.). Sin perjuicio de ello, la existencia de dichas disposiciones legales puede ser criticada desde un punto de vista epistémico orientado a la búsqueda de la verdad, pues nada impide que los hechos se acrediten con medios probatorios distintos a los comprobantes de pago. Esta crítica podría conducir incluso a una evaluación de la oportunidad de una modificación legislativa.

Veamos:

- Concluir que los tipos de medios de prueba del a) al d) no aportan información a la decisión probatoria no debería realizarse de forma autómata. Cuando se trata de casos en donde rige la libre valoración probatoria, es decir, cuando no operan reglas de *prueba tasada*, el aporte de información que un conjunto de evidencias proporciona o no, siempre debería ser el resultado de una evaluación epistémica.

  En un reciente trabajo, De Paula (2022) presenta algunos criterios epistémicos para efectuar dicha evaluación en el caso de documentos. Así, propone que el razonamiento probatorio con documentos debe tener en cuenta, cuando menos, lo siguiente: (i) que los documentos no son otra cosa que "un objeto, corpóreo o no, que contiene *signos* añadidos por humanos o máquinas", cuyos signos, *representan* alguna parte del "mundo de fuera"[29]; (ii) los cuales, siempre requieren de *interpretación*; (iii) que existen distintos tipos de *signos* conforme a su relación con el mundo: índices, iconos, símbolos[30]; (iv) que es importante entender el funcionamiento de los documentos para determinar las ocurrencias de cambios normales (*fisiológicos*) o anormales (*patológicos*)[31]; (v) así como conocer su origen, vale decir, si son elaborados por humanos o por máquinas, pues los primeros estarían sujetos además de errores honestos, a mentiras.

  De esto se sigue que los documentos presentados por los administrados o contribuyentes no pueden ser sin más descartados por no aptos para proporcionar información, sino que deben ser siempre *interpretados*. La interpretación supone ser consciente de que no existe una correspondencia unívoca entre un signo (*índices*, *iconos*, *símbolos*) y un único hecho, es decir, ser consciente de que existen una multiplicidad de posibilidades interpretativas. Por ello, el que examina una evidencia constituida por un documento tiene en realidad múltiples y distintas posibilidades interpretativas acerca de lo que éste prueba. Por ejemplo: ¿Qué prueba un contrato suscrito ante un notario público? ¿sólo que las partes han firmado un documento (soporte) que contiene ciertos signos? ¿o también que las partes se comprometen con las obligaciones que se entiendan expresadas en el documento? ¿la verdadera voluntad de las partes? ¿que los firmantes no tenían otro móvil oculto, o simulado? ¿serviría de prueba acerca de la realización de las prestaciones a las que se obligaron? etc. Sin duda, el decisor requiere estar atento a los cambios patológicos o deshonestidades que podrían estar afectando los documentos, pero eso no es suficiente para concluir que, en todos los casos, ciertos tipos de documentos no tienen ninguna aptitud para aportar información a la decisión probatoria.
- Es peor aun cuando las autoridades decisoras asumen que la presencia de las evidencias no aporta información para corroborar la hipótesis u objeto de prueba, pero la ausencia de las mismas evidencias sí determinaría que la hipótesis no se ha realizado.

  Conforme a lo expuesto, sobre los criterios epistémicos para extraer información de los medios probatorios documentales, es evidente que no existe un fundamento racional para afirmar que la ausencia de cierto tipo de evidencia necesariamente refuta la verdad de un cierto hecho. Una conclusión como esa solo puede ser resultado de la práctica del conjunto de documentos y en especial de su interpretación, así como de la realización de las siguientes etapas de la actividad probatoria (valoración individual y conjunta, así como la decisión probatoria). Pero más aún, para que la tesis de las autoridades sea válida, tendrían que justificar que dichas evidencias son siempre "necesarias", aunque no "suficientes" para acreditar la verdad de ciertos hechos. Sin embargo, ante la ausencia de reglas de pruebas

(29) Al respecto, *véase* De Paula (2022, pp. 10, 15).

(30) "Los índices tienen una relación causal automática con la realidad y cambian de acuerdo con ella. Es el caso de una radiografía, que cambia según el hueso esté o no fracturado. Del mismo modo, la fotografía de una persona sonriendo es diferente de otra tomada cuando la persona no sonríe. Los íconos son aquellos signos que tienen alguna relación de semejanza con la idea u objeto y no cambian automáticamente con la realidad. Por ejemplo, un dibujo o una representación gráfica tridimensional. Una persona que hace un dibujo o un muñeco en 3D de otra puede elegir dibujarle sonriendo, aunque en el momento en el que hizo el dibujo estuviera seria. El dibujo o la simulación serán «buenos» si guardan una semejanza considerable con la persona dibujada. Por último, los símbolos tienen un significado arbitrario, que se atribuye de acuerdo con hábitos colectivos. Es el caso de las palabras, las frases, los textos, como el de una señal de prohibida la entrada" (De Paula, 2022, p. 13).

(31) Entiéndase por cambios *patológicos* aquellos que no forman parte del funcionamiento natural de los documentos y *fisiológicos* aquellos que sí.

tasadas, no existe ningún tipo de medio de prueba que sea "necesario" en estricto sentido.

- Finalmente, de atenderse a nuestra particular regulación institucional, las autoridades decisoras deberían presumir que los documentos aportados por los administrados/ contribuyentes responden a la verdad de los hechos que afirman, este es el mandato establecido por el Principio de Presunción de Veracidad. Una forma coherente de interpretar esta "presunción" sería entenderla como una exigencia dirigida a las autoridades, de manera que solo podrían desconocer el aporte de información que un medio probatorio documental puede ofrecer a la decisión probatoria, así como el de los demás tipos de medios probatorios, como veremos más adelante, cuando cuenten con medios probatorios a su vez para su refutación o cuando existan sólidos fundamentos para cuestionar su fiabilidad.

B) El caso de las "pericias"

De acuerdo con cierta jurisprudencia del Tribunal Fiscal, una pericia calificaría como tal siempre que cumpla con un listado exigente de características[32]. Sin perjuicio de todo ese listado exigente, las autoridades suelen atribuir un nivel muy bajo de aporte de información a las pericias presentadas por los contribuyentes. La razón de fondo para que las autoridades califiquen así a las pericias sería principalmente que en la mayoría de los casos se tratan de medios probatorios de parte. Dentro de la tipología de pericias judiciales, podría distinguirse cuando menos entre las pericias oficiales y pericias de parte.

Las pericias oficiales usualmente refieren a pericias que son realizadas por expertos inscritos en un registro administrado por el Estado, cuya admisión está sometida a ciertos requisitos de acreditación acerca de la suficiencia del perito en la materia que se trate. Los peritos luego son seleccionados para el proceso específico, ya sea mediante designación directa por el Juez u órgano, mediante la solicitud que realiza el Juez al órgano encargado de la administración del registro para que éste, mediante algún mecanismo de rotación o sorteo, determine el perito para el caso.

Las pericias de parte, por su lado, son aquellas realizadas por expertos en ciertas materias a solicitud y retribución de una de las partes. Pues bien, conforme a lo señalado, las autoridades tienden a otorgar muy poco valor corroborativo a las pericias por el solo hecho de tratarse de medios probatorios de parte, lo que afectaría su "imparcialidad". Lamentablemente, se trata de una creencia muy arraigada en la doctrina procesal peruana, tanto que incluso ha tenido eco en el propio Tribunal Constitucional que, sin mayor análisis del

(32) Resolución del Tribunal Fiscal No. 0577-4-2002: "De las definiciones glosadas sobre la prueba pericial, y según lo expresado por diversos autores, es posible desprender que son características de la misma las siguientes:
   a. Debe contener los principios científicos en que se funda y la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas.
   b. Debe exponerse en ella las diligencias practicadas y las opiniones que a los facultativos firmantes del dictamen les merezcan los hechos, expresando el razonamiento que fundamente la opinión técnica a que lleguen, conforme a los principios y leyes científicas.
   c. Se encarga a personas especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos artísticos o científicos, en relación con hechos también especiales, que requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y para la correcta relación con otros hechos, de sus causas y de sus efectos, o, simplemente para su apreciación o interpretación.
   d. Es función de la prueba pericial suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos.
   e. El dictamen debe contener conceptos personales del perito. Si éste se limita a exponer los conceptos de otras personas, por versadas que éstas sean en la materia de la pericia, existirá un relato o informe, pero no un peritaje judicial.
   f. El perito no puede delegar a un tercero el examen de los hechos sobre los cuales debe dictaminar, ni dejar exclusivamente a otra persona las operaciones técnicas que fundamentan la conclusión, ni limitarse a transcribir el concepto de otro, porque no existiría el desempeño personal del encargo y, por lo tanto, el dictamen quedaría viciado de nulidad.
   g. El dictamen de la pericia debe estar debidamente fundamentado. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a sus conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes.
   h. El dictamen carece de eficacia probatoria si existen otras pruebas que lo desvirtúen, lo hagan dudoso o incierto".

(33) Este sería el criticable criterio presente en la Sentencia No. 4227-2005-PA/TC: "A juicio de este Colegiado, tales documentos no pueden ser admitidos de ninguna manera como pruebas fehacientes para demostrar la alegada confiscatoriedad de tributos y acreditar la situación económica de la empresa; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan auto liquidaciones del propio contribuyente o, como sucede en el caso de autos, informes elaborados a su petición, pues restan imparcialidad a lo declarado y, en todo caso, están sujetos a revisión". Asimismo, se presenta un criterio similar la sentencia No. 2302-2003-AA/TC. Un caso más criticable aún es el contenido en la Sentencia No. 04392-2019-PA/TC, en donde ya no solo se negó capacidad como medio probatorio a una *pericia de parte*, sino a una pericia contable oficial solicitada por el contribuyente al Juez. Ahí, la creencia de ausencia de "imparcialidad" está menos justificada todavía, pues se trataría de una *pericia oficial*, con la única salvedad que sería solicitada por la parte.

contenido epistemológico de las pericias, suele rechazarlas solo por ser de parte[33].

Sin embargo, dicha creencia no tiene mayores fundamentos y puede criticarse por muchas razones, entre ellas, las siguientes[34]: (i) la supuesta parcialidad de las pericias de parte no afecta necesariamente su "calidad epistemológica", (ii) las condiciones de selección y registro de peritos oficiales no logran asegurar que el listado de peritos registrados cuente con el nivel del conocimiento experto requerido, (iii) los peritos *oficiales* usualmente no tienen adecuados incentivos para asegurar la calidad de su labor, así que habría que trabajar en la respuesta sancionadora ante la labor de los peritos y mejorar los procedimientos de evaluación y eventual expulsión del registro, (iv) más aun, incluso las pericias oficiales podrían tener un sesgo o parcialización. Sobre dicho sesgo, en el derecho tributario, podría anotarse un fenómeno particular, que refiere a una predisposición generalizada y a todo nivel de considerar que en las controversias tributarias los contribuyentes (en especial, cuando se trata de grandes empresas, o trasnacionales) han omitido el pago de deudas tributarias mediante alguna técnica de planificación fiscal[35]. Este fenómeno podría impactar también en los peritos oficiales quienes, además del sesgo antes mencionado, podrían tener incentivos para soportar la posición de la Administración Tributaria o el Estado que, finalmente, administra y supervisa su inclusión en el registro de peritos.

En conclusión, con relación a la práctica de las pericias, no existen razones para tratarla como tipos de medios probatorios incapaces de brindar información explicativa o corroborativa. Nuevamente, el Principio de Presunción de Veracidad en conjunto con el Principio de Verdad Material deberían actuar ahí, imponiendo en los decisores el deber de aceptar *prima facie* la información que se sigue de los dichos medios de prueba, así como el de extraer de ellos la mayor cantidad de información posible, que será utilizada luego a lo largo del razonamiento probatorio.

C) El caso de la "inspección"

Asimismo, con relación a la prueba de inspección, las autoridades suelen tener una actitud similar, es decir, suelen atribuirle una eficacia probatoria muy acotada bajo la premisa que dicho tipo de prueba únicamente podría contener información sobre una situación fáctica existente al momento de su realización y no más[36]. Al respecto, evidentemente, no queda más que estar de acuerdo con que las inspecciones sólo certifican el estado de las cosas al momento en que se realizan. No obstante, ello no impide que al momento de realizar la evaluación conjunta con otros medios probatorios (o más bien, junto con los otros elementos de prueba) se puedan realizar inferencias a partir de lo certificado en la inspección. Es decir, el elemento de prueba establecido por la inspección puede servir de soporte de inferencias adicionales y, por ello, es incorrecto limitarse a evaluar de manera individual las inspecciones, restringiendo su capacidad inferencial que surge del análisis en conjunto con los demás elementos de prueba.

Aquí, otra vez, cobra vigencia el Principio de Presunción de Veracidad en conjunto con el Principio de Verdad Material, pues ambas directrices imponen el deber a las autoridades de realizar todas las inferencias posibles a partir de la información con la que cuentan derivada de los medios probatorios admitidos en el procedimiento o proceso.

D) El caso de las "manifestaciones obtenidas por la administración"

Sobre este tipo de medio probatorio, la jurisprudencia ha señalado de manera reiterada dos cosas: (i) que, para admitirse, debe seguirse un procedimiento específico, esto es, que la manifestación sea recabada por la Administración Tributaria, previa comparecencia conforme al numeral 4 del artículo 62 del Código Tributario[37], y (ii) que no tienen valor por sí mismas sino en conjunto con las demás evidencias[38].

(34) Al respecto, *véase* Vázquez (2022).

(35) No se trata de un estudio empírico, pero es indicativo de este alegado fenómeno la justificación que la presidenta del Tribunal Constitucional de turno realizó en la audiencia pública de uno de los casos más importantes en materia tributaria, en el expediente No. 0004-2019-PI: "Según la SUNAT quienes resultarían beneficiadas serían 26 grandes empresas… mi posición es que se declare infundada la demanda … que estas grandes empresas paguen sus impuestos al igual que lo hacen todos los contribuyentes de este país sin ninguna distinción". Al respecto, *véase* Wayka (2020).

(36) Entre muchas, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Fiscal No. 7629-2-2004.

(37) Esta regla de admisibilidad se señaló, entre otras, en la Resolución No. 18012-10-2013. Asimismo, en la Resolución No. 6906-10-2014, se señaló que no se admiten como manifestaciones las declaraciones juradas presentadas durante el procedimiento, sino que deben ser manifestaciones obtenidas por la Administración Tributaria previa comparecencia.

La primera es una regla de admisibilidad que, tal como he señalado anteriormente al criticar el listado numerus clausus de tipos de medios probatorios admitidos en los procedimientos tributarios, en nuestra opinión contraría el objetivo institucional de búsqueda de la verdad. No existen motivos racionales para mantener una regla como esa, que limite la admisibilidad de cualquier manifestación o declaración, incluso si no fuera recabada mediante comparecencia durante la fiscalización por la Administración Tributaria.

La segunda, en cambio, es una regla con la que se tiene que estar de acuerdo, pero con recaudos. Aquí hay que tener en cuenta la misma advertencia que se hizo para la inspección. Que las manifestaciones no tengan valor "por sí mismas" no significa que no puedan ser utilizadas al momento de la valoración conjunta para realizar las inferencias probatorias a partir de ellas junto con otras evidencias.

3.2. La etapa de valoración racional (individual y conjunta) de los elementos de prueba

3.2.1. ¿Qué es "valorar" una prueba?

Una vez extraída la información de los medios probatorios, en forma de proposiciones, esto es, una vez establecidos los elementos de prueba, corresponde, a partir de dichas proposiciones, "razonar y argumentar en favor de una u otra reconstrucción de los hechos" (Dei Vecchi, p. 121).

No está de más recordar que el razonamiento probatorio, en general, ocurre en un contexto de incertidumbre, en el que, si bien no es posible posible alcanzar certezas racionales, ello no impide "preferir racionalmente una hipótesis sobre otras" (Ferrer, 2007, pp. 26-ss., 92). Dicho razonamiento puede ser caracterizado como uno de tipo inductivo, que tiene como objetivo pasar de ciertos hechos conocidos, hacia *hechos desconocidos* (Canale y Tuzet, p. 73 y ss.). Todo ello con el objetivo de probar que han ocurrido los elementos que conforman el supuesto de hecho previsto en el antecedente de la norma a aplicar.

Según la presentación dominante en la teoría de la prueba jurídica, la valoración depende de cuán bien se integran en un razonamiento inductivo la hipótesis a probar u objeto de prueba con los elementos de prueba y el conocimiento generalizado dominante, así como de la capacidad de dicha hipótesis para refutar otras rivales[39]. El resultado de la valoración permitiría determinar el "grado de corroboración o probabilidad inductiva" de una hipótesis en comparación con otras (Ferrer, 2007, pp. 122, 139).

En el Perú, el Código Procesal Civil aplicable subsidiariamente en los procedimientos y procesos tributarios señala, en el artículo 197, que "todos los medios probatorios son *valorados* por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión". Esta normativa puede interpretarse como otra muestra del compromiso con la búsqueda de la verdad como objetivo institucional, al declarar que los jueces deben valorar los medios probatorios con "apreciación razonada" y en "forma conjunta". La referencia a la racionalidad, bajo dicha interpretación, se entiende como una exigencia para que el decisor realice la valoración probatoria conforme a los criterios epistemológicos, es decir, en función a razones epistémicas que sirvan de sustento de la verdad de la hipótesis u objeto de prueba.

En esa misma línea, el X Pleno Casatorio Civil (Casación No. 1242-2017-Lima Este) ha señalado refiriéndose a la valoración de la prueba que "es posible concebirla como la actividad consistente en la determinación del *grado de probabilidad* que pueden provocar las hipótesis de los hechos a partir de los datos e información cognoscitiva que aporten las pruebas (…) la valoración de la prueba (…) nos permite medir el grado de probabilidad lógica de acuerdo con la *conformación de datos que se desprende del material probatorio* que obra en el expediente" (p. 96 y ss.). Ello también da cuenta de la forma como los altos tribunales judiciales peruanos muestran su compromiso con la búsqueda la verdad como como objetivo institucional de la actividad probatoria.

En nuestra opinión, a pesar de que la literatura dominante e incluso la jurisprudencia suele presentar la etapa de valoración como si fuera posible determinar objetivamente un "grado de corroboración" de las hipótesis e incluso compararlas para así concluir cual ha alcanzado un mayor grado que otras, considero que dicha presentación resulta bastante implausible. La razón de ello es que el "grado de corroboración" no se determina

(38) Al respecto, *véase* Resoluciones No. 18012-10-2013, 08718-11-2014 y 500-4-2006.

(39) Se trata de una reconstrucción de lo señalado por Ferrer (2007, p. 129 y ss.). De hecho, el autor usa otra terminología. Al conocimiento generalizado le denomina "supuestos adicionales"; asimismo, a los elementos de prueba los denomina "condiciones iniciales" y "predicciones".

mediante criterios cuantitativos (cardinales u ordinales), sino que siempre se trata de, o remiten a, adjetivos o frases evaluativas (tales como, "integración explicativa", "refutación de hipótesis alternativas", "soporte", "valor probatorio", etc.), en donde cada una de ellas exige, a su vez, una evaluación personal para determinar si se ha cumplido o no el criterio(40). Más aún, cada uno de dichos criterios son graduales, individual y conjuntamente(41).

Por ello, lo más que puede hacerse es verificar si se pueden predicar ciertos criterios de solidez respecto del razonamiento probatorio sometido a evaluación. Existen varias presentaciones de dichos criterios de solidez, que van desde modelos pensados para la justificación epistémica para las ciencias en general hasta otros pensados específicamente en el campo del razonamiento probatorio jurídico(42).

Haciendo una reconstrucción racional de los distintos criterios de solidez propuestos, podrían señalarse los siguientes(43).

- Evaluar si los medios probatorios cumplen criterios, tales como la relevancia, fiabilidad, completitud.
- Evaluar si los elementos de prueba brindan apoyo, es decir, si se integran explicativamente a la hipótesis u objeto de prueba, y qué tan seguros son independientemente de la creencia en estos mismos(44).
- Evaluar si las reglas de inferencia aplicadas están lo suficientemente fundadas (inductiva y probabilísticamente).
- Evaluar si la hipótesis u objeto de prueba ha logrado refutar hipótesis contrarias y, si es coherente y simple.

Son estos criterios los que permitirían hacer una "valoración" del razonamiento probatorio que serviría de premisa fáctica de la decisión jurisdiccional y, en esto, siendo realista, consistiría la etapa "valoración" racional de la prueba.

Lo anterior es relevante, pues, si se acepta que el derecho a la prueba contiene la garantía de que los medios de prueba sean "valorados de manera adecuada y con la motivación debida"(45), y que ello se traduce en una exigencia de valoración racional de la prueba, entonces

(40) Esta conclusión puede encontrar soporte en lo demostrado para la *epistemología general* (Haack, 1993), en donde se muestra que la justificación epistémica posee una función muy limitada, pues tan solo permitiría establecer qué factores incrementan o reducen la probabilidad inductiva de una hipótesis. Para la epistemología jurídica, a su vez, *véase* González Lagier (2005, 2020), Tuzet (2019, pp. 225-267) y Dei Vecchi (2020, 2022).

(41) "Lo decisivo aquí es percatarse de que todos estos parámetros son, ellos mismos, graduables *individual* y *conjuntamente*. Además de que cada ítem puede presentarse en mayor o menor medida, hay múltiples combinaciones posibles entre ellos, lo cual también variará los grados de justificación de la hipótesis en cuestión. En este sentido, dos de estas relaciones combinatorias poseen especial relevancia. Por un lado, los criterios en cuestión son *complementarios*, ellos determinan la gradación de la justificación epistémica actuando conjuntamente. Por otro lado, estos criterios parecen perfectamente *compensables*, en el sentido de que la disminución de uno cualquiera de ellos podría compensarse con el aumento de otro estabilizando, de tal modo, la justificación epistémica integralmente considerada. (…). A todo ello se agrega que, además de esta *indeterminación gradual independiente* de cada criterio, como se ha visto, también se da un caso de *indeterminación gradual combinatoria*" (Dei Vecchi, 2020a, pp. 9-10, 25).

(42) Los criterios que contienen el modelo general de justificación epistémica propuesto por Haack (1993) son un buen ejemplo de lo denominado "criterios de solidez". El modelo de Haack establece diversos criterios de justificación epistémica, tales como el apoyo de las evidencias directas respecto de la hipótesis, esto es, creencias y evidencia experiencial, el nivel de seguridad de dichas creencias, así como el nivel *comprehensividad* del conjunto de evidencias. Sin embargo, Haack se encarga de aclarar que su modelo no aspira a "anything like a numerical scale of degrees of justification, or even anything as ambitious as criteria for a linear ordering, but only to say what factors raise, and what factors lower, the degree to which someone is justified in believing something".

(43) Se trataría de una suerte de *collage* de los modelos propuestos por Tuzet (2019, p. 233), Dei Vecchi (2020a, pp. 46-52, 187-188) y González Lagier (2020).

(44) La idea de *seguridad independiente* es explicada por Haack (1993, pp. 84-86) con su alegoría del crucigrama.
En resumen: Imagínese dos palabras que se intersecan en el crucigrama, una horizontal y otra vertical. La creencia en la corrección de la palabra en horizontal depende en cierta medida de la creencia en la corrección de la palabra en vertical (que, para el ejemplo, sería la hipótesis *objeto de prueba*). No obstante, la palabra horizontal cuenta con una pista que proporciona el propio crucigrama. Dicha pista otorga al sujeto que realiza el crucigrama elementos para evaluar la *seguridad* de la corrección de la palabra horizontal, *independientemente* de la palabra vertical (es decir, independientemente de la hipótesis *objeto de prueba*).

(45) Sentencia recaída en el expediente No. 00768-2021-PA/TC: "Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado".

podrá exigirse del decisor administrativo o judicial que su motivación comprenda cuando menos los aspectos antes señalados, más aún cuando ello ha sido materia controvertida durante el expediente administrativo o judicial.

3.2.2. Valoración individual y conjunta

Asimismo, según la presentación dominante, se señala que sería posible diferenciar dos submomentos dentro de la etapa de valoración, a saber:

- La valoración individual que implica "el análisis de cada una de las pruebas y la justificación de la fiabilidad otorgada a cada una de ellas", y
- La valoración conjunta "a los efectos de determinar y justificar el grado de corroboración que estas otorguen a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto en el proceso" (Ferrer, 2020, p. 378).

Pero, así las cosas, entonces, la evaluación individual sería "una suerte de repaso de todo lo que se ha realizado" (Vázquez y Fernández, 2022). En particular, se trataría de analizar su fiabilidad y relevancia nuevamente, pero ya no con fines de decidir su admisibilidad, sino para definir cuanto estará en capacidad de influir en la decisión probatoria.

A su vez, la valoración conjunta implicaría la determinación del apoyo que el conjunto de los elementos de prueba brinda respecto de cada uno de los elementos del supuesto de hecho, entendidos estos como cada una de las propiedades relevantes que componen el supuesto de hecho previsto en la norma. Precisamente, los elementos del supuesto de hecho son aquellos que serían el objeto de prueba. La valoración conjunta implicaría la determinación comparativa entre las hipótesis rivales para definir cuál brinda mejor integración explicativa, o es más coherente, con el conjunto de elemento de pruebas(46).

Por otro lado, si bien el Código Procesal Civil solo hace referencia directa a la valoración conjunta, por razones lógicas, no parece que pueda obviarse el paso previo de la valoración individual. Ello, pues se requiere determinar la fiabilidad y relevancia de los elementos de prueba antes de realizar una evaluación conjunta.

En la misma línea, el X Pleno Casatorio Civil se ha encargado de señalar lo siguiente:

El juez asume las siguientes tareas: (i) identificar plenamente todos los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso; (ii) evalúa cada una de ellas, hace una valoración individual de cada una de ellas, identificando que información arrojan individualmente; (iii) luego evalúa conjuntamente todas las pruebas que en la etapa anterior analizó individualmente.

Asimismo, también en la doctrina nacional se ha resaltado la relevancia y necesidad de ambos momentos de la valoración probatoria(47).

Sin embargo, al igual que lo manifestado sobre la valoración racional en general, deben hacerse recaudos acerca de la plausibilidad de presentar a la valoración individual y conjunta como si se tratara de juicios bien definidos y objetivos. En realidad, en tanto se trata de una actividad "evaluativa", adolece de los mismos inconvenientes antes resaltados para la valoración en general.

De esta forma, una descripción más acorde con la realidad debería ser aquella que presenta a la exigencia de valoración individual y conjunta como exigencia de motivación, esto significaría:

- A nivel de la valoración individual, que los decisores justifiquen que han analizado la fiabilidad y relevancia de los medios probatorios, y que se han practicado para extraer de cada uno de ellos los distintos elementos de prueba.
- A nivel de la valoración conjunta, que los decisores muestren que han razonado de manera conjunta con los elementos

(46) Sobre esta caracterización de la valoración conjunta, *véase* Accatino (2014, 2015). La autora se ocupa en estos trabajos de la discusión entre el atomismo y el holismo como tradiciones en conflicto del razonamiento probatorio. Distingue los distintos sentidos en que se puede ser atomista u holista: respecto del objeto de prueba, de las razones e inferencias, de la valoración probatoria y de la suficiencia probatoria. Concluye proponiendo un esquema principalmente atomista, pero holista moderado respecto de la valoración conjunta y la suficiencia probatoria. Sería "moderado", porque (i) la valoración y la suficiencia no dependen de un relato (holista), sino de la evidencia ofrecida por cada elemento del supuesto de hecho, (ii) además por el motivo de que el análisis de la valoración conjunta y suficiencia se realizaría en función de cada elemento del supuesto de hecho.

(47) A modo de ejemplo, *véase* Zavaleta (2014, p. 366). Este autor señala lo siguiente: "la valoración individualizada es la manifestación del método analítico; por su parte, la valoración conjunta constituye la expresión del método holista. El método analítico o atomista postula que cada uno de los medios de prueba deber ser objeto de verificación, a efectos de establecer y justificar su respectivo valor probatorio y ordenarlo con miras a la hipótesis que corrobora. El método holista se dirige a valorar la prueba en su conjunto, en donde cada medio de prueba acredita uno o más hechos particulares, y los hechos probados, engarzados uno a uno, reconstruyen una historia que explica cómo ocurrieron los hechos del caso. No son métodos ni formas de valoración alternativos, sino complementarios e interdependientes".

de prueba, que han realizado las inferencias probatorias posibles para, finalmente, decidir cuál de las hipótesis se considera más coherente con el conjunto y se sustenta de manera más satisfactoria cada uno de los elementos del supuesto de hecho.

3.3. La etapa de la decisión probatoria

Nuevamente, de acuerdo con la presentación dominante, una vez que se ha culminado con la valoración probatoria, necesita definirse si el grado de corroboración alcanzado supera el estándar de prueba definido para cada tipo de proceso o procedimiento y/o materia. Se señala también que, de no alcanzarse el estándar, pierde el fondo del asunto la parte sobre la cual pesa la carga de la prueba[48].

Por ello, en esta etapa de decisión probatoria, se analizan dos cuestiones de particular importancia, que son (i) el estándar probatorio y (ii) la carga de la prueba.

3.3.1. Estándar probatorio

El estándar probatorio refiere a cuál será el "nivel" o "dosis" de corroboración que se exigirá para tener por probada una hipótesis[49]. En la historia de la teoría de la prueba, el estándar probatorio exigido se ha debatido entre dos extremos de una constante, en uno el denominado *preponderance of evidence* o prueba preponderante, usualmente aplicado en materias distintas a la materia penal, y, en el otro extremo, el conocido *beyond the reasonable doubt* o más allá de toda duda razonable, aplicable por excelencia a materia penal.

En materia tributaria, sin embargo, lo que es claro y debe denunciarse es la incorreción y desproporcionalidad en la que se incurriría si la Administración Tributaria, para la decisión sobre hechos, haga recaer sobre los contribuyentes una exigencia de acreditación *más allá de toda duda razonable*, que sólo se justificaría en los procesos penales.

Sin embargo, por más extraño que resulte, este parece ser el estándar en la práctica aplicado por la Administración Tributaria en sus fiscalizaciones y al resolver un recurso de reclamación, pues se exige a los contribuyentes que prueben las hipótesis que proponen a un nivel que no quede ninguna duda sobre ellas. Es decir, se exigiría a los contribuyentes que prueben sus hipótesis al mismo nivel que se exige al Ministerio Público que pruebe que un sujeto ha cometido un delito[50]. En esa línea, en otra oportunidad, ya he brindado algunas razones por las que considero que el estándar probatorio en materia tributaria debería ser de naturaleza similar al de "prueba preponderante"[51], esto es, que se exija al contribuyente que su hipótesis quede mejor probada, sea preponderante, respecto de la hipótesis de la Administración Tributaria.

Vale añadir ahora que, por lo demás, un estándar de "prueba preponderante" encajaría con lo señalado en la LPAG en el artículo 173, el cual reparte las funciones probatorias entre la Administración y el administrado. Los reiterados criterios, que refieren al "mínimo indispensable de elementos de prueba que acrediten que los comprobantes que sustentan su derecho corresponden a operaciones reales"[52], apuntan también, en esa línea, confirmando que el estándar sería el de "prueba preponderante".

Por ello, el estándar que se propuso para los procedimientos (y procesos) en materia tributaria fue el siguiente: "(i) Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de prueba incluidos en el procedimiento, y (ii) que el peso probatorio del conjunto de elementos de prueba sea razonablemente completo."

La primera exigencia del estándar supone simplemente que la hipótesis supere a sus rivales. La segunda exigencia en cambio, implicaría dar respuesta a si se han presentado los medios que se consideran razonablemente necesarios para evaluar las

(48) Sobre cómo se relacionan los estándares de prueba y carga de la prueba, *véase* Ferrer (2018, 2021).

(49) "Si el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos «estándares de prueba», que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir que determinen que grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión y así poder usarla como tal en nuestro razonamiento" (Ferrer, 2018, p. 203 y ss.).

(50) Esto además como consecuencia de otro error, referido a la carga de la prueba, conforme veremos más adelante.

(51) Al respecto, *véase* Dávila (2021, pp. 446-450).

(52) Resoluciones del Tribunal Fiscal No. 2790-8-2019, 01197-8-2019, entre otras: "Que en las Resoluciones del Tribunal Fiscal No. 00120-5-2002 y 03708-1-2004, entre otras, se ha señalado que los contribuyentes deben mantener al menos un nivel mínimo indispensable de elementos de prueba que acrediten que los comprobantes que sustentan su derecho correspondan a operaciones reales".

hipótesis en controversia. De estar ausente alguno de ellos, no se alcanzaría el estándar. Ello importaría realizar cuando menos las siguientes consideraciones sobre los medios probatorios que podrían considerarse ausentes: (i) su exigencia legal(53), así como (ii) su existencia o no, y (iii) la "necesidad" del mismo con relación a la hipótesis(54).

Sin perjuicio de lo señalado, nuevamente, conviene advertir que el cumplimiento o no de dicho estándar no es algo que puede determinarse de manera objetiva, sino que siempre existirá un factor evaluativo, un juicio personal, que determina, finalmente, si la hipótesis en cuestión ha superado o no el estándar que se proponga.

Por ello, más que un juicio objetivo, la aplicación de los estándares de prueba puede entenderse como la exigencia de motivación específica respecto del nivel de corroboración que se sostiene ha alcanzado cierta hipótesis. En el caso del estándar propuesto, ello supone justificar por qué la hipótesis seleccionada explica mejor los elementos de prueba admitidos en el proceso o procedimiento y que el conjunto de aquellos es razonablemente completo conforme se ha precisado(55).

3.3.2. Carga de la prueba

En el supuesto de que se concluya que no se alcanza el nivel de corroboración señalado por el estándar de prueba, pues ahí entra a tallar, recién, la regla de desempate: la regla de carga de la prueba. En esos casos, en estricto rigor correspondería una decisión *non liquet,* es decir, dejar sin resolver la controversia. Para evitarlo, la carga de la prueba señala quién pierde si no hay prueba suficiente, esto es, establece quién corre con el riesgo de la insuficiencia de la actividad probatoria. Esta es la regla de carga de la prueba (*burden of proof*) o también denominada carga de la prueba objetiva (Taruffo, 2005, p. 247).

Lo anterior tiene que distinguirse de otra regla, que ya no decide quién pierde en caso de insuficiencia probatoria, sino quién debe aportar las pruebas atendiendo a su disponibilidad de o cercanía con los medios probatorios. Esta regla impone la carga de presentar evidencias (*burden of production*), la cual es denominada carga de la prueba subjetiva (Haack, p. 50 y ss; Taruffo, p. 149 y ss.).

En el caso del procedimiento tributario peruano, la única regla general vinculante es la prevista en el actual artículo 173 de la LPAG,

> Artículo 173.- Carga de la prueba
> 173.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.
> 173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

Las reglas encajan perfectamente en las nociones de carga de la prueba objetiva y subjetiva:

- La carga de la prueba objetiva corresponde siempre a la Administración, quien deberá conducir las labores de prueba conforme al principio de impulso de oficio(56).
- Sobre la contribuyente pesa, en cambio, la carga de la prueba subjetiva, donde tienen deberes de colaboración y de proporcionar los elementos que sustentan la determinación tributaria que declara.

Una interpretación como esta resulta compatible al régimen legal de *acto de gravamen* que supone la resolución de determinación. La doctrina administrativa, refiriéndose precisamente a los actos administrativos tributarios como acto de gravamen, ha señalado que la LPAG, mediante el principio de razonabilidad, da una pauta fundamental a la autoridad que tiene la competencia para producir actos

(53) No me refiero a que no sea exigido por las normas tributarias, sino por todas las normas legales vigentes que regulen la actividad del contribuyente sometido a la fiscalización tributaria.

(54) La evaluación acerca de la "necesidad" de un medio probatorio no puede realizarse en un sentido psicológico, pues no se trata de lo que los jueces o miembros de tribunales necesiten para tener "convicción", ni tampoco podría hacerse bajo el error probatorio que en este trabajo se denomina "documentalismo" (ver infra apartado 4.1.1). La "necesidad" más bien debe entenderse como "necesidad técnica". De acuerdo con Von Wright (2001, p. 57 y ss.), una regla técnica "expresa que una determinada cosa tiene que ser (hecha) para que alguna otra cosa sea (conseguida o asegurada). A menos que lo primero sea, lo segundo no será". En ese sentido, un medio probatorio es necesario (técnicamente) si su ausencia en el procedimiento o proceso, hace que no sea posible decidir acerca de si la hipótesis está probada o no".

(55) De hecho, dentro del marco de la concepción racionalista de la prueba, Dei Vecchi y González Lagier concluyen en el mismo sentido, donde muestran razones por las cuales es implausible, en el contexto de ordenamientos donde rige el sistema de libre valoración de la prueba, establecer y aplicar estándares de prueba que funcionen como parámetros objetivos de decisión. Al respecto, véase Dei Vecchi (2020b, 2022) y Gónzalez Lagier (2020), quienes concluyen en contra de lo sostenido en Ferrer (2021).

(56) IV.1.3. Principio de impulso de oficio. "Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias".

de gravamen contra los administrados: producirla de manera legítima, justa y proporcional (Morón, 2001). Si esto es así, la única forma de que el acto administrativo sea producido de manera "legitima" sería, entre otras condiciones, cumpliendo la regla de carga de la prueba. Por esta razón, no me resulta posible encontrar sustento a una posición que sostenga que la carga de la prueba, de manera general, es del contribuyente.

No tiene asidero legal invocar en contra de la conclusión anterior la regla del artículo 196 del Código Procesal Civil (CPC), que señala que "salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos". Ciertamente, dicho código regula otra regla de carga de la prueba, aplicable precisamente a los procesos civiles, mas no a los tributarios.

Los escollos que tendría que superar quien proponga esta otra regla de carga de la prueba serían varios, por lo menos, los siguientes(57): (i) justificar por qué aplicaría al procedimiento y proceso tributario, que concluyen en un acto de gravamen (mediante las resoluciones de determinación y multas) o lo confirman (mediante las resoluciones que resuelven reclamos y apelaciones), una regla pensada más bien en procesos donde rige el principio dispositivo(58), (ii) justificar por qué se aplicaría una norma que ni siquiera tiene el carácter de norma supletoria para esta materia, y (iii) aun en el caso que se acepte que se trata de una norma supletoria, justificar por qué no regiría el principio de especialidad para aplicar la LPAG por sobre el CPC.

Tampoco puede interpretarse e invocarse, sin reflexión, lo señalado en el artículo 32 de la LPCA para sostener la tesis que, en todos los casos y en cualquier sentido, "la carga de la prueba en el proceso judicial corresponde al administrado" ("interpretación aislada"). De hecho, dicha disposición señala que, en los procesos contenciosos administrativos, lo que incluye a los tributarios, "salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión".

Sin embargo, debe notarse que en los procesos judiciales en materia tributaria se evalúa si los actos administrativos (esto es, las resoluciones de determinación y multa, así como la resolución de intendencia y resolución del Tribunal Fiscal que confirman la primera) son válidos conforme al ordenamiento jurídico vigente. Así, finalmente, en lo que respecta a la decisión probatoria, lo único que debe mostrarse es si los actos administrativos han sido emitidos conforme a las normas que regulan la actividad probatoria, entre ellas, la de la carga de la prueba prevista en el artículo 173 de la LPAG. Esos serían para el proceso contencioso administrativo "los hechos que sustentan la pretensión". Esta otra interpretación tiene la ventaja de que logra armonizar la regla de la carga de la prueba que rige en el procedimiento tributario prevista en el artículo 173 de la LPAG con la disposición normativa prevista para el proceso judicial en el artículo 32 de la LPCA ("interpretación concordante"). Es en este punto donde debemos resaltar un aspecto importante: de no interpretarse así, se estaría eliminando la posibilidad de que el poder judicial mediante el proceso contencioso administrativo pueda revisar y corregir el razonamiento probatorio aplicado por la Administración Tributaria.

Si fuera correcta la que hemos denominado "*interpretación aislada*", entonces, en la instancia administrativa, se evaluaría si la Administración Tributaria ha probado suficientemente su hipótesis, en tanto a dicha entidad le corresponde la carga de la prueba (objetiva), mientras que en instancia judicial ello ya no sería revisado, sino que más bien debería evaluarse si el *contribuyente* ha probado suficientemente su hipótesis(59). Se trataría de dos tipos de evaluaciones distintas. La segunda (en instancia judicial) no significaría una revisión de la primera (en instancia administrativa). Sin embargo, parece claro que una conclusión como esa, es decir, que en la instancia judicial no permita una revisión del razonamiento y decisión probatoria tomada en etapa administrativa, sería bastante

(57) Para comentarios más ampliados sobre las dificultades de aplicar la regla de carga de la prueba del CPC a los procedimientos y procesos tributarios, *véase* Dávila (2021, pp. 451-453).

(58) Wartenberg (2018), comentando una regla de carga de la prueba del derecho civil chileno, señala: "Que en el ámbito civil se exija que quien alegue la existencia de una obligación o su extinción deba acreditar los hechos en que ello se funda (art. 1698 CC) es expresión de que el derecho se muestra indiferente a modificar el statu quo de privados que alegan una relación obligacional. Esta regla de carga probatoria, si bien diferente a una regla de estándar probatorio, contiene también una evidente distribución de riesgos de error. En tanto aquellos statu quo (que existe una obligación o que no existe; que ella se halla extinguido o que permanezca vigente) son igualmente valorables, el derecho simplemente confía en la inercia privada, dejando las cosas tal como están si no se prueba nada en el juicio".

(59) Es claro que me refiero al caso de un contribuyente que tiene un resultado desfavorable en instancia administrativa y ha iniciado una demanda contencioso-administrativa.

reprochada en nuestra cultura jurídica tributaria y procesal. Lo anterior abona que se prefiera la que he denominado "interpretación concordante".

4. Los errores probatorios

Como se ha explicado hasta el momento, en cada etapa de la actividad probatoria pueden explicitarse exigencias institucionales, establecidas por nuestras disposiciones legales, así como a otras exigencias de carácter epistémico dirigidas a mejorar las probabilidades de decidir en favor de la hipótesis verdadera. El no conformarse a una u otra exigencia generaría un error probatorio institucional o epistémico, según corresponda.

En cualquier caso, esta distinción es solo didáctica, pues también las exigencias de carácter epistémico son institucionales, en tanto se interpreten como exigencias derivadas de normas legales probatorias, tales como el Derecho a la Prueba, principios relacionados (Principios de Presunción de Veracidad y/o de Verdad Material) y otras reglas probatorias. Es así que si una resolución jurisdiccional (administrativa o judicial) no se conforma a estas exigencias epistémicas, aquello constituiría un error probatorio epistémico, que puede ser materia de impugnación al invocarse las garantías del Derecho a la Prueba, principios relacionados y otras reglas probatorias.

4.1. Esquema inicial de una tipología de errores probatorios

Conviene ahora, atendiendo únicamente a la etapa en donde se producen los errores probatorios, presentar el siguiente esquema inicial de una tipología de errores probatorios en el proceso y procedimiento tributario[60]:

Tabla 1
Esquema de errores probatorios

Etapas de la actividad probatoria		Errores institucionales	Errores epistémicos	Norma afectada	Consecuencias jurídicas procedimentales[61]
Etapa de conformación de los elementos de prueba	Fase de admisibilidad de medios probatorios		Infringir la regla de admisibilidad de medios probatorios relevantes (por ejemplo: cuando no se admite un peritaje ofrecido por el contribuyente, pese a ser relevante)	Derecho a la prueba. Principio de Verdad Material	nulidad
			Infringir la regla de fiabilidad (cuando no se evalúa la verosimilitud de un medio probatorio ofrecido por la Administración. Por ejemplo: un Informe Técnico emitido por autoridades no competentes para decidir una controversia tributaria)	Derecho a la prueba. Principio de Verdad Material	nulidad
		Infringir las disposiciones legales sobre tipos de medios probatorios admisibles, preclusión, pruebas de oficio, etc.		Artículos 125,126, 75,141,148 del CT. Artículos 29,30,31, de la LPCA, entre otros.	nulidad
	Fase de práctica de los medios probatorios		No extraer la información posible de los medios probatorios. Es decir: No extraer los elementos de prueba posibles.	Principio de Presunción de Veracidad. Derecho a la prueba.	revocación
			Documentalismo: No extraer elementos de prueba posibles, alegando la ausencia de otro documento no exigido por normas legales, ni necesario epistémicamente.	Principio de Presunción de Veracidad. Derecho a la prueba.	revocación

(60) Naturalmente, se trata de una clasificación no exhaustiva y que solo resalta algunos tipos de errores probatorios por ser los más recurrentes en la práctica del derecho tributario.

(61) Al respecto*, véase* 4.2. En realidad, la consecuencia jurídica de revocación o nulidad, dependerá de que se asuma la oposición entre error de *procedimiento* y error de *juicio*, tal como se explica en dicho apartado.

Etapas de la actividad probatoria	Errores institucionales	Errores epistémicos	Norma afectada	Consecuencias jurídicas procedimentales[61]
Etapa de valoración racional		**Documentalismo:** Aun habiendo extraído los elementos de prueba, en la inferencia probatoria se eliminan dichos elementos de prueba, alegando la ausencia de otro documento no exigido por normas legales, ni necesario epistémicamente.	Principio de Presunción de Veracidad. Derecho a la prueba.	revocación
		Concepción persuasiva de la prueba: Descartar elementos de prueba o hipótesis, alegando únicamente que no se ha generado convicción suficiente.	Principio de Presunción de Veracidad. Derecho a la prueba.	revocación
		Presunción llegítima: Se produce cuando el decisor razona señalando que los elementos de prueba solo acreditarían la intención del contribuyente de obtener un tratamiento tributario indebido. Esto significa actúa como si existiera una "presunción" en contra del contribuyente.		revocación
		Falacia de la ausencia de evidencia: Razonar en el sentido que la ausencia de corroboración de la hipótesis del contribuyente mediante los elementos de prueba presentes, es prueba de la hipótesis de las autoridades tributarias.	Principio de Presunción de Veracidad. Derecho a la prueba.	revocación
		No sustentar haber realizado la evaluación de la solidez del razonamiento probatorio efectuado a partir de los medios probatorios disponibles.	Principio de Presunción de Veracidad. Derecho a la prueba.	revocación
Etapa de decisión probatoria	Aplicar un estándar de prueba no previsto en el derecho positivo.		LPAG y jurisprudencia	revocación
	Aplicar una regla de carga de la prueba no prevista en el derecho positivo.		LPAG	revocación

Fuente: elaboración propia

En la tabla anterior, se han resaltado un conjunto de errores probatorios, en el sentido de esquemas de razonamientos erróneos, debido a su especial predominancia en la práctica del derecho tributario tanto a nivel del procedimiento administrativo como en el proceso judicial. Corresponde ahora ahondar en el análisis de estos.

4.1.1. Documentalismo

Como muestra el cuadro anterior, este tipo de error podría presentarse en la fase de práctica de los *medios probatorios* o incluso en la etapa de valoración racional. Se trata de no extraer los *elementos de prueba* posibles de los *medios probatorios* admitidos en el proceso o procedimiento de prueba, alegando simplemente la ausencia de otro documento o de ciertas formalidades no exigidos por ninguna norma legal ni necesarios epistémicamente; o aun habiendo extraído los *elementos de prueba* posibles en la inferencia probatoria, se eliminan dichos elementos de prueba al alegar lo mismo.

Se trata de una práctica bastante asentada en materia de prueba en nuestras autoridades tributarias, quienes exigen la presencia de un documento o ciertas formalidades a pesar de todos los *medios probatorios* admitidos. De esta forma, al renunciarse a practicar los medios probatorios o valorar los elementos de prueba presentes, alegando simplemente la ausencia de un documento o formalidad, no exigida por normas legales ni necesaria epistémicamente , se invierte la relación. El documento o formalidad, se vuelve un "*fin en sí mismo"*, no el "*medio*" (probatorio)[(62)].

4.1.2. Concepción persuasiva de la prueba

Este error es consecuencia de una antigua idea presente en la dogmática procesal, la cual sostiene que la prueba no tiene como objetivo la verdad, sino lograr la "convicción", algo así como generar la excitación de la *psyché* del decisor[(63)].

Lo anterior no posee justificación. Independientemente de las "convicciones" del decisor, las decisiones basadas en derecho presuponen la aplicación de una norma, resultado de la interpretación, a los hechos que ésta describe en su antecedente. Aquello requerirá que el hecho esté "probado" y no que el decisor esté "convencido". La "concepción persuasiva" es el vicio consistente en hacer depender la corroboración de los hechos en función al nivel de convencimiento del decisor (lo que podría estar afectado por muchísimas vicisitudes psicológicas o subjetivas), olvidándose que lo relevante no es el nivel de convicción del decisor, sino la solidez del razonamiento probatorio y su justificación.

Este error se produciría, por ejemplo, cuando el contribuyente presenta como sustento de la fehaciencia o realidad de las operaciones los contratos debidamente suscritos y comprobantes de pago emitidos, en donde a "criterio" de las autoridades tributarias no le generan *convicción*. Dichos documentos en cualquier otra situación serían pruebas importantes de la existencia de una relación comercial. Sin embargo, a criterio de las autoridades, tendrían casi nula capacidad de corroboración de la hipótesis del contribuyente.

Aquí, puede verse como comprende un importante papel la idea de las "convicciones" del decisor en la etapa de valoración probatoria. Tendrían que ser las "convicciones" lo que influya una decisión sobre los hechos como esa pues, (i) no existe ninguna regla que establezca que los contribuyentes deben presentar determinados y específicos documentos de

(62) Veamos un ejemplo para clarificar el tipo de error al que me refiero: Imaginemos un caso en donde se discuta la realidad de las adquisiciones de bienes o insumos. La administración podría exigir como medio probatorio un documento de "control de ingreso" al almacén y, a pesar de que el contribuyente no cuenta con uno como tal, sí puede acreditar las negociaciones con los proveedores, los análisis o test realizados a los bienes adquiridos, todo el proceso desde el ingreso y proceso de producción al que es sometido, así como su venta final, e incluso acreditar la proporción de su producción y ventas que no podría explicarse sin dicha adquisición. Una decisión documentalista señalaría que, como no se cuenta con tal documento de ingreso, la operación es no real. No obstante, es notorio que en un caso como ese la administración tributaria no estaría exigiendo la acreditación de la "realidad" de la operación, sino únicamente un documento de ingreso. En ese mismo caso, imaginemos que el contribuyente sí cuenta con el documento de control de ingreso, pero la administración objeta su valor probatorio, pues no cumpliría con ciertas exigencias formales, como el tener cierta información del proveedor o de su transportista (o cualquier otra información que exija el funcionario de la administración). Si no se trata de un documento regulado por alguna norma legal, esas exigencias sin duda serían extralegales (en la Casación No. 13429-2016-LIMA, se recoge este mismo razonamiento, aunque para un supuesto de hecho distinto. Allí, se concluye que se tratan de exigencias extralegales si se hace depender una deducción de un requisito no establecido en ninguna norma de rango legal).

(63) Esta tesis es claramente reconocible en Guasp (1945): "En otro lugar he intentado demostrar que la realidad objetiva de los hechos no debía ser sustituida en el proceso sino por otra realidad no menos indiscutible: esta realidad no podía ser otra que la convicción psicológica del Juzgador noción mucho más amplia que la de un estricto razonamiento lógico objetivo".

manera necesaria, es decir, no existen reglas de prueba legal o tasada; (ii) tampoco existen presunciones *iuris tantum* de la falsedad de los documentos mencionados. Este error también posee relevancia en la etapa de decisión probatoria, pues (iii) podría llevar a los decisores a formular un estándar probatorio, contrario al sistema de libre valoración de la prueba. La decisión probatoria ya no se justificaría en el valor epistémico de los elementos de prueba, sino únicamente en la *convicción* del decisor, con todo lo incontrolable que ello supone. De esa forma, las exigencias de justificación de la decisión probatoria dejarían de tener sentido(64).

4.1.3. Presunción ilegítima

Este error se presenta cuando las autoridades tributarias razonan como si existiera una regla de inferencia por la cual los medios probatorios y elementos de prueba solo acreditarían la intención del contribuyente de obtener un tratamiento tributario indebido. Esto significa actuar como si existiera una "presunción en contra del contribuyente" y como si existiera un "Principio de Presunción de Falsedad", cuando más bien se ha mostrado que la legislación recoge el principio contrario: "Principio de Presunción de Veracidad".

Es paradigmático ver cómo la argumentación probatoria de la Administración Tributaria podría llegar a tener esta forma, pues cada medio probatorio que presenta el contribuyente es valorado como si fueran prueba de una especie de complot del contribuyente para ejercitar un derecho que no le corresponde (deducción o crédito fiscal, u otro beneficio) o tributar menos de lo que está obligado(65).

Un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional(66), aun cuando no use la nomenclatura que se propone en este trabajo, constituiría un caso en donde dicho tribunal ha detectado este error y decide anular una sentencia de la Corte Suprema que confirma un reparo de la Administración Tributaria, pues: "no resulta muy razonable y es más bien antitécnico, que la Administración se base en su sola y exclusiva discrecionalidad" para sustentar su hipótesis fáctica. Es decir, no es válido un razonamiento probatorio que, sin realizar el conjunto de inferencias posibles a partir de los elementos de prueba a favor del contribuyente, solo se enfoque en tratar de desmerecer los medios probatorios presentados por aquel.

4.1.4. Falacia de la ausencia de evidencia

Se trata de otro error ampliamente difundido no solo en las autoridades tributarias, sino también en la dogmática tributaria(67). Este

(64) Ferrer (2007, pp. 63-66; 2016, pp. 60-62) ha señalado, además, que, si se aceptara que la regla sea lograr la convicción del decisor, entonces se abriría la puerta a los siguientes problemas: (i) la motivación respecto de los hechos quedaría reducida a una mera explicación del proceso mental del decisor (si eso fuera posible) de como alcanzó su *creencia* o *convicción*, en donde sin duda podrían concurrir de manera inconsciente o consciente variadas causas no aceptables para una decisión basada en derecho (preferencias, gustos, valores, etc.); (ii) ello genera la imposibilidad conceptual de considerar que el juez o el órgano se haya equivocado, por ausencia de criterio de corrección intersubjetivo (todo estaría en la mente del decisor), y la revisión en sede de impugnación se resolvería por el superior como "mi convicción difiere de la del inferior y yo mando más", (iii) finalmente, conceptualmente, sería inútil para explicar los varios casos en donde los decisores deciden "a pesar de" sus creencias.

(65) "Como ha señalado Hempel (1966: 64), para cualquier conjunto de datos es posible construir a posteriori una hipótesis que los abarque. El caso más claro en el proceso penal sería la defensa a través de la "hipótesis del complot" contra el acusado. Así, a cada nuevo elemento de juicio que aparezca contra él, la defensa alegará que se trata de una prueba deliberadamente construida para implicar al acusado: si un testigo declara que vio al acusado disparar contra la víctima, se dirá que el testigo es partícipe del complot; si hay huellas del acusado en el arma del crimen, se dirá que han sido deliberadamente traspasadas al arma, si aparece en casa del acusado una camisa suya manchada con la sangre de la víctima, se dirá que eso forma parte también del complot y que la camisa habrá sido dejada allí para implicar al acusado, que es inocente; y así sucesivamente. ¿Puede refutarse la hipótesis del complot? Probablemente no. Pero estamos ante una estrategia de formulación de hipótesis ad hoc, en el sentido de que ella misma no es empíricamente contrastable: no es sensible a la experiencia (BUNGE, 1967: 230-31)" (Ferrer, 2007, p. 149).

(66) Se trata de la Sentencia recaída en el expediente No. 02398-2022-PA/TC, en donde el Tribunal Constitucional, luego de reconocer y enfatizar como contenido del derecho a la prueba la garantía de una "valoración probatoria debida", concluye que se afecta dicho derecho si la Administración realiza un análisis meramente superfluo de los medios probatorios y se limita desmerecer en base su mera discrecionalidad los medios probatorios presentados en favor de la posición del contribuyente.

(67) En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Tributario llevadas a cabo por el Instituto Peruano de Derecho Tributario, la Relatoría General a cargo del Dr. Gamba Valega, recoge entre sus recomendaciones lo siguiente: "19. (…) Por su parte, si ante un requerimiento de la Administración, el contribuyente no aportara las pruebas correspondientes con un nivel mínimo indispensable, el reparo será confirmado". Esta conclusión de la Relatoría General, en nuestra opinión, constituye una muestra de este error probatorio que se acaba de denunciar, pues se asume que, de la no acreditación de un hecho, se sigue la acreditación de su no realización. Al contrario, ello no constituye una inferencia deductiva válida.

error consiste en afirmar que de la deficiencia probatoria de la tesis del contribuyente necesariamente se sigue la acreditación de la tesis probatoria de la Administración Tributaria. Sin embargo, se trata de un evidente razonamiento inválido en términos lógicos, pues la no acreditación de un hecho ("H1"), no implica en ningún caso la confirmación de su negación ("~H1") y menos aún de otro hecho ("H2")[(68)].

Para que dicha inferencia inválida en términos lógicos sea aceptada en el derecho, tendría que demostrarse que exista (i) una "presunción legal" que establezca que, siempre que el contribuyente no acredite un hecho, se entenderán probados los hechos sostenidos por la Administración, o (ii) una regla de carga de la prueba que señale que, cuando no se haya acreditado con el nivel de suficiencia requerido por el contribuyente, se tendrán por probados los hechos sostenidos por la Administración. Sin embargo, tal como ha sido argumentado en este trabajo, ninguna de dichas condiciones está presente en nuestro ordenamiento jurídico.

Este error se haría presente entonces en un razonamiento que señale que, en el caso que un contribuyente no haya acreditado mediante una trazabilidad detallada (es decir, desde el ingreso de los fondos hasta la salida de los mismos para el pago de gastos causales mediante los estados de cuenta respectivos) que un gasto financiero estuvo destinado a *actividades gravadas* (H1), acredita necesariamente que el gasto financiero ha sido destinado a actividades no gravadas con el Impuesto a la Renta (H2). El error es aún más evidente en el caso que sí se hubiera acreditado con los libros y registros contables del contribuyente que ningún fondo ha sido destinado a *actividades no gravadas*, por lo que no habría espacio para que se trate de un gasto financiero que no cumpla con el principio de causalidad.

4.2. Consecuencias jurídicas (procedimentales) de los errores probatorios

Tal como se ha señalado, los errores probatorios epistémicos o institucionales pueden ser materia de impugnación. No obstante, quedaría la pregunta de cuál serían los efectos de que se declare fundada la impugnación de un error probatorio epistémico o institucional.

En los procedimientos administrativos (reclamación y apelación) y procesos judiciales (en la apelación y casación), el declarar fundada una impugnación supone definir si la consecuencia procedimental es la nulidad o revocación de la decisión impugnada. El problema de la nulidad y revocación es muy basto. Requiere de un aparato conceptual más refinado y mayores explicaciones que no podré abordar en este trabajo[(69)]. Sin embargo, puede sustentarse que el numeral 3 del artículo 6 de la LPAG otorga soporte para asumir como premisa la clásica distinción entre *error in procedendo* (errores en el procedimiento) y *error in iudicando* (error de juicio). Dicha disposición establece lo siguiente:

> 6.3
> (...)
> No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios

(68) "En efecto, si no hay pruebas que confirmen la hipótesis sobre el hecho X, ésta no puede considerarse verdadera o, en algún grado, aceptable, pero tampoco puede considerarse definitivamente falsa. No tener razones para decir que la hipótesis es «verdadera» no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es "falsa": la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa [énfasis agregado]. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación de permanente y (en ese estado de cosas) irresoluble incertidumbre acerca de la existencia de X: no se está en condiciones de establecer que X es verdadero, pero ésta es una situación contingente relativa al estado de las pruebas referidas a la hipótesis sobre el hecho X en el caso concreto. En esta situación, no hay elementos de confirmación de ninguna hipótesis sobre X: ni de la que lo afirma ni de la que lo niega [énfasis agregado]. En el fondo, puedo no tener elementos de prueba para creer que X es verdadero, pero esto puede depender simplemente de que mis informaciones son inadecuadas; decir, sobre ésta única base, que X es falso sería una derivación infundada: en efecto, ulteriores informaciones podrían confirmar la hipótesis de la falsedad de X, pero también confirmar la hipótesis de su verdad. La falta de elementos de apoyo para una hipótesis produce, por tanto, incertidumbre acerca de ella, no la confirmación de la hipótesis contraria" (Taruffo, 2005, p. 246).

(69) A la fecha, me encuentro elaborando precisamente un trabajo destinado a mostrar la relación entre las nociones de nulidad y revocación, donde propongo un aparato conceptual que permita describirlas mejor en el contexto del procedimiento administrativo. Asimismo, a nivel doctrinal y a partir de una interpretación del derecho positivo, el trabajo en desarrollo propone que la mejor forma de entender la relación entre ellas es, precisamente, a través de la oposición entre *error de procedimiento* y *error de juicio*. Ello, sin perjuicio de que, dada la ausencia de delimitación conceptual clara a nivel legal y doctrinal, es posible presentar un caso de error de procedimiento como error de juicio y viceversa.

probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

De esa manera, nuestro derecho positivo separa los errores vinculados al incumplimiento de reglas procedimentales de los errores vinculados a los juicios de derecho y, especialmente, al juicio probatorio. De ahí que podría aceptarse una distinción entre lo siguiente (ver el cuadro detallado en el apartado 4.1):

- *Errores de juicio probatorio* que estarían referidos principalmente a errores epistémicos, que constituyen una afectación al derecho a la prueba y que pueden ser planteados como una "apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios" debido a errores al momento de practicar los medios probatorios o valorar los elementos de prueba, o al momento de definir la regla de estándar probatorio o de carga de la prueba aplicable(70).

  Por ello, en tanto se cuestione este tipo de errores presentes en el acto administrativo (es decir, resolución de determinación y multa) o en el acto que lo confirma (en otras palabras, resolución de intendencia), aplicando el numeral 3 del artículo 6 de la LPAG, correspondería en estos casos declarar la revocación del acto confirmatorio impugnado (es decir, Resolución de Intendencia) y/o dejar sin efecto el acto administrativo materia del recurso (Resolución de Determinación).

  Asimismo, dado que en sede judicial se evalúa la validez del acto administrativo, entonces, correspondería seguir la misma lógica en esta instancia.
- *Errores en el procedimiento probatorio*, que implicarían incumplir reglas procedimentales referidas a la admisibilidad de medios probatorios o el ritual de la práctica de los medios probatorios. En esos casos, correspondería más bien declarar la nulidad. El mismo análisis aplica para el proceso judicial.

5. Conclusiones

Es posible analizar la actividad probatoria como si se tratara de un conjunto de actuaciones organizadas en tres etapas: (i) etapa de conformación de los elementos de prueba, (ii) etapa de valoración racional y (iii) etapa de decisión probatoria.

Es muy relevante tener en cuenta que en la etapa de conformación de elementos de prueba se produce la práctica de los medios probatorios, lo cual supone interpretarlos. Dicha interpretación debe ser consciente de la multiplicidad de posibilidades interpretativas y extraer todas aquellas que resulten plausibles para confrontarlas. En la práctica, con respecto a los distintos tipos de medios probatorios, deberá atenderse especialmente al Principio de Presunción de Veracidad, que impone el deber a las autoridades de no desconocer el aporte de información que un medio probatorio puede ofrecer a la valoración y decisión probatoria. En cada una las etapas mencionadas, las autoridades encargadas de arribar a la decisión deben respetar un conjunto de reglas institucionales y otras epistémicas. La desviación respecto de dichas reglas es lo que se ha calificado acá como error probatorio.

Puede realizarse una tipología no exhaustiva de errores probatorios en función a la etapa en la que se presentan. Dentro de dicha tipología, puede resaltarse un elenco no exhaustivo de errores probatorios, especialmente relevantes, en función a su recurrencia en los procedimientos y procesos tributarios, a saber: (i) documentalismo, (ii) la concepción persuasiva de la prueba, (iii) la presunción ilegítima y (iv) la falacia de ausencia de evidencia.

Estos errores probatorios, cuando se atiende a su afectación en el juicio probatorio, deberían producir la revocación, mientras que, cuando se atiende a su afectación meramente procedimental, producirían la nulidad.

Finalmente, a lo largo del trabajo se ha hecho referencia a un conjunto de términos con un significado más o menos determinado. Uno de los objetivos de este trabajo era precisamente contribuir con un conjunto de términos que permitan describir con mayor poder explicativo la actividad probatoria(71), por lo que conviene recogerlos a continuación:

- *Medios probatorios*. Evidencia, o técnica por medio de la cual se introducen ciertos datos o elementos de prueba al procedimiento o proceso.

(70) Vale la pena aclarar, sin embargo, que, si bien los errores al momento de establecer la regla de estándar probatorio o carga de la prueba son presentados como errores de juicio probatorio, no puede negarse que en el fondo en realidad se trata de problemas de errores de juicio de derecho acerca de la interpretación de las reglas que definen el estándar o la carga probatoria. Así, estos casos bien podrían ser tratados como errores de derecho y, con mayor razón, casos que son sancionados con revocación.

(71) Vale precisar que los términos no están agrupados alfabéticamente, sino más bien en base a un criterio de cercanía conceptual.

- *Elementos de prueba*. Se trata de la información que se extrae de los medios probatorios, mediante la práctica (desahogo, actuación) de los mismos.
- *Inferencia probatoria*. Razonamiento inductivo a partir de los elementos de prueba extraídos de los medios probatorios admitidos, que se realiza en la etapa de valoración probatoria.
- *Objeto de prueba o hipótesis*. Se trata del supuesto de hecho que constituye la premisa fáctica de la decisión jurisdiccional. Dicha hipótesis se compone de un conjunto de elementos del supuesto de hecho, entendidos estos como cada una de las propiedades relevantes que componen el supuesto de hecho previsto en la norma.
- *Fiabilidad*. Se refiere a la verosimilitud del medio probatorio por sí mismo, así como de la información que de él se extrae.
- *Relevancia*. Se predica de un medio probatorio respecto de una hipótesis "H", que es el objeto de prueba, si al tenerlo en cuenta, por sí solo o en conjunto con otros, impacta en alguna medida, incrementando o disminuyendo la justificación para afirmar el contenido de dicha hipótesis.
- *Completitud*. Se predica del conjunto de medios probatorios admitidos en el procedimiento o proceso. Mientras mayor sea la riqueza de dicho conjunto, se incrementa las posibilidades de acierto de la decisión, incrementa el peso probatorio.
- *Valoración probatoria*. Se trata de una de las etapas de la actividad probatoria, dirigida tendencialmente a determinar el "grado de corroboración" de una hipótesis. Se ha llamado la atención que la determinación de dicho grado de corroboración no constituye un juicio objetivo, sino que más bien debería ser descrito como un juicio evaluativo dirigido a analizar si se cumplen ciertos criterios de solidez respecto del razonamiento probatorio sometido a evaluación(72).
- *Valor probatorio*. Se refiere al grado de confirmación que un conjunto de elementos de prueba aporta a una hipótesis, da cuenta de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera. Al igual que el término valoración probatoria, debe tenerse en cuenta que la afirmación acerca de un grado de corroboración no es resultado de un juicio objetivo, sino de un juicio evaluativo dirigido a analizar si se cumplen ciertos criterios de solidez.
- Peso probatorio. Se refiere a la completitud del conjunto de medios probatorios admitidos. A mayor peso, mayores probabilidades de acierto de la decisión, ya sea de la verdad o falsedad de la hipótesis.
- *Estándar probatorio*. Refiere a cuál será el grado de corroboración, determinado al momento de efectuar la valoración probatoria, que se exigirá para tener por probada una hipótesis.
- *Carga de la prueba*. El término puede significar dos cosas: (i) carga de la prueba objetiva, que se trata de la regla que decide quien pierde si no se alcanza el nivel de suficiencia establecido por el estándar de prueba; (ii) carga de la prueba subjetiva que define quien debe aportar las pruebas atendiendo a su disponibilidad de o cercanía con los medios probatorios. En el derecho peruano, esta distinción encuentra apoyo en el artículo 173 de la LPAG.

Como puede observarse, los distintos términos y definiciones propuestas se relacionan entre sí, de manera que el significado de unos depende a su vez del significado de otros, formándose así un aparato conceptual de la actividad probatoria.

Referencias bibliográficas

Accatino, D. (2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, (40), 17-59.

Accatino, D. (2015). La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. En A. Páez (Ed.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 65–87). Universidad de los Andes.

Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus*, (39).

Canale, D., & Tuzet, G. (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Palestra.

Carbonell, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de estudios de la justicia*, (27) 1-35.

Carbonell, F. (2022). Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política Criminal*, 17(33), 58-84.

Chau, L., & Garay, G. (2013). Análisis de las reglas de preclusión del derecho a la prueba en el procedimiento contencioso tributario. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2,* 201-246.

(72) Véase el apartado "3.2. La etapa de valoración racional (individual y conjunta) de los elementos de prueba".

Damaška, M. (1986). *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process.* Yale University Press.

Dávila, C. (2021). La debida motivación de la resolución de determinación tributaria: justificación de la decisión sobre el significado normativo y la prueba de los hechos. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 395-464.

De Paula, V. (2022). "Déjame atravesar el viento con documentos": propuestas para replantear la prueba documental del siglo XXI. *Quaestio facti,* 3, 1-26.

Dei Vecchi, D. (2020a). *La importancia de lo que nos preocupa tener por probado. La imposibilidad de los estándares de prueba*. https://www.academia.edu/44612204/La_importancia_de_lo_que_nos_preocupa_tener_por_probado_La_imposibilidad_de_los_est%C3%A1ndares_de_prueba

Dei Vecchi, D. (2020b). *Los confines prágmaticos del razonamiento probatorio*. Zela.

Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 337-373.

Ferrer, J. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.

Ferrer, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. En D. Papayannis & E. Pereira (Eds.), *Filosofía del derecho privado* (pp. 402–430). Marcial Pons.

Ferrer, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La Sentencia V.R.P., V.P.C. Y Otros Vs. Nicaragua de la Corte IDH. Quaestio facti. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 359-382.

Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso.* Marcial *Pons*.

Ferrer, J. (2022). *Manual de Razonamiento Probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción.* Palestra.

González Lagier, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (23), 79-97.

Guasp, J. (1945). La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales. textos de las conferencias dadas en el Curso de Verano los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944. *Revista de la Universidad de Oviedo*, VI, (27-28, 21-82).

Haack, S. (1993). Evidence and Inquiry.

Haack, S. (2014). *Evidence matters, science, proof an truth in the law*. Cambridge University Press.

Letelier, R. (2018). El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho*, 31(1), 209-229.

Morón, J. C. (2001). Los actos administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. *Derecho & Sociedad,* (17), 242-257.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Trotta.

Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Marcial Pons.

Tuzet, G. (2019). Filosofía de la prueba jurídica (2021). Marcial Pons.

Vázquez, C. (2022). *Manual de Prueba Pericial*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Vázquez, C., & Fernández, M. (2022). La valoración de la prueba I: la valoración individual de la prueba. En J. Ferrer (Coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Von Wright, G. (2001). *Normas, verdad y lógica*. Fontamara.

Wayka. (2020). "Grandes empresas deben pagar impuestos al igual que todos en el país" [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/shorts/jLNBnA01i28

Zavaleta, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales: como argumentacion jurídica*. Grijley.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.016

Reflexiones sobre la posición del Tribunal Constitucional peruano respecto a los intereses moratorios en materia tributaria(*)

Reflections on the Peruvian Constitutional Court's position regarding default interest in tax affairs

Luis Durán Rojo(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Hugo Martín Arbieto Alfaro(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: A partir de la publicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional sobre la inaplicación de los intereses moratorios en materia tributaria por la demora en resolver de la Administración Tributaria, del Tribunal Fiscal y del Poder Judicial, los autores analizan el rol del Tribunal Constitucional en la creación de precedente vinculantes, la naturaleza jurídica de los intereses moratorios y evalúan, desde la perspectiva legal y constitucional, si la inaplicación de los intereses, durante este plazo en exceso, constituye una respuesta adecuada, proporcional y razonable frente al problema de la demora en la resolución de conflictos tributarios.

Palabras clave: Intereses moratorios - Tribunal Constitucional - Precedente vinculante - Exigibilidad de la deuda tributaria - No confiscatoriedad - Derecho de petición - Capacidad contributiva

Abstract: The peruvian Constitucional Court established a vinculant precedent about the inaplication of moratorium interest for tax debt due to the administration's or judge delay in resolving people and companies demand's. The autors explore the creation of precedents by the constitucional court, the nature of moratorium interest and analyzes, from the legal and constitutional perspective, if the inaplication of moratorium interest is a correct, proportional and reasonable solution for the administration or judge delay in resolving tax demand's.

Keywords: Moratorium interest - Constitutional Court - Vinculant precedent - Tax debt enforceability - Prohibition of confiscatory taxation - Right of petition - Taxable capacity

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 8 de junio de 2023 y su publicación fue aprobada el 4 de julio de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster por la misma casa de estudios. Candidato a Doctor por la Universidad Castilla La Mancha. Profesor Asociado del Departamento de Derecho de la PUCP. Coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Internacional Tributario de la PUCP - GIDIT. ORCID: https://orcid.org/0000-0001- 6200-6887. Correo electrónico: lduran@pucp.edu.pe.

(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Adjunto de Docencia del Seminario de Integración en Derecho Tributario y Jefe de Prácticas del curso de Introducción de las Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5441-7560. Correo electrónico: hugomarbieto@gmail.com.

1. Introducción

El Tribunal Constitucional peruano publicó la sentencia recaída en el Expediente No. 03525-2021-PA/TC[1] (en adelante, la "Sentencia") por la que resolvió una demanda de amparo interpuesta por la empresa MAXCO S.A. Este contribuyente solicitaba la inaplicación de los intereses moratorios durante el tiempo de la demora en exceso al plazo legal que utilizó el Tribunal Fiscal en resolver su recurso de apelación[2] cuando se encontraba vigente el artículo 33 del Código Tributario antes de la modificación operada por la Ley 30230[3].

Luego de declarar la improcedencia del amparo, el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante "Tribunal Constitucional") estableció el siguiente precedente vinculante (fundamento 69):

> Regla sustancial:
>
> A partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, incluso en los procedimientos en trámite, la Administración tributaria, se encuentra prohibida de aplicar intereses moratorios luego de que se haya vencido el plazo legal para resolver el recurso administrativo, con prescindencia de la fecha en que haya sido determinada la deuda tributaria y con prescindencia de la fecha que haya sido interpuesto dicho recurso, a menos de que pueda probar objetivamente que el motivo del retraso es consecuencia de la acreditada conducta de mala fe o temeraria del administrado.
>
> El Poder Judicial, incluso en los procesos en trámite, se encuentra en la obligación de ejercer control difuso sobre el artículo 33 del TUO del Código Tributario, si este fue aplicado por el periodo en el que permitía el cómputo de intereses moratorios luego de vencido el plazo legal para resolver un recurso en el proceso administrativo tributario, y, por consiguiente, debe declarar la nulidad del acto administrativo que hubiese realizado dicho inconstitucional cómputo y corregirlo. Dicho cómputo será válido solo si la administración tributaria acredita objetivamente que el motivo del retraso fue consecuencia de la conducta de mala fe o temeraria del administrado.
>
> Regla procesal:
>
> En el caso de los recursos de apelación interpuestos que se encuentran en trámite ante el tribunal fiscal y cuyo plazo legal para ser resueltos se haya superado, se tiene derecho a esperar la emisión de una resolución que deberá observar la regla sustancial de este precedente o a acogerse al silencio administrativo negativo para dilucidar el asunto obligatoriamente en un proceso contencioso administrativo, por ser una vía igualmente satisfactoria, y no en un proceso de amparo.

Este precedente vinculante buscó otorgar una solución a un aparente problema: el incremento de la deuda tributaria (intereses moratorios) por la demora en resolver de la Administración Tributaria[4] (SUNAT), del Tribunal Fiscal o del Poder Judicial. De acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional, si el funcionario de la Administración Tributaria, los vocales del Tribunal Fiscal o los jueces no resuelven la controversia en el plazo legal, los intereses moratorios que se generen por el exceso de ese plazo no incrementarán la deuda del deudor tributario.

Desde nuestra perspectiva, resulta evidente que todo tribunal, sea administrativo o judicial, debe resolver las controversias que plantean las partes dentro de los plazos previstos por las normas legales vigentes, más aún si el incumplimiento de estos plazos podría generar perjuicios, no sólo para las partes en disputa, sino para la ciudadanía en general, pues el retraso en la recaudación es fundamentalmente un problema de orden público. Por eso, urge que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo impulsen las

(1) Esta sentencia se publicó el 11 de febrero del 2023 en el Diario Oficial El Peruano.
(2) El Tribunal Fiscal cuenta con un plazo de 12 meses contados a partir de la fecha de ingreso del expediente, conforme lo indica el artículo 150 del Código Tributario. En el caso materia de la Sentencia, el Tribunal Fiscal no resolvió dentro de ese plazo. El demandante solicitaba que se inapliquen los intereses moratorios por la demora en exceso al plazo de 12 meses.
(3) La Ley 30230 incorporó la regla siguiente: La aplicación de los intereses moratorios se suspenderá a partir del vencimiento del plazo máximo establecidos, entre otros, en el artículo 150 del Código Tributario hasta la emisión de la resolución que culmine el procedimiento de apelación ante el Tribunal Fiscal, siempre y cuando el vencimiento del plazo sin que se haya resuelto la apelación fuera por causa imputable a dicho órgano resolutor; en dicho periodo de suspensión, la deuda será actualizada en función del Índice de Precios al Consumidor, y las dilaciones en el procedimiento por causa imputable al deudor no se tendrán en cuenta a efectos de la suspensión de los intereses moratorios.
(4) En el Perú, el organismo público especializado que se encarga de la administración de los tributos correspondientes al Gobierno Central se denomina Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, cuya sigla es SUNAT.

reformas necesarias que agilicen el sistema de resolución de conflictos tributarios con miras a lograr eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los objetivos constitucionales.

Sin perjuicio de ello, la decisión constitucional sobre la inaplicación de los intereses moratorios por la demora en resolver las controversias tributarias en el periodo en que existía expresa prohibición legal de hacerlo[5], no constituye una solución adecuada, proporcional ni razonable.

A continuación, procederemos a analizar el rol del Tribunal Constitucional en la creación de precedentes vinculantes, la naturaleza jurídica de los intereses moratorios en materia tributaria y evaluaremos, desde la perspectiva legal y constitucional, si la inaplicación de los intereses, durante este plazo en exceso[6], constituye una respuesta adecuada, proporcional y razonable frente al problema de la demora en la resolución de conflictos tributarios.

2. ¿Correspondía la emisión del precedente vinculante?

El precedente vinculante constituye una regla jurídica elaborada por el Tribunal Constitucional para resolver un caso concreto. Esta regla, al tener efectos similares a una ley, se convierte en obligatoria para todos los ciudadanos y los poderes públicos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el Expediente No. 0024-2003-AI/TC y fundamento 45 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 3741-2004-AA/TC) sostiene que este organismo constitucional puede establecer como precedentes las reglas jurídicas que sean necesarias para solucionar los casos específicos que se discuten en la vía constitucional. A través de esta regla convertida en precedente, el Tribunal Constitucional busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales para todos los ciudadanos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no puede actuar de oficio para la creación de los precedentes. Esta excepcionalidad en la creación del precedente se deriva del equilibrio de poderes que existe en nuestro régimen constitucional.

La necesaria vinculación del precedente con el caso concreto se deriva de una limitación del Tribunal Constitucional por su función de "legislador negativo" al momento de resolver un caso planteado por las partes. El Congreso de la República, como órgano legislativo, es el organismo encargado de la creación de las leyes, lo que puede delegar de manera expresa en el Poder Ejecutivo en ciertos supuestos y bajo ciertas circunstancias. Si bien el Tribunal Constitucional puede inaplicar una ley o norma de rango inferior en caso contravenga a la Constitución Política del Perú (en adelante "la Constitución Política") y convertir su interpretación en un precedente, este poder para innovar en el ordenamiento jurídico sólo debe aplicarse cuando la regla sea indispensable para resolver el problema jurídico que plantean los solicitantes. En caso contrario, el Tribunal Constitucional se convertiría, de facto, en el órgano legislativo al generar normas sobre cuestiones ajenas a los procesos constitucionales.

Sobre este punto, no cuestionamos que el Tribunal Constitucional inaplique leyes cuando sean contrarias a las reglas y principios de la Constitución Política. La crítica se limita a indicar que la intervención de este organismo constitucional no es válida cuando crea un precedente que no sirve para resolver un caso específico, ya que se vulnera el equilibrio de poderes.

El foro de discusión pública para la deliberación de las leyes es el Congreso de la República. En este espacio, participan los representantes de la Nación. Por otro lado, la competencia para la creación de precedentes (reglas) se deriva de la función específica del Tribunal Constitucional de resolver casos. La

(5) Durante el periodo materia de análisis por el Tribunal Constitucional, se encontraba vigente lo dispuesto en el artículo 33 del Código Tributario en su versión modificada por el DL 981 (vigente desde el 1 de abril de 2007), que indicaba: (i) la aplicación de los intereses moratorios se suspenderá a partir del vencimiento de los plazos máximos establecidos en el artículo 142 hasta la emisión de la resolución que culmine el procedimiento de reclamación ante la Administración Tributaria, siempre y cuando el vencimiento del plazo sin que se haya resuelto la reclamación fuera por causa imputable a ésta, y (ii) la suspensión de intereses no es aplicable a la etapa de apelación ante el Tribunal Fiscal ni durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa.

(6) A la presente fecha, el artículo 33 del Código Tributario indica expresamente que los intereses moratorios no se computarán por la demora en resolver, fuera del plazo legal, del: (i) recurso de reclamación y/o apelación; y (ii) la resolución de cumplimiento que debe emitir la Administración Tributaria. Esta regla se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico por lo que debe aplicarse. Sin perjuicio de ello, también buscamos analizar, desde una visión crítica, si esta regla es legítima desde una perspectiva constitucional.

creación de un precedente, al implicar una función normativa, exige reglas especiales para su creación[7].

En el caso materia de estos comentarios, el Tribunal Constitucional resolvió por la improcedencia del recurso de amparo, porque el deudor tributario tenía otra vía procesal específica igualmente satisfactoria (proceso contencioso administrativo). Esta decisión marcó el fin del proceso; sin embargo, el Tribunal Constitucional se extralimita al pronunciarse sobre una discusión que no servía para resolver el caso concreto. La actuación contraria a la Constitución Política amerita analizar si los magistrados debieran o no ser sometidos al procedimiento de acusación constitucional ante el Congreso de la República previsto en el artículo 99 de la carta magna.

Los magistrados del Tribunal Constitucional cumplen una función trascendental en nuestro quehacer jurídico; no obstante, esta función no debe nublar la vista sobre el equilibrio de poderes en el que se enmarca nuestro régimen constitucional. De otro modo, ¿quién controlaría al Tribunal Constitucional?

3. La naturaleza de los intereses moratorios aplicables en materia tributaria

El Tribunal Constitucional sostiene que los intereses moratorios tienen naturaleza sancionatoria (fundamento 59 de la Sentencia). Ahora bien, la posición del Tribunal Constitucional no es coherente en el devenir de sus sentencias sobre esta problemática. Podemos observar cuatro etapas en la evaluación sobre su naturaleza jurídica.

En una primera etapa, el Tribunal Constitucional[8] sostenía que el incremento de los intereses moratorios por el paso del tiempo no vulneraba ningún derecho fundamental pese a que podían convertirse en exorbitantes

En una segunda etapa, el Tribunal Constitucional[9] modificó su criterio. Los intereses moratorios constituyen sanciones impuestas por el cumplimiento no oportuno del pago de las deudas tributarias.

En la tercera etapa, los magistrados[10] reformularon su posición y nuevamente sostuvieron que el interés moratorio no tenía naturaleza sancionadora. Por el contrario, el interés moratorio buscaba indemnizar al Estado por el no pago oportuno de su acreencia.

Finalmente, en la cuarta etapa, se tiene a la sentencia que establece el precedente vinculante que comulga con el criterio de la segunda etapa. El interés moratorio representa una sanción para el deudor tributario.

Existe una ausencia de motivación en la sentencia del precedente vinculante sobre la naturaleza sancionadora del interés moratorio. Conforme podemos observar, a lo largo de la historia del Tribunal Constitucional, existió una discusión sobre la naturaleza jurídica de los intereses moratorios. En la Sentencia, el Tribunal Constitucional solo partió de la premisa que el interés constituye una sanción, pero no justificó el origen de esta premisa. En este caso, el Tribunal Constitucional debía motivar esta posición, porque constituye un elemento necesario para la elaboración de sus conclusiones.

Sin perjuicio de la falta de coherencia en el devenir del tiempo sobre este problema jurídico, manifestamos nuestra discrepancia con el último criterio del Tribunal Constitucional. El interés moratorio constituye una indemnización legal que se otorga al acreedor por la demora en el pago. Este criterio es compartido por la doctrina[11] y también tuvo respaldo en la primera y tercera etapa de este tema en el Tribunal Constitucional. El interés moratorio busca resarcir al acreedor por cada día que no puede aprovechar su capital.

La figura del resarcimiento difiere de la sanción. En el resarcimiento, se busca equilibrar la situación de una parte que sufrió una afectación por una intervención ajena; en buena cuenta, un criterio básico de justicia implica no perjudicar a quien no recibe su pago en el momento debido[12]. En cambio, la

(7) El Código Procesal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar) exige que el precedente se apruebe con el voto de cinco magistrados.
(8) Al respecto, *véase* el fundamento 2 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 3184-2012-PA/TC.
(9) Al respecto, *véase* el fundamento 45 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 04082-2012-PA/TC.
(10) Al respecto, *véase* el fundamento 19 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 04532-2013-PA/TC.
(11) Fernández, G. (1991). La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre derecho y economía. *Revista de Derecho*, (45), 177-213.
(12) Juan Martin Queralt sostiene que el interés moratorio busca limitar el "enriquecimiento injusto de quien dispone de una suma de dinero debida más allá del tiempo en que había de cumplir su prestación" (2016, p. 214).

sanción es la consecuencia de la comisión de una infracción, que busca desincentivar una conducta no deseada.

A partir de la última posición del Tribunal Constitucional, el interés moratorio debe suspenderse durante el plazo en exceso que utiliza la Administración Tributaria o el Tribunal Fiscal en resolver un caso porque esta "sanción" (interés) no debería imponerse cuando la demora no sea imputable al ciudadano que cuestiona la determinación tributaria. Es cierto que no debe imponerse una sanción al deudor por la demora de una entidad pública en resolver un procedimiento administrativo si la demora es imputable a la entidad pública. En cualquier caso, el derecho a recurrir de los administrados, y la consecuente demora en la solución del conflicto, no califica como una conducta no deseada del ciudadano.

Sin embargo, esta premisa de "sanción" no es cierta. El interés moratorio no busca sancionar a una empresa. El interés moratorio persigue indemnizar (resarcir) al Estado por la demora en el pago del tributo. Cada día que el ciudadano no paga su deuda tributaria se perjudica al financiamiento público (en tanto valor constitucional), y por ende a quien debe ejecutar los fines comunes constitucionales, es decir, el Estado, en tanto no puede aprovechar ese dinero en los fines públicos que debe tutelar conforme a la Constitución Política.

Al respecto, nótese que la idea de aplicar los intereses moratorios por la demora del ciudadano en pagar la deuda y las circunstancias posteriores al incumplimiento de esa obligación (que podrían ameritar una suspensión de los intereses) es un tema que se discutió para la elaboración del Modelo del Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). En los comentarios al artículo 61, se indica expresamente que el interés moratorio debe aplicarse por el no pago oportuno "en cualquier circunstancia"[13]. Este criterio se condice con la naturaleza indemnizatoria del interés moratorio en la medida que ya existía una obligación de pago no cumplida.

Por lo tanto, el incumplimiento en el pago debe traer consecuencias para el deudor tributario independientemente de la demora que tenga en resolver el Tribunal Fiscal o la Administración Tributaria. Si ello es así, tampoco corresponde la suspensión de los intereses durante la demora en la vía judicial.

Existe una deuda determinada que debía pagarse hasta la fecha de vencimiento de la presentación de la declaración jurada respectiva. El incumplimiento de esta obligación origina intereses por cada día de demora en el pago independientemente de que el deudor impugne la determinación de la Administración Tributaria. A continuación, procedemos a explicar este punto.

4. Sobre el pago oportuno de la deuda y la presunta demora no imputable del deudor tributario

A partir de la determinación que realiza el deudor en su declaración jurada determinativa, se conoce el importe exacto que el ciudadano debe pagar al Fisco. Al conocer ese importe exacto, la deuda puede pagarse. Por lo tanto, la norma tributaria (artículo 29 del Código Tributario) establece que el pago debe realizarse hasta el vencimiento del plazo de la declaración jurada determinativa. Al conocer el importe del tributo, este ya debe pagarse.

Ahora bien, conviene diferenciar entre la exigibilidad y la cobranza coactiva de la deuda:

4.1. Exigibilidad e intereses moratorios

El Código Tributario indica expresamente que la obligación tributaria es exigible desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada determinativa (inciso a) del artículo 3 del Código Tributario). Esta exigencia implica que el ciudadano tiene el deber de pagar la deuda correcta hasta el vencimiento del plazo de presentación de la declaración determinativa. Caso contrario, el deudor deberá asumir la carga de los intereses moratorios para resarcir la demora conforme a lo previsto en el artículo 33 del Código Tributario. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el interés se aplica por cada día de demora[14] que el deudor no cumple con pagar la deuda.

Nótese que la deuda es exigible desde ese único momento; es decir, si la Administración Tributaria, luego de un procedimiento de fiscalización posterior a la determinación realizada por el contribuyente, concluye que el deudor no declaró correctamente el tributo y le notifica una resolución de determinación, la deuda, calculada por la Administración Tributaria, será exigible desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada original pese a que la fiscalización se realice en un momento posterior.

(13) Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). (2015). *Modelo del Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia iberoamericana*.

(14) Existe demora cuando el ciudadano no cumple con pagar la deuda dentro del plazo previsto por ley.

En ese sentido, la primera pregunta que corresponde resolver reside en entender por qué se cobran intereses moratorios desde el día siguiente al vencimiento del plazo de presentación de la declaración jurada determinativa, si la Administración Tributaria recién determina en una fiscalización posterior que el deudor no cumplió con declarar y pagar el tributo correspondiente.

El deudor tributario tiene la obligación de verificar la realización del hecho imponible (artículo 59 del Código Tributario) en su declaración jurada. La determinación que realiza este debe ser correcta conforme se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 59 y 88 del Código Tributario.

Cuando la Administración fiscaliza al ciudadano y detecta que la determinación declarada no fue correcta, se entiende que ese tributo omitido debía consignarse en la declaración jurada original, pues se tenía el deber de declararlo correctamente. Por esta razón, los intereses moratorios por el tributo omitido en fiscalización se computan desde el día siguiente del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada, independientemente de que la Administración Tributaria determine el tributo omitido en un ejercicio posterior.

En otras palabras, el deudor tributario tenía la obligación de incluir ese tributo omitido, que determinó la Administración Tributaria en la fiscalización, en su declaración jurada dentro del plazo respectivo. Por lo tanto, al no declarar el tributo correcto, el deudor tiene la obligación de pagar los intereses moratorios desde el día siguiente al vencimiento del plazo para la declaración.

Es así que la exigibilidad de la deuda tributaria inicia luego del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada determinativa y no se suspende por la interposición del recurso de reclamación y/o apelación contra la deuda que determinó la Administración Tributaria, ya que existe la obligación de pago pese a que el deudor inicie el procedimiento contencioso tributario.

Evidentemente, si la determinación practicada por la Administración Tributaria es declarada improcedente (por carecer de legalidad y/o de justicia tributaria), no se generará ningún interés moratorio. Por el contrario, si las instancias que resuelven el conflicto ratifican el monto debido determinado por la Administración Tributaria, procederá el pago de intereses moratorios.

4.2. Cobranza coactiva de la deuda

Cuando la Administración Tributaria determina un tributo omitido, el deudor tributario puede cuestionar la determinación ante la Administración y el Tribunal Fiscal. A partir de la resolución de la Administración Tributaria que resuelve el recurso de reclamación (no apelada dentro del plazo de ley[15]) o la notificación de la resolución del Tribunal Fiscal que resuelve el recurso de apelación, el ejecutor coactivo[16] puede iniciar el procedimiento de cobranza coactiva.

Ahora bien, el cobro que puede realizar la Administración Tributaria, luego de agotar la vía administrativa, no debe confundirse con la obligación de pago que tiene el ciudadano por una deuda tributaria determinada.

En el supuesto de que el deudor interponga un recurso de apelación dentro del plazo de ley, la Administración Tributaria solo puede cobrar la deuda cuando el Tribunal Fiscal resuelva la apelación; sin perjuicio de ello, el deudor tributario tenía la obligación de pagar la deuda correcta dentro del plazo previsto por ley; es decir, hasta el vencimiento del plazo para la presentación de la declaración. Si la Administración Tributaria le comunica al deudor tributario que el tributo que declaró no fue correcto (a través de una resolución de determinación u orden de pago), el deudor debe pagar esa deuda sin perjuicio de su derecho a interponer los medios impugnatorios contra el acto determinativo tributario.

(15) El ejecutor coactivo puede cobrar la deuda luego de que la Administración Tributaria notifique la resolución que resuelve el recurso de reclamación y el deudor tributario no interponga el recurso de apelación dentro del plazo de 15 días hábiles (inciso c) del artículo 115 del Código Tributario.

(16) Nuestra investigación se circunscribe al supuesto del deudor tributario que interpone un recurso de reclamación y/o apelación dentro del plazo previsto por ley para impugnar. Asimismo, la entidad encargada de resolver (SUNAT o el Tribunal Fiscal) no resuelve el recurso dentro de su plazo legal. En este caso, el ejecutor coactivo podrá cobrar la deuda luego de que la entidad confirme y notifique la resolución que incluye la deuda. Sin perjuicio de ello, existen otros casos en los que el ejecutor coactivo puede iniciar el procedimiento de cobranza coactiva. Los supuestos se encuentran previstos en el artículo 115 del Código Tributario. A modo de ejemplo, la Administración Tributaria puede iniciar el procedimiento de cobranza coactiva si el deudor tributario interpone el recurso de reclamación fuera del plazo de ley (inciso a) del artículo 115 del Código Tributario).

Por esta razón, al existir una deuda exigible, los intereses moratorios se devengan desde el día siguiente de la fecha de vencimiento de la presentación de la declaración independientemente de que la deuda todavía no pueda cobrarse coactivamente.

El Tribunal Constitucional sostiene que los intereses moratorios no deben devengarse durante el plazo en exceso que utilice la Administración Tributaria o el Tribunal Fiscal en resolver, porque esa demora no le es imputable al ciudadano(17). Discrepamos de este criterio. Es cierto que el ciudadano no es responsable de la demora de la entidad pública; sin embargo, la consecuencia (inaplicación de intereses) no es una respuesta correcta a esa demora(18).

En la medida de que existe la deuda (la resolución de determinación goza de una presunción de validez) y el deudor tributario tiene la obligación de pagarla, nada obsta para que el ciudadano cumpla con pagar la deuda tributaria determinada pese a que la Administración Tributaria todavía no pueda cobrar la deuda impugnada o que el Tribunal Fiscal o la Administración Tributaria demoren en resolver el recurso de reclamación o apelación. El ciudadano debe pagar la deuda que no determinó de forma correcta en la declaración jurada.

La sociedad, a través del legislador, estableció que el acreedor tributario debe obtener el ingreso tributario en un momento específico: el pago se realiza dentro del plazo para presentar la declaración determinativa. Este mecanismo busca que el ciudadano determine correctamente la deuda por las consecuencias que podría traer una potencial fiscalización de la Administración Tributaria. En caso no se pague en ese momento, se genera un perjuicio a la sociedad.

El legislador podía valorar otro momento para exigir el pago de las deudas determinadas por la Administración Tributaria. Por ejemplo, podía sostener que el pago, y el consecuente interés moratorio, deban producirse desde la notificación de la resolución de determinación o la notificación de la resolución del Tribunal Fiscal que resuelve el procedimiento contencioso tributario. Sin embargo, en nuestro modelo jurídico no se adoptaron estos supuestos.

El interés moratorio constituye el resarcimiento por la demora en el pago de la deuda tributaria; es decir, el pago posterior al vencimiento del plazo para la presentación de la declaración. Este interés debe cobrarse sin perjuicio de que exista una demora no imputable al deudor en el procedimiento contencioso tributario. El pago no se hizo en el momento oportuno y eso le genera un perjuicio al acreedor del tributo por cada día que no se reciba el dinero. El perjuicio no deja de existir por la demora en resolver del Tribunal Fiscal o la Administración Tributaria.

No existe impedimento para que el deudor tributario pague la deuda pese a que no se resuelva dentro del plazo legal la reclamación o la apelación. En caso se resuelva a su favor, su pago sería indebido (o en exceso) y corresponderá la devolución del tributo más los respectivos intereses moratorios.

5. A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error

El Derecho Constitucional establece los principios y las reglas básicas que permiten la convivencia social entre los miembros de la comunidad. Precisamente, una de las premisas básicas para una interacción armoniosa entre los ciudadanos reside en la prohibición del abuso del derecho(19).

Este criterio también se desprende del caso Riggs vs. Palmer(20). En esta disputa, el juez Earl resolvió lo siguiente: un nieto que asesina a su abuelo para impedir la modificación del testamento no tiene derecho a recibir la herencia. La sentencia parte del siguiente principio: el fraude no debería generar un beneficio en la persona que lo realiza.

Ahora bien, cierto sector alega que el Estado no debería exigir los intereses moratorios por la demora en resolver las controversias tributarias, porque esto supondría obtener una ventaja por un error imputable al aparato estatal. Sin embargo, esta premisa no es aplicable para la problemática de los intereses moratorios.

Si revisamos el desarrollo de este principio, deben existir dos requisitos para su aplicación:

(17) Al respecto, *véase* el fundamento 57 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 03525-2021-PA/TC.
(18) Sobre este punto, resulta pacífico admitir que el legislador debe establecer reformas legales para mejorar el sistema de resolución de conflictos tributarios, como lo hemos adelantado ya en estos comentarios.
(19) Al respecto, *véase* el artículo 103 de la Constitución Política.
(20) Al respecto, *véase* Philo Riggs v. Elmer E. Palmer (1889, 8 de octubre) Court of Appeals of New York.

- La existencia de un beneficio para la persona que comete el error o el fraude.
- El error o el fraude debe ser imputable a la persona que obtendría el beneficio.

En primer lugar, los intereses moratorios no constituyen un beneficio o una ventaja para el Estado. La naturaleza del interés moratorio es indemnizatoria. La naturaleza de la indemnización reside en reestablecer el equilibrio que se afectó por un daño ilegítimo. Si ello es así, no existe beneficio o ventaja cuando el acreedor tributario obtiene el interés moratorio por la demora en el pago.

Este interés, como indicamos anteriormente, solo busca resarcir al acreedor por cada día que no pudo aprovechar el capital desde que la obligación se hizo exigible. Cuando el Tribunal Constitucional ordena la inaplicación de los intereses moratorios, en realidad, impide la búsqueda del reequilibrio que se afectó por el incumplimiento del pago. Esta situación implica un perjuicio antes que un beneficio para el acreedor.

Por otro lado, el error por la demora en resolver la controversia tributaria no es imputable al acreedor tributario. Nótese que el Estado recauda tributos para obtener los recursos que permitan financiar la intervención estatal que garantiza los derechos fundamentales y la convivencia social. En realidad, el Gobierno Central solo representa a la ciudadanía. El dinero le pertenece a la comunidad, pero ante la necesidad práctica de requerir a un organizador de la actividad estatal, es el gobierno quien administra los recursos fiscales.

Es cierto que el Tribunal Fiscal, la Administración Tributaria y el Poder Judicial forman parte del Estado. Sin embargo, estas entidades cuentan con independencia y autonomía para resolver sus procedimientos administrativos y procesos judiciales, por lo que no se pueden entender como meras entidades dependientes del Gobierno Central. En materia tributaria, las entidades administrativas y judiciales deben ceñirse a la búsqueda de la verdad material y la correcta determinación de la obligación tributaria independientemente que se beneficie al acreedor o deudor tributario.

No existe un "indubio pro fisco" para sostener que las entidades administrativas o judiciales que resuelven la materia tributaria deban resolver a favor del fisco en caso de duda. El Tribunal Fiscal no representa los intereses del acreedor tributario ni del deudor tributario. En buena cuenta, al momento de resolver una controversia tributaria, las entidades resolutoras no asumen los intereses de las partes, por lo que no existe una identidad entre el acreedor y el resolutor de la controversia.

El Tribunal Constitucional asume que existe un interés común entre la Administración Tributaria, el Tribunal Fiscal e inclusive el Poder Judicial para dilatar la resolución de la controversia. Esta demora, según los magistrados, sería un incentivo para incrementar la deuda tributaria(21).

La afirmación del Tribunal Constitucional no es cierta. En primer lugar, la demora injustificada en resolver perjudica a la Administración Tributaria, porque el paso del tiempo genera inconvenientes para el cobro de la deuda. El retraso puede originar que el contribuyente se desprenda de su patrimonio y no llegue a cobrarse el tributo. En segundo lugar, la Administración Tributaria no puede cobrar la deuda tributaria hasta que no exista una resolución del Tribunal Fiscal que agote la vía administrativa(22). Existe un impedimento legal para garantizar celeridad en el cobro de la deuda. Estos puntos nos permiten concluir que el razonamiento del Tribunal Constitucional no es correcto ni se desprende de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico(23).

Por esta razón, la demora y el daño que genera esa demora no debería implicar la inaplicación de los intereses moratorios para el acreedor tributario. El error (demora en resolver) del administrador del tributo o del ente que resuelve conflictos no debe

(21) "No obstante, es evidente que permitir que se cobren intereses moratorios hasta que se resuelva en definitiva el procedimiento tributario, con prescindencia de que se haya superado el plazo legal, se convierte en un incentivo indebido para no resolver dentro de dicho plazo y hacerlo más bien en un tiempo exageradamente dilatado, pues mientras mayor sea la demora, más se incrementará la deuda tributaria (…)" (2023, fundamento 59).

(22) Al respecto, *véase* el artículo 157 del Código Tributario.

(23) La posición del Tribunal Constitucional sobre el incentivo perverso, desde nuestro punto de vista, responde a una concepción negativa de la función social del tributo. La deuda tributaria, desde esa percepción, se entiende como un mal necesario que debe recaudar el Estado, por lo que deben limitarse sus alcances. Esta idea no se condice con la visión del tributo en un Estado Constitucional de Derecho. Los funcionarios públicos cobran el tributo para garantizar el bienestar de la comunidad. El tributo no constituye un mal necesario, sino un aporte para la consecución de fines comunes.

trasladarse al acreedor sin perjuicio de las responsabilidad legales y administrativas para los funcionarios o jueces encargados[24].

En conclusión, el principio de prohibición del abuso del derecho no resulta aplicable al caso de los intereses moratorios y la demora en exceso en resolver las controversias tributarias.

6. ¿Vulneración a los derechos fundamentales y los principios constitucionales tributarios?

6.1. Derecho de petición y confiscatoriedad cualitativa

El Tribunal Constitucional señala que se afecta el derecho de petición cuando el recurso impugnativo no se resuelve dentro del plazo legal[25]; por lo tanto, las consecuencias por el incumplimiento de ese plazo (devengo de intereses moratorios) no deben perjudicar al peticionante. A partir de la afectación al derecho de petición, los magistrados concluyen que nos encontraríamos frente a una confiscatoriedad cualitativa[26].

La afectación de un derecho fundamental por parte del Estado no debería generarle un perjuicio adicional (consecuencia) al ciudadano. Esta afirmación del Tribunal Constitucional es cierta; sin embargo, conviene precisar lo siguiente: la consecuencia por la afectación de un derecho fundamental no será legítima siempre que esta consecuencia se desprenda inexorablemente de la afectación. Si no existe una correlación entre el derecho afectado y el presunto perjuicio, no existe fundamento para sostener la inaplicación de la presunta consecuencia.

Los intereses moratorios se devengan independientemente de que el deudor tributario impugne la resolución de determinación o la orden de pago. Cuando el deudor tributario no cumple con pagar la deuda que la Administración Tributaria notifica a través de una resolución de determinación u orden de pago, los intereses moratorios se devengarán por todo el tiempo que el deudor no cumpla con pagar la deuda. Entonces, podemos observar que los intereses moratorios no constituyen una consecuencia del ejercicio del derecho de petición. Los intereses se devengan en cualquier caso; es decir, pese a que el deudor no impugne el acto administrativo tributario.

Por lo tanto, no existe una relación directa entre el derecho de petición y los intereses moratorios. El interés moratorio se devenga por el paso del tiempo y el incumplimiento del pago sin tomar en cuenta otra circunstancia. Si ello es así, al no existir una relación ineludible entre el derecho de petición y el interés moratorio, no sería posible concluir que la afectación del derecho de petición al demorar en resolver supone inaplicar los intereses moratorios.

6.2. Principio de capacidad contributiva y derecho de propiedad

El principio de capacidad contributiva busca que las cargas tributarias deben recaer donde exista riqueza que pueda ser gravada, por lo que debe tomarse en cuenta la capacidad económica de los contribuyentes[27].

La capacidad económica se evalúa al momento de diseñar las reglas que conformarán el aspecto material y personal de la hipótesis de incidencia del tributo. Este elemento constituye un criterio básico de justicia en el reparo de la carga tributaria. Sin embargo, en este caso, no se discute que el tributo grave una capacidad económica inexistente en la hipótesis de incidencia. El tributo grava una manifestación válida de riqueza. Por lo tanto, no habría un problema de capacidad contributiva.

El problema surge, porque el tributo no se pagó dentro del plazo legal. El Tribunal Constitucional sostiene que no deben cobrarse intereses moratorios por la demora en resolver de la entidad resolutora de la controversia tributaria. Sin embargo, el interés moratorio solo constituye la respuesta jurídica y económica por la demora en entregar un capital que le corresponde al acreedor.

Tampoco podría alegarse una afectación desproporcionada al derecho de propiedad. Nótese que la demora en el pago solo es imputable al deudor tributario, porque la deuda existe y tiene la obligación de pagarla pese a que impugne la deuda y la entidad administrativa o judicial se demore en resolver. El incremento de la deuda es responsabilidad del deudor tributario por no pagarla dentro del plazo oportuno.

(24) El artículo 260 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Responsabilidad de la Administración Pública) establece las reglas para solicitar una indemnización por los daños que la Administración Pública genere a los ciudadanos.
(25) Al respecto, *véase* el fundamento 35 de la Sentencia.
(26) Al respecto,*véase* el fundamento 50 de la Sentencia.
(27) Al respecto, *véase* la Sentencia recaída en el Expediente No. 2727-2002-AA-TC.

6.3. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad busca que el supuesto y la consecuencia jurídica guarden una debida proporción entre sí[28]. En este caso, corresponde analizar si la consecuencia (inaplicación de intereses moratorios) por la demora en resolver (supuesto) guarda una debida proporción.

Es cierto que la demora en resolver, fuera del plazo legal, podría generar un daño en el administrado en determinados casos; sin embargo, el análisis del Tribunal Constitucional, desde el punto de vista de la proporcionalidad, no resulta completo.

En la Sentencia, no se analiza si ese daño se genera automáticamente a partir del vencimiento del plazo legal. El daño podría generarse, por ejemplo, a causa de la demora en el plazo, que exceda al plazo razonable y, por ende, legal[29].

La Sentencia tampoco explica por qué debe resarcirse el daño al ciudadano a través de la inaplicación del interés moratorio. No se explican los fundamentos para sostener que existe una equivalencia entre el daño que se genera al ciudadano por no resolver su controversia dentro del plazo legal y el interés moratorio que se inaplica. La consecuencia por la demora en resolver podría generar otros efectos, como la responsabilidad del funcionario o una compensación económica por los perjuicios de la demora, pero esta compensación no necesariamente debe ser el mismo importe del interés moratorio que le corresponde recibir al acreedor tributario.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no realiza un adecuado análisis de proporcionalidad para resolver el caso. Sin perjuicio de ello, no descartamos que deben existir efectos jurídicos para la Administración Tributaria, el Tribunal Fiscal o el Poder Judicial por el incumplimiento del plazo legal en resolver los procedimientos y procesos tributarios. Nuestro punto reside en indicar que la consecuencia (inaplicación de intereses moratorios) no resulta adecuada para el supuesto (demora en resolver), pues no existe una relación necesaria entre ambas[30].

7. Presunción de constitucionalidad de las normas

En nuestro ordenamiento jurídico, todas las normas se presumen constitucionales y deben aplicarse hasta que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial ordenen su inaplicación[31].

El artículo 260 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Responsabilidad de la Administración Pública) establece las reglas para solicitar una indemnización por los daños que la Administración Pública genere a los ciudadanos.

Si estas reglas sobre el resarcimiento por parte de la Administración Pública se presumen constitucionales y el Tribunal Constitucional sostiene que la demora en resolver genera un daño en el ciudadano, ¿por qué los magistrados no aplicaron las reglas previstas en el artículo 260 de la Ley del Procedimiento Administrativo General para resolver el caso?

El ordenamiento jurídico busca constituirse como un sistema coherente y completo. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional debía resolver el problema a partir de las reglas que se presumen constitucionales. En cualquier caso, los magistrados tampoco explicaron por qué no resultaba de aplicación este artículo para resolver el caso.

8. Algunos comentarios adicionales sobre la Sentencia del Precedente Vinculante

- El Tribunal Constitucional sostiene que los principios constitucionales tributarios son aplicables a la deuda tributaria; es decir, al tributo omitido y al interés moratorio por la demora en el pago (fundamento 29 de la Sentencia). Si ello es así, esta interpretación genera nuevas discusiones: ¿el interés moratorio podría ser confiscatorio desde la perspectiva cuantitativa pese a que no exista demora en resolver?
- Si el interés moratorio no es aplicable durante la demora en resolver de la Administración Tributaria o el Tribunal Fiscal, porque no es imputable al ciudadano, ¿por qué este criterio no sería aplicable a la actualización del IPC?

(28) Al respecto, *véase* la Sentencia recaída en el Expediente No. 0010-2002-AI/TC.
(29) Este criterio del plazo razonable se encuentra previsto en la Sentencia recaída en el Expediente No. 04532-2013-PA/TC.
(30) Al respecto, *véase* el punto 5.1 (capacidad contributiva) de este artículo.
(31) Al respecto, *véase* la Sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC.

La aplicación del IPC responde a un ajuste del valor de la deuda en el tiempo por la inflación. En cualquier caso, la deuda se incrementó por un hecho no imputable al deudor tributario.

- Los magistrados indican que las suspensiones a los intereses moratorios por la demora en resolver del Tribunal Fiscal y de la Administración Tributaria previstas en el artículo 33 del Código Tributario demuestran que el legislador detectó la inconstitucionalidad del cobro de estos intereses durante ese plazo (fundamentos 50 y 51 de la Sentencia). Sin embargo, a partir de la definición de beneficio tributario prevista por el Tribunal Constitucional(32), ¿la suspensión de intereses moratorios calificaría como una inafectación legal?, ¿esta inafectación, prevista en el Código Tributario, sería un beneficio tributario que no cumple con ser excepcional y proporcional antes que un presunto tratamiento inconstitucional? ¿Si ello es así, no se produciría una vulneración al principio de igualdad y capacidad contributiva?(33)

9. Conclusiones

- El Tribunal Constitucional se excede en sus atribuciones al establecer un precedente vinculante sobre los intereses moratorios luego de declarar improcedente el recurso del amparo. La función de garantizar el cumplimiento de la Constitución no implica sustituir al legislador.
- Los intereses moratorios no tienen naturaleza sancionadora. El acreedor tributario se perjudica por cada día que el deudor no pague la deuda. Por lo tanto, el incumplimiento del pago de la deuda tributaria en el plazo debe devengar intereses independientemente de que el deudor impugne la resolución de determinación u orden de pago y la entidad encargada de resolver la controversia demore en resolver. La deuda tributaria existe y debe pagarse. La interposición de un recurso administrativo no supone afirmar la inexistencia de la deuda.
- En materia tributaria, la deuda tributaria es exigible desde el día siguiente al vencimiento del plazo para el pago. Desde esa fecha, se devengan los intereses moratorios. La impugnación de la deuda no implica que la misma no exista o deje de ser exigible, por lo que el deudor debe pagarla. Si ello es así, la demora en resolver no resulta una justificación válida para exigir la inaplicación del interés. No se pagó la deuda en un plazo oportuno y deben existir consecuencias jurídicas por ese incumplimiento.
- La aplicación de los intereses moratorios durante el plazo en exceso al plazo legal que la Administración Tributaria, el Tribunal Fiscal o el Poder Judicial utilicen para resolver un caso no supone un beneficio indebido para el Estado. El interés moratorio no es un beneficio y la demora de la entidad no es imputable al acreedor tributario. No existe un abuso por parte del Estado cuando cobra esos intereses moratorios.
- La afectación al derecho de petición por no resolver dentro del plazo legal no puede generar como consecuencia la inaplicación de los intereses moratorios. Esta consecuencia (inaplicación de intereses) no es un efecto que se deriva del incumplimiento del plazo legal. Al no existir una correlación, el Tribunal Constitucional incumple el principio de proporcionalidad, porque otorga una consecuencia que no se concluye del antecedente.
- La aplicación de intereses moratorios durante el plazo de demora no supone una vulneración al principio de capacidad contributiva o al derecho de propiedad. El interés moratorio se aplica sobre un tributo que manifiesta aptitud económica del contribuyente. El deudor tributario paga los intereses por el incumplimiento del pago en el plazo legal. La demora en resolver una controversia iniciada por el deudor no implica la inexistencia de la deuda.

Referencias bibliográficas

Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). (2015). *Modelo del Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia iberoamericana*.

Fernández, G. (1991). La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre derecho y economía. *Derecho PUCP*, (45), 177-213.

(32) En la Sentencia recaída en el Expediente No. 0042-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional define al beneficio tributario como "aquel tratamiento normativo mediante el cual el Estado otorga una disminución, total o parcial, del monto de la obligación tributaria o la postergación de la exigibilidad de dicha obligación" (2005, fundamento 13).

(33) Este es un punto que no se abordó en la Sentencia. Sin embargo, la discusión sobre la naturaleza de beneficio tributario de la inaplicación por los intereses moratorios amerita una posterior investigación.

Queralt, J., Lozano, C., & Tejerizo, M. (2016). *Derecho Tributario*. Editorial Aranzadi.

New York Supreme Court. Court of Appeals of New York. Philo Riggs v. Elmer E. Palmer; 8 de octubre de 1889.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 0010-2002-AI/TC; 03 de enero de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 0008-2003-AI/TC; 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 2727-2002-AA-TC; 19 de diciembre de 2003.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 0042-2004-AI/TC; 13 de abril de 2005.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 0024-2003-AI/TC; 10 de octubre de 2005.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 3741-2004-AA/TC; 14 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 3184-2012-PA/TC; 29 de enero de 2014.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 04082-2012-PA/TC; 10 de mayo de 2016.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 04532-2013-PA/TC; 16 de agosto de 2018.

Tribunal Constitucional. Expediente No. 03525-2021-PA/TC; 22 de noviembre de 2022.

