

Ricardo Gandolfo Cortés*

LA DEFENSA DE LOS INTERESES DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

Desde que entró en vigencia la Ley N° 26850, hace ya cerca de trece años, una preocupación creciente en la administración pública ha sido la adecuada defensa de los intereses del Estado en la equivocada creencia de que éstos se ponían en peligro como consecuencia de la revolucionaria disposición que obliga a dilucidar en última instancia en la vía arbitral todas las controversias que sobrevengan en los contratos que suscriben las entidades con sus diversos proveedores. El precepto, que se ha mantenido a lo largo del tiempo a pesar de las reiteradas críticas, en realidad constituye un significativo avance legislativo que ha colocado a la normativa sobre contrataciones públicas del Perú a la vanguardia del derecho administrativo al punto que, de un lado, académicos, analistas y estudiosos de todo el mundo se interesan cada vez más en sus detalles, características y resultados, y, de

otro, ha posicionado al país en un lugar expectante en el concierto de naciones y a Lima en particular entre las ciudades más recomendables como sede internacional de arbitrajes.

Son las contradicciones con que la vida nos enfrenta. Una norma que sólo recoge aplausos y parabienes afuera, sobrevive aquí a salto de mata siendo combatida ferozmente ya no sólo por algunos sectores del Estado sino ahora también por ciertos agoreros del sector privado que extrañan las formas en que se resolvían los conflictos en el pasado, cuando recurrir a los mecanismos alternativos de solución de diferencias no pasaba de ser una ilusión reservada sólo para aquellas discrepancias que se producían en el marco de los contratos financiados con créditos procedentes del exterior cuyos convenios exigían la inclusión de cláusulas arbitrales en sus respectivos textos.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú experto en contratación pública, vicepresidente de la Asociación Peruana de Consultoría, gerente legal de la firma Cesel, catedrático en la maestría de Gestión y Administración de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería y del Programa de Formación de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Es consultor internacional, conferencista, árbitro y editor del periódico electrónico Propuesta (www.edicionespropuesta.blogspot.com). Fue el autor del anteproyecto de la Ley N° 26850 y de otros dispositivos sobre la materia. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales de crédito.

¿Cuál es el meollo de la cuestión? La oposición más recalcitrante sostiene que el Estado pierde todos los arbitrajes, una frase que a fuerza de repetirla parece ganar creyentes como si fuera una verdad incontrastable. Y no lo es. Lo cierto es que el Estado cuando litiga, pierde o gana, como cualquier parte confrontada con otra en cualquier vía y en cualquier escenario. Sin embargo, la defensa de sus intereses no se circunscribe a esa circunstancia. Tiene que examinarse desde sus orígenes que evidentemente se remontan mucho más atrás, desde el momento en que se genera la necesidad de contratar.

2. EL CÁLCULO DEL VALOR REFERENCIAL

Según la norma las entidades elaboran un plan anual de contrataciones donde consignan todos los bienes, servicios y obras que requieren con independencia del régimen que las regula o de su fuente de financiamiento con indicación de los costos estimados y los tipos de procesos previstos para cada necesidad que, a su vez, deben estar comprendidos en el respectivo presupuesto institucional.¹

En la fase de programación y formulación de este presupuesto las dependencias de las entidades determinan, dentro del plazo señalado para el efecto, sus requerimientos en función de las metas establecidas y señalando sus prioridades, en concordancia con el catálogo que administra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).² Es en esta etapa en la que se originan los problemas que terminan perjudicando los intereses del Estado, específicamente en el momento de calcular el monto de la contratación sobre cuya base se determina más adelante el denominado valor referencial que no es otra cosa que el presupuesto con el que se convoca un proceso. Se le llama así pero en realidad

no tiene nada de referencial porque es el monto que se apruebe por este concepto el que va a definir cuestiones fundamentales tales como la posibilidad de observar las bases ante la propia entidad o ante el OSCE y la de impugnar resultados igualmente ante una u otra instancia.³ Es también a partir de ese monto que se extraen límites y vallas para fijar acreditar experiencias o para establecer garantías.⁴

¿Qué ocurre si el valor referencial no está bien calculado? Pueden presentarse varias situaciones. Una de ellas pero de imprevisibles consecuencias es que una vez convocado el proceso, no haya postores. O, lo que es lo mismo –o peor todavía–, que los postores que concurren no sean los más idóneos. Sean esos que, en contubernio con algunos malos funcionarios, alientan que las licitaciones y los concursos tengan presupuestos subvaluados para ahuyentar a los proveedores más competitivos y hacerse de adjudicaciones que en condiciones normales no lograrían, con el compromiso de resarcirse de sus inevitables pérdidas por la vía de los adicionales, las ampliaciones de plazo y las contrataciones complementarias que pactan anticipadamente debajo de la mesa y muy probablemente con pingües utilidades para todos y con el perjuicio evidente de los intereses del Estado porque los bienes, los servicios y las obras que se contratan bajo estos términos naturalmente incrementan sus costos sobrepasando en exceso los niveles en los que debieron estar desde un comienzo.

Todo ello no quiere decir, en modo alguno, que los presupuestos deben ser exactos y que no puedan ser rebasados. El concepto mismo alude a un conjunto de supuestos que de confirmarse arrojarían los resultados proyectados. “Presupuesto” puede definirse precisamente como eso: “conjunto de supuestos previos.”⁵ Si las presunciones sobre las que se elabora un

¹ Ley de Contrataciones del Estado (LCE), promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1017, artículo 8°.

² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Reglamento), aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, artículo 6°.

³ LCE, artículo 28°, cuarto párrafo; artículo 53°, tercer párrafo.

⁴ Reglamento, artículos 44°, inciso f); 45°, inciso 1; 46°, inciso 1, acápite a); 47°, inciso 2, acápites a) y b); 112°, primer párrafo.

⁵ Tanto así que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como “supuesto” o “cómputo anticipado del coste de una obra.”

presupuesto no se ratifican pues tienen que ajustarse y lo más frecuente es que se incrementen porque quienes preparan proyectos lo hacen cuidando la economía de quienes se los encargan y por tanto minimizando los costos pero siempre sobre bases absolutamente reales y confiables que sólo pueden ser contradichas en la ejecución misma de la prestación de que se trate. Es lo normal. Lo que no lo es, o lo que no debería serlo, es esa práctica perversa de elaborar presupuestos deliberadamente ficticios con el objeto de que los procesos que así se convocan queden en manos de esos truhanes que medran a costa del erario nacional.

Si los presupuestos se sinceran los intereses del Estado quedan mejor protegidos. Porque los mejores proveedores no se abstienen de intervenir en los procesos y porque ese solo hecho ya garantiza un mejor resultado o cuando menos un resultado más ajustado a la realidad, definitivamente con menos adicionales, menos ampliaciones de plazo, menos contrataciones complementarias y menos conflictos. Una costumbre frecuente en esos contratos que nacen al amparo de esas malas artes es la de convertir en controversia aquella reclamación en cuya virtud el contratista le solicita a la entidad mayores costos por cualquier causa. La entidad, en ocasiones, conviene en la procedencia de la petición pero se niega a reconocerla, a sabiendas de que hacerlo podría involucrar a sus funcionarios en problemas mayores, pero con la absoluta seguridad de que su proveedor podrá lograr su cometido por la vía del arbitraje, institución a la que se trata de utilizar para blindar esos indispensables reajustes que buscan colocar los precios en su justa dimensión.

Para establecer el valor referencial, el estudio sobre las posibilidades que ofrece el mercado debe tener presente, cuando exista información y corresponda,

presupuestos y cotizaciones actualizados, siempre más de uno, que provengan de personas naturales y jurídicas vinculadas al giro o actividad materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes, de ser el caso; precios históricos, estructuras de costos, alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata, mejoras a las condiciones de venta, garantías y otros beneficios adicionales así como vigencia tecnológica.⁶ Falta proscribir presupuestos y cotizaciones de proveedores que no participan habitualmente en esta clase de procesos y que por eso mismo carecen de todo interés y a menudo ofrecen información inexacta o desactualizada. También falta retirar precios históricos sin el necesario balance de los resultados de las contrataciones de las que formaron parte pues con frecuencia se trata de montos subvaluados que conducen a esas artimañas que al final desbordan toda previsión que es precisamente lo que se quiere evitar.

El valor referencial debe incluir todos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas y costos laborales así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el precio de los bienes y servicios a contratar,⁷ pues de lo contrario el presupuesto con el que se convoque el proceso no reflejará las posibilidades reales del mercado. Para el caso de la ejecución y consultoría de obras, el valor referencial corresponderá al monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico que, a su vez, identificará al nivel de detalle, partidas y sub partidas, considerando los insumos requeridos en las cantidades y precios o tarifas que se ofrezcan en las condiciones más competitivas del mercado, incluyendo los honorarios del personal propuesto, gastos generales y utilidad, de acuerdo a los plazos y características definidos en los términos de referencia.⁸

⁶ LCE, artículo 7°; Reglamento, artículo 12°.

⁷ Reglamento, artículo 13°.

⁸ Reglamento, artículo 14°.

Parte de la obligación de sincerar presupuestos exige calcular adecuadamente cada uno de estos rubros porque el impacto que tienen en el desarrollo de las distintas prestaciones es muy grande. De lo contrario, más temprano que tarde vendrán las discusiones y los pleitos, aun en aquellos procesos rodeados de la mayor transparencia posible pero que, sin embargo, adolecen de una deficiencia de origen insalvable como ésta, que termina perjudicando los intereses del Estado en la contratación pública que a todos compete defender.

3. LAS BASES Y LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

Un aspecto tan importante como el adecuado cálculo del valor referencial es la correcta elaboración de las bases y los términos de referencia con el objeto de “maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad”⁹ y que incluyan, a propósito del principio de libre competencia y competencia, “regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial competencia, pluralidad y participación de postores”¹⁰, sin descuidar, en relación al principio de eficiencia, “las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y (...) el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles”¹¹, para que “los bienes, servicios o la ejecución de obras (...) (reúnan) las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.”¹²

Podría parecer una contradicción de un lado fomentar la más amplia, objetiva e imparcial participación de postores y de otro priorizar las mejores condiciones de calidad, precio, plazos y tecnología de punta. Es evidente que en el esfuerzo de reunir una mayor pluralidad de propuestas se puede terminar por relajar las exigencias con lo que las mejores condiciones pueden sufrir ciertos desajustes lo que obliga a reformular el objeto de las contrataciones públicas.

Si éste es “maximizar el valor del dinero” el asunto está claro. Corresponde prescindir de cualquier otra consideración y propiciar que el Estado proceda, en las bases y en los términos de referencia, exactamente como procedería un particular. De lo que se trata es de contratar bienes, servicios y obras, para decirlo resumidamente, que sean las mejores. Que se pueda dar “el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles.” Cuando un particular contrata busca lo mejor dentro de los alcances de su disponibilidad presupuestal. Si tiene suficientes recursos como para no medirse en el tema económico, pues elige definitivamente lo que le ofrece las mayores garantías. Si tiene algunas restricciones, selecciona de la misma manera pero limitado según sus posibilidades. Así debería conducirse el Estado. No porque se trata del sector público debe conducirse como una beneficencia y pretender repartir sus contratos entre una amplia gama de postores algunos de los cuales eventualmente pueden no estar en condiciones de ofrecer los mismos productos.

El objetivo central debería ser el beneficio de los consumidores, de los usuarios y del público en general. Optimizándolos se alcanzan bases y términos de referencia adecuados que al tiempo de cautelar mejor los intereses del Estado disminuirán considerablemente los riesgos de conflictos

⁹ LCE, artículo 2º.

¹⁰ LCE, artículo 4º, inciso c).

¹¹ LCE, artículo 4º, inciso f).

¹² LCE, artículo 4º, inciso j).

futuros con lo que su defensa también queda más garantizada.

3. EL CONTRATO

Parte fundamental de las bases es la proforma del contrato¹³ que debe celebrarse por escrito y se ajustará al documento que allí se presente “con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.”¹⁴ Entra en vigencia “cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento.”¹⁵ Ese último agregado es indispensable porque permite corregir algunos errores y permite también incorporar algunos acuerdos que no desnaturalizan la propuesta y que se adoptan directamente entre la entidad y el contratista seleccionado.

La defensa del Estado debe exigir que los contratos eviten vacíos y condiciones u obligaciones que no están debidamente precisadas porque todo ello constituye el germen para las desavenencias futuras. Si el postor al que se le adjudica el proceso es un consorcio, deberá verificarse que la promesa que hubiere presentado se perfeccione una vez consentida la buena pro y antes de la suscripción del contrato, tomando debida nota de que las partes que lo conforman responden solidariamente por todas las consecuencias de su participación tanto individual como conjunta, debiendo haber designado a un representante común con poderes suficientes para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que hayan asumido hasta la liquidación del contrato.¹⁶ Es importante recordar que forman parte del contrato no sólo el documento en el que consta o que lo contiene sino también

las bases integradas y la oferta ganadora, así como por “los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados.”¹⁷ Las entidades del Estado y sus contratistas a menudo olvidan este detalle y por ese motivo surgen discrepancias respecto de los compromisos adquiridos por unos y otros.

Otra cuestión que hay que tener presente, y que la defensa del Estado no puede obviar, es que si el contratista quiere subcontratar parte de sus prestaciones, en cualquier momento, tiene que recabar previamente la aprobación de la entidad, salvo que esa opción haya sido expresamente prohibida en las bases. En cualquier caso, siempre mantendrá la responsabilidad por la ejecución total del contrato, sin perjuicio de la que le pudiera corresponder al subcontratista.¹⁸

En lo que respecta a los adelantos sólo proceden cuando están totalmente garantizados debiendo cuidar de que “en ningún caso excederán en conjunto del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original”,¹⁹ salvo el caso de ejecución de obras, contrato en el que caben, si hubieren estado previstas en las bases del respectivo proceso, adelantos directos al contratista que no “excederán en conjunto del veinte por ciento (20%) del monto del contrato original” y adelantos “para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato, los que en conjunto no deberán superar el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.”²⁰

No hay que olvidar que las garantías son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta.²¹ La defensa del Estado debe verificar que éstas sean “incondicionales, solidarias,

¹³ LCE, artículo 26°, inciso h).

¹⁴ LCE, artículo 35°, primer párrafo.

¹⁵ LCE, artículo 35°, segundo párrafo.

¹⁶ LCE, artículo 36°.

¹⁷ Reglamento, artículo 142°.

¹⁸ LCE, artículo 37°.

¹⁹ Reglamento, artículo 171°.

²⁰ Reglamento, artículo 186°.

²¹ LCE, artículo 39°, primer párrafo.

irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.”²² Los requisitos, detalles y características de estas garantías las establece el Reglamento.²³

Es pertinente percatarse que “en los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, estas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.”²⁴

Son las glosadas algunas de las más importantes cuestiones que los profesionales a cargo de la defensa del Estado tienen que revisar para disminuir desde un principio el riesgo de encontrarse con problemas mayores durante la ejecución del contrato.

4. FALLAS O DEFECTOS PERCIBIDOS POR EL CONTRATISTA LUEGO DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Según la norma, “el contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.”²⁵

Se trata de una disposición que pretende subsanar alguna omisión que no se hubiere detectado en el proceso previo a la firma del contrato. Obliga o faculta al contratista, según como quiera verse, a reparar alguna deficiencia para cuyo efecto debe avisarle a la entidad “de inmediato”, o sea, sin tardanza, enseguida. Ni bien se toma conocimiento de las fallas o defectos.

Ciertamente “de inmediato” no es una frase feliz. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha admitido que “si bien la norma no precisa parámetro alguno para determinar en qué consiste la comunicación inmediata, se entiende que las fallas o defectos en los bienes o especificaciones entregados por la Entidad, deben ser comunicados a esta en cuanto el contratista los advierta, con la finalidad de evitar dilaciones innecesarias en la ejecución de la prestación. Para tal efecto, inmediatamente después de suscrito el contrato, el contratista debe revisar los bienes o especificaciones entregados por la entidad a efectos de determinar si presentan fallas o defectos.”²⁶

En realidad no sólo el contratista debe hacer esta revisión, la entidad también debe hacerlo, nuevamente, en el entendido de que al elaborar las bases, al absolver consultas y a lo largo de todo el proceso ha examinado el contrato y todos sus detalles. Hacerlo por enésima vez es un buen consejo a la luz de la defensa del Estado y de la necesidad de poner en práctica una suerte de política de prevención de conflictos.

La disposición agrega que “la Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.”²⁷ A continuación acota que “si acoge las observaciones, la

²² Ídem.

²³ Reglamento, artículos 155º y siguientes.

²⁴ LCE, artículo 39º, quinto párrafo.

²⁵ Reglamento, artículo 152º, primer párrafo.

²⁶ Opinión N° 065-2009-DTN.

²⁷ Reglamento, artículo 152º, segundo párrafo.

Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, y si además, las fallas o defectos afectan el plazo de ejecución del contrato, éste empezará a correr nuevamente a partir de dicha entrega o del momento en que se efectúen los cambios.”²⁸ Es recomendable acoger las observaciones que resulten procedentes o razonables. No hacerlo es también una manera de sembrar un problema futuro y de lo que se trata es de evitarlos siempre que ello no acarree ningún daño o perjuicio al Estado.

Luego se añade que “en caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones.”²⁹ Para no subsanar un defecto o corregir una falla hay que estar absolutamente convencido de que ella no existe porque de lo contrario también se estará encendiendo un explosivo que tarde o temprano va a romper la armonía contractual. Es un pésimo negocio para las entidades negarse a aceptar la observación debidamente sustentada de un contratista respecto de fallas o defectos de bienes o especificaciones de productos, obras, terrenos, servicios o lo que fuese.

Así como la entidad es responsable por aquellas modificaciones que no acepte también lo es respecto de las que “ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.”³⁰ También “es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y similares para la ejecución

de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.”³¹ Existen muchas discrepancias entre entidades y contratistas por no haberse precisado correctamente a quien le corresponde estas obligaciones. El consejo es determinarlas adecuadamente, en concordancia con lo que eventualmente hubieren dispuesto las bases del proceso.

5. PRINCIPALES CONTROVERSIAS

Las principales controversias que comprometen la defensa de los intereses del Estado son necesariamente las que versan sobre algunos aspectos fundamentales de la ejecución contractual. No por nada, la propia norma dispone que “toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje” para luego agregar que en el caso de que en las bases o en el contrato no se haya incluido la cláusula correspondiente “se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.”³²

Esta cláusula modelo estipula que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa sobre contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.³³

Si no hay cláusula arbitral, por tanto, rige de pleno derecho la que remite a un arbitraje institucional administrado por el SNA-OSCE. El mismo dispositivo preceptúa que las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, si es que así lo pactan e incluyen la respectiva cláusula en

²⁸ Ídem, tercer párrafo.

²⁹ Ídem, cuarto párrafo.

³⁰ Reglamento, artículo 153º, primer párrafo.

³¹ Ídem, segundo párrafo.

³² LCE, artículo 40º, inciso b).

³³ Reglamento, artículo 216º, último párrafo.

el contrato. Sólo será ad hoc el arbitraje si es que incorporan una cláusula pero no indican que éste será institucional, en cuyo caso el proceso será regulado por las directivas que sobre el particular imparta el OSCE.³⁴

Lo que no dice el dispositivo es la forma de hacer viable un arbitraje institucional porque cuando una entidad elige una institución arbitral y la incluye en la proforma de contrato que forma parte de las bases³⁵ el OSCE termina retirándola si es que algún postor observa ese procedimiento aduciendo que no se puede imponer en forma unilateral un determinado centro de arbitraje, lo que es cierto, sin duda, como también es cierto que no se deja ningún espacio para que las partes puedan acordar la designación de uno en particular, opción que la norma supuestamente franquea. Ni siquiera al postor al que se le adjudica un proceso se le permite que haga alguna propuesta al respecto, aduciéndose en este caso que no se puede modificar el modelo de contrato incorporado en las bases porque éstas, una vez absueltas las consultas y observaciones, “quedarán integradas como reglas definitivas del proceso y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad.”³⁶ Esa es la razón por la que el número de arbitrajes ad hoc ha crecido exponencialmente.

En tanto se modifique o aclare la norma que en la práctica bloquea el arbitraje institucional, las entidades deberían persistir en incluir en sus bases y en sus modelos o proformas de contrato las cláusulas y convenios de los centros con los que hayan establecido alguna suerte de compromiso en aras de alentar esta modalidad de resolución de conflictos. Los postores deberían abstenerse de cuestionar esta opción y si lo hacen, el

OSCE debería permitir que eso se defina en última instancia entre el adjudicatario del proceso y la entidad antes de la suscripción del respectivo contrato, con lo que se respetará escrupulosamente la voluntad de las partes y se permitirá que hagan un cabal ejercicio de sus derechos.

5.1. Prestaciones adicionales

Un tema recurrente en las controversias es el de las prestaciones adicionales cuya ejecución excepcionalmente y previa sustentación, la entidad puede ordenar y pagar directamente, en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento del monto del contrato, siempre que sean indispensables para alcanzar su finalidad. También puede reducir bienes, servicios y hasta obras hasta por idéntico porcentaje.³⁷

En el caso de obras, se advierte que las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento del contrato, restándole los presupuestos deductivos vinculados, en un primer tramo.³⁸ En un segundo tramo, y en el supuesto de que éstas sean motivadas por deficiencias del expediente técnico o de situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, se podrá llegar hasta un cincuenta por ciento de su monto, siempre que se cuente, para su ejecución y pago, con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios.³⁹

La norma refiere, es verdad, que la decisión de la entidad o de la Contraloría sobre este asunto no podrá ser sometida a arbitraje como tampoco otras decisiones sobre ejecución de prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa del máximo órgano de control.⁴⁰ La realidad, sin embargo, es que las partes, o, para

³⁴ Ídem, primer párrafo.

³⁵ LCE, artículo 26°, inciso h).

³⁶ Reglamento, artículo 59°, primer párrafo.

³⁷ LCE, artículo 41°, primer párrafo.

³⁸ LCE, Ídem, segundo párrafo.

³⁹ LCE, Ídem, tercer párrafo.

⁴⁰ LCE, Ídem, quinto párrafo.

mejor decir, aquellas que contratan con el Estado, han ideado la forma de superar este impedimento, para algunos observadores manifiestamente inconstitucional, y han creado el arbitraje sobre enriquecimiento indebido o enriquecimiento ilícito para reclamarle a la entidad por los costos irrogados como consecuencia de la ejecución de prestaciones adicionales de toda índole finalmente no autorizadas por cualquier circunstancia. En la mayoría de los casos, si están bien fundamentados, son arbitrajes ganados.

Aunque parezca una verdad de Perogrullo las obras cuestan lo que cuestan. No lo que diga un presupuesto siempre referencial y a menudo elaborado sin contar con todos los recursos indispensables para cuando menos aproximarse a lo que puede ser. Si al término de una obra se hace una tasación al costo y no a precios comerciales y el monto es idéntico o muy similar al que finalmente se invirtió en ella, pues está en su valor, independientemente de los adicionales que pueden haberse generado en su ejecución. Si por el contrario, esa misma tasación al costo arroja un resultado por debajo de lo invertido, quiere decir que se han producido gastos que en circunstancias normales no debieron producirse. En esa eventualidad habrá que determinar si tales excesos se deben a circunstancias imprevisibles, casos fortuitos o de fuerza mayor, que los hay y con bastante frecuencia, o si se deben a la falta de diligencia de quien elaboró los estudios, de la propia entidad o de quien se encargó de la construcción, situaciones que también ocurren. Habrá responsabilidad y habrá que identificar a los responsables cuando exista daño y perjuicio. Si no hay daño ni hay perjuicio alguno, muy probablemente tampoco exista esa diferencia entre lo que costó la obra y lo que debió costar.

5.2. Ampliación del plazo

La legislación también faculta al contratista a solicitar la ampliación del plazo pactado

por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual, admitiendo que las discrepancias que puedan surgir sobre este particular podrán resolverse mediante arbitraje⁴¹, como en efecto así se resuelven con bastante frecuencia procesos que en realidad se originan en la absurda negativa de las entidades por conceder las prórrogas que legítimamente les corresponden a sus proveedores en gran medida por el temor de los funcionarios de encontrarse expuestos posteriormente a las investigaciones de sus órganos de control.

Los atrasos se producen, en obras por ejemplo, cuando se reduce el ritmo de avance en la ejecución. En bienes cuando éstos llegan a su destino en fechas distintas de las previstas. La paralización se produce, en obras, cuando ésta se detiene por completo. En todos los casos durante el proceso debe acreditarse el cumplimiento del procedimiento establecido para poder obtener el reconocimiento de este derecho.

En los contratos a suma alzada si el plazo varía por causa no imputable al contratista, éste tiene derecho a la ampliación de plazo y a los demás derechos que la normativa le reconoce. En los contratos a precios unitarios o tarifas, si bien el plazo es referencial porque lo que importa es lo realmente ejecutado, igualmente si se produce un atraso o una paralización, el contratista también tiene derecho a la ampliación del plazo.

La defensa del Estado tiene que admitir que estas posibilidades existen y no negarse, como suele hacerlo, a reconocer ampliaciones de plazo obvias. Al desconocer ese derecho, se genera una controversia que inevitablemente acabará perjudicando a la entidad a la que se le obligará a ampliar el plazo y adicionalmente a pagar intereses, gastos arbitrales y en ocasiones hasta los daños que eventualmente puede haber ocasionado al contratista. Es verdad

⁴¹ LCE, artículo 41°, sexto y séptimo párrafos.

que los órganos de control interno y la propia Contraloría General de la República también tienen que entender esta realidad porque es en consideración a cómo ellas se conducen que las entidades actúan.

5.3. Resolución de los contratos

Otras discrepancias que suelen terminar en arbitraje son las relativas a la resolución de los contratos. Como se sabe, cualquiera de las partes puede optar por esta alternativa, resolviendo el contrato, sin responsabilidad para ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que haga imposible la continuación de la prestación.⁴² Si la resolución es por alguna causa imputable a alguna de las partes, ésta deberá resarcir a la otra por los daños y perjuicios irrogados.⁴³

En materia de obras, si se resuelve el contrato y existe un saldo por ejecutar, la entidad puede culminarlas por administración directa, a través de un convenio con otra entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, invitando a los postores que participaron en el respectivo proceso de selección para que manifiesten si desean realizar lo que faltare.⁴⁴ Si no prospera ninguno de estos mecanismos, se deberá convocar el proceso que corresponda, considerando el valor referencial del saldo por ejecutar.⁴⁵

Existen casos emblemáticos en los que una parte cursa a la otra una comunicación de resolución contractual y ésta, la que la recibe, hace exactamente lo mismo, ignorando por completo la remitida por aquélla, envía la propia. Una parte, la entidad por ejemplo, puede aducir el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Y éste, a su vez, puede aducir la falta de pago. Ambas pueden pedir los daños y perjuicios correspondientes. Hay ocasiones en las que la razón la tiene la entidad y otras en las que la razón la tiene el contratista.

En un caso reciente, un contratista le solicita un arbitraje por ampliación de plazo a la entidad y en pleno proceso, con el tribunal instalado y las actuaciones en curso, ésta le cursa una comunicación por conducto notarial a su proveedor advirtiéndole que tiene que terminar la prestación a su cargo dentro del plazo estipulado en el contrato, pues si no lo hace le resolverá el contrato, le ejecutará sus fianzas y comunicará el hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado para que le imponga la sanción de inhabilitación a que haya lugar. La entidad ignora abiertamente la existencia misma del arbitraje en el que precisamente se está dilucidando si el plazo vence en la fecha señalada en el contrato o en otra como consecuencia de la ampliación pedida y negada por ella. Por consiguiente, no puede adelantarse. Tiene que esperar que concluya el proceso. Si termina dándole la razón, pues recién entonces estará la entidad en todo su derecho de exigir el cumplimiento de la prestación. Si termina dándole la razón al contratista, la entidad tendrá que esperar que concluya el nuevo plazo. Naturalmente en este caso el contratista tiene que solicitarle al tribunal, como en efecto lo hizo, una medida cautelar para que la entidad se abstenga de resolver el contrato, de ejecutar las fianzas y de comunicar al Tribunal de Contrataciones lo actuado, en tanto no concluya el proceso. Merece destacarse, sin embargo, la forma equivocada como algunas entidades estiman que deben conducirse con lo que ponen en apuros a la defensa del Estado y evidencian las debilidades de su actuación.

5.4. Nulidad de los contratos

También hay arbitrajes sobre la nulidad de los actos derivados de los procesos de selección. La normativa señala que el Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan

⁴² LCE, artículo 44°, primer párrafo.

⁴³ Ídem, segundo párrafo.

⁴⁴ Ídem, tercer párrafo.

⁴⁵ Ídem, cuarto párrafo.

sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotraerá el proceso.⁴⁶

Refiere asimismo que el titular de la entidad también podrá declarar de oficio la nulidad del proceso por las mismas causales pero subrayando que sólo hasta antes de la celebración del contrato, pues a partir de ese momento pierde jurisdicción, salvo en los casos en que se hubiere suscrito el contrato en contravención de las normas sobre impedimentos para ser postor y/o contratista,⁴⁷ cuando se transgreda el principio de presunción de veracidad durante el proceso, cuando se suscriba el contrato en circunstancias en que se encuentra en trámite un recurso de apelación o cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

Cuando corresponda al árbitro único o al tribunal arbitral evaluar la nulidad del contrato se considerará en primer lugar las causales previstas en normas sobre contratación pública y luego las causales reconocidas en el derecho público aplicable, lo que amplía sin ninguna duda la jurisdicción del arbitraje para pronunciarse sobre esta materia.⁴⁸

Todas estas son causales para declarar la nulidad del contrato de oficio. Para ese efecto la entidad cursa una carta notarial al contratista adjuntando copia certificada por fedatario del documento que así lo declara y que sirve de punto de partida para someter la controversia a conciliación o arbitraje.⁴⁹

6. LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

En lo que respecta a la defensa del Estado es pertinente destacar que el Poder Ejecutivo en uso de la facultades delegadas por el Congreso de la República en el 2008 creó el Sistema de Defensa del Estado⁵⁰ con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar, según se dice, el patrocinio estatal en todos los ámbitos –local, regional, nacional, supranacional e internacional– tanto en la vía judicial como en la militar y arbitral, en el Tribunal Constitucional y en los órganos administrativos e instancias de similar naturaleza.

El sistema, al que están adscritos todos los procuradores públicos así como el presidente y los vocales del Tribunal de Sanción, identifica al ministerio de Justicia como su ente rector y se subordina al Consejo de Defensa Jurídica del Estado integrado por un presidente y dos miembros.⁵¹

Entre las atribuciones del Consejo se establece que resuelve a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos las controversias que se susciten entre entidades del Estado lo que constituye sin duda un avance significativo en camino de la modernidad y la celeridad procesal. Obviamente una de sus funciones principales es la de planear, organizar y coordinar la defensa jurídica del Estado y realizar todas las acciones que permitan cumplir las sentencias expedidas en los procesos en los que el Estado sea parte.⁵²

El sistema también contempla una serie de disposiciones para la selección y evaluación de los procuradores públicos así como respecto de sus funciones y atribuciones, destacándose que la defensa jurídica del

⁴⁶ LCE, artículo 56º.

⁴⁷ LCE, artículo 10º.

⁴⁸ LCE, artículo 56º, último párrafo.

⁴⁹ Reglamento, artículo 144º.

⁵⁰ Decreto Legislativo Nº 1068, aprobado al amparo de las facultades delegadas mediante la Ley Nº 29167.

⁵¹ Ídem., artículos 3º, 4º y 6º.

⁵² Ídem., artículo 7º, incisos h), i) y m).

Estado comprende todas las actuaciones que la ley en materia penal, arbitral y las de carácter sustantivo permiten, quedando autorizados a demandar, denunciar y a participar en cualquier diligencia por el solo hecho de su designación con cargo a informar al titular de la respectiva entidad sobre su actuación. En ese orden de ideas, se entienden conferidas todas las facultades generales y especiales de representación establecidas en el Código Procesal Civil estando únicamente impedidos de allanarse a las demandas interpuestas en contra del Estado. La norma estipula adicionalmente que los procuradores deberán coordinar con los titulares de cada entidad el cumplimiento y ejecución de las sentencias contrarias a los intereses del Estado, debiendo elaborar anualmente un plan de cumplimiento que deberá ser aprobado por el titular de la entidad quien asumirá con recursos presupuestados la ejecución de lo dispuesto.⁵³

Merece destacarse que los procuradores pueden conciliar, transigir o desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos que establezca en el reglamento de la ley de creación del sistema. Para dichos efectos será necesaria la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, para lo cual el procurador deberá emitir un informe precisando los motivos de la solicitud.⁵⁴ Esta facultad es muy importante, habida cuenta de que antes los procuradores podían iniciar cualquier proceso previa resolución ministerial o del titular de la entidad y también podían –bueno, es un decir– conciliar, transigir, desistirse o allanarse previa resolución suprema lo que tornaba virtualmente imposible que lo hagan, sea porque no obtenían la autorización de ese rango normativo dentro de los plazos perentorios que se requieren, sea porque no se la conferían o porque simplemente ellos mismos, conscientes de sus realidades, no la solicitaban.

Es una práctica antigua que no sólo viene del régimen anterior⁵⁵ que consagraba este contrasentido a contrapelo del principio universalmente admitido según el cual quien puede lo más, puede lo menos. Si el procurador puede demandar lo que equivale a iniciar un proceso o dar el primer paso dentro de una controversia, pues necesariamente tiene que poder dar los siguientes y llegar hasta el final. Por consiguiente, debía poder también conciliar, transigir, desistirse o allanarse que son las formas de terminar, en ocasiones con saldos favorables para el Estado.

Conocido es el caso del contratista a quien el Estado le debe cierto monto y que estaría dispuesto a transar por uno notoriamente menor si es que se le paga rápidamente habida cuenta de que él no vive del litigio y requiere de liquidez para cumplir con sus obligaciones y seguir trabajando. Como no se le puede pagar rápidamente va al arbitraje y no sólo gana el monto demandado sino mucho más, en costas y costos del proceso, en intereses, en gastos por mantener vigentes las fianzas y otros diversos. Al final el Estado termina perdiendo mucho más de lo que le debía a ese contratista. Si hubieran llegado a un acuerdo el Estado habría perdido mucho menos. La diferencia es lo que se pudo haber ahorrado. ¿Por qué seguir despilfarrando así los fondos públicos?

Antes se creía que debajo de la mesa en que se conciliaba o transaba había otro arreglo que no salía a la luz. Eso podía ser cierto. Pero la forma de evitarlo no es cercenando las posibilidades de ahorrarle gastos al Estado o seguir despilfarrando. La inmoralidad y la corrupción deben ser perseguidas en forma implacable con todo el peso de la ley. Pero a través de los canales y con los mecanismos creados para esos propósitos. No sacrificando los intereses del Estado. Hay fórmulas harto conocidas para detectar los signos exteriores de

⁵³ Ídem., artículo 22º

⁵⁴ Ídem., artículo 23º, inciso 2.

⁵⁵ Decreto Ley Nº 17537, Ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio.

riqueza, los comportamientos atípicos, el movimiento migratorio, el movimiento registral y tantos otros que permiten una aproximación bastante certera sobre las conductas de funcionarios y allegados como para tener que seguir castigando al Estado y cerrándole toda posibilidad de concluir un negocio, como cualquier particular, con los menores daños posibles.

El sistema entró en vigencia el 29 de diciembre del 2008⁵⁶ al aprobarse y entrar también en vigencia el Reglamento de la Ley del Sistema de Defensa del Estado, confirmándose que los procuradores públicos pueden conciliar, transigir o desistirse de las acciones judiciales pero sólo en determinados supuestos y previo cumplimiento de determinados requisitos entre los que destaca obviamente la necesidad de contar en cada caso con la autorización del titular de la entidad a través de la resolución respectiva.⁵⁷

Ello, no obstante, cuando el Estado actúa como demandante y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero, que no sea pago indebido, los procuradores públicos están autorizados a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas hasta en un setenta por ciento (70%) del monto del petitorio, lo que no estaría mal, siempre que, sin embargo, la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), monto que no incluye los intereses.⁵⁸ Eso quiere decir que al final el Reglamento termina limitando la posibilidad de conciliar, transigir o desistirse de forma tal que sólo podrán hacerlo en procesos que no sobrepasen los 108,000 nuevos soles, precisándose además que el arreglo puede llegar hasta los 75,600 nuevos soles. No menos. Puede parecer razonable que se permita conciliar una pretensión hasta el porcentaje señalado. Lo que no

parece correcto es limitar la facultad a una determinada cuantía. ¿Y si la controversia supera esa valla y se presenta la posibilidad de hacerle al Estado un pago rápido que le puede ahorrar gastos mayores? ¿No se puede? ¿Por qué? ¿En aras de qué interés?

En el otro extremo, cuando el Estado actúa como demandado y también se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero, que no sea pago indebido, se les autoriza a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas sólo hasta en un cincuenta por ciento (50%) del monto del petitorio, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), monto que en este caso incluye los intereses. O sea, puede quedar en 54,000 nuevos soles. No menos.⁵⁹ ¿Por qué? ¿Si lo que está en juego es lo que el Estado debe pagar? Bien podría autorizarse una transacción sin ninguna limitación. Total, de lo que se trata es de evitar que el Estado pague.

Cuando el Estado sea demandante y se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los procuradores públicos a desistirse de las pretensiones controvertidas y/o del proceso, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es decir, 3,600 nuevos soles.⁶⁰ En este caso se parte del supuesto de que son deudas incobrables. En ese escenario, ¿tiene que litigarse hasta el infinito por montos mayores de 3,600 nuevos soles incluso en el caso de que esté debidamente acreditado que el demandado no tiene con qué responder? ¿Hay que obligar al Estado a pasar por ese trance absurdo de pretender cobrar lo imposible?

Cuando el Estado actúa como demandado en procesos contencioso-administrativos,

⁵⁶ Conjuntamente con su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2008-JUS.

⁵⁷ Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, artículo 38°.

⁵⁸ Ídem., artículo 38°, inciso 1.

⁵⁹ Ídem., artículo 38°, inciso 2.

⁶⁰ Ídem., artículo 38°, inciso 3.

constitucionales y otros cuya naturaleza no sea pecuniaria, los procuradores públicos podrá conciliar o transigir en los términos en hayan sido autorizados mediante las resoluciones expedidas por los titulares de las entidades que representan. En todos los casos cuando el Estado asuma la obligación de dar suma de dinero, ésta será atendida con cargo al presupuesto institucional de cada entidad.⁶¹ Los procuradores públicos deberán informar al Consejo de Defensa Jurídica del Estado sobre los procesos concluidos por esta vía indicando los montos pecuniarios comprometidos.⁶²

Queda claro, por consiguiente, que el Reglamento de la Ley del Sistema de Defensa del Estado ha rebasado sus atribuciones. Queda claro igualmente que ha retrocedido todo aquello que la propia Ley de Defensa del Estado había avanzado en relación a la absurda situación que imperaba en el pasado. Urge, por ello, revisarlo y modificarlo para ponerlo a tono con las necesidades de agilizar y evitar juicios y arbitrajes, de descongestionar la carga procesal del Estado y de ahorrarle gastos perfectamente prescindibles.

7. LA PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS

Un último aspecto que merece destacarse en este breve recuento de normas y conductas que deben tenerse presente en el marco de una defensa integral de los intereses del Estado en la contratación pública es el relativo a la publicación de los laudos arbitrales con los que se resuelven las controversias entre entidades y contratistas. La ley obliga al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a publicar, en cumplimiento del principio de transparencia, “los laudos y actas” y a “su utilización para el desarrollo de estudios especializados”.⁶³

La disposición es muy importante pero no es nueva. Primero se facultaba al antiguo

CONSUCODE a publicar los laudos y actas de conciliación,⁶⁴ posteriormente, la publicación de esos documentos pasó a ser obligatoria,⁶⁵ haciéndose referencia en ambos casos, sin embargo, a “los laudos y actas de conciliación”, esto es, a los documentos con los que se pone término a los respectivos procesos, arbitrales o de conciliación. En la norma vigente, como queda anotado, se hace expresa referencia a “los laudos y actas”, sin identificar o precisar de qué tipo de actas se trata. Puede pensarse que existe obligación de publicar no sólo las actas de conciliación, con las que concluye este proceso, sino también las actas de instalación, de fijación de puntos controvertidos, de pruebas, de pericias, de alegatos o de otras que pudiera haber, todas ellas dentro de un arbitraje.

El OSCE –que sustituye al CONSUCODE- se ha limitado desde un principio, a publicar sólo los laudos arbitrales y con ciertas dificultades porque no todos los obligados cumplen con la exigencia de remitírselos. No hay una sola acta de conciliación publicada. Ni qué decir de otras actas. No porque no existan estas últimas sino porque no son remitidas ni por las entidades, ni por los contratistas ni por los árbitros. Las que no deben existir son las de conciliación. O, mejor dicho, deben existir muy pocas.

El Reglamento preceptúa que “el laudo, así como sus correcciones, integraciones y aclaraciones deberán ser remitidos al OSCE por el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificado para su registro y publicación.”⁶⁶ A continuación establece que “cuando se interponga recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el árbitro único o el tribunal arbitral la interposición de este recurso dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de vencido el

⁶¹ De conformidad con la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto N° 28411.

⁶² Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, artículo 38º, incisos 4 y 5.

⁶³ LCE, artículo 52º, séptimo párrafo.

⁶⁴ TUO de la Ley N° 26850, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, artículo 53.2, sexto párrafo.

⁶⁵ Ídem., aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, artículo 53.2, sexto párrafo.

⁶⁶ Reglamento, artículo 231º, primer párrafo, segunda parte.

plazo correspondiente; en caso contrario se entenderá que el laudo ha quedado consentido en sede arbitral.”⁶⁷

Esta disposición tampoco se cumple y es frecuente que la parte que no ha impugnado tome conocimiento de la interposición del recurso cuando éste se encuentra en pleno trámite, cuando la Corte le corre traslado.⁶⁸ Al OSCE habitualmente sólo le notifican “las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación deberán ser remitidas al OSCE por la parte interesada en el plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para su registro y publicación. Los representantes de las partes deberán cumplir con dicha obligación bajo responsabilidad.”⁶⁹

En los arbitrajes regulados por la Ley de Arbitraje, no existe ninguna obligación respecto a la publicidad de actuaciones y laudos, sino una expresa exigencia a favor de la reserva y del secreto que envuelve a todo el proceso, pues “salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.”⁷⁰

La norma general que regula el arbitraje agrega que “este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.”⁷¹ Ello, no obstante, consigna una salvedad al admitir que “en todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene

el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.”⁷²

Es verdad que la Ley de Arbitraje “se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.”⁷³ No prevalece, por consiguiente, sobre la LCE.

Cabe preguntarse, sin embargo, las razones para un tratamiento tan diferente y contrapuesto en materia de publicidad y confidencialidad entre una y otra norma y de intentar explicarse si todo se reduce a la presencia del Estado, a través de sus respectivas reparticiones, en uno y otro caso.

No por nada la Ley de Arbitraje, como queda dicho, admite que el laudo arbitral en los procesos en los que interviene el Estado sea público aún cuando todas sus actuaciones estén sujetas a la reserva con la que reviste a todos los demás arbitrajes, con lo que de alguna forma coincide con lo dispuesto en la LCE.

El principio sobre el que se sustenta esa opción legislativa es aquel que recuerda, en resumen, que “los asuntos del Estado interesan a todos y los asuntos de los particulares sólo a los particulares.” Y como interesan a todos, todos deben estar correctamente informados de la manera en que se resuelven los asuntos que comprometen los intereses del Estado. Al difundirse los laudos se crea jurisprudencia, se uniformizan criterios y se torna más difícil que los tribunales arbitrales puedan salirse de ciertos parámetros preestablecidos

⁶⁷ Ídem., tercer párrafo.

⁶⁸ De conformidad con el artículo 74º de la antigua Ley General de Arbitraje Nº 26572 o del inciso 3 del artículo 64º de la vigente Ley de Arbitraje, promulgada mediante Decreto Legislativo Nº 1071.

⁶⁹ Reglamento, artículo 231º, cuarto párrafo.

⁷⁰ Ley de Arbitraje, artículo 51º, inciso 1.

⁷¹ Ídem., inciso 2.

⁷² Ídem., inciso 3.

⁷³ Ídem., artículo 1º.

por determinados antecedentes, con lo que se abona a favor de la defensa de los intereses del Estado en litigio.⁷⁴

Es cierto que en ocasiones en los arbitrajes se discuten y ventilan procedimientos industriales, secretos de fábrica y otros detalles que de ser difundidos podrían eventualmente poner en manos de la competencia de unos las claves de la producción de otros perjudicándolos a estos últimos de manera irreversible. No menos cierto es que la difusión de un proceso que confronta una determinada empresa que cotiza en bolsa podría poner en riesgo el precio de sus acciones y ni qué decir de la difusión de laudo que la puede condenar al pago de una fuerte suma de dinero que debilitará considerablemente sus finanzas.

La confidencialidad en el primer ejemplo pretende proteger las fórmulas y procedimientos debidamente patentados. En el segundo caso aspira a ocultar información fundamental que en realidad debería ser del dominio de accionistas, potenciales compradores e interesados en general. Si las partes no desean que sus desavenencias sean conocidas resulta indispensable que las resuelvan en trato directo o conciliándolas sin la intervención de terceros o sin someterlas a un proceso arbitral. Cuando menos si el Estado está de por medio, habida cuenta de que, como queda dicho, allí donde éste interviene, las actuaciones podrán estar sujetas a la reserva pero no el laudo, que deberá ser difundido.

Modernamente, sin embargo, el Estado, no sólo a través de las distintas reparticiones de la administración pública sino de sus propias empresas –cuyo número, giro y actividades varía según el modelo económico que cada país adopte–, puede encontrarse involucrado en arbitrajes en los que se discutan esos secretos industriales o que se pongan en riesgo cotizaciones de bolsa de forma tal que su sola presencia no necesariamente debería obligar a difundir la existencia de

los procesos, sus actuaciones y la forma en que concluyen, como tampoco su ausencia debería obligar a guardar absoluta reserva sobre esos detalles.

Un ejemplo ilustrativo, para concluir, en materia de contratación pública: El proceso arbitral que le entabla al Estado un contratista por enriquecimiento indebido derivado de la negativa de una determinada entidad de reconocer ciertos adicionales de obra ejecutados en su momento y que no puede reclamar por otro concepto, ¿puede o no ser divulgado? Su sola difusión podría alentar a otros contratistas, en condiciones absolutamente iguales, a emprender idénticos procesos y a poner a la respectiva repartición de la administración pública en el riesgo inminente de tener que repetir el desembolso al que puede haber sido condenada, en forma ilimitada. ¿Eso es correcto o no?

Todo parece indicar que es correcto para proteger o hacer cumplir un derecho, excepción a la que alude directamente la Ley de Arbitraje⁷⁵. Y en este caso la divulgación no sólo alcanza al laudo sino a todas las actuaciones practicadas dentro del respectivo proceso.

8. CONCLUSIONES

En el 2008 a través de la Ley del Sistema de Defensa del Estado se hizo un esfuerzo serio para hacer viable la conciliación de las controversias en las que se encuentra involucrada la administración pública. En el mismo año, sin embargo, los temores y fantasmas obligaron a limitar en el Reglamento de esa misma Ley todas las facultades que ella confirió a los procuradores públicos al extremo de reducir considerablemente sus alcances.

Es cierto que teóricamente ahora se puede transar y llegar a acuerdos en múltiples procesos que pese a su pequeña cuantía no dejan de ser importantes. Eso está bien. Pero para que el avance sea realmente trascendente y no sólo contribuya a

⁷⁴ De ahí que la publicidad pretenda exorcizar el secreto que es fuente de todo abuso, como lo recuerdan Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze en "Arbitraje: Naturaleza y Definición", en http://www.castillofreyre.com/articulos/arbitraje_naturaleza_y_definicion.pdf.

⁷⁵ Ley de Arbitraje, artículo 51º, inciso 2.

descongestionar en algo la carga procesal del aparato estatal es impostergable establecer alguna fórmula para que esa manera de terminar con juicios y arbitrajes innecesarios que comprometen cuantías por encima de los valores aprobados, sea posible. El Reglamento ha impuesto márgenes y limitaciones que la Ley no ha creado ni le ha encargado regular. Ha debido circunscribirse a establecer requisitos y procedimientos y no barreras y prohibiciones. Queda pendiente modificarlo para retomar el propósito que inspiró la Ley.

La defensa de los intereses del Estado en la contratación pública, sin embargo, no se debe quedar en eso. Como se ha anotado, tiene que redefinirse y empezar desde el cálculo del valor referencial con que se convoca cada proceso que debe hacerse atendiendo a las efectivas necesidades de cada prestación. Debe comprender la exhaustiva revisión de

las bases, los términos de referencia y el contrato para que en tales documentos no se deje sembrado el germen de futuras discrepancias. Debe alcanzar a la revisión y el estudio de la jurisprudencia arbitral disponible para uniformizar tendencias y evitar sorpresas. También tiene que incluir el tratamiento adecuado de asuntos tan delicados como los adicionales, las ampliaciones de plazo y la resolución y nulidad de los contratos que son las materias que con mayor frecuencia crean conflictos. De lo que se trata finalmente no es de ganar disputas sino de evitarlas. El Estado no está para litigar con sus contratistas ni para ejecutarles sus fianzas y eventualmente condenarlos a la quiebra. Todo lo contrario, está para alentarlos y para de la mano con ellos crear más progreso y más desarrollo. Mientras menos discrepancias haya y menos tiempo se pierda en dilucidarlas, se avanzará más rápido hacia la conquista de tales objetivos.