ALBERTO RETAMOZO LINARES

CONTRATACIONES
Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Y NORMAS DE CONTROL

ANÁLISIS Y COMENTARIOS

CONFORME A LA
LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS,
SU REGLAMENTO Y LAS DIRECTIVAS DEL OECE

13.ª edición

II

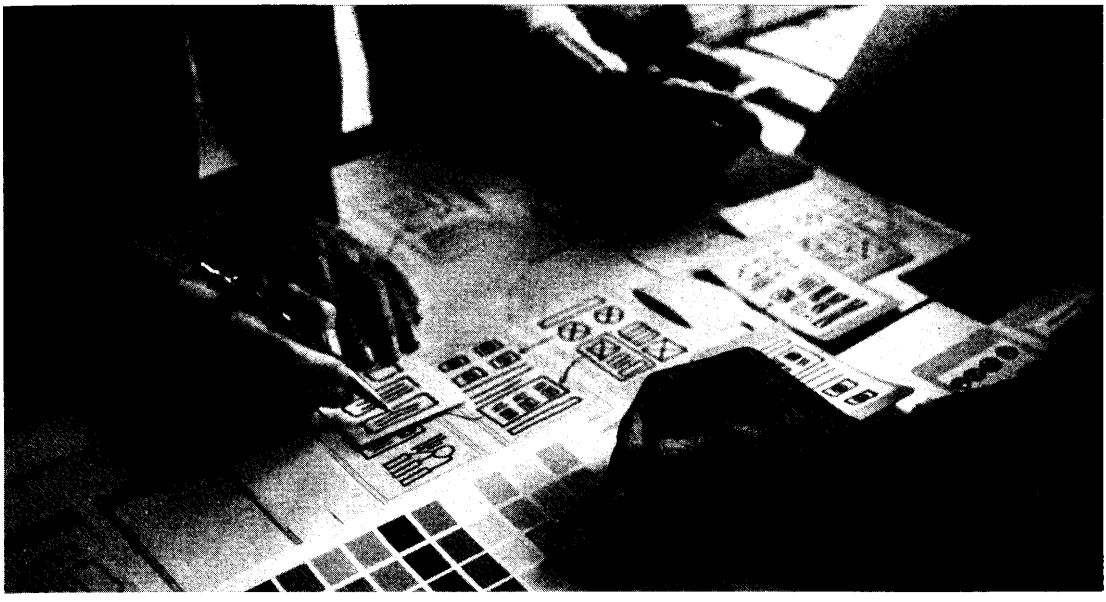
Obligaciones, contratos y solución de controversias

INSTITUTO PACÍFICO

CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y NORMAS DE CONTROL

Alberto Retamozo Linares

INSTITUTO PACÍFICO



ALBERTO RETAMOZO LINARES

CONTRATACIONES
Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Y NORMAS DE CONTROL

ANÁLISIS Y COMENTARIOS

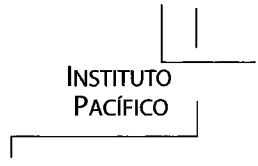
CONFORME A LA
LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS,
SU REGLAMENTO Y LAS DIRECTIVAS DEL OECE

13.ª edición

II

Obligaciones, contratos y solución de controversias

INSTITUTO PACÍFICO



CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Y NORMAS DE CONTROL
Análisis y comentarios
TOMO II

Autor:
© Alberto Retamozo Linares, 2025

Décimo tercera Edición - Setiembre 2025
Primera Edición - 2000

Copyright 2025 : Instituto Pacífico SAC

Diseño, Diagramación y Montaje:
Luis Ruiz Martinez
Ricardo De la Peña Malpartida
Nora Villaverde Soldevilla

Edición a cargo de : © Instituto Pacífico SAC - 2025
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1000 ejemplares

ISBN : 978-612-322-620-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2025-09247

Impresión a cargo de: Instituto Pacífico SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor
Este libro esta expuesto a fe de erratas
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor del Instituto Pacífico SAC, quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

Ana Ximena, mi hija,
nto de sus años tiernos.

A Ana Alexandra, mi hija,
por la alegría de su sonrisa.

A Ana María, mi esposa,
por su amor y terca fe.

Presentación

En 1997 se promulgó la primera ley de contrataciones del Estado. Antes de ella, lo que habíamos tenido eran reglamentos con rango de ley, como el RUA y el RULCOP, situación que se mantuvo hasta el inicio del nuevo mileno, en el que se modificó la Ley N.° 26850 y, seguidamente, se promulgó su reglamento, con lo cual, el escenario jurídico nacional cambió sustancialmente, no solo porque estábamos ante una norma que desarrollaba una disposición constitucional, sino porque innovaba en materia de solución de controversias.

En este escenario, en el 2000, publicamos por primera vez el texto que hoy tiene en sus manos, después del cual se fueron sucediendo ediciones que acompañaron a las constantes modificaciones de la ley y el reglamento, así como a los cambios de ley, tal como fueron el Decreto Legislativo N.° 1017 y la Ley N.° 30225, ruta en la cual, hacia el 2018, se publicó la decimosegunda edición de Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control, la que en algún momento consideramos que sería la última debido a que demandaba mucha dedicación seguir los constantes cambios normativos.

Pero "nunca digas nunca". En junio del 2024 se promulgó la Ley N.° 32069, norma que, después haberla revisado y contrastado con las anteriores, nos dio ánimo, después de 7 años, para evaluar una nueva edición, la decimotercera, que es la que hoy presentamos gracias al Instituto Pacífico.

¿Qué nos motivó a publicar esta nueva edición? El comprender que estábamos ante una norma que, si bien mantenía mucho de las anteriores, era cualitativamente diferente ya que precisaba con mayor claridad, en las distintas fases de la contratación pública, la relación entre el derecho administrativo interno y el global; lo que sucedía debido a la decisión del Estado de incorporar al Perú a la OCDE, ya que ello viene significando adecuar nuestra normativa interna a las disposiciones de este organismo internacional, en particular, a la referida a las contrataciones públicas.

Otro aspecto relevante es la vocación de la norma por establecer barreras burocráticas, especialmente, en lo que se refiere al registro en el REGAJU de las instituciones arbitrales y de juntas de prevención y resolución de disputas, decisión que quizás se vincule a la proliferación que estas han tenido en los últimos años sin tener estándares de calidad definidos por el OSCE, a pesar de que la norma derogada le establecía esta obligación legal.

En cuanto a la solución de controversias, se tiene que, en consonancia con lo que viene sucediendo en otros países de América Latina, la implantación de paneles o

juntas de resolución de disputas cobra relevancia frente al arbitraje, por lo que es previsible que en los próximos años la vía arbitral sea relegada cada vez más.

Estos temas y otros vinculados nos impulsaron a realizar nuevamente el trabajo de sistematización e investigación, los que han dado lugar a los dos tomos que hoy les entregamos; en cuyas páginas, además de la recurrencia a la doctrina, hemos tratado de recuperar opiniones, pronunciamientos del fenecido OSCE y criterios del Tribunal de Contrataciones del Estado, a efectos de vincularlos a la actual normativa, siempre considerando que lo nuevo tiene raíces en el pasado.

Alberto Retamozo Linares

Acrónimos

API	Asociación para la innovación
AS	Adjudicación Simplificada
ASE	Adjudicación Simplificada Electrónica
ASISTE	Servicio de Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Proyectos
CCLC	Constancia de Capacidad Libre de Contratación
CD	Contratación Directa
CGR	Contraloría General de la República
CMN	Cuadro Multianual de Necesidades
CMP	Convenio Marco de Precios
CONSUCODE	Antiguo Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
CP	Concurso Público
CPI	Compra Pública de Innovación
CPP	Compra Pública Precomercial
CS	Comité de Selección
D. Leg.	Decreto Legislativo
DEC	Dependencia encargada de las contrataciones
DGA	Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas
DGPMI	Dirección General de Programación Multianual de Inversiones
DJ	Declaración Jurada
DS	Decreto Supremo
DTN	Dirección Técnico Normativa del OSCE
Entidades contratantes	Entidades señaladas en el numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley N.° 32069

FUP	Ficha única de proveedor
I+D	Investigación y desarrollo
I+D+i	Investigación, desarrollo e innovación
Indecopi	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
IOARR	Inversiones de optimización, ampliación marginal, reposición y rehabilitación
JPRD	Junta de Prevención y Resolución de Disputas
LA	Ley de Arbitraje
LCE	Antigua Ley de Contrataciones del Estado N.° 30225 (hoy derogada)
LGCP	Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas
LP	Licitación Pública
LPAG	TUO de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCI	Oficina de Control Institucional
OECE	Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes
OSCE	Antiguo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PAC del CMN	Plan anual de contrataciones del Cuadro Multianual de Necesidades
PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador
Perú Compras	Central de Compras Públicas
Pladicop	Plataforma Digital para las Contrataciones Públicas
PMBSO	Programación Multianual de Bienes, Servicios y Obras
PS	Procedimiento de Selección
R	Reglamento
RC	Resolución de Contraloría
REC	Registro de entidades contratantes

REGAJU	Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas
RLCE	Antiguo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (hoy derogado)
RLGCP	Reglamento de la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas
Reniec	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
RNP	Registro Nacional de Proveedores
RS	Resolución Suprema
RUA	Antiguo Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales del Estado
RULCOP	Antiguo Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SIE	Subasta Inversa Electrónica
SNPMGI	Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones
ST PAS	Secretarías Técnicas del procedimiento administrativo sancionador del Tribunal de Contrataciones Públicas
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
Sunat	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TCP	Tribunal de Contrataciones Públicas
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
VE	Valor Estimado
VR	Valor Referencial

PARTE VIII

MARCO GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA DOCTRINA Y EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Capítulo XXX

ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

De las obligaciones en general. Las obligaciones administrativas en la doctrina. Derechos y obligaciones de las partes. Las prerrogativas de la administración pública. Obligaciones y responsabilidades en la Ley General de Contrataciones Públicas

SUMARIO: 1. Antecedentes y definición de las obligaciones. 1.1. Teorías y variables que componen la obligación. 2. Fuente o causa eficiente de las obligaciones: de la voluntad a la ley. 2.1. La fuente de las obligaciones: La voluntad y la ley. 2.1.1. La autonomía de la voluntad en la filosofía. 2.1.2. La autonomía de la voluntad en la economía. 2.1.3. La autonomía de la voluntad en el derecho. 2.2. La ley como fuente de las obligaciones. 2.3. El enriquecimiento sin causa. 2.3.1. El enriquecimiento sin causa en las contrataciones públicas: indemnización y no pago. 3. Clasificación de las obligaciones. 3.1. La obligación de dar. 3.2. La obligación de hacer y la obligación de no hacer. 3.3 Obligaciones alternativas y facultativas. 3.4. Obligaciones divisibles e indivisibles. 3.5. Obligaciones mancomunadas y solidarias. 3.6. Obligaciones por el tiempo de cumplimiento de la prestación: obligaciones de ejecución inmediata y diferida, y obligaciones de ejecución única y permanente. 3.7. Obligaciones de plazo. 3.8. Obligaciones modales. 3.9. Obligaciones principales y accesorias. 3.10. Obligaciones de medios y de resultados. 3.11. Obligaciones esenciales y no esenciales. 4. Las obligaciones administrativas. 4.1. Aspectos que afectan el cumplimiento de las obligaciones en el contrato administrativo: el ius variandi, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor. 4.1.1. El hecho del príncipe. 4.1.2. La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible. 4.1.3. La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. 4.1.4. Caso fortuito/fuerza mayor. 4.2. Derechos y obligaciones de las partes. 4.2.1. Derechos del contratista (obligaciones de la Administración). 4.2.2. Derechos y prerrogativas de la Administración. 5. Las obligaciones y responsabilidades en la LGCP. 5.1. La responsabilidad del contratista.

En los capítulos precedentes hemos analizado en detalle las distintas fases por las que atraviesa la preparación de la voluntad contractual de la Administración pública en el ámbito de la LGCP, procedimiento dinámico, signado por avances y retrocesos, donde las consultas, las observaciones, los recursos impugnativos y las nulidades procedimentales van cualificando la voluntad de un ente que en teoría no debería tenerla, y las obligaciones de las partes que, finalmente, se plasmarán en el contrato.

A diferencia del Código Civil, la LGCP no tiene un capítulo referido expresamente a las obligaciones, sino que las presume conocidas desde la doctrina y la legislación civil, detallándolas en cuanto hechos fácticos, con lo que la definición e interpretación de estas queda reservada a la doctrina de las obligaciones en general, y su desenvolvimiento a las disposiciones plasmadas en el código sustantivo, lo que no significa que las obligaciones en el quehacer administrativo no tengan su propia especificidad.

Esta configuración de la especificidad constituye la adaptación de una institución y de una teoría del derecho privado al derecho administrativo, la que surge luego que las relaciones entre Administración y administrado se conciben como relaciones jurídicas patrimoniales que implican derechos y obligaciones para ambas partes.

En este orden, al ser las obligaciones plasmadas en los contratos administrativos derivación y adaptación de la doctrina general, corresponde que, el estudio de estas tanto en lo general como en lo particular, sea el paso previo a la comprensión de los contratos.

1. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Desde antes, y hasta el presente, tanto en la sociedad premercantil como en la mercantil, la obligación expresa una forma de relacionamiento económico de origen personal entre el acreedor y deudor. Al ser una práctica social repetitiva, esta forma de relacionamiento fue formalizada por el derecho, en particular en Roma, donde se constituyó en una vía para llegar a la esclavitud, por cuanto el acreedor tenía poder efectivo sobre la persona

del deudor. En términos conceptuales tenemos que Justiniano[1] indica que "la obligación es el vínculo jurídico que nos apremia o constriñe a pagar a otro alguna cosa".

Después de este período, y en pleno desarrollo de la sociedad mercantil, se pasó a la prestación de servicios para imputarlos a la deuda, terminándose entendiéndola, no como un vínculo personalísimo, "sino, preeminentemente, como un valor económico porque lo que se ampara es la intangibilidad y efectividad del valor patrimonial que la obligación representa", enfoque con el cual se asumió que la obligación podía ser transmitida "a otro acreedor, o a otro deudor, siempre que no cambie su valor patrimonial" (Llambías *et al.*, 1997, p. 13).

Esta definición fue ampliada en la modernidad en atención al desarrollo de la economía capitalista, del comercio y de las relaciones mercantiles, hasta llegar al presente con definiciones más elaboradas, donde destacan la de Alterini, Borda, Llambías, para quienes la obligación es una relación jurídica: "Relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber jurídico de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación" (Alterini *et al.*, 1996, p. 15); o "[...] el vínculo jurídico establecido entre dos personas (o grupos de personas), por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa o el cumplimiento de un servicio o de una abstención" (Borda, 1994); o, como indica Llambías, "en un sentido técnico-jurídico, la palabra obligación solo comprende aquellos deberes impuestos por el derecho, susceptibles de estimación pecuniaria, que consisten en dar, hacer o no hacer algo, una persona a favor de otra [...] De acuerdo a lo expuesto, puede decirse que la obligación es la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor" (Llambías *et al.*, 1997, cap. I).

En el ámbito nacional tenemos la formulada por Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, para quienes la obligación "constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección" (Osterling Parodi *et al.*, 1994, p. 101).

1.1. Teorías y variables que componen la obligación

Las definiciones expuestas encierran a su vez un conjunto de variables, las que articuladas determinan la naturaleza jurídica de la obligación. En

1 Citado por Borda (1994).

cuanto a las teorías que explican su naturaleza jurídica tenemos a la teoría subjetiva, donde se entiende el crédito como potestad; la teoría objetiva, que asume el crédito como título de la prestación; y la teoría del vínculo complejo[2].

En cuanto a las variables que componen la obligación tenemos que estas son el sujeto, el objeto y la causa: "[...] el sujeto que se desdobla en 'activo' y 'pasivo', el objeto, y la causa eficiente o fuente de la obligación" (Llambías *et al.*, 1997, p. 16).

A estos elementos Alterini le agrega "contenido, vínculo y solo para las relaciones nacidas de un acto jurídico, la finalidad" (Alterini *et al.*, 1996. p. 49).

Así glosadas, estas definiciones son funcionales al ámbito administrativo, en particular al de las contrataciones del Estado, donde la relación que se establece es, además de económica, de índole jurídica-legal, e implica la acreencia de cada una de las partes respecto de la otra sobre de la prestación a la que se han obligado cumplir, siendo estas dignas de protección jurídica, por el ordenamiento jurídico, por lo que los componentes son también similares, diferenciándose en la fuente de origen de las obligaciones, precisando que en el anexo de definiciones del RLGCP se establece que las contrataciones son las "[...] necesidades de las entidades contratantes que

2 "a) Teoría subjetiva; el crédito como potestad.
Sus partidarios entienden el derecho subjetivo como un poder atribuido a una voluntad, y trasladan esta idea al tema de la obligación. Esta potestad o poder se ejerce sobre una actividad del deudor.
Esta tesis no es acertada porque confunde el sujeto pasivo de la obligación con el objeto de la misma.

b) Teoría objetiva; el crédito como título a una prestación.
Desde este punto de vista no es el vínculo entre los sujetos, ni la conducta del deudor lo esencial de la obligación, sino el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación. Es ese interés lo que el ordenamiento jurídico protege, y por eso la obligación es útil en cuanto es un título hábil para lograr la satisfacción de aquel interés: que esto se obtenga por la prestación del propio deudor o por otro medio idóneo es un aspecto secundario. [...]

c) Teoría del vínculo jurídico complejo.
Esta teoría, aceptada por la mayoría de los autores, concibe la obligación como un vínculo complejo que se integra con dos virtualidades compenetradas entre sí, que solo el análisis racional puede separar.
En la obligación hay un primer momento vital que se caracteriza por el deber de satisfacer la prestación que pesa sobre el deudor: es la deuda, que se traduce para el acreedor en la expectación de la conducta debida.
El deber de prestar deriva de un mandato de la ley natural y de la ley positiva, que actúa como 'presión psicológica' sobre el deudor y que lo urge al comportamiento esperado, con independencia de las sanciones que puedan corresponder a su infracción a lo debido" (Llambias, 1997, pp. 13 y 14).

son satisfechas utilizando los procesos de contratación previstos en la Ley y el Reglamento".

2. FUENTE O CAUSA EFICIENTE DE LAS OBLIGACIONES: DE LA VOLUNTAD A LA LEY

La fuente es uno de los elementos que componen la obligación, y se define desde la doctrina, por cuanto el Código Civil de 1984 no contiene una conceptualización de la misma, como el acto o disposición legal en que se origina la obligación (Borda, 1994, p. 21), o como "el hecho dotado por el ordenamiento jurídico con virtualidad bastante para establecer entre acreedor y deudor el vínculo que los liga" (Llambías *et al.*, p. 22).

Si con respecto a la definición no parece haber mayor discrepancia, esta sí existe cuando se trata de establecer la fuente, la que puede tener dos perspectivas: la de los positivistas y la de los iusnaturalistas o contractualistas. Para los positivistas, la ley será la única fuente de obligaciones, mientras que, para los iusnaturalistas, la voluntad de las partes será una fuente autónoma de las obligaciones, donde "el fundamento de la obligación no está en la regulación legal del derecho de contratar, sino en la voluntad de los contratantes" (Borda, 1994, p. 22).

Esta contradicción no es irreconciliable, por cuanto lo único que expresan es la evolución que ha tenido la concepción respecto de la fuente, sobre la que debe tenerse en cuenta dos factores: el espacio temporal y el geográfico. En cuanto al primero, el temporal, tenemos que la obra de Justiniano data del año 533 d. C., y la de los glosadores, del año 1100; sobre el segundo, el espacio geográfico, hay que tener presente que el Digesto se elaboró en Bizancio (Constantinopla-Turquía), y la escuela de los glosadores, que estudiaban el redescubierto *Corpus Iuris Civilis*, se asentó bajo la dirección de Irnerio en Bolonia, Italia, en los albores de la modernidad, por el año 1100.

Borda refiere que el Digesto clasificaba las obligaciones en contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos (lib. 44, tít. 7, ley 5), clasificación a lo que los glosadores le añadieron la ley (Borda, 1994, p. 21). En este proceso evolutivo de la antigüedad a la modernidad, se estableció que las fuentes de las obligaciones podrían clasificarse en dos grandes rubros: la voluntad, que comprendía a los contratos y la voluntad unilateral, y la ley, que abarca a los delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa y otras obligaciones legales (Borda, 1994, p. 21); criterio asimilado en la doctrina nacional, donde se

asume que toda obligación, necesariamente, emana de la voluntad o de la ley (Osterling Parodi *et al.*, 1994, p. 205).

2.1. La fuente de las obligaciones: la voluntad y la ley

Un punto medular en la teoría de las obligaciones es la autonomía de la voluntad que poseen los seres humanos para asumirlas. ¿Existe la autonomía de la voluntad? La respuesta puede ser positiva o negativa, según la perspectiva que se adopte para analizarla.

2.1.1. La autonomía de la voluntad en la filosofía

Desde la filosofía, Kant, articulando razón, voluntad y libertad, entendía que solo un ser racional poseía "la facultad de obrar por la representación de las leyes, esto es, por principios, pues posee una voluntad" (Kant, 2010, p. 91), siendo esta la facultad de elegir "nada más que lo que la razón reconoce como prácticamente necesario, es decir, como bueno" (Kant, 2010, p. 91). Así, la autonomía era una ley en sí misma, "independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer", consistiendo en "elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales" (Kant, 2010, p. 131), planteándose la interrogante-conclusión: "¿Acaso puede entonces ser la libertad de la voluntad otra cosa que autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma?" (Kant, 2010, p. 141).

Otro filósofo relevante que trata el tema de la autonomía de la voluntad es Hegel, quien planteaba que el campo del derecho es, en general, "la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su substancia y su determinación", y que el sistema del derecho "es el reino de la libertad realizada, el mundo del Espíritu, expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza" (Hegel, 1987, p. 46), escenario donde la persona tenía para su fin esencial "el derecho de poner su voluntad en cada cosa" (Hegel, 1987, p. 73).

Además de Kant y Hegel, tenemos a Rousseau y la configuración de la sociedad sobre la base de un pacto social consecuencia de la capacidad de decisión y autodeterminación de los hombres, propuesta que le permitió elevar la voluntad a la condición de ética, que unida a la razón orienta el actuar en un mundo laicizado.

2.1.2. La autonomía de la voluntad en la economía

Pero la filosofía no fue la única forma de entender la autonomía de la voluntad. Desde el lado de la economía, Adam Smith y Carlos Marx se planteaban en sus análisis la vinculación entre razón, voluntad y economía con perspectivas diferentes a la de Kant y Hegel, aunque debemos precisar que ninguno de los dos desarrolló una teoría específica de la voluntad, o de los contratos, siendo esta una tarea que asumieron sus herederos ideológicos.

El primero, Adam Smith, formuló su propuesta en dos textos relevantes, *Teoría de los sentimientos morales* y la *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, donde afirmaba que, aunque la razón era "la fuente de las reglas generales éticas y de todos los juicios morales que por esas reglas formamos", era completamente absurdo e ininteligible suponer que las percepciones primarias procedieran de la razón, posición similar a la de John Locke en *Ensayo sobre el entendimiento humano*.

> Estas percepciones primarias, así como toda experiencia en que cualquier regla general se funda, no pueden ser objeto de la razón, sino de un inmediato sentido y emoción. La regla como se forman las reglas generales éticas, es descubriendo que en una gran variedad de casos un modo de conducta constantemente nos agrada de cierta manera, y que, de otro modo, con igual constancia, nos resulta desagradable.
>
> Empero, la razón no puede hacer que un objeto resulte por sí mismo agradable o desagradable; la razón solo puede revelar que tal objeto es medio para obtener algo que sea placentero o no, y de este modo puede hacer que el objeto, por consideración a esa otra cosa, nos resulte agradable o desagradable. Mas nada puede ser agradable o desagradable por sí mismo, que no sea porque así nos lo presenta un inmediato sentido y sensación. (Smith, 2004, p. 123)

Esta forma de entender la vida, que nos permite distinguir entre lo bueno y lo malo, reposa en lo que él denomina principio de aprobación[3] de las conductas que se repiten constantemente en el tiempo. Primero se aprueba, luego se decide, siendo esta la base de la voluntad.

3 Smith (2004, p. 126) señala: "Según algunos, el principio de la aprobación se funda en un sentimiento de naturaleza peculiar; es un poder especial de percepción que la mente ejerce en presencia de ciertos actos o afectos; algunos de estos impresionan esta facultad de un modo agradable y otros de una manera desagradable; los primeros quedan marcados con los caracteres del bien, de lo laudable y virtuoso; los segundos, con los del mal, lo censurable y vicioso. Tratándose de un sentimiento de naturaleza peculiar, diferente de todos los otros, y como afecto que es de un poder especial de percepción, le dan el nombre particular, llamado sentido moral".

El otro factor relevante de análisis es el intercambio, y los términos en que se efectúa el mismo. El cambio es consecuencia de la división del trabajo y de la capacidad de los seres humanos de producir todo lo que necesitaban para sobrevivir; por lo tanto, existe la relación entre cambio y necesidad. El hombre vive gracias al cambio, "convirtiéndose, en cierto modo, en mercader, y la sociedad misma prospera hasta ser lo que realmente es, una sociedad comercial" (Smith, 1998, p. 24), proceso que le permite alcanzar su bienestar individual, y en forma inconsciente lograr el bienestar general, hacia donde "es conducido por una mano invisible" (Smith, 1998, p. 402) y en la que es contraria y negada la intervención del Estado, por cuanto:

> Cuál sea la especie de actividad doméstica en que pueda invertir su capital, y cuyo producto sea probablemente de más valor, es un asunto que juzgará mejor el individuo interesado en cada caso particular, que no el legislador o el hombre de Estado. El gobernante que intentase dirigir a los particulares respecto de la forma de emplear sus respectivos capitales, tomaría a su cargo una empresa imposible [...]. (Smith, 1998, p. 402)

Por lo tanto, los instintos primarios, la aprobación, la necesidad y el existir en una sociedad mercantil sustentan la voluntad, la que es autónoma en ese escenario.

El marxismo formula una interpretación distinta a la efectuada por la economía clásica, ya que, en cuanto a la voluntad, se asume que no existe una definición de libertad que sustente la autonomía de la voluntad, sino que esta se entiende desde lo que se considera libertad conculcada, que es la determinación negativa "si el consentimiento de alguno de los contratantes ha sido arrancado por violencia, el contrato es vicioso" (Correas, 1998, p. 131).

La voluntad libre, se indica, no existe, ya que solo es la forma en que se exterioriza el intercambio, conclusión a la que agrega que la libertad es "la forma en la que piensan el fenómeno de la voluntad" (Correas, 1998, p. 132). El cambio surge en la sociedad mercantil, en la que la voluntad se acaba, ya que para vincular las cosas

> los custodios de las mismas deben relacionarse mutuamente como personas cuya voluntad reside en dichos objetos, de tal suerte que el uno [...] con acuerdo de la voluntad del otro [...] mediante un acto voluntario común a ambos, va a apropiarse de la mercancía ajena al enajenar la propia. Los dos [...] deben reconocerse uno al otro como propietarios privados. Esta relación jurídica, cuya forma es el contrato [...] es una relación entre voluntades en la que se refleja la relación económica. El contenido de tal relación

> jurídica o entre voluntades queda dado por la relación económica misma (Correas, 1998, p. 124)

Finalmente se concluye en que al ser la nuestra una sociedad mercantil, "no existe la libertad para no cambiar; la 'voluntad' no está en posición de elegir entre cambiar y no cambiar" (Correas, 1998, p. 125).

Cuando esta reflexión es llevada al ámbito de la contratación pública, tenemos que se sale del ámbito de lo humano, por cuanto un ente como el Estado no formaría parte de los actores, ya que es una abstracción creada por el ser humano, pero que, sin embargo, se convierte en actor en el plano de las contrataciones públicas, con lo que dicha contratación deviene en insólita, por cuanto aparece en el contrato una parte que por no ser humana carece de voluntad, o de autonomía de la voluntad, para contratar con quien cree que tiene autonomía de la voluntad para hacerlo.

2.1.3. La autonomía de la voluntad en el derecho

Establecida las perspectivas a nivel filosófico y económico de la autonomía de la voluntad y del Estado, corresponde aproximarnos desde la esfera jurídica al tema que nos concita, la desigualdad de las partes y la autonomía de la voluntad en los contratos administrativos. Para tal efecto comenzaremos analizando las definiciones propuestas sobre los contratos en general, para luego aproximarnos a la de los contratos administrativos, proceso en el que encontraremos las distintas connotaciones, según el tipo de contratos, de las variables indicadas.

En el ámbito de la dogmática jurídica, la autonomía de la voluntad constituye un principio general del derecho racional, consecuencia de la modernidad y del liberalismo decimonónico; escenario donde la filosofía del derecho idealista-racionalista se desencuentra con el empirismo y el materialismo que vienen de la economía.

En el *Diccionario enciclopédico de derecho usual* de Cabanellas, se describe el ejercicio de la autonomía de la voluntad: "[...] las personas capaces de obrar pueden obligarse en la medida que lo consideren pertinente y con las modalidades que convengan entre sí. El límite se encuentra en no contravenir normas generales de la Moral y de orden público y en no perjudicar a terceros" (Cabanellas, 1989, p. 423)

Por otra parte, para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, citado por Marco Antonio Sepúlveda Larrocau (Sepúlveda Larrocau, 2013):

> [...] existe autonomía cuando el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. La libertad encierra un poder hacer (ámbito de lo lícito), pero sin que el derecho reconozca por ello valor jurídico a tales actos. En la autonomía hay además un poder de gobierno sobre la esfera jurídica. Es decir, el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo (Díez-Picazo *et al.*, 1986, p. 375).

Sobre este extremo, el régimen general en materia de contrataciones públicas ha previsto técnicas administrativas particulares para la formación y manifestación de voluntad de la Administración pública —las que, además, permiten seleccionar al proveedor de los bienes, servicios u obras requeridos— que corresponden a los distintos tipos de procedimientos de selección según el monto y objeto comprometido.

2.2. La ley como fuente de las obligaciones

Tal como hemos expuesto, la ley, al igual que la voluntad, también se constituye en fuente de las obligaciones, tal como lo reconoce el artículo 1089 del Código Civil, y en especial en el ámbito de la Administración pública, ya que a esta solo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos legalmente. En caso contrario, no resulta pertinente hablar de prestaciones o cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la Administración pública no observa los procedimientos establecidos.

El sustento de la consecuencia indicada es que la voluntad de la Administración "es normativa o reglada, y por lo que se refiere al supuesto contratante privado, se limita a aceptar o rechazar (sin libertad para otra cosa) las condiciones reglamentarias impuestas" (Garrido Falla, 2002, p. 50); criterio similar al de Manuel María Diez, para quien en este tipo de contratos existe "la ausencia de igualdad de intereses comprometidos" y la autonomía de la voluntad (Diez, 1979, p. 18).

Si nos atenemos a que el principio de legalidad constituye el sustento del derecho administrativo y, en consecuencia, de la Administración pública, concluimos en que la ley es la principal fuente de obligaciones, la que además está integrada por los contratos, cuasicontratos y el enriquecimiento sin causa.

No consideramos a la voluntad, sino al contrato, debido a que el contrato administrativo en particular se encuentra sujeto a la ley y no a la voluntad de las partes, la que tiene escasa presencia, por cuanto ambas vinculan

su voluntad a la ley y esta es consecuencia de una relación voluntad-proceso-contrato.

2.3. Enriquecimiento sin causa

A efectos de evitar dispersarnos en el análisis, y no siendo objeto del presente libro un estudio sobre las obligaciones, no abordamos la figura de los causicontratos, ni de los contratos, a quien el dedicamos un capítulo, por lo que nos quedamos con el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, tema recurrente hace algún tiempo en los contratos administrativos y en los procesos arbitrales, hoy de accionar inviable en la normativa de contrataciones públicas, ya que el enriquecimiento sin causa no constituye materia arbitrable en el marco de la LGCP.

La teoría del enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto ha transitado de la premodernidad, a la modernidad, del derecho natural al derecho positivo, de Roma al mundo. El derecho natural afirmaba que lo equitativo era que "nadie se haga más rico con detrimento o injuria de otro"; mientras que el derecho moderno asumía que no se trataba solo de "una obligación natural que pueda pesar sobre quien se ha enriquecido sin título para ello a expensas de otro" (Llambías *et al.*, 1997, cap. XVI).

¿En qué momento se produce el enriquecimiento sin causa? Según la doctrina glosada, este se realiza "cuando tiene lugar el desplazamiento de un bien o valor del patrimonio de una persona al de otra sin causa jurídica que justifique ese traspaso" (Llambías *et al.*, 1997, cap. XVI).

Esta definición involucra el cumplimiento de las siguientes condiciones "a) enriquecimiento del demandado; b) empobrecimiento del demandante; c) relación causal entre esos hechos; d) ausencia de causa justificante del enriquecimiento con respecto al empobrecido; e) carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio" (Llambías *et al.*, 1997, p. 750).

La consecuencia, o el efecto, del enriquecimiento es la acción del reintegro, la que se ejecuta según el procedimiento establecido en la norma correspondiente, siendo que en el caso peruano el Código Civil[4] establece, en su artículo 1954, lo siguiente: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"; artículo que reconoce la acción por enriquecimiento sin causa, la cual constituye un "mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o

4 De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutan bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable" (Paredes Carranza, 2008, p. 485).

2.3.1. El enriquecimiento sin causa en las contrataciones públicas: indemnización y no pago

En la Opinión N.° 008-2011/DTN, ante la consulta "¿resulta viable el pago por los servicios brindados por una empresa, pese a no contar con el expediente de contratación ni orden de compra que sustentó ello?", la DTN opinó que:

> [...] considerando que en el Derecho Público el principio de legalidad posee una significación distinta a la de otros ordenamientos de naturaleza privada, en el sentido de sujetar la actuación de la Administración pública a lo expresamente reconocido en las normas correspondientes[5], se tiene que las entidades públicas deben cumplir —necesariamente— con el procedimiento legal aplicable para la formación de voluntad de adquirir o contratar, a efectos de tener como válida la adquisición o contratación resultante. (DTN-OSCE, 2011)

Por su parte el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N.° 176/2004.TC-SU, estableció que:

> [...] el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad mediante una indemnización. Situación en la cual, la autoridad que conozca y resuelva dicha acción probablemente reconocería que, en los hechos, la entidad se habría beneficiado (enriquecido a expensas del proveedor) con las prestaciones ejecutadas en su favor, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la entidad no solo reconocer el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.
>
> En este punto, es importante anotar que el monto reconocido no podría considerarse pago en términos contractuales, en la medida en que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída, sino como una indemnización por el perjuicio que el desplazamiento patrimonial de la

5 El principio de legalidad está reconocido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En virtud de dicho principio, en el derecho público, la actuación de los sujetos requiere de una habilitación legal previa; a diferencia del derecho privado —ámbito dentro del cual se verifica la preeminencia de la autonomía de la voluntad de los privados—, donde lo que no está prohibido por ley expresa está permitido.

> prestación ha generado al proveedor. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado. (Resolución N.° 176/2004. TC-SU, 2004)

Este criterio también ha sido desarrollado por la justicia ordinaria, en particular cuando se han presentado como causal de anulación de laudo. Un caso típico es cuando el laudo resuelve favorablemente respecto de prestaciones de los adicionales de obra o enriquecimiento sin causa o la indemnización basada en dichos conceptos, tema sobre el cual en la Casación N.° 500-2007, citada en la Resolución N.° 08, recaída en la Expediente N.° 00074-2011-SP-CI-02, de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Piura, se estableció en el vigésimo sexto considerando lo siguiente:

> El convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquel se colige que las materias que podrían someter a arbitraje son las relacionadas directamente con el contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al contrato que unió a las partes no se encontraba inmersa dentro del Convenio Arbitral celebrado.

El reconocimiento o no del enriquecimiento sin causa se vincula a la viabilidad de que este pueda ser objeto o materia arbitral, siendo que la arbitrabilidad de esta y otras pretensiones vedadas en nuestro ordenamiento jurídico se relacionan con el orden público, por cuanto una norma expresa prohíbe que se sometan a arbitraje determinadas materias en contratos donde el Estado es parte, motivo por el cual los árbitros no pueden avocarse al conocimiento y muchos menos pronunciarse.

En este contexto, respecto de la relación orden público-norma positiva-jurisdicción arbitral, se indica que "la naturaleza de orden público de una norma implica que su interpretación y aplicación están fuera del alcance de la jurisdicción de los árbitros y que sus disposiciones sólo pueden ser interpretadas y aplicadas por los magistrados judiciales" (Caivano, 2013, p. 65).

Sobre el particular, el numeral 76.2 del artículo 76 de la LGCP dispone la siguiente prelación normativa para la solución de controversias: la Constitución Política del Perú, la LGCP y su reglamento, así como las normas de derecho público y las de derecho privado; disposición que indica es de orden público. La normativa establece también lo que no puede ser sometido a arbitrajes, constituyendo una prohibición legal, dejando como vía al Poder Judicial.

Enriquecimiento sin causa o indebido
Pago de indemnizaciones
Cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República

3. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Tal como hemos indicado, la LGCP no tiene un capítulo referido a las obligaciones, sino que, del consentimiento de la buena pro, pasa a las garantías de cumplimiento de las obligaciones y a la suscripción del contrato. La voluntad de asumir determinadas obligaciones se ha ido preparando a lo largo del procedimiento de selección, por lo que se asume que le es de aplicación lo dispuesto en el Código Civil sobre obligaciones, así como en la doctrina; pero al ser la Administración un actor *sui generis*, tanto como lo son los términos de articulación contractual entre esta y el contratista, las obligaciones no se desenvuelven en forma similar que en el derecho privado.

En doctrina existen diversas clasificaciones de obligaciones, mientras que el Código Civil solo reconoce los siguientes tipos de obligaciones: de dar, de hacer, de no hacer, las que se refieren a la prestación debida; considera también las obligaciones alternativas y facultativas, divisibles e indivisibles, mancomunadas y solidarias. Teniendo en cuenta ello, en las líneas que siguen trataremos brevemente, en forma conjunta, las obligaciones consideradas en la doctrina, en el Código Civil y su proyección en la LGCP.

3.1. La obligación de dar

La obligación de dar es la que tiene por objeto "la entrega de una cosa o de un bien: el deber de conducta que pesa sobre el deudor le impone desprenderse o desasirse del bien o cosa, para entregarlo al acreedor" (Llambías *et al.*, 1997), tema sobre el cual el Código Civil refiere a la obligación de dar bien cierto (artículo 1132) y a obligaciones de dar bienes ciertos (artículo 1133), siendo estos relevantes en los contratos administrativos regulados por la LGCP.

En la obligación de dar cosa cierta, el objeto se encuentra debidamente identificado al momento de constituirse la obligación, por lo que, en consecuencia, el acreedor "no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor"[6]. Asimismo, en este tipo de obligaciones el deudor asume dos deberes fundamentales: "a) conservar la cosa para cumplir lo que ha prometido; b) entregar la cosa en el tiempo y lugar estipulados" (Borda, 1994, p. 360).

3.2. La obligación de hacer y la obligación de no hacer

En principio, debemos establecer la diferencia entre las obligaciones de dar y de hacer, donde tenemos que Guillermo Borda las diferencia indicando que mientras en la primera "la prestación consiste en la entrega de una cosa", en la segunda, en la de hacer, la prestación "consiste en la realización de un hecho" (Borda, 1994, p. 406); siendo que en la obligación de dar "es casi indiferente la persona del deudor, la que por el contrario suele tener especial importancia en las obligaciones de hacer" (Llambías *et al.*, 1997, pp. 275 y 276).

A esta definición se le puede agregar la establecida en el anexo de definiciones del RLGCP, en el que se le asume como "la ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación se regula en la Ley y en el Reglamento".

Por su parte, el Código Civil, al igual que en el caso de la obligación de dar, no la define, pero configura la obligación de hacer en el artículo 1148 indicando que:

> El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Aunque no se dan en las contrataciones públicas, referimos que en las obligaciones de no hacer el deudor se compromete a no hacer algo, siendo reguladas por los artículos 1155 al 1157 del Código Civil.

3.3. Obligaciones alternativas y facultativas

La obligación alternativa establece una pluralidad de posibilidades para cumplir con el compromiso, siendo definida como "aquella que queda cumplida con la ejecución de cualquiera de las prestaciones que

6 Artículo 1132 del Código Civil peruano.

forman su objeto, sea que la elección esté a cargo del deudor, del acreedor o de un tercero" (Borda, 1994, p. 412); situación distinta a la de la obligación facultativa, donde existiendo una prestación principal el deudor tiene la posibilidad de liberarse de ella "mediante el pago de otra prestación prevista en el contrato con carácter subsidiario" (Borda, 1994, p. 424).

Sobre este tema, los artículos 1161 y 1168 del Código Civil determinan cómo se configuran ambos tipos de obligaciones. Así, el artículo 1161 establece que en el caso de la obligación alternativa: "El obligado alternativamente a diversas prestaciones, solo debe cumplir por completo una de ellas", mientras que el artículo 1168 indica respecto de la obligación facultativa que esta "se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella".

3.4. Obligaciones divisibles e indivisibles

Las obligaciones divisibles son aquellas que "tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial", mientras que las indivisibles "no pueden ser cumplidas sino por entero" (Llambías *et al.*, 1997, p. 305). En cuanto a los criterios para la imposición de cada una, tenemos que, en el caso de la divisibilidad, esta viene impuesta "necesariamente, por la índole fraccionable de la prestación", mientras que la indivisibilidad "puede derivar tanto de los caracteres objetivos u ontológicos de la prestación debida cuanto de la voluntad de las partes que están autorizadas para imponer una indivisibilidad funcional, corrigiendo la naturaleza partible de la prestación" (Llambías *et al.*, 1997, pp. 311 y 312).

El Código Civil regula las obligaciones divisibles e indivisibles en los artículos 1172 al 1181, en los que no se define a la obligación divisible, pero sí a la indivisible, estableciendo en el artículo 1175 que la obligación es indivisible "cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse".

En relación con el término "naturaleza de la prestación", en la Opinión N.° 093-2023/DTN se estableció que este hacía alusión "al conjunto de características, cualidades o elementos consustanciales de la o las prestaciones que se pretenden contratar, aspectos que se han definido en el requerimiento" (Opinión N.° 093-2023/DTN).

3.5. Obligaciones mancomunadas y solidarias

Las obligaciones mancomunadas se configuran cuando cada uno de los deudores no está obligado sino por su parte, y cada uno de los acreedores no tiene sino derecho a su parte; mientras que las solidarias "son aquellas en las que cualquiera de los acreedores tiene derecho a exigir a cualquiera de los deudores la totalidad del crédito" (Alterini *et al.*, 1996, p. 396). Así la obligación solidaria "hace surgir un frente común de acreedores o deudores", siendo lo típico "que cada individuo de ese frente puede comportarse, en principio, como un acreedor o deudor singular con respecto a la totalidad del objeto" (Llambías *et al.*, 1997, pp. 319 y 320).

Los artículos 1182 y 1183 del Código Civil, así como los siguientes, se refieren a este tipo de obligaciones. El artículo 1182 establece, respecto de las obligaciones mancomunadas, que estas "se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles", y el artículo 1183 precisa que la solidaridad no se presume: "Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa".

En la normativa de contratación pública este tipo de obligaciones se desenvuelven cuando los postores se agrupan en consorcios.

3.6. Obligaciones por el tiempo de cumplimiento de la prestación: obligaciones de ejecución inmediata y diferida, y obligaciones de ejecución única y permanente

En relación con el tiempo de cumplimiento, las obligaciones se pueden clasificar en obligaciones de ejecución inmediata y diferida, y obligaciones de ejecución única y permanente. Se está ante una obligación de ejecución diferida cuando esta "se encuentra postergada en cuanto a su exigibilidad por un plazo inicial pendiente, o en cuanto a su existencia por una condición suspensiva pendiente", y es una obligación inmediata "cuando sus efectos no se encuentran postergados por alguna de dichas modalidades" (Alterini *et al.*, 1996, cap. XII).

En este punto, debe precisarse que los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser de "ejecución única" o "de duración"[7].

7 Messineo señala que un contrato será de "ejecución única", cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad, en tanto que será "de duración" cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes. Messineo excluye de los contratos de "duración" a aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un resultado futuro, pues aun cuando en estos casos es necesario que la actividad del contratista se dilate en el tiempo para producir el resultado querido, la ejecución seguirá siendo instantánea: "En relación a la función recién delimitada, de la *duración se debe excluir del número de los contratos de ejecución continuada*

Y estos segundos, a la vez, pueden ser de "ejecución continuada" o de "ejecución periódica"[8].

En los contratos de "ejecución periódica", las prestaciones son ejecutadas en diversas fechas futuras, con intervalos regulares entre dichas prestaciones. Así, De la Puente y Lavalle (De La Puente y Lavalle, 2003, p. 184) indica que en este tipo de contratos el contratista deberá efectuar las mismas prestaciones repetidamente en el tiempo, mientras la obligación se encuentre vigente, precisando que las diversas prestaciones que los contratistas deberán realizar durante el trámite de la ejecución del contrato de ejecución periódica se denominan "prestaciones parciales".

3.7. Obligaciones de plazo

¿Cuándo estamos ante una obligación de plazo? La obligación deviene en sujeta a plazo "cuando su exigibilidad depende del acaecimiento de un hecho futuro y cierto, que ocurrirá fatal o necesariamente" (Alterini *et al.*, 1996, pp. 421 y 422), hecho al que se subordina la extinción de la obligación. Aquí estamos ante un derecho efectivo y seguro, que emergerá luego de cierto tiempo, tal como sucede en los contratos regulados en la LGCP donde el plazo puede ser un factor esencial.

3.8. Obligaciones modales

Según las modalidades, las obligaciones pueden ser puras y modales. Las primeras no se encuentran sujetas a modalidad alguna, mientras que las

o periódica, el contrato que tiene por contenido la prestación de un resultado futuro: a la manera latina *locatio operis* (que ha de distinguirse de la *locatio operarum*, consistente, como es sabido, en poner a disposición de otra persona, que la utiliza, la propia energía de trabajo independientemente del producto de esta energía); casos: contrato de obra por empresa, transporte, fletamento, prestación de obra intelectual. *Aquí, el tiempo concierne a la producción del resultado, para lo que es necesario que la actividad del deudor se dilate durante cierto periodo de tiempo, y no a la ejecución que es, en cambio, instantánea;* la duración actúa aquí en función del fin, no en función del tiempo (piénsese en el caso del contrato de obra por empresa, en el que el tiempo es necesario para que la obra ordenada se ejecute, pero donde, una vez lista la obra, la entrega se realiza *uno actu*)" (el resaltado es nuestro) (Messineo, 1952, pp. 430-431).

8 Un contrato es de *ejecución continuada* cuando la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única, pero sin interrupción (locación, arrendamiento, suministro de energías comodato o similares), y es de *ejecución periódica* cuando "existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono) (De la Puente, 2003, p. 184).

segundas, las modales, pueden contener condición, plazo y modo o cargo[9]; estos son los elementos accidentales del acto jurídico.

3.9. Obligaciones principales y accesorias

Las obligaciones principales son aquellas que tienen "vida propia e independiente", "fundándose solo en la causa que las origina"; esta es la característica que le asignan los distintos autores tratados, mientras que las accesorias vinculan su existencia a la obligación principal.

3.10. Obligaciones de medios y de resultados

Este es un tipo de obligación recurrente en las contrataciones públicas. En cuanto a la definición de cada una de ellas, existe consenso en los términos de estas. Así se entiende que la obligación de resultado "consiste en el compromiso asumido por el deudor de conseguir un objetivo o efecto determinado: es el resultado que espera obtener el acreedor, como la entrega de la cosa vendida" (Llambías *et al.*, 1997, p. 70) o la construcción de alguna obra, es el cumplimiento del objetivo. En la obligación de medio "el deudor solo se obliga a la realización de una actividad que normalmente conduce al resultado apetecido por el acreedor, si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto" (Llambías *et al.*, 1997, p. 70), por lo que "no constituyen un fin en sí mismas, sino que son un medio para lograr un resultado querido por el acreedor" (Borda, 1994, p. 112), perspectiva desde la que se asume que no son un fin en sí mismas, sino un medio para alcanzar el resultado, siendo un caso típico la contratación de servicios especializados para la emisión de informes técnicos o legales.

3.11. Obligaciones esenciales y no esenciales

En el tema de las obligaciones debe tenerse presente cuáles de ellas tienen la condición de esenciales y no esenciales. Las primeras, las esenciales, están constituidas por las prestaciones relacionadas con lo que es objeto del contrato, tanto en bienes, servicios y obras, mientras que las no esenciales son aquellas que, en el caso del contratista, no están relacionadas con el objeto fundamental de la contratación. Son importantes, pero no la

9 Condición. Cuando la existencia de la obligación depende del acaecimiento de un hecho futuro e incierto.
Plazo. Cuando la exigibilidad de la obligación está supeditada al acaecimiento de un hecho futuro y cierto.
Cargo o modo. Cuando al adquirente de un derecho se le impone una obligación accesoria y excepcional.

razón de ser del contrato, siendo el caso de, por ejemplo, el mantenimiento de la garantía de fiel cumplimiento hasta la finalización del contrato, la de subcontratar sin autorización de la entidad (Arteaga Zegarra, 2005, p. 31).

En la Opinión N.° 190-2015/DTN, se hace referencia a opiniones previas[10], en las que la DTN ha señalado no solo la definición, sino también los alcances del incumplimiento de una obligación esencial, siendo:

> [...] aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato[11] y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las bases o en el contrato [...] pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función de la naturaleza u objeto del contrato[12] o a las prestaciones involucradas.
>
> En esa medida, cuando el incumplimiento de la entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales —las que deben estar contenidas en las bases o en el contrato[13]—, el contratista podría ejercer la resolución contractual [...]. (Opinión N.° 190-2015/DTN)

Este criterio es similar al establecido en la Opinión N.° 162-2015/DTN, donde se precisaron las características de las obligaciones esenciales, en especial el pago:

> [...] la determinación de las obligaciones contractuales de la entidad que resultan esenciales depende de las características y condiciones de cada contrato y su configuración, por lo que, en principio, no se puede determinar en abstracto cuáles son todas las obligaciones esenciales de la entidad en el marco de la contratación pública.
>
> Sin embargo, toda vez que la obligación de la entidad de pagar al contratista una retribución por sus obligaciones ejecutadas es una de las condiciones que determinan que una contratación se encuentre bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, esta constituye una obligación esencial de la entidad.

10 Al respecto, se pueden consultar las opiniones N.° 027-2014/DTN y N.° 090-2015/DTN.

11 En otras palabras, una obligación esencial es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

12 En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del reglamento establece determinadas obligaciones a la entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas, la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

13 Cabe señalar que no todas las obligaciones establecidas en las bases o en el contrato constituyen obligaciones esenciales, pues también puede tratarse de obligaciones no esenciales; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.

> En esta medida, cuando la entidad incumpla con su obligación de pagar al contratista la retribución por sus servicios efectivamente prestados, de acuerdo con la oportunidad y condiciones establecidas en el contrato, el contratista podría iniciar el procedimiento de resolución del contrato. (Opinión N.° 162-2015/DTN)

4. LAS OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS

¿Existe identidad entre las obligaciones establecidas en la doctrina para la relación jurídico contractual-privada con las que se establecen en la relación jurídico-contractual pública?

Si tomamos en cuenta lo expuesto en los capítulos precedentes y que la racionalidad jurídico-privada es distinta de la jurídico-pública, la respuesta a la interrogante planteada es negativa, pero dada la articulación existente entre ambas, no es una negación absoluta, sino que se relativiza en la medida en que la segunda se deriva de la doctrina de las obligaciones en general, la que se origina en el ámbito privado; criterio que hemos venido esbozando en los capítulos precedentes y que es coincidente con el de otros autores (Garrido Falla *et al.*, 2012)[14].

La obligación jurídico-administrativa se realiza en la medida en que la relación Administración-administrado se asume, además de relación económica, como relación jurídica, escenario en que las fuentes de las obligaciones se replantean. Si en términos generales las fuentes de las obligaciones pueden ser la voluntad o la ley, cuando estamos en la relación Administración-administrado la fuente primordial de esta es la ley en razón del principio de legalidad que orienta la actividad estatal. En este orden, la voluntad de las partes se somete a lo establecido en el ordenamiento público, donde la voluntad contractual de la Administración es una voluntad-proceso, por cuanto termina de configurarse cuando concluye la selección, mientras que la voluntad del contratista es también producto de un proceso que se inicia cuando decide participar en la selección y concluye cuando formula su oferta y esta es aceptada, lo que le permite suscribir el contrato que lo convierte en contratista. Así, en ambos casos estamos ante voluntades sometidas a la legalidad, que son consecuencia de un procedimiento de selección.

14 Véase el estudio de Lamprea Rodríguez (2007, p. 130 y ss.), quien parte de las obligaciones establecidas en el Código Civil colombiano, asumiendo la subsunción de la obligación administrativa en las obligaciones privadas. También el trabajo de Garrido Falla *et al.* (2012), quien, a diferencia del análisis efectuado por Lamprea, sí establece la articulación y diferencias entre la obligación en general y la obligación administrativa.

Estando a ello, algunas de las obligaciones glosadas tienen su desenvolvimiento en los contratos administrativos en general, y en consecuencia lo regulado por la normativa de contrataciones del Estado, adquiriendo su propia especificidad en razón de la naturaleza jurídica de la relación obligacional administrativa, tal como se puede apreciar en la Resolución N.° 001-2011-TC-S2, donde el Tribunal, analizado la articulación entre potestad de la Administración, obligación y partes, estableció que:

> A diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídicas civiles, en los contratos administrativos existen un conjunto de potestades administrativas que son inherentes y trascienden a las partes. Estas potestades derivan de la propia naturaleza del contrato administrativo y ciertamente le resultan oponibles a las partes contratantes. Los efectos prácticos de la acción u omisión de parte de los sujetos sometidos a una relación contractual de orden administrativo no son homogéneos o equivalentes. (Resolución N.° 001-2011-TC-S2, 2011)

4.1. Aspectos que afectan el cumplimiento de las obligaciones en el contrato administrativo: el *ius variandi* y el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión, y el caso fortuito y la fuerza mayor

En el ámbito de los contratos administrativos, el cumplimiento de las obligaciones suele ser afectada por factores ajenos al contratista, situación que termina liberándolo de la responsabilidad, tanto de la administrativa como indemnizatoria; son los denominados eximentes de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

La LGCP no establece los eximentes de responsabilidad, salvo el caso fortuito y la fuerza mayor, en el que se subsumen todos los que seguidamente desarrollaremos. Es la doctrina quien trata los eximentes a partir de lo establecido en el derecho privado, estando entre las causales que tienen una mayor vinculación con los contratos administrativos, y que pasan por caso fortuito o fuerza mayor las siguientes: el hecho de príncipe, la teoría de la imprevisión, además del caso fortuito y la fuerza mayor; cada una, con su propia peculiaridad, afecta la carga obligacional del contratista; por ello, en las líneas que siguen abordaremos estos conceptos generales.

4.1.1. El hecho del príncipe

Desde la doctrina del derecho privado se entiende por hecho del príncipe como el "acto emanado de cualquier autoridad pública que impide el cumplimiento de la obligación" (Llambías *et al.*, 1997, p. 82), contexto en

el que el deudor queda liberado de la obligación y subsiguiente responsabilidad "si no estaba en sus posibilidades resistirlo" (Llambías *et al.*, 1997, p. 82).

Cuando esta circunstancia se realiza en la ejecución del contrato administrativo, o en el cumplimiento de obligaciones, el hecho del príncipe adquiere algunas singularidades. Se asume que constituye una figura paralela al *ius variandi* (véase prerrogativas), pero a la vez diferente de él, por cuanto "se hace referencia a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole más oneroso para el contratista sin culpa de este" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 733), afectando con ello la ecuación financiera del contrato.

Para Dromi, desde una perspectiva más amplia, en la medida en que el hecho constituye una disposición emanada "de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato" (Dromi, 2004, pp. 560 y 561), debe ser "imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista" (Garrido Falla *et al.*, 2012, p. 117), caso en el cual generará la compensación correspondiente para este.

Reiterando lo expuesto, y a diferencia del *ius variandi*, la condición para su materialización es que se produzca "por causas externas al mismo, esto es, por intervenciones públicas de la Administración de alcance general o incluso de otros poderes públicos (v. gr. aumento de cargas sociales, devaluaciones monetarias, variación del tipo de interés, etc.) que hacen más onerosa para el contratista la prestación que constituye el objeto del contrato" (Garrido Falla *et al.*, 2012, p. 117).

La posibilidad de que la disposición que afecta la ejecución contractual haya sido emitida por un órgano ajeno a las partes, le brinda la condición de externalidad, lo que implica que se debe a intervenciones públicas de la Administración de alcance general o de algún poder político, como puede ser el "aumento de cargas sociales, devaluaciones monetarias, variación del tipo de interés, etc.) que hacen más onerosa para el contratista la prestación que constituye el objeto del contrato" (Garrido Falla *et al.*, 2012, p. 117), a lo que se puede agregar las disposiciones emitidas por el Poder Ejecutivo durante la Pandemia, o el aumento del sueldo mínimo.

Por otro lado, en el caso del *ius variandi*, la intervención de la Administración se refiere directamente al contrato que se viene ejecutando, no sien-

do, por lo tanto, de alcance general. Además de las condiciones expuestas, se precisa que el hecho debe ser anormal o extraordinario, "pues el acto de poder normal u ordinario, aun en el caso de disposiciones generales, que solo tornen un poco más gravoso el contrato, queda a cargo del contratista" (Dromi, 2004, p. 561).

La consecuencia de la materialización del hecho del príncipe es que, además de generar la obligación de indemnizar al contratista afectado, permite la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación.

4.1.2. La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible

En el marco del incumplimiento inimputable de obligaciones en los contratos emerge la teoría de la imprevisión, la que tiene su origen en el ámbito de la teoría general de las obligaciones y que adquiere dinámica propia en los contratos administrativos.

En principio tenemos que la obligación contraída se debe cumplir de acuerdo con lo pactado; esta es una disposición sustancial en el cumplimiento de las obligaciones en general. Sin embargo, se indica que "puede ocurrir que las circunstancias fácticas imperantes al ser celebrada la obligación varíen al tiempo de su cumplimiento, de modo imprevisto o imprevisible para las partes, tornando excesivamente oneroso el pago de la prestación que es contenido de la obligación. En tal supuesto no es justo que el deudor siga obligado a pagar idénticamente la prestación debida, lo que puede llegar a implicar su ruina patrimonial, solamente por haberse equivocado en no haber previsto lo imprevisible" (Alterini *et al.*, 1996, p. 369).

En este caso no estamos ante el incumplimiento absoluto, sino en la dificultad para cumplir la obligación, la que se vuelve gravosa para el deudor, perspectiva desde la cual se vincula al equilibrio financiero del contrato.

En síntesis, para la aplicación de esta teoría deben configurarse algunas condiciones, como son: el estar ante un contrato de ejecución diferida o continuada, afectación de las circunstanciales en la que se basó inicialmente el contrato (precio), que el cumplimiento afecte gravemente la ecuación financiera inicial, que el cumplimiento ponga en riesgo la economía del deudor.

4.12.1. La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos

Ubicando la teoría en el ámbito administrativo, tenemos que, a tenor de lo expuesto, estamos ante una modificación de la ecuación financiera del contrato, la que, a diferencia del hecho del príncipe, se produce por causas

ajenas al Estado o a la Administración: "[...] es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, este pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante" (Marienhoff, 1998, p. 500).

Por otro lado, el acontecimiento es ajeno a las partes, e imprevisible por ellas, pero no afecta la ejecución de lo pactado, pero sí la economía del contrato.

> [...] es, en definitiva, un dispositivo jurídico que permite al contratista obtener un reajuste obligacional y/o la resolución del contrato, como remedios tendientes a reducir su onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del acto, en el caso de revisión o reajuste del contrato, o la liberación de la obligación directamente, en el caso de resolución del mismo [...] para su aplicación en el derecho administrativo, no requiere de una ley formal que la declare vigente o aplicable [...]. (Dromi, 2004, p. 562)

En conclusión, en estos casos el contratista no se exime de la obligación, pero requiere que se restablezca el equilibrio del contrato, pudiendo también optarse por la resolución de este.

Finalmente, las definiciones glosadas contienen, a la vez, los requisitos para la aplicación de esta, y son los siguientes: el hecho debe ser determinante del deterioro de la ecuación económica del contrato; debe existir el contrato como fuente de la obligación afectada; y el contratista no debe haber suspendido la ejecución del contrato.

4.1.3. El caso fortuito y la fuerza mayor

Tal como refería Aníbal Torres Vásquez, caso fortuito y fuerza mayor son conceptos utilizados algunas veces como sinónimos en atención a los efectos que producen, pero sustantivamente no son sinónimos. Borda hace referencia a algunas definiciones o formas de comprender a cada uno de ellos.

La tradición jurídica romana refiere que caso fortuito debe reservarse a los hechos de la naturaleza, mientras que fuerza mayor serían los hechos del hombre; por otro lado, para unos "fuerza mayor indicaría una fuerza irresis-

tible, en tanto que caso fortuito señalaría un acontecimiento imprevisible", mientras que para otros "la fuerza mayor sería la imposibilidad absoluta fundada en un obstáculo irresistible; caso fortuito sería un obstáculo de menor significación, pero con todo, suficiente en relación a ese deudor" (Borda, 1994, p. 115). Para Llambías, autor varias veces citado, lo fortuito "es lo que proviene del azar, o casualidad, que es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y cuyas causas se ignoran. En cambio, la fuerza mayor "alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar" (Llambías *et al.*, 1997, p. 79).

En la esfera normativa, el artículo 1315 del Código Civil define ambas instituciones en los términos siguientes:

> 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.

a. El caso fortuito y la fuerza mayor en los contratos administrativos

Los elementos que componen las definiciones establecidas en el derecho privado son también de aplicación en el derecho administrativo:

> [...] como sucesos o acontecimientos inopinados e imprevistos o cuyo resultado, siendo previsibles, no han podido evitarse o resistirse [...]. Doctrinariamente se puede distinguir entre ambas figuras, asimilándose al caso fortuito los acontecimientos que provienen de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor es atribuida a los que provienen del hombre, pero en ambos casos la característica común es que el acontecimiento se encuentra fuera de la voluntad y del control de las partes contratantes. (Pronunciamiento N.° 023-2001-GTN)

Pero, así como se plantean diferencias, también hay semejanzas, respecto de las cuales se ha establecido que:

> [...] tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir. (Resolución N.° 336-2011-TC-S2)

b) Configuración del caso fortuito y la fuerza mayor

Dadas estas definiciones, nos encontramos ante situaciones que para configurar como caso fortuito o fuerza mayor deben cumplir con determina-

das condiciones, siendo estas las siguientes: debe ser exterior, imprevisible, irresistible o inevitable, hechos de terceros, hechos del príncipe, extraneidad, sobreviniencia, insuperabilidad, hecho actual (Borda, 1994, p. 117); (Alterini *et al.*, 1996, p. 357); (Llambías *et al.*, 1997, p. 80). Describamos cada uno de estos requisitos.

- **Hecho externo**

El hecho o acontecimiento externo significa que la parte que lo invoca no haya tenido participación en su realización, pero, además:

> [...] colocado frente a tal hecho, el cocontratante debe haber aportado el máximo de su diligencia para que produzca las consecuencias menos desfavorables para la ejecución del contrato. Por ello el cocontratante no podrá invocar la fuerza mayor si su falta, su negligencia o su morosidad forman las causantes de los eventos que él invocó a título de hechos justificativos. (Diez, 1979, p. 172)

- **Imprevisible o extraordinario**

El hecho es imprevisible o extraordinario cuando, tal como la misma palabra lo indica, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra, por lo que supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible[15]. "No se trata de que sea necesario algo absolutamente imprevisible, pues eso sería excesivo, sino simplemente de que

15 Respecto a ello, Ospina Fernández (citado por Osterling y Castillo Freyre, 1994, pp. 627 y 629) indica que la misma expresión "caso fortuito" denota idiomáticamente un acontecimiento extraño, súbito e inesperado. Por lo tanto, si el hecho ya existía al tiempo del contrato y era conocido o cognoscible por un deudor diligente, o si este razonablemente hubiera podido preverlo en el futuro, por ser acontecimiento normal o, a lo menos, de frecuente acaecer, la ocurrencia de ese hecho no constituye caso fortuito ni libera la responsabilidad, bien sea porque el deudor, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo, o bien porque ha procedido temerariamente al obligarse en tales condiciones.
En tal sentido, siendo la imprevisibilidad elemento esencial del caso fortuito, el autor manifiesta que tal elemento ha de apreciarse singularmente en cada situación concreta; el criterio para el efecto debe ser la rareza y repentinidad del evento, pues ha de partirse del supuesto de que una persona diligente y cuidadosa en sus negocios debe prever los hechos normales, o frecuentes, o probables, según la naturaleza de dichos negocios, máxime si ella se ocupa habitualmente en estos, de forma que, al obligarse, es de presumir que asume los riesgos inherentes a ellos y que espera superarlos. Sobre ello, cabe precisar que en la legislación colombiana los términos caso fortuito o fuerza mayor son equivalentes y no revisten diferencias en cuanto a sus consecuencias.

no hay razón valedera para pensar que ese acontecimiento se producirá" (Borda, 1994, p. 117); estando a lo glosado tenemos que la imprevisibilidad "no se aprecia por ella misma sino en relación a las circunstancias en la época del contrato" (Diez, 1979, p. 173).

- **Irresistibilidad**

Un hecho es irresistible "cuando, aunque haya sido efectivamente previsto, no puede ser evitado, a pesar de la diligencia que haya sido puesta para ello" (Alterini *et al.*, 1996, p. 357), por lo que debe tratarse de una efectiva imposibilidad de cumplir. La dificultad por sí misma no es suficiente, ya que además esta debe hacer inviable la ejecución contractual, lo que nos remite a un análisis objetivo de la causal, y no subjetivo (Borda, 1994, p. 117).

En relación con esta condición, Marienhoff señala que existen dos modalidades de fuerza mayor "la 'insuperable' por el cocontratante, la cual por sí justifica la **inejecución** del contrato; la que sin ser irresistible o insuperable por el cocontratante, trastorna 'definitivamente' el equilibrio del contrato, lo cual autoriza que se solicite la rescisión del mismo" (Marienhoff, 1998, pp. 359-360).

La insuperabilidad trasciende a la dificultad para el cumplimiento, la que puede implicar demora en el cumplimiento, pero no incumplimiento definitivo, siendo esta la situación a la que se refiere el presente rubro.

- **Hechos de terceros**

El hecho de terceros define en su denominación la ajenidad al deudor, pudiendo constituir fuerza mayor "solo a condición de que reúna los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, no haya culpa del contratante que lo invoca, y no se trate del hecho de un tercero del cual se tenga el deber de responder" (Borda, 1994, p. 117).

En el caso del caso fortuito, no existiría tal "si el hecho que obsta al incumplimiento se relaciona con la persona del deudor, ya que habría culpa y no caso fortuito si el deudor crease con su propia actividad el hecho obstativo del cumplimiento de la obligación" (Llambías *et al.*, 1997, p. 80).

Esta condición se refiere a que el hecho debe ser extraño al deudor, que se encuentra fuera del ámbito de la obligación por la cual debe responder, no debe derivar de la actividad voluntaria del deudor, puesto que, si esto fuera así, ingresaríamos al terreno de la responsabilidad. La parte que incumple no puede desligarse de la responsabilidad que le corresponde por las derivaciones de algo que le atañe o concierne.

- **Hechos del príncipe**

Aunque hemos tratado precedentemente el tema, debemos indicar que estos hechos, también conocidos como actos de poder público, devienen en fuerza mayor "cuando crean dificultades imposibles de vencer para el cumplimiento de las obligaciones", no siendo indispensable que se trate de ejercicio regular del poder, pues "aun los actos abusivos constituyen caso fortuito si han impedido cumplir" (Borda, 1994, p. 117), involucrando todos los impedimentos que resultan de "órdenes o de prohibiciones emanadas del poder público [...]. Si tales actos implicasen efectivamente un obstáculo para que el contratante cumpla su obligación, podrán constituir un caso de fuerza mayor que entonces eximirá de responsabilidad al obligado" (Marienhoff, 1998, pp. 365-366).

- **Hecho actual y sobreviniente**

La configuración del hecho que deviene en impedimento debe ser actual, lo que implica que ocurra en el mismo espacio temporal de cumplimiento de la obligación. Asimismo, la ocurrencia de la situación o hecho que afecta el cumplimiento de la obligación debe ser posterior a la fecha en que se contrajo esta.

c) Efectos del caso fortuito/fuerza mayor

Ahora bien, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir[16].

En esta hipótesis, en la causa del hecho que ha impuesto la inejecución de la obligación, "el deudor no es el autor moral del incumplimiento obrado, y por tanto, no puede serle 'atribuido' para requerirle el resarcimiento del daño consiguiente" (Llambías *et al.*, 1997, p. 78).

d) Lo que no constituye caso fortuito/fuerza mayor

Las definiciones presentadas nos ponen ante reglas para la liberación de la culpa contractual del deudor, por lo que en la evaluación de los hechos se deberá actuar en forma objetiva, para no asumir que la falta de diligencia debida puede ser un eximente de responsabilidad, tema sobre el cual la

16 En nuestro sistema de responsabilidad civil contractual, a fin de determinarse la responsabilidad contractual del deudor, el propio sistema prevé criterios subjetivos, como la culpa leve, la culpa inexcusable y el dolo.

Resolución N.° 272/2003.TC-S2 estableció que los problemas financieros de una empresa no son motivo para incumplir con las obligaciones generadas con el otorgamiento de una buena pro.

4.2. Derechos y obligaciones de las partes

Al amparo del principio de legalidad los derechos y obligaciones de las partes se definen con objetividad. Así, las que viniendo de la doctrina general se irán modulando al momento de aplicarse a los contratos administrativos en función del régimen jurídico que los regule, tal como se estableció en la Opinión N.° 85-2015/DTN:

> [...] la relación contractual entre una entidad y un proveedor, que surge a partir de la celebración de un contrato, se encuentra expresamente regulada, desde su perfeccionamiento y ejecución, hasta su culminación; en esa medida, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen, atendiendo al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado.
>
> Sobre ello, es importante recordar que, mediante la celebración del contrato, el contratista se compromete a ejecutar la prestación a su cargo, que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra y la entidad se obliga a ejecutar su contraprestación que, esencialmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por su prestación.
>
> En este contexto, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes satisfagan oportunamente sus prestaciones.

A efectos de precisar de mejor forma las obligaciones que asumen las partes, analizaremos los derechos y obligaciones (acreedor-deudor) de cada una de las partes en las contrataciones públicas.

4.2.1. Derechos del contratista (obligaciones de la Administración)

El derecho esencial que le asiste al contratista es que la Administración cumpla con el contrato en los términos que se ha pactado, siendo de igual forma para la administración respecto de él; regla general en la que se enmarcan, entre otros derechos, los siguientes: la percepción del pago en la forma establecida, suspensión de la ejecución, recomposición del contrato, rescisión del contrato por culpa de la comitente, mantenimiento de la ecuación económico-financiera e invocación de las eximentes de responsabilidad por incumplimiento (Dromi, 2004, p. 544). A los que se puede agregar el que la Administración "ponga a su disposición, en el caso de obra pública, los terrenos, los planos y, si estuviera previsto, los materiales correspondientes" (Diez, 1979, p. 182), a la indemnización por hecho del príncipe (Ma-

rienhoff, 1998, pp. 365-366), a contar con plazo para subsanar los defectos de obra, a cobrar intereses por mora de la Administración (Dromi, 2004, p. 610).

a) Derecho al pago

La percepción del pago es el principal derecho del contratista, el que debe efectuarse según la forma y plazo establecido en el contrato, disposición que se vincula con el tipo de obligación de que se trate.

El pago tiene como obligación primordial "la de consumir el vínculo obligatorio mediante la realización de la finalidad para la cual había sido constituido" (Llambías *et al.*, 1997, p. 377). En cuanto a la obligación de la ejecución del pago, se deben distinguir dos escenarios: el privado y el público. El primero es flexible para la modificación del pago, mientras que, en el público, y específicamente en el ámbito administrativo, se considera que este precio es intangible, pero no inmutable por cuanto puede ser variado previo acuerdo de las partes (Dromi, 2004, p. 545) en la medida que la ley así lo permita.

b) Mantenimiento de la ecuación económico-financiera

La contratación que efectúa la Administración pública es la finalización de un procedimiento que comenzó al interior de la entidad, y que continuó luego en el relacionamiento con los administrados, procedimiento donde no solo se determinó el objeto del contrato, sino también el valor de este y de la oferta, tema respecto del cual Dromi indica que "en la relación conmutativa de la contratación administrativa, a partir de las relaciones intersubjetivas bilaterales con prestaciones recíprocas, prima el valor igualdad ecuacional como modalidad de la equidad administrativa. Ello posibilita que, en la relación contractual administrativa, la igualdad se haga efectiva, como realidad concreta y material. En ese orden, la equidad administrativa es en los contratos el valor de las equivalencias comparativas en el caso concreto [...]. El principio del trato justo e igualitario, imperante en el procedimiento de selección del contratista, conduce a la teoría de las ecuaciones contractuales, que se traduce en fórmulas para hacer eficaz en la realidad el valor equidad, que es el valor que, en la relación administrativa efectiva, motoriza a los otros [...]. Las ecuaciones contractuales originarias constituyen entonces, en cada caso, el camino para otorgarles seguridad jurídica" (Dromi, 2004, p. 554).

La relación económica que se establece entre la propuesta formulada por el postor, que es aceptada por la Administración, y que se consigna en el contrato, constituye el equilibrio financiero del mismo, el que debe mantenerse a lo largo de su ejecución.

El mantenimiento del equilibrio económico es la armonización de la concepción que el contrato es ley entre las partes, el que la exigencia de atender el interés general en forma satisfactoria conduce a buscar el equilibrio contractual en un punto distinto al de otros tipos de contrato.

En los contratos administrativos el equilibrio o la proporcionalidad de las prestaciones, se mantiene siempre a lo largo de su ejecución "cualquiera que sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada 'ecuación financiera' del contrato" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 723).

La formulación de la oferta por parte del postor, y luego contratista, definido en el anexo de definiciones, establece que el contratista es "el proveedor que celebra un contrato con una entidad contratante de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento", debe tener en cuenta "la situación económico-financiera existente en el momento de presentar su propuesta" (Dromi, 1995, p. 518). Así, la formulación de la propuesta económica y la aceptación de esta, se constituyen en elementos esenciales del equilibrio financiero del contrato, el que debe mantenerse a lo largo de su ejecución.

En este orden, el derecho del contratista en relación con la ecuación económico-financiera es el de que mantengan los términos económicos pactados inicialmente, el que se asume puede ser afectado por: causas imputables a la Administración (responsabilidad contractual del Estado) o al Estado (responsabilidad extracontractual del Estado, hecho del príncipe), y por afectaciones a la economía del contrato por causas no imputables al Estado (teoría de la imprevisión); casos en los que corresponde que el equilibrio del contrato sea restablecido.

En la LGCP la ecuación se aplica mediante el reajuste de precios, según lo establecido por el INEI en los contratos de obras, y en los de bienes y servicios, considerando en todos los casos el principio de equidad.

c) Mantenimiento de los derechos acordados a pesar de la mutabilidad del contrato

La mutabilidad del contrato, como prerrogativa de la Administración, no puede significar la afectación, sin resarcimiento de ser el caso, de los derechos del contratista.

d) Resolución del contrato por culpa de la Administración

Cuando tratemos el tema de los derechos de la Administración analizaremos las diferencias entre rescisión y resolución de contrato, por lo que aquí solo nos limitaremos a decir que el contratista tiene igual derecho a resolver el contrato por incumplimiento de la Administración de sus obligaciones contractuales, siempre y cuando haya seguido el procedimiento establecido en la normativa, no cabiendo aplicar la excepción del contrato no cumplido.

4.2.2. Derechos y prerrogativas de la Administración

Los derechos de la Administración devienen en prerrogativas de esta en la ejecución del contrato debido a que se vinculan a las potestades y, por ende, al poder.

La naturaleza jurídica del contrato administrativo, y el fin de este (la atención del interés general), generan en la Administración prerrogativas (respecto del contratista y de la ejecución del contrato); prerrogativas "que constituyen cláusulas exorbitantes 'virtuales'" y que "existen por 'principio', sin necesidad de que un texto expreso las consagre" (Marienhoff, 1998, p. 394), pudiendo existir también por previsión contractual o legal (Diez, 1979, p. 158), siendo el objetivo de estas que la obligación se cumpla en la forma pactada.

Se parte de la concepción general de que la Administración pública tiene como derecho esencial el de exigirle al contratista (*intuito personae*), entre otras cosas, el cumplimiento debido y, en el plazo estipulado, la obligación asumida; a exigir que se le presente el plan de trabajo y la propuesta, y a hacer las observaciones pertinentes; a conocer el equipo y mantenimiento de este hasta la conclusión de la obra; a exigir el acopio de los materiales por parte del contratista, cuando estos no sean provistos por el Estado; a designar un inspector para la dirección, inspección o tasación de la obra; a exigir al contratista el nombramiento de un representante técnico; a exigir la ejecución de la obra conforme al proyecto; a recibir provisionalmente la obra hasta que se subsanen o corrijan las deficiencias, a la ejecución directa de la obra; a aplicar sanciones pecuniarias (Dromi, 2004, pp. 609 y 610).

En este orden, tenemos que las prerrogativas que se generan para la Administración en virtud de las cláusulas exorbitantes son las siguientes:

a) Prerrogativa de dirección y control

Si bien es cierto que por el contrato, la Administración delega en el contratista la ejecución del mismo, sea de bienes, servicios u obras, recae

en ella, en atención a la razón de ser de estos, la responsabilidad "de una ejecución adecuada e idónea para lograr la satisfacción del interés público que contractualmente se procura" (Dromi, 1995, p. 508), no pudiendo desentenderse completamente "de la manera cómo los particulares o administrados que colaboran con ella para realizar una función específica de la misma, cumplen tal misión" (Marienhoff, 1998, p. 394).

En cuanto a la intensidad con que actúa la Administración en el ejercicio de la prerrogativa acotada, debemos tener en cuenta que esta varía según el tipo de contrato, tal como se puede apreciar en la LGCP. Es distinta la intensidad del control en contratos de suministros de bienes y servicios que la de en obras; también es diferente en los contratos de ejecución instantánea que en los de duración prolongada, o en los contratos internacionales.

Por otro lado, tenemos que respecto a las dimensiones de la dirección y control, este comprende cuatro aspectos de la gestión del contratista, siendo estas: La material, por la que se verifica si el contratista está cumpliendo con las obligaciones pactadas; el aspecto técnico, por el que se verifica si la obligación se cumple de acuerdo con las prescripciones técnicas establecidas y acordadas; el aspecto financiero, que permite determinar si se cumple con las obligaciones de pago al contratista, materiales y tributos; y el aspecto legal, que verifica el cumplimiento de las condiciones jurídicas establecidas en la legislación y en el contrato (Diez, 1979, p. 537).

b) La continuidad del contrato

Este derecho de la Administración se deriva de la finalidad del contrato administrativo (la atención del interés general), y se vincula, en el caso extremo, a la imposibilidad de que el contratista pueda resolver el contrato invocando la excepción del contrato no cumplido sin antes haber seguido el procedimiento establecido para la resolución de este; regla que también involucra a la Administración.

En el ejercicio de esta prerrogativa puede suceder que el contratista no cumpla con continuar con la ejecución del contrato, a pesar de los medios conminatorio-legales utilizados por la Administración, situación en la cual esta queda facultada para resolver el contrato por incumplimiento, con la subsiguiente responsabilidad del contratista en caso el incumplimiento no se deba a algunos de los factores eximentes de responsabilidad, y también para seguir el procedimiento para contratar el saldo pendiente de ejecución.

c) Modificación del contrato: el *ius variandi*

El *ius variandi* de la Administración se encuentra vinculado al poder, y se le define como "una potestad constitutiva de un acto de poder público de naturaleza extracontractual" que tiene como fin "adaptar los contratos a las nuevas necesidades en aras de salvaguardar el interés público, cuya prevalencia es la que justifica esta prerrogativa, de forma tal que, por ministerio de la ley, regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante en el ordenamiento civil, se transforma en inmutabilidad del fin o del servicio" (Garrido Falla *et al.*, 2012, p. 115).

A través de esta disposición se quiebra el pacto inicial, y en la perspectiva de atender el interés general, se dispone que el contratista asuma prestaciones no pactadas inicialmente, las cuales generan en la Administración "el deber de compensar a este por los perjuicios que la modificación le suponga, de forma que permanezca inalterada la ecuación financiera que está en la base del contrato" (García De Enterría & Fernández, 2001, pp. 725-730). Aquí estamos ante la modificación unilateral, por parte de la Administración contratante, del objeto y contenido del contrato mismo (García De Enterría & Fernández 2001, pp. 725-730).

En este contexto, la prerrogativa de modificación del contrato constituye una cláusula exorbitante más en los contratos administrativos, e implica el quiebre del principio de inmutabilidad, tan arraigado en el derecho privado donde no se acepta que una de las partes modifique el contrato en forma unilateral.

Pero ¿cuál es el motivo por el cual el derecho reconoce en la Administración esta prerrogativa? Para Marienhoff, la respuesta es esta:

> Si bien el principio de la "inmutabilidad" tiene imperio en derecho privado, no ocurre lo mismo en derecho publico, donde la necesidad de adaptar el contrato a las conveniencias generales produce un quebrantamiento del principio de 'inmutabilidad', permitiendo esa 'modificación' [...].
>
> [La] Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta. Del mismo modo, la Administración pública —en general— debe poder alterar los contratos administrativos cuando, aun sin tratarse de contratos convertidos en inútiles o de estipulaciones que hoy resulten inadecuadas para satisfacer las respectivas necesidades, convenga modificarlos o alterarlos para que, desde un principio, se adapten más convenientemente a la satisfacción del interés público [...]. (Marienhoff, 1998, pp. 396-397).

Finalmente, tal como hemos citado, si bien es cierto que la Administración puede modificar el contrato por las razones expuestas, esta decisión no puede ser un acto arbitrario, sino que debe generar en el contratista derecho a mayor pago o resarcimiento, según se trate de una modificación que implique incremento o disminución de prestaciones.

d) Prerrogativa de resolver el contrato

En doctrina no se hace referencia, como prerrogativa de la Administración, a la resolución del contrato, como sucede en el caso peruano donde la LGCP se refiere, sin definir, a esta categoría jurídica, sino a la figura jurídica de rescisión.

¿Cuál es la diferencia entre una y otra y por qué nuestra legislación optó por la figura de resolución y no de rescisión? Al no estar definida en la LGCP ninguna de las figuras jurídicas acotadas, corresponde acudir en busca de respuestas a los comentarios que al respecto han efectuado algunos autores nacionales, así como a nuestro Código Civil.

Con relación a la doctrina extranjera se refiere que "tanto en la doctrina y legislación comparadas los términos rescisión y resolución son intercambiables, se utilizan indistintamente" (Torres Vásquez, 2012, p. 958); situación que no sucede en el ámbito nacional donde sí se distingue entre ambos conceptos tanto a nivel doctrinario como normativo.

Así se indica, conceptualmente, que la rescisión "es el acto por el cual, mediante sentencia judicial, se deja sin efecto un contrato válido por causal existente al momento de su celebración" (Torres Vásquez, 2012, p. 957), definición que tiene su correlato legislativo en el artículo 1370 del Código Civil, en el que se indica que la rescisión "deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo". Por el lado de la resolución, la definición parte precisando el significado del vocablo, el que significa "deshacer, destruir, desatar, disolver, extinguir un contrato", constituyendo el medio jurídico por el cual se deja sin efecto, "judicial o extrajudicialmente, un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración que impide que cumpla su finalidad económica" (Torres Vásquez, 2012, p. 961); contexto en el que el artículo 1371 del Código Civil refiere que la resolución "deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración", siendo esta la orientación que reside en la LGCP.

e) Prerrogativa de sancionar

La prerrogativa de imponer sanciones en el marco de la ejecución contractual no es arbitraria, sino que responde a la necesidad "de asegurar la

efectiva y debida ejecución del contrato", prerrogativa que se activa a partir de la previa constitución en mora del contratista (deudor) por parte de la Administración (Dromi, 1995, p. 513).

La puesta en mora se genera a partir del incumplimiento de alguna de las obligaciones del deudor, debiendo seguir la Administración, para tal efecto, el procedimiento establecido en la normativa, pudiendo el contratista-deudor cuestionar la decisión de la Administración, generando con ello la controversia, que en nuestra legislación se resuelve vía conciliación o arbitraje, y no acudiendo al órgano jurisdiccional.

En cuanto al tipo de sanciones tenemos que en la doctrina se establece que pueden ser de tres tipos. Las sanciones pecuniarias, que de acuerdo con la LGCP serían la aplicación de penalidades y ejecución de garantías; coercitivas provisionales, que serían las medidas de apercibimiento ante el incumplimiento o la intervención económica de la obra; y las definitivas, que estarían dadas por la resolución del contrato.

5. LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES EN LA LGCP

La responsabilidad es estar obligado a hacer o entregar o a no hacer algo, por lo tanto, no se puede entender esta sin la previa determinación de la obligación. En esta línea, el artículo 69 de la LGCP determina las responsabilidades de las partes en la ejecución contractual, las que se podrían generar por incumplimiento de alguna de las obligaciones.

El artículo en mención comienza estableciendo la regla general para ambas partes, a partir de lo cual distingue en situaciones especiales. Así, indica como regla general que tanto la entidad como el contratista, "son responsables de ejecutar correcta y oportunamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato", obligación que significa que para su cumplimiento ambas partes "deben realizar todas las acciones a su alcance, empleando la debida diligencia, orientadas al logro de los resultados acordados".

Esta situación involucra todos los aspectos relacionados con la ejecución del contrato, después de lo cual se generan situaciones especiales que constituyen un segundo extremo del primer numeral de la norma, y que vincula cumplimiento contractual con algunos conceptos relevantes, en particular cuando surge alguna controversia, como puede ser la resolución del contrato por incumplimiento, donde a la parte imputada como culpable se le pueden hacer las siguientes preguntas: ¿para el cumplimiento de la obligación actuó todas las acciones que estuvieron a su alcance ante el hecho

o acontecimiento que afectó el cumplimiento debido?; ¿empleó la debida diligencia para la ejecución de las obligaciones pactadas?

5.1. La responsabilidad del contratista

Además de esta regla, el numeral 69.2 se refiere a reglas específicas, las que se aplican a los supuestos de responsabilidad que van más allá del cumplimento contractual, siendo estas las siguientes:

a) En la subcontratación

El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la entidad contratante.

b) En los contratos de ejecución de obra

Se establecen dos tipos de responsabilidades. La primera, al cumplimiento de lo establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 1774 del Código Civil referido a las obligaciones del contratista:

> 2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular.
> 3. A pagar los materiales que reciba, si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra.

En la parte final se agrega que el plazo de responsabilidad por vicios ocultos no puede ser inferior a siete años, lo que significa que puede ser más, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

c) En los contratos de bienes y servicios

En estos casos se establece como regla general el contratista es responsable por:

- la calidad ofrecida; y,
- los vicios ocultos, por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad contratante.

Esta regla general tiene excepciones, las que pueden establecer en el contrato cuando se trate de bienes fungibles o perecibles, siempre que:

- la naturaleza de estos no se adecue a este plazo;
- y así se haya determinado en la estrategia de contratación.

d) En los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra

Este es un tema delicado en la ejecución de obras, ya que muchas de las controversias están vinculadas a deficiencias del Expediente Técnico, por lo que se ha establecido que el contratista es responsable por:

- errores;
- deficiencias;
- vicios ocultos, los cuales pueden ser reclamados por la entidad contratante en un plazo no menor de tres años después de la conformidad de obra.

e) En los contratos de consultoría para la supervisión de obra

En este caso la responsabilidad es similar a la del ejecutor de la obra, ya que se establece que "la responsabilidad por defectos en la prestación del servicio no puede ser inferior a la cantidad de años de responsabilidad para el contratista bajo el contrato de obra sobre el que se realizó la supervisión".

f) Para los contratos de ejecución de obra

Los límites a la indemnización derivados de la responsabilidad por vicios ocultos o de cualquier incumplimiento del contratista o de la entidad contratante son establecidos en el contrato, en observancia de los documentos del procedimiento de selección y de la estrategia de contratación, conforme a los criterios señalados en el reglamento.

Capítulo XXXI

ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El Estado de derecho. La Revolución francesa. El régimen administrativo francés. El Consejo de Estado. La justicia retenida. El derecho administrativo. Los contratos de la Administración pública. El Estado liberal. El Estado social. La desigualdad de las partes. La huida del derecho administrativo. El principio de subsidiariedad

SUMARIO: 1. El Estado de derecho. 2. Características del régimen administrativo francés. 3. El Consejo de Estado como herencia acabada del Antiguo Régimen. 4. La justicia retenida. 5. El derecho administrativo como producto de la Revolución francesa. 5.1. El principio de legalidad. 5.2. El Fallo Blanco y la especificidad del derecho administrativo. 6. La Administración pública y los contratos administrativos en el Estado liberal. 6.1. La actuación de la Administración pública en el Estado liberal: Estado policial y de fomento y el Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto. 7. La Administración pública y los contratos administrativos en el Estado social. 7.1. La actuación de la Administración pública en el Estado social: la actividad planificadora y productora de bienes. 8. La desigualdad de las partes y la "autonomía de la voluntad" en los contratos administrativos en el Estado liberal y en el Estado social. 9. El ocaso del Estado social y la huida del derecho administrativo. 9.1. La huida del derecho administrativo. 9.2. El principio de subsidiariedad del Estado.

La Revolución francesa que se produjo en las postrimerías del siglo XVIII, constituyó un proceso político distinto al de la Revolución inglesa, ya que generó no solo una forma de gobierno diferente, sino que, además, fue un cambio político violento que significó el desplazamiento de grupos de poder.

En este sentido se erigió como un conflicto multifacético que abarcó una amplia gama de disputas, desde tensiones sociales hasta cuestiones políticas y jurídicas, adquiriendo dimensiones trasnacionales, librándose conflictos entre partidarios y detractores del Antiguo Régimen.

La Revolución culminó la desintegración del Absolutismo, y la ascensión de las categorías políticas de la igualdad, la división de poderes, la democracia representativa, y de la ley como la máxima expresión de la revolución, siendo a través de ella que se manifestaba la voluntad general, proceso que devendría en el Estado de derecho.

Estas ideas se encuentran consignadas en los artículos 1 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecen, respectivamente: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común", y que "una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución", así como los artículos 4 y 7[17]; valores ratificados en el artículo 11 de la Constitución de 1793, que hacía referencia a los actos ejercidos contra un hombre fuera de lo establecido en la ley, lo que devenían en arbitrarios.

Socialmente, se tiene la asimilación de la tradición jurídico-administrativa del absolutismo a la República, tal como describe Alexis de Tocqueville en *El Antiguo Régimen*, sumándose la desconfianza de los revolucionarios a los magistrados, lo que condujo a un derecho de la Administración pública diferenciado del derecho civil, tal como seguidamente exponemos.

17 El artículo 4 considera que "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás", mientras que, mediante el artículo 7, se tiene que "ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella".

1. EL ESTADO DE DERECHO

Inicialmente, el impulso y ansias por la libertad ante el absolutismo significaron que la sociedad aspirase a regirse por el libre albedrío, que significaba la ampliación de la libertad y la minimización del rol del Estado. Entre las ideas que animaban a este nuevo Estado, tal como ya hemos referenciado, tenemos al individualismo y al contractualismo, donde se entendía que el Estado estaba al servicio del individuo, produciéndose con ello la separación entre Estado y sociedad civil; el abstencionismo, por el que se exigía que el Estado en su actividad y organización no limitara o bloqueara el accionar del individuo; la legalidad, por cuanto su organización y funcionamiento estaban regulados por la Constitución; de dimensión nacional, ya que se constituía en la organización política de la Nación y en la idea de representación por cuanto se entendía que el gobernante personificaba al colectivo nacional.

En este marco se gestó la doctrina del Estado limitado "tanto con respecto a sus poderes como a sus funciones", donde la limitación de poderes se representaba a través del Estado de derecho, y la limitación de la función en el Estado mínimo (Bobbio, 1989, p. 17). Desde esta perspectiva, el Estado liberal se afirmaba en la lucha contra el Estado absoluto en defensa del Estado de derecho y contra el Estado máximo en defensa del Estado mínimo (Bobbio, 1989, p. 18).

Pero este Estado fue también producto del sistema económico que regulaba el proceso productivo a través del mercado. La realización de este sistema económico implicó la necesidad de garantizar el desarrollo del derecho privado, del dinero como mecanismo de intercambio y la ejecución de infraestructura, constituyendo estos elementos premisas existenciales de un proceso económico que le permitió al Estado adquirir autonomía y especificación funcional (Habermas, 1992, p. 255).

Paralelamente a este proceso, la sociedad también se institucionalizó en términos del derecho privado, descansando sobre el derecho de propiedad y libertad contractual, permitiendo la "actuación espontánea de los mecanismos de mercado" (Habermas, 1992, p. 483), a mérito de lo cual la sociedad terminaba organizándose a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, como actores del mercado, buscaban su bienestar, el cual era hallado mediante la "persecución lo más racional posible de sus propios intereses" (Habermas, 1992, p. 483).

Este es el Estado que presidió la civilización del contrato, el de las leyes poco numerosas y absolutamente generales, haciendo descansar sobre ellas

el orden social y la seguridad de los ciudadanos (Burdeau, 1983, p. 113); donde la garantía de igualdad de trato jurídico-material que se otorgaba mediante generalidad abstracta de las leyes brindaba las condiciones no discriminatorias para la efectiva puesta en práctica de las libertades. Pero ¿cómo se articuló a la sociedad el Estado liberal y su Administración?

En el contexto expuesto, el Estado de derecho se definió como la instauración de normativas jurídicas revestidas de carácter imperativo, aplicables de manera universal a todos los miembros de una sociedad, sin excepción alguna. Así, tanto los gobernados como los gobernantes estaban obligados a acatar y cumplir con las disposiciones legales vigentes. En consecuencia, las normativas adquirían la naturaleza de disposiciones de alcance general, las cuales debían ser adheridas no solo por los ciudadanos, sino también por quienes las promulgaban, incluyendo al gobernante. De este modo, las diversas actividades inherentes al Estado, entre ellas la administrativa, se encontraban subordinadas a los imperativos legales (Rodríguez, 2005, p. 295)

Desde esta perspectiva, la noción de Constitución se concibió como un documento único y codificado que estructuraba la política superior del Estado y, a la vez, como depositaria de un conjunto de principios y contenido específico derivado de ciertos supuestos, como los establecidos en las doctrinas contractualistas, las que sostenían que la organización de la sociedad era la fuente fundamental de legitimidad del poder y del derecho (García De Enterría *et al.*, 1983, p. 92), con lo que la legitimidad del ordenamiento jurídico y del ejercicio del poder estatal dependía de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de la existencia de un sistema que asegure la independencia y el equilibrio entre los distintos poderes del Estado.

En cuanto al ejercicio del poder estatal se incluyó el principio de limitación de este, por lo que se estableció que debía estar sujeto a restricciones y controles, con el fin de prevenir el abuso y garantizar la protección de los derechos individuales y colectivos, deviniendo en esencial para mantener el equilibrio entre el gobierno y los ciudadanos, así como para preservar el Estado de derecho.

2. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO FRANCÉS

El profesor García-Trevijano, en su obra *Tratado de derecho administrativo* (García-Trevijano Fos, 1974, pp. 399 y 400), desarrolló las características del régimen administrativo francés durante la revolución, como

fueron la centralización estatal, la jerarquización entre los distintos órganos gubernamentales, establecimiento de tribunales especializados para resolver las disputas entre la Administración y los individuos, reconocimiento de derechos a los funcionarios; institucionalización de principios específicos para la contratación y la responsabilidad de la Administración pública.

En cuanto a la relación Administración-Poder Judicial, tal como hemos indicado, tenemos que los líderes revolucionarios manifestaron una profunda aprensión ante la posible injerencia de los jueces, en tanto que, en el ejercicio ordinario de sus atribuciones, podrían constituir un obstáculo para los objetivos perseguidos por la revolución, prejuicio que tenía su origen en la actuación de estos durante el Antiguo Régimen.

Ante esta incertidumbre, los revolucionarios promulgaron la Ley 16-24 de agosto de 1790, Ley de Separación de Poderes, la que establecía el principio de no injerencia. De acuerdo con este principio, los jueces de la República quedaban excluidos de intervenir en las decisiones adoptadas por la administración, prohibición que se extendía también a las decisiones emanadas de quien ostentara el poder. Contravenir tales decisiones se consideraría prevaricato, siendo inadmisible cualquier tipo de control posterior por parte de los jueces[18].

3. EL CONSEJO DE ESTADO COMO HERENCIA ACABADA DEL ANTIGUO RÉGIMEN

El Consejo de Estado, concebido por Napoleón Bonaparte, se erigió como una institución directamente inspirada en el Consejo del Rey del Antiguo Régimen, adaptándose a las necesidades análogas de la nueva realidad política. En el ámbito constitucional, Napoleón se fundamentaba en la obra de Sieyés[19].

Esta institución poseía una doble función: servir como órgano consultivo[20] y, simultáneamente, contar con competencias para dirimir los conflictos

18 Por ese entonces, existía una jurisdicción común que servía para resolver las controversias de los particulares y entre particulares.

19 Emmanuel Sieyès (1748-1836), clérigo y escritor político francés, desempeñó un papel destacado como uno de los impulsores intelectuales de la Revolución francesa. Su labor se centró en la concepción de una nueva constitución, caracterizada por la introducción de mecanismos de control y equilibrio que limitaran el poder de la autoridad centralizada.

20 Dentro del sistema feudal, las relaciones sociales de vasallaje permitían que el caballero pueda aconsejar al señor feudal sobre asuntos que le atañen. Esta búsqueda de consejos para moderar la toma de decisiones fue traspuesta a la esfera política puesto que el señor feudal, antes de adoptar disposiciones sobre una materia especializada en donde no goza de cabal conocimien-

entre la Administración y los particulares sin constituirse en tribunal. Además, se le encomendaba la redacción de proyectos de ley y reglamentos para la Administración pública.

Aunque originalmente el Consejo de Estado fue establecido para prestar servicio a la administración, su papel fue evolucionando con el tiempo, transformándose en un defensor de los derechos de los administrados. Así, a lo largo de los años, se produjo un cambio de roles, pasando de ser un simple colaborador o proyectista de las decisiones del gobernante a adquirir la capacidad jurídica de emitir decisiones en nombre del pueblo francés.

4. LA JUSTICIA RETENIDA

En las vísperas de la Revolución, el Consejo del Rey gestionaba esta forma de justicia fuertemente controlada por el Rey. Este órgano tenía competencia sobre los recursos interpuestos contra las decisiones de los Parlamentos y los asuntos directamente atribuidos a la jurisdicción del Rey. El gobierno se arrogaba la facultad de ejercer la administración de justicia, ya sea a través de sus funcionarios o instituciones designadas, quienes, a su vez, invocaban la autoridad del soberano como fuente de legitimidad. Este respaldo se basaba en la premisa de que la misión fundamental del Consejo de Estado era brindar un apoyo o asesoramiento, especialmente para las decisiones en materia administrativa o de gobierno.

A pesar de las reformas que se iban implementando, persistía en la práctica una figura conocida como "justicia retenida", que indicaba que, en casos de reclamos contra la Administración, el jefe del Ejecutivo aún tenía la facultad de decidir la mejor resolución, sin menoscabo del análisis elaborado por el órgano asesor. De este modo, el Consejo de Estado, en sus inicios, participaba de la "omnipotencia del Gobernante", puesto que fue concebido para asistir al gobernante con sus consejos o pareceres en asuntos políticos, económicos, sociales y judiciales. En este contexto, carecía de autonomía y, esencialmente, se subordinaba a la voluntad del rey, encarnando así la esencia de la justicia retenida[21].

Les correspondió a los revolucionarios franceses cualificar el contenido de este órgano. La especialización se instauró formalmente en 1806 con la

to, dispone de un Consejo de Estado que pudiera dotarle de información técnica esencial a fin de no legislar de forma errónea.

21 Continúa Penagos mencionando que, desde sus inicios, el Consejo del Rey —o de los príncipes— participaba de la omnipotencia del gobernante, siendo creado por el Príncipe Octavio Augusto como un organismo consultivo del gobierno y para el Estado.

creación de una comisión contenciosa dentro del Consejo de Estado, cuyo propósito era segregar sus servicios de asesoramiento a un sector o materia específica de conflictos, lo que facilitó la especialización de sus miembros. Este enfoque resultó ser ventajoso y altamente beneficioso para la sociedad. En contraste con la situación inicial, donde las decisiones del jefe del ejecutivo podían ser divergentes a la asesoría del Consejo de Estado, este órgano pasó a alcanzar una confianza tal que sus resoluciones solo requerían de la firma del jefe del Ejecutivo para ser formalmente expedidas.

En efecto, la sociedad francesa llegó a comprender y reconocer la seriedad e imparcialidad con la que el Consejo de Estado desempeñaba su función asesora (Rodríguez, 2005, p. 298). Paralelamente, se pasó por alto el hecho teórico de que aún se encontraban bajo el esquema de una justicia retenida, dado que en la práctica era el Consejo de Estado el ente que tomaba las decisiones.

A partir de 1872, el Consejo de Estado recibió del legislador la facultad de ejercer funciones judiciales en representación del pueblo, en una vía conocida como justicia delegada, con lo que sus competencias jurisdiccionales experimentaron un desarrollo notable que condujo al establecimiento de un régimen específico denominado régimen administrativo. Este régimen consistió en un conjunto de normas de fondo que regulaban la acción y la organización de la administración, instaurando el inicio de un progresivo abandono de la concepción de la administración-juez.

Con el abandono del paradigma de la administración-juez los dictámenes pasaron a ser responsabilidad de un tercero ajeno a la controversia, es decir, se despojó al jefe del Ejecutivo de su potestad para tomar decisiones en aras de resolver las disputas en donde la administración fuera una de las partes, terminando con el modelo de justicia retenida del antiguo régimen.

El Consejo de Estado, representando al Estado, sería el nuevo encargado de resolver las controversias; sin embargo, debido su falta de competencia para conocer determinados conflictos, fue imposible alcanzar un estado de justicia delegada propiamente dicho, en su lugar se obtuvo una "justicia delegada parcial", en tanto que ante la citada incompetencia era necesario recurrir al sistema anterior, devolviendo al jefe del Ejecutivo la facultad para emitir decisiones sobre controversias entre la propia Administración y los ciudadanos.

Adicionalmente, se le atribuye al Consejo de Estado la instauración del recurso por exceso de poder, una herramienta esencial, entre otras, para proporcionar al administrado una protección efectiva y adecuada destinada

a supervisar de cerca las actividades de la Administración. Aunque en su origen no fuera el recurso más ampliamente utilizado, es innegable que, a través de este mecanismo, los administrados tenían la facultad de impugnar prácticamente cualquier acto administrativo, a excepción de los actos de gobierno o medidas de carácter interno.

5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO PRODUCTO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Históricamente, el derecho administrativo se originó en el año 1789 con la Revolución francesa, heredando elementos significativos, valores e instituciones del Estado absolutista previo, el que se caracterizaba por su imponente aparato administrativo, principalmente dedicado a actividades de policía (Parejo, 2009, p. 41).

La existencia del derecho administrativo requiere de una distinción sustancial del conjunto normativo que regula las relaciones entre particulares, así como la obligatoriedad de estas normas para los gobernantes (Rodríguez, 2005, p. 294); atributos esenciales para delimitar y reconocer al derecho administrativo como una rama especializada e independiente dentro del ámbito jurídico.

La necesidad de establecer un nuevo marco jurídico que regulara las complejas relaciones inherentes a la administración estatal marcó el surgimiento de los cimientos del derecho administrativo. Este proceso de consolidación se caracterizó por una adaptación gradual, notablemente respaldada por la labor jurisprudencial desempeñada por el Consejo de Estado. De manera significativa, la actividad jurisprudencial no solo reflejó, sino que también contribuyó a la formulación de los primeros principios que se erigieron como fundamentos normativos para guiar y reglamentar la conducta de la Administración pública, tal como fue el principio de legalidad.

5.1. El principio de legalidad

La Revolución francesa consagró de manera definitiva el principio de legalidad, exaltándolo y propiciando su desarrollo, hasta consolidarlo como uno de los principios rectores que marcarían el curso posterior de los acontecimientos. Este hecho representó un marcado contraste con el período anterior a la llegada de las ideas ilustradas que propiciaron la revolución. En aquel entonces, el poder emanaba de manera indiscutible del gobernante, al igual que el derecho, siendo el soberano la fuente primaria de las disposiciones que regían la sociedad de la época.

El principio de legalidad abarcaba tanto la legalidad interna, que implica la limitación de los poderes de la Administración, como la legalidad externa, relacionada con la regulación de los procedimientos administrativos. Sin embargo, esta formulación presentaba un alcance limitado al restringir el principio de legalidad exclusivamente a la ley, siguiendo la tradición intelectual del positivismo normativista. En la práctica, el sometimiento de la Administración al derecho implicaba también el respeto de los principios establecidos por la jurisprudencia y las convenciones constitucionales y administrativas (Cassese, 2014, p. 74).

La transformación no se limitaba únicamente a transferir, del Rey —o gobernante— al pueblo. Todo este proceso estaba al servicio de una idea sustancial de derecho, que no buscaba la gloria del Estado ni la realización de un "orden moral" trascendental, sino más bien asegurar la libertad del ciudadano. De esta manera, se buscaba otorgar libertad a aquel que, hasta ese momento, se encontraba en la posición de un simple súbdito pasivo respecto a un poder ajeno y trascendente (García De Enterría *et al.*, 1983, p. 432).

La esencia del mecanismo radicaba en la justificación de toda acción específica del poder mediante una ley preexistente. La legitimidad del poder emana de la voluntad comunitaria, cuya manifestación característica es la ley. Ya no se admitían poderes personales en sí mismos, y no había ninguna entidad por encima de la comunidad que poseyera la facultad divina de dictar normas obligatorias para dicha comunidad. Todo el poder residía en la ley, y la autoridad que puede ejercerse se limitaba a la autoridad propia de la ley.

El propósito de la actuación administrativa no consistía en la mera ejecución de la ley, sino en la consecución de objetivos generales, siempre y cuando esto se llevara a cabo dentro de los confines de la legalidad. El principio de legalidad en la Administración se manifestaba como una salvaguarda legal que abarcaba toda acción administrativa: la legitimidad de la actuación administrativa solo se establecía cuando esta contaba con una justificación legal previa.

En este orden, con la introducción de este principio, las interacciones entre el gobernante, príncipe o soberano y sus súbditos quedaron subordinadas a lo establecido por la ley, en lugar de depender de la voluntad de los gobernantes, siendo el poder un atributo secular, un instrumento al servicio de los ciudadanos.

5.2. El fallo Blanco y la especificidad del derecho administrativo

En relación con el principio de legalidad y del derecho específico aplicable a la Administración pública, tenemos el Fallo Blanco, emitido el 8 de febrero de 1873, que representó una decisión significativa del Tribunal de Conflictos Francés, por cuanto estableció que la responsabilidad del poder público estaba sujeta a un conjunto de normas específicas y subordinada a la jurisdicción administrativa en lugar de la civil.

De los acontecimientos se deduce que, en enero de 1872, en la ciudad de Burdeos, Francia, el señor Juan Blanco presentó una demanda por daños y perjuicios contra el Estado. La causa de esta acción legal fue el incidente en el cual el vagón de una manufactura de tabacos bajo la administración estatal pasó sobre el muslo de su hija Agnes, de cinco años y medio de edad, resultando en la amputación de su pierna.

Del fallo en cuestión se deduce que la responsabilidad en consideración no es ni general ni absoluta; más bien, está sujeta a normativas específicas que varían conforme a las exigencias del servicio y a la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.

En principio, identificamos dos nociones claramente discernibles. Por un lado, se encuentra el aspecto procesal, dirigido a resolver una disputa de competencias, ya que no estaba claro si el problema en cuestión debía ser abordado por un tribunal común o, por el contrario, debía ser remitido a un juez especializado. No obstante, la conclusión fue que la tarea de resolver la disputa recaería en manos del juez especializado. En lo que respecta al contenido sustancial, nos enfrentamos a una argumentación innovadora que se pronunciaba con base en la noción de responsabilidad. Se deducía que las acciones del Estado podían ser clasificadas en dos categorías distintas: "[...] se sostiene que asuntos relacionados con la gestión pública deben ser abordados por una jurisdicción distinta a la ordinaria. Esta jurisdicción especial se encargará de determinar la responsabilidad del Estado en situaciones en las que esté involucrado y también resolverá cuestiones relativas a la nulidad de los actos administrativos que sean impugnados" (Romero, 2015, p. 143).

Mediante el Fallo Blanco, se corroboró la autonomía del derecho administrativo, la independencia del Consejo de Estado en Francia, quien administraba justicia sin subordinaciones, y la autonomía de la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, se destacó que el análisis de la responsabilidad civil de la Administración debía llevarse a cabo con arreglo a las reglas y principios del derecho administrativo, en lugar de los preceptos del derecho privado.

Se trataba de un cuerpo jurídico especial, independiente del derecho privado, con principios e instituciones particulares. Por ende, la distinción entre derecho público y derecho privado se erigía como el punto de partida del derecho administrativo francés. El Consejo de Estado comenzó a desechar las normativas del derecho privado y a afirmar la singularidad del derecho administrativo. De esta manera, se estableció una diferenciación esencial entre la actividad pública, orientada hacia el interés general, y la actividad privada, enfocada en intereses particulares, en especial aquellos de naturaleza lucrativa. En consecuencia, el derecho administrativo representaba solamente aquella porción del derecho de la administración que se aplicaba a los poderes excepcionales, a las prerrogativas especiales, y a la Administración que actuaba en calidad de autoridad.

Los aportes del fallo Blanco a la teoría general de derecho administrativo se pueden resumir de la siguiente manera: i) se ratificó el principio de la unión de la competencia y del fondo; ii) se introdujo una conceptualización de la gestión de servicios públicos; iii) se consolidó la competencia administrativa como exclusiva frente a cualquier noción de gestión privada; iv) la responsabilidad del poder público se encontraba sujeta a normativas especiales; y v) se confirmó la autonomía del derecho administrativo.

Finalmente, el derecho administrativo en Francia representó una disciplina jurídica de índole especial, caracterizada por su completa autonomía en la gestión del Estado.

6. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ESTADO LIBERAL

En el contexto del triunfo de los revolucionarios franceses de 1789, y de la primera Revolución Industrial (1750-1840), la burguesía transitaba de clase económicamente dominante a clase políticamente dominante; proceso que implicó el surgimiento de un nuevo tipo de Estado. La instrumentalización de la teoría de la división de poderes de Montesquieu requería una nueva forma de organización estatal (Dussan Hitscherich, 1990).

El Estado liberal nacía con la exigencia no solo de una nueva Administración pública, sino también de un verdadero derecho administrativo, donde "cada una de las tres funciones que venía desarrollando el monarca absoluto se atribuyen a un poder distinto, con la intención de que el poder se frene a sí mismo, y —en definitiva— se someta a derecho, es cuando el Poder Ejecutivo necesita rodearse de un aparato meramente auxiliar para verificar y materializar las funciones ejecutivas" (Martorrel, 2001, cap. I).

Entre las ideas que animaban a este nuevo Estado, tal como ya hemos referenciado, tenemos al individualismo y al contractualismo, donde se entendía que el Estado estaba al servicio del individuo, produciéndose con ello la separación entre Estado y sociedad civil; el abstencionismo, por el que se exigía que el Estado en su actividad y organización no limitara o bloqueara el accionar del individuo; la legalidad, por cuanto su organización y funcionamiento estaban regulados por la Constitución; de dimensión nacional, ya que se constituía en la organización política de la Nación; y en la idea de representación, por cuanto se entendía que el gobernante personificaba al colectivo nacional.

En este marco se gestó la doctrina del Estado limitado "tanto con respecto a sus poderes como a sus funciones", donde la limitación de poderes se representaba a través del Estado de derecho, y la limitación de la función en el Estado mínimo (Bobbio, 1989, p. 17). Desde esta perspectiva, el Estado liberal se afirmaba en la lucha contra el Estado absoluto en defensa del Estado de derecho y contra el Estado máximo en defensa del Estado mínimo (Bobbio, 1989, p. 18).

Pero este Estado fue también producto del sistema económico que regulaba el proceso productivo a través del mercado. La realización de este sistema económico implicó la necesidad de garantizar el desarrollo del derecho privado, el dinero como mecanismo de intercambio y la ejecución de infraestructura, constituyendo estos elementos premisos existenciales de un proceso económico; que le permitió al Estado adquirir autonomía y especificación funcional (Habermas, 1992, p. 255).

Paralelamente a este proceso, la sociedad también se institucionalizó en términos del derecho privado, descansando sobre el derecho de propiedad y libertad contractual, permitiendo la "actuación espontánea de los mecanismos de mercado" (Habermas, 1992, p. 483), a mérito de lo cual la sociedad terminaba organizándose a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, como actores del mercado, buscaban su bienestar, el cual era hallado mediante la "persecución lo más racional posible de sus propios intereses" (Habermas, 1992, p. 483).

Este es el Estado que presidió la civilización del contrato, el de las leyes poco numerosas y absolutamente generales, haciendo descansar sobre ellas el orden social y la seguridad de los ciudadanos (Burdeau, 1983, p. 113); donde la garantía de igualdad de trato jurídico-material que se otorgaba mediante generalidad abstracta de las leyes brindaba las condiciones no discriminatorias para la efectiva puesta en práctica de las libertades. Pero ¿cómo se articuló a la sociedad el Estado liberal y su Administración?

6.1. La actuación de la Administración pública en el Estado liberal: Estado policial y de fomento y el Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto

Tal como hemos expuesto, en el Estado liberal, inicialmente, la tarea de la Administración se refería a la labor clásica del mantenimiento del orden; Estado de policía que correspondió a la primera mitad del siglo XIX y que luego transitó, hacia la segunda mitad de dicho siglo, a un Estado de los servicios públicos con contratista impuesto (Ariño Ortiz, 2004, p. 332).

El Estado de policía tenía como funciones la de Estado policial y de fomento. Así indica Ariño que este tipo de Estado, además de sus funciones de hacienda, defensa y justicia, asumía labores de carácter policial y de fomento, "actividades limitativas de la actuación de los particulares o de impulso de las actividades privadas" (Ariño Ortiz, 2004, p. 332), siendo su objetivo, de acuerdo con la concepción contractualista del poder, el de conseguir "la pacífica convivencia entre los ciudadanos, mantener el orden público en la medida en que esto es necesario para la convivencia, limitando lo menos posible la libertad de los ciudadanos" (Ariño Ortiz, 2004, p. 332), a fin de garantizar los derechos del hombre, su libertad y su propiedad. Se entendía que garantizaba la relación entre la libertad de acción y de disposición de bienes en la relación entre privados.

Este Estado evolucionó hacia uno de "servicios públicos con contratista impuesto", el que estuvo vinculado al progreso técnico de la época propios de la segunda revolución industrial. Ante la complejización de la vida, era insuficiente la sola actividad policial o la de fomento se exigía "una positiva intervención estatal, asumir de alguna manera la dirección de las mismas, para planificar, para hacer las cosas coherentemente" (Ariño Ortiz, 2004, p. 333).

Pero aquí se planteaba una relación contradictoria. Existía necesidad de los servicios, pero también era hegemónico el discurso económico que negaba la participación del Estado en la economía, y cuyos argumentos ideológicos hemos expuesto precedentemente. Ante esta contradicción, generada a partir de la "tensión entre la urgencia de satisfacer las nuevas necesidades públicas (exigencias de la vida de la sociedad) y las concepciones ideológicas imperantes", emergió como salida la Concesión Administrativa que fue la fórmula para hacer compatible una y otra postura. Así, "de una parte, se entenderá que el Estado es el titular de dichas actividades, el *dominus* de los servicios públicos; de otra, se entenderá que el Estado no debe gestionarlos directamente y acudirá a la concesión como fórmula puente que le permita dirigir sin gestionar" (Ariño Ortiz, 2004, p. 333). De esta forma se fueron configurando como elementos definitorios del régimen jurídico de los

servicios públicos el "concesionario impuesto, control intenso del Estado y prerrogativas frente a terceros" (Ariño Ortiz, 2004, p. 333).

Este proceso significó la creación de la jurisdicción administrativa. La sustitución impulsada por el Consejo de Estado francés, según la cual "todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación Administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa. [...] si los Tribunales administrativos son competentes para conocer de los contratos administrativos ello es porque se trata de aplicar un régimen especial; es decir, el régimen público de los servicios públicos" (García De Enterría, 2001, pp. 676-678).

Por lo tanto, el Estado liberal no implicó, a pesar de la orientación filosófica que lo animaba, que la Administración contratara en condiciones de igualdad con los administrados. Es más, la tendencia a la autonomización de la Administración se inició en este periodo.

7. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ESTADO SOCIAL

El final del siglo XIX trajo consigo el ocaso del Estado liberal. El Estado social fue heredero y negación del Estado liberal. Nació en el siglo XX de las limitaciones y críticas que se hicieron durante el siglo XIX a su predecesor. Como antecedente se puede tener el régimen de Bismarck y la concepción estatal hegeliana, la Revolución mexicana y la Constitución de Querétaro, la Revolución bolchevique y la República de Weimar.

A diferencia del Estado liberal que planteaba el Estado mínimo, el Estado social se planteó como objetivo establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados por aquel, pueda desenvolverse y desarrollarse. Así, el Estado pasó a ser actor económico y, a la vez, garante de la protección social, lo que conducía a la regulación de la economía y a la promulgación de los derechos sociales en las Constituciones[22]. A diferencia del Estado liberal, donde la concepción del Estado mínimo dejaba todo al libre actuar de los agentes, en el Estado social nada se dejaba a la discrecionalidad de los actores. Lo social implicaba la intervención estatal en la sociedad y en la economía para alcanzar los objetivos de igualdad y justicia.

22 Como ejemplo de este proceso podemos mencionar a la Constitución de Querétaro y a la Constitución de Weimar.

El orden jurídico que se configuró estableció la vinculación social del derecho a la propiedad y a la "intervención judicial en el contenido del contrato y en la conclusión del contrato en la perspectiva de compensar las asimetrías en las posiciones económicas del poder" (Habermas, 1998, p. 487). Así, se estableció la diferenciación e interacción entre derecho privado y derechos sociales.

7.1. La actuación de la Administración pública en el Estado social: la actividad planificadora y productora de bienes

El Estado social tuvo su correlato en el ámbito administrativo. En él se produjo, como hemos indicado, una reacción a la amplia discrecionalidad de las burocracias, la que consistió "en incrustar formas de participación y estructuras de discurso en el proceso de toma de decisiones de la Administración misma, con el fin de evitar el riesgo de una impermisible autoprogramación de la Administración" (Habermas, 1998, p. 260).

El Estado intervenía y dirigía la economía en la perspectiva de alcanzar un desarrollo equilibrado, mientras que el derecho administrativo que producía se orientaba hacia el servicio público, correspondiendo a los funcionarios públicos imponer la nueva forma de administración; contexto en el cual se amplió la regulación al interior del Estado, para normar sus actividades sobre la base de la consecución de los objetivos planteados por la planificación, incrementándose con ello la burocracia.

En este orden, el siglo XX, además de la titularidad del servicio, el que brindaba en forma directa o mediante terceros, se asistió a un nuevo rol del Estado, el de planificador, programador y productor de bienes. Era el final del orden espontáneo, de lo que se trataba era de "conformar y racionalizar de modo conjunto y sistemático tanto la acción del Estado como de la iniciativa privada con la finalidad de atender en cada sector a las necesidades previsibles a plazo medio" (Ariño Ortiz, 2004, p. 338); periodo que se mantuvo hasta inicios de la década del setenta del siglo XX.

8. LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES Y LA "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD" EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ESTADO LIBERAL Y EN EL ESTADO SOCIAL

Más allá de la teoría, lo cierto es que tanto la configuración del Estado liberal como la del Estado social, significaron una relación desigual y la ausencia de la autonomía de la voluntad en los contratos administrativos. Es

decir, coincidieron con los criterios establecidos en la doctrina respecto de este tipo de contratos.

La sustracción a la jurisdicción ordinaria de los contenciosos que se sucedían en los contratos de servicios, en los albores del Estado liberal, son un ejemplo de ello, la que se agravó en el periodo del Estado social donde prevaleció la visión estatista de organización de la sociedad.

Por lo tanto, en ninguno de los dos periodos descritos se tienen antecedentes de un trato igualitario de las partes en el ámbito de los contratos administrativos.

9. EL OCASO DEL ESTADO SOCIAL Y LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El ocaso del Estado social comenzó en 1973, con la crisis del petróleo[23], a lo que se agregó el inicio de una nueva etapa de desarrollo tecnológico, el surgimiento de movimientos políticos conservadores contestatarios; proceso que condujo a plantear el retorno a las políticas liberales, pero ahora en un escenario de globalización.

La crisis estaba asociada a la ingobernabilidad. Se comenzaba a hablar de gobiernos y países viables tanto en Europa como en América Latina, como consecuencia de la crisis del Estado social, la que generó ingobernabilidad, o ingobernación[24]. Para los críticos las causas de la crisis se encontraban en los principios constitutivos del Estado social, "y no tanto en el modo de operar de un gobierno, dotado de amplias facultades y un nutrido aparato administrativo" (Aguilar Villanueva, 2008, pp. 58 y 59); contexto en que se entendía que la labor por realizar era la de modificar el esquema organizativo del Estado social, siendo el objetivo "reordenar la relación entre Estado y mercado en un formato de menor intervencionismo estatal y de mayor liberación de los intercambios [...]" (Aguilar Villanueva, 2008, pp. 58 y 59).

23 Siendo sus exteriorizaciones "el límite al crecimiento de las empresas, servicios y gastos públicos, el envejecimiento de la población y su impacto en los cálculos de asistencia y jubilación, la amenaza sobre el equilibrio social por la expansión de los gastos prestacionales, los altos e inconvenientes porcentajes de la imposición fiscal" (Kresalja R., 1999, p. 56).

24 Entendida como "el hecho de que el gobierno había dejado de gobernar a su sociedad, por lo menos en sentido económico, dado que la había conducido al estancamiento, la recesión o al hundimiento (con sus efectos de desempleo y empobrecimiento, entre otros) y/o el hecho de que el gobierno se mostraba como un agente que carecía de la capacidad requerida para dirigir a su sociedad hacia objetivos positivos de bienestar o desarrollo, no obstante que se le había otorgado gran cantidad de poder y recursos para ese fin [...]" (Aguilar Villanueva, 2008, pp. 60-62).

Así, se propuso unificar los criterios del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, respecto de las políticas de ajuste estructural, contexto en que a fines de la década de los ochenta se reunieron en la ciudad de Washington un conjunto de ministros de economía y funcionarios de organismos financieros internacionales, a fin de establecer los lineamientos de una nueva política económica, lo que en el fondo significaba el retorno de un viejo paradigma.

El Consenso de Washington trabajó 10 puntos sobre los cuales se reestructuró la economía, el Estado y sus administraciones, y establecían los objetivos siguientes: asegurar la disciplina fiscal; establecer prioridades del gasto público; incrementar el ingreso fiscal; liberalizar las tasas de interés; establecer un régimen flexible para el tipo de cambio; liberalizar el comercio exterior; liberalizar los flujos de inversión extranjera; privatización de empresas estatales; desregular para promover la competencia; y garantizar los derechos de propiedad. La tesis central de la propuesta era retornar al mercado, eliminando las distorsiones generadas por el Estado social, reduciendo a la vez el aparato estatal, la burocracia y la excesiva regulación.

El Consenso de Washington estableció lineamientos que alcanzaban a la Administración pública. Las reformas planteadas buscaban redefinir el rol del Estado y de la Administración en la nueva coyuntura que se aperturaba. En este orden, tenemos que la reforma administrativa obligaba a los gobiernos a reorganizarse "de acuerdo con los imperativos básicos de una estricta dirección financiera, mayor economía, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, desaparición de entidades y programas innecesarios e ineficientes, recorte de personal sobrante o improductivo"; se entendía que sin un reordenamiento radical financiero de la Administración pública "sería prácticamente imposible al gobierno cumplir cualquier función pública, particularmente las orientadas a la atención de las necesidades sociales" (Aguilar Villanueva, 2008, pp. 141-143).

Fue en este escenario en el que surgieron las denominadas reformas administrativas de la primera generación, las que se desenvolvieron sobre la base de la consecución de los objetivos siguientes: reducción del ámbito de la intervención estatal en la economía[25], "asegurar el repliegue estatal hacia sus actividades públicas esenciales y reactivar los mercados libres"; reduc-

25 Que se había justificado teórica o políticamente para el control del ciclo económico, la estimulación de la demanda agregada, la generación del pleno empleo, la compensación a los actores mercantiles vulnerables, el arbitraje de las relaciones entre trabajo y capital, y, entre nosotros, para el lanzamiento del desarrollo nacional, la sustentación del mercado interno en formación, la defensa de la economía nacional frente a los desequilibrios internos y la amenaza de los capitalismos foráneos.

ción del número de organismos y programas gubernamentales; reducción del número de las empresas públicas mediante cierres, en caso de notoria ineficiencia o irrelevancia, o mediante privatizaciones; recortes de gasto con base en evaluaciones que evidencien la ineficiencia o el bajo desempeño de unidades, programas y personal, así como recortes de personal innecesario e improductivo mediante despidos o programas de retiros voluntarios y jubilaciones anticipadas; reestructuración de la organización de las dependencias del gobierno, reduciendo niveles jerárquicos, disminuyendo el número de unidades de *staff* y departamentos operativos, revisando los salarios de los mandos altos y medios, a fin de disminuir el gasto corriente (Aguilar Villanueva, 2008, pp. 141-143).

9.1. La huida del derecho administrativo

En el marco de las propuestas de las reformas administrativas indicadas, la gestión pública comenzó a incorporar "estrategias, técnicas y modelos" que provenían del sector empresarial, en la creencia de que con ello se mejoraría sustancialmente "la eficiencia, la eficacia y la productividad del gobierno", para lo que se proponía:

> a) orientación hacia servicios de calidad a los 'clientes'; b) lograr resultados y no conformarse con el mero cumplimiento de los procesos; c) evaluación del desempeño y aumentar la productividad del Sector Público; d) gerencia estratégica para adaptar las organizaciones a las contingencias del entorno; e) transformación de la cultura y el comportamiento organizacional; gobierno electrónico; f) aplicación de nuevas tecnologías de la información a los trámites y procesos administrativos; g) mejorar la coordinación interorganizacional; h) desregulación de los sistemas administrativos (administración de personal, presupuestos, compras y suministros; i) utilizar presupuestos basados en la medición del desempeño; j) flexibilización de procesos organizacionales y gerenciales (reingeniería, reestructuración, 'benchmarking', la institucionalización de la carrera administrativa para el servicio público y l) la descentralización y regionalización para prestar los servicios públicos (Santana Rabell, 2004, p. 2).

Este cambio cualitativo impactó en el derecho administrativo heredado del Estado social, surgiendo la denominada huida del derecho administrativo al derecho privado, que se explica a partir del hecho de que el derecho administrativo del Estado social devino en inviable para los fines de la gobernanza en una economía de mercado. Se requería de un derecho administrativo más ágil en la ejecución del gasto, en la atención de los servicios, menos procedimentalista, etc.

Esta asimilación de lo público a lo privado buscaba también la supresión de los controles, "se laboraliza la función pública, se abandonan los procedimientos públicos de contratación y se dispone del patrimonio del Estado, como si este fuera propiedad de los gobernantes", buscándose con ello *despolitizar* la empresa pública para convertirla en una empresa de verdad, lo que requería la *privatización* de su régimen jurídico (Ariño Ortiz, 2004, p. 91).

Las vías de la huida eran a través de la empresa pública; la utilización de formas y régimen jurídico privado para la realización de actividades típicamente administrativas; y la "privatización" del propio derecho administrativo (Santana Rabell, 2004, p. 2).

9.2. El principio de subsidiariedad del Estado

El otro criterio relevante en el replanteamiento del derecho administrativo estaba constituido por el principio de subsidiariedad del Estado, por el que se planteaba que el Estado "debe ocupar un puesto de reserva no solo en materia económica sino en general en lo referente a las relaciones sociales", teniendo en su desenvolvimiento un contenido positivo y negativo, donde el primero impone al Estado "el deber de intervenir en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y en la medida en que tal intervención sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares", mientras que el segundo, el negativo, "se limita la citada intervención en todos aquellos campos o áreas que por su propia naturaleza deben ser asumidas por los particulares" (Kresalja, 1999, pp. 61 y 62).

La subsidiariedad tenía dos dimensiones. Por un lado, se presentaba la subsidiariedad institucional, y por el otro, la subsidiariedad estatal. La primera, la institucional, implicaba que "no deben centralizarse al más alto nivel aquellas decisiones que puedan ser adoptadas con a un nivel político y administrativo inferior y, por consiguiente, más próximo a os ciudadanos", este es el principio que orienta la descentralización; la segunda, la subsidiariedad estatal, "se refiere a las relaciones entre el individuo y el Estado" donde se plantea "el grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país", así como "el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y los grupos sociales intermedios" (Ariño Ortiz, 2004, p. 158).

En este orden se estableció el nuevo escenario de la relación entre Administración y libertad indicando que la primera debe servir para permitir el desarrollo de sus integrantes, no pudiendo pretender "absorberlos o destruirlos", por lo que la libertad solo quedará garantizada "si el Estado y, en

general, las autoridades públicas, permiten y facilitan a cada ciudadano el ejercicio de su iniciativa y su responsabilidad, tanto en las personas aisladas como en los grupos sociales en los que aquellas pueden organizarse" (Ariño Ortiz, 2004, pp. 158 y 159), siendo el rol del Estado "crear las condiciones para que la libertad y la creatividad del hombre puedan ser ejercidas fácilmente", debiendo para ello "remover obstáculos y a veces fomentar dichas actuaciones mediante la asignación de fondos públicos, pero en todo caso debe abandonar la mentalidad estatal de 'quien paga, manda'. Los individuos y la sociedad deben ejercer su libertad y creatividad" (Ariño Ortiz, 2004, p. 158).

En cuanto a las condiciones para que pueda existir el principio de subsidiariedad, se establecía que debían generarse tres situaciones de índole institucional: "1) reconocimiento amplio del derecho de propiedad privada; 2) el derecho de fundar y de heredar (como prolongación del derecho de propiedad); y 3) la libertad de empresa (incluyendo el libre mercado)" (Ariño Ortiz, 2004, p. 158).

En este modelo se asumía que el Estado cumplía las funciones siguientes: garantizar esa seguridad, "de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente"; ordenar y estimular el correcto ejercicio de los derechos individuales y, en particular, de los derechos económicos, cuidando "que el mercado sea leal y la competencia entre partes, en condiciones de igualdad", afirmando la economía social de mercado como sistema predominante, "apoyado en la libre iniciativa y la libre concurrencia al mercado con el objeto de lograr un sistema de 'competencia practicable', en el que los consumidores y usuarios estén protegidos y puedan elegir con información adecuada, y los agentes ofrecer productos y servicios libre y lealmente" (Kresalja, 1999, pp. 61 y 62); y adoptar de aquellas disposiciones y medidas que hagan posible una máxima igualdad de oportunidades contra toda discriminación, función que es propia de la "economía social de mercado", "en la que se combina los mecanismos de la economía de mercado con complementos que den seguridad a la sociedad" (Ariño Ortiz, 2004, p. 160).

El efecto de las propuestas expuestas fue que, a partir de la década del ochenta, diversos países de América Latina empezaron a implementar las políticas de ajuste estructural, modificando sustancialmente sus políticas económicas y reformando el Estado y, por ende, a la Administración pública. En el caso peruano se empezaron a implementar a partir de los noventa, comenzando con los Decretos Legislativos N.° 662 y N.° 757, para continuar con la Constitución Política de 1993 y diversas normas vinculadas

a la reforma de la Administración pública, entre las que destacan la Ley N.° 26572, Ley General de Arbitraje, promulgada en 1996, la que por primera vez permitió la participación del Estado en materia arbitral, a la que siguió la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, promulgada en 1997, que desarrolló el arbitraje administrativo; y las normas que siguieron a esta, como el Decreto Legislativo N.° 1017, la Ley N.° 30225 y la reciente Ley N.° 32069.

Capítulo XXXII

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR

Principios. Elementos y características. Clasificación. Interpretación e integración. Los tipos de contratos de la Administración. El contrato de obra pública. Cláusulas predeterminadas y cláusulas exorbitantes. La cláusula penal. Formalización y perfeccionamiento de los contratos administrativos. La buena fe

SUMARIO: 1. Del contrato en general. 2. De los contratos administrativos. 3. ¿Qué es lo que hace singular al contrato administrativo? 4. Los principios en los contratos en general y administrativos en particular. 4.1. Principio de autodeterminación. 4.2. Principio de autonomía privada. 4.3. Libertad contractual. 4.4. Fuerza obligatoria. 4.5. El consensualismo y el formalismo. 4.6. Justicia y equivalencia. 4.7. Confianza. 4.8. Seguridad. 4.9. Buena fe subjetiva y objetiva. 5. Elementos y características del contrato administrativo. 5.1. Características. 6. Clasificación de los contratos. 6.1. Unilaterales y bilaterales. 6.2. Onerosos y gratuitos. 6.3. Conmutativos y aleatorio. 6.4. Formales y no formales. 6.5. Consensuales y reales. 6.6. Nominados típicos e innominados. 6.7. Principales y accsesorios. 6.8. Contrato y subcontrato. 6.9. De ejecución inmediata y diferida. 6.10. De ejecución única (instantánea) o de duración (de ejecución permanente o de tracto sucesivo). 7. Los contratos desde la perspectiva de su ejercicio y la LGCP. 8. La interpretación e integración de los contratos. 8.1. La integración. 9. Los tipos de contratos de la Administración. 9.1. El contrato de suministro. 9.1.1. Derechos y obligaciones del contratista en el contrato de suministro. 9.2. El contrato de servicios y de consultoría. 9.2.1. Los contratos de servicios en general. 9.2.1. Los contratos de servicios en general. 9.2.2. El contrato de consultoría. 9.3. El contrato de obra pública. 10. Cláusulas predeterminadas y cláusulas exorbitantes. 11. La cláusula penal. 11.1. ¿Cuáles son los caracteres de la cláusula penal respecto del contrato? 11.2. Funciones y modalidades de la cláusula penal. 11.3. La cláusula penal en los contratos administrativos. 12. Formalización y perfeccionamiento de los contratos administrativos. 12.1. El rol de la buena fe en el perfeccionamiento del contrato.

El contrato administrativo se encuentra inmerso en la doctrina general del contrato, tan igual como se haya el contrato privado, no constituyendo un ámbito paralelo, ni diferente. Así, se concluye que cualquier contrato puede reflejar elementos del contrato privado o del contrato administrativo sin que por ello varíe la esencia de la concepción misma de este, ocurriendo en realidad que "en ciertos contratos directamente vinculados al tráfico o actividad típica del órgano administrativo contratante ('obras y servicios públicos' en el más amplio sentido) los elementos jurídico-administrativo son más intensos que en otros" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 686)

Desde esta perspectiva el contrato administrativo constituye una especie dentro del género de los contratos, otorgándole especificidad sus elementos, caracteres y efectos, así como su régimen jurídico (Dromi, 2004, p. 208).

1. DEL CONTRATO EN GENERAL

Messineo define al contrato como "un pacto, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz —cualquiera que sea su contenido— de dar vida a una obligación" (Messineo, 1986, p. 51), mientras que Atilio Aníbal Alterini precisa que es el acto jurídico "por el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (Alterini, 1999, p. 8).

En cuanto a la relevancia del contrato en la economía, que este es "el contrato es el instrumento que sirve para satisfacer intereses de carácter particular [...] llena la vida económica y también la vida del derecho [...]" (Messineo, 1986, p. 34), mientras que Alterini manifiesta que la economía de mercado y el sistema capitalista "tienen uno de sus ejes en el contrato como instrumento adecuado para el intercambio de bienes y servicios" (Alterini, 1999, p. 39); con lo que tenemos, desde la doctrina general, el reconocimiento expreso de la relevancia económica del contrato.

En la doctrina nacional Manuel de la Puente y Lavalle define al contrato como "el acto jurídico celebrado por personas que actúan en ejercicio de sus derechos privados, lo que determina que, en principio, exista paridad jurídica entre ellas" (De La Puente y Lavalle, 1983, vol. 1).

Desde el ámbito normativo tenemos que el artículo 1351 del Código Civil conceptualiza al contrato como "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

2. DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Alterini citando a Bielsa, refiere que se está ante un contrato administrativo cuando la Administración pública lo "celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública" (Alterini *et al.*, 1996, p. 28), definición donde son relevantes el sujeto, el objeto y la finalidad.

Por su parte, Roberto Dromi, sin alejarse de la definición establecida por Bielsa, considera que el contrato administrativo es la "declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa" (Dromi, 2004, p. 475), mientras que para Marienhoff es "el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas" (Marienhoff, 1998, p. 34).

En la doctrina nacional tenemos la establecida por Manuel de la Puente y Lavalle, quien formula las limitaciones de la definición general cuando se trata del contrato administrativo, ya que en este una de las partes es la Administración pública, precisando que "la realidad es distinta pues existen relaciones de Derecho Público y de Derecho Administrativo en las cuales, dada la singularidad de intervenir el Estado como una de las llamadas partes contratantes, aun cuando actúe como persona jurídica de Derecho Público interno, el natural imperio de su posición en la relación jurídica, los altos intereses que protege y la presunción de legitimidad de sus actos, determinan que no puedan aplicarse a tales relaciones de las que es parte el Estado las reglas generales que rigen los contratos de Derecho Privado" (De La Puente y Lavalle, 1983, vol. 1).

Pero las definiciones no solo son formuladas por la doctrina, sino que estas también pueden ser planteadas por órganos de la Administración pública o en la normativa específica, como ha sido el caso de las contrataciones públicas en el Perú, donde en el anexo de Definiciones del derogado RLCE (Decreto Supremo N.° 344-2018-EF) lo conceptualizaba como "el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento", visión estrictamente legalista que no

permitía establecer el concepto que sobre el tema tenía el fenecido Órgano Supervisor de las Contrataciones Públicas (OSCE), por lo que recurrimos a la formulada en el Informe de Gestión del también fenecido Consejo Superior de Contrataciones del Estado, donde se establecía el distingo entre ambos tipos de contratos a partir del propio Estado como parte contratante y del escaso margen de negociación existente, al indicar lo siguiente: "El factor que permite calificar a un Contrato como Contrato de la Administración pública no es la asignación de prerrogativas especiales a la Administración pública como por ejemplo, la de resolver unilateralmente el contrato, sino el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es un organismo de la Administración pública" (Consucode, 2003, p. 7).

La promulgación de la nueva LGCP y de su reglamento han generado comentarios respecto de la mayor preponderancia de la Administración en los contratos, en los procesos arbitrales y en los árbitros. Así, la mejora de la posición de la Administración en relación con el contratista; la mayor preponderancia del OECE como supervisor en el sistema arbitral; la definición a favor de la Administración de algunos temas que podían favorecer al contratista, como son el plazo de caducidad o el enriquecimiento sin causa; la amenaza de sanción a los árbitros y adjudicadores, a las instituciones arbitrales y centros de juntas de prevención y resolución de disputas, son algunos de los temas que llaman a la reflexión.

Pero, a la vez, incorpora nuevas formas de contratación, que trascienden la clásica relación con los proveedores nacionales, y la posibilidad de acudir al arbitraje internacional, lo que vincula a la actual normativa con el denominado derecho administrativo y a la contratación pública global.

Ante el nuevo rol de la Administración pública, donde, por un lado, ejerce mayor control a los actores nacionales de las contrataciones públicas, y, por el otro, busca articularse de mejor forma al mercado externo, cabe interrogarse sobre los nuevos términos de relacionamiento entre las partes (Administración-administrado) en un contrato administrativo, así como el de la noción de autonomía de la voluntad en el ámbito contractual y su articulación con el mercado, donde en principio solo se encuentran individuos que buscan alcanzar en forma racional su bienestar particular; articulación en la que está vedada la intervención del Estado como distorsionador del mercado, pero sí es aceptada como parte contractual.

A las definiciones glosadas se le puede agregar la establecida en el literal a) del artículo 4 y en el numeral 58.1 de la LGCP, la que, con otras palabras, mantiene el mismo criterio que la anterior.

Contratos: son acuerdos celebrados entre una entidad contratante y un proveedor, con el fin de asumir obligaciones recíprocas para abastecer a la entidad contratante de bienes, servicios u obras.

3. ¿QUÉ ES LO QUE HACE SINGULAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO?

En principio, se tiene que el contrato administrativo es un verdadero contrato, por lo tanto, está dentro de la doctrina general del contrato, la que brevemente hemos esbozado, por lo que esta no es la diferencia[26]. No estando ubicada la diferencia en la sustantividad de este, revisaremos sus antecedentes para determinar qué es lo que lo hace distinto.

Al respecto, tenemos que el quiebre de la teoría general surgió "cuando se produce la sustitución del criterio estructural de actos de autoridad —actos de gestión como básico del derecho administrativo— por el criterio material del servicio público" (García De Enterría *et al.*, 2001, pp. 676-678). Esta es la idea del fin.

Así, lo que hace singular al contrato administrativo es la finalidad de que a través de él se persigue una de las partes, la administración, siendo esta especial situación la que determina "una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica especial de la relación existente entre ellas" (Garrido Falla, 2002 p. 107). Esta singularidad está representada por el Estado, quien tiene la obligación de atender el interés general, materializando en forma directa o indirecta las acciones que correspondan para tal fin. Este es un criterio reiterado en la doctrina.

Al respecto, Dromi indica que la razón de ser de los contratos de la Administración "es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva" (Dromi, 2004, p. 482); mientras que, desde la doctrina general del contrato, Atilio Aníbal Alterini, citando a Bielsa, precisa que este tiene por objeto "una prestación de utilidad pública" (Alterini, 1999, p. 28). Desde esta perspectiva el contrato administrativo sale de la esfera privada como medio de realización de estos intereses para ubicarse en un nuevo escenario, el de la articulación de lo público-privado y de realización del interés general.

26 Dromi (1995, p. 20) precisa: "El contrato es una categoría abstracta y genérica, una de esas figuras jurídicas que en sentido estricto significa un acuerdo de voluntades generador o creador de derecho y obligaciones. Conceptualización esta aplicable tanto a los contratos de la Administración como a los contratos entre particulares".

Asumir el contrato administrativo como medio sienta las bases de una definición operacional del mismo. Así se le define como aquel "en el que la Administración ejerce sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo" (Diez, 1979, p. 24); definición similar a la que nos brinda Dromi, para quien el contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa (Dromi, 2004, p. 475).

4. LOS PRINCIPIOS EN LOS CONTRATOS EN GENERAL Y ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR

La LGCP no tiene en su contenido normativo la referencia a los principios en los contratos, solo cita los principios establecidos en las contrataciones públicas regulados por dicha norma los que informan a todo el procedimiento de contratación, pudiendo desenvolverse bien en la fase de selección, o en la fase de ejecución de contrato, por lo que atendiendo a esta situación hemos decido presentar brevemente los principios fundamentales de los contratos en general considerados en la doctrina, vinculándolos a los contratos administrativos regulados por la normativa especial.

Entre los principios que orientan a los contratos en general y a los administrativos en general, donde los primeros se modulan según las circunstancias legales, tenemos a los siguientes: autodeterminación, autonomía privada, libertad contractual, fuerza obligatoria, formalismo y consensualismo, equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones, confianza, seguridad y buena fe, los cuales abordaremos brevemente.

4.1. Principio de autodeterminación

La autodeterminación se vincula a la autonomía de la voluntad y a la libertad, e implica que las partes se autodeterminan para asumir la obligación y cumplirla, asumiendo, de ser el caso, las responsabilidades (autorresponsabilidad) que podrían generar en caso de incumplimiento. Así, la autodeterminación "aparece como poder ético de asumir obligaciones y cerrar contratos, en tanto la autorresponsabilidad obliga a hacerse cargo del propio comportamiento y sus consecuencias" (Rezzonico, 1999, Cap. VIII).

4.2. Principio de autonomía privada

¿Por qué tratamos este principio en un ámbito donde aparentemente no existe autonomía de la voluntad? La razón es que la voluntad y la auto-

nomía privada no son sinónimos, y, además, porque existe un espacio de autodeterminación por parte del contratista en los contratos administrativos, el que se ubica en la decisión de participar en un procedimiento de selección con el objetivo de ser postor y consecuentemente, contratista.

La conversión del participante en postor y contratista es producto de su autonomía privada, ya que lo que la caracteriza es la posibilidad que tiene cada sujeto de alterar su situación jurídica a propia iniciativa.

4.3. Libertad contractual

La libertad contractual se articula a la autonomía privada, la autodeterminación y la autorresponsabilidad, siendo considerada la parte más importante de la autonomía privada, definiéndose como "la facultad que se reconoce a los particulares, como consecuencia del principio de autodeterminación, para concluir contratos y, de esta manera, obligarse a sí mismos y a otros jurídicamente" (Rezzonico, 1999, p. 210).

4.4. Fuerza obligatoria

La idea del cumplimiento obligatorio se encuentra en la razón de ser de las obligaciones, por lo que al ser los contratos fuente de estas, este deviene en cumplimiento obligatorio para las partes.

4.5. El consensualismo y el formalismo

¿Existe libertad para pactar de cualquier forma? Aunque pueda parecer una discusión bizantina en el ámbito de los contratos privados, cuando se trata de contratos administrativos la discusión sí es importante.

El consensualismo se encuentra en el origen de los contratos, ya que estos son esencialmente consensuales, salvo que exista una disposición expresa en contrario, por lo que este inicialmente "supera y se opone al formalismo, perteneciendo a la esfera de la libertad contractual, y aparece como libertad de dotar al contrato de las formas que las partes crean convenientes" (Rezzonico, 1999, p. 249).

Por otro lado, el formalismo, que es la negación del primero, "significa la necesidad u obligatoriedad para los contratantes de observar determinadas formas, que pueden llegar a hacer ineficaz el negocio si no son observadas", siendo este el caso de los contratos administrativos.

4.6. Justicia y equivalencia

La idea de justicia es abstracta, y se vincula al derecho natural, y también a otros principios, como el de igualdad, razonabilidad y seguridad jurídica, por lo que al igual que todos los principios citados, no es que se explique a sí mismo.

Por su parte, el principio de equivalencia es distinto, sí es explicable, por cuanto se entiende que "procura que ninguno de los contratantes quede en situación de desmedro patrimonial frente al otro que sí aprovecha en mayor medida las ventajas de la relación, aunque de ninguna manera persigue una equivalencia matemática" (Rezzonico, 1999, p. 283).

Estos principios son invocados, con otros nombres, en la LGCP, tal es el caso de los principios de equidad y trato justo e igualitario.

4.7. Confianza

El principio de confianza involucra una conducta ética de las partes en la relación contractual, mediante la cual se "impone a quienes participan en el tráfico particular un deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual" (Rezzonico, 1999, p. 376).

4.8. Seguridad

La seguridad se vincula a la previsión de las partes. El contrato genera expectativas en las partes, las que deben generar entre ellas la seguridad de que se realizarán en mérito del cumplimiento de las obligaciones que contraen.

4.9. Buena fe subjetiva y objetiva

La buena fe se define por oposición a la mala intención y al dolo. Se configura en todos los ámbitos de la vida, así como en el derecho, y en particular en el de los contratos administrativos, y está referida a la "particular condición del espíritu de quien obra", ya que a través de ella se verifica condiciones como "la honestidad, la probidad y la lealtad del comportamiento" (Rezzonico, 1999, p. 482).

En doctrina se distingue entre la buena fe subjetiva (buena fe-creencia), que es creer que se obra conforme a derecho, y la buena fe objetiva (buena fe-probidad o buena fe-confianza), que implica una "regla de conducta de

probidad que genera en los demás la confianza de que será acatada" (Alterini, 1999, p. 33).

La buena fe se desenvuelve en la formalización y perfeccionamiento, por lo que en atención a este principio "los contratos deben prepararse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión" (Dromi, 2004, p. 470).

Este principio fue referido en la Resolución N.° 1415-2011-S4, donde el Tribunal estableció que "el Estado actúa sobre criterios de buena fe y en el entendido de que en la contratación en general, las dos partes buscan salir beneficiadas al establecer una relación contractual, ambas deben guardar un equilibrio respecto de la ecuación económica entre sus obligaciones y derechos de tal modo que exista un equilibrio económico financiero" (Resolución N.° 1415-2011-S4).

5. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El contrato administrativo y el contrato privado tienen elementos comunes, los cuales adquieren singularidad cuando se desenvuelven en cada uno de ellos. El contenido los hace distintos.

Entre los elementos del contrato administrativo tenemos a los siguientes: el elemento subjetivo, constituido por el acuerdo de voluntades entre las partes, donde por lo menos una de ellas es un ente estatal con competencia para contratar; el acuerdo de voluntades, que en el caso de este tipo de contrato significa la adhesión del cocontratante a las cláusulas previamente establecidas por la entidad; el elemento objetivo, constituido por el objeto del contrato, que es la obligación de dar y de hacer; la causa, que es la satisfacción de una necesidad preexistente de la Administración; la formalidad y la forma[27], donde la primera está constituida por los requisitos que se deben cumplir para la suscripción, y la segunda es el documento propiamente dicho; la finalidad, que es la atención del interés general; y el perfeccionamiento a través de la suscripción, notificación u otros medios (Diez, 1979, pp. 28, 29, 33, 35, 37, 38).

27 Dromi, (2004, p. 482) señala: "Tenemos que distinguir entre formalidades y forma. Las formalidades son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades. La forma es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual".

5.1. Características

En cuanto a las características del contrato administrativo (García De Enterría & Fernández, 2001, pp. 55-677), tenemos que si bien es la doctrina general del contrato quien le informa, esta adquiere especificidad cuando se desenvuelve en el derecho administrativo, proceso que determina las características especiales de este, entre las que podemos mencionar a las siguientes:

a) Constituye la exteriorización de la potestad administrativa del Estado

Al amparo del principio de legalidad se regula por normas del derecho público, razón por la cual no le es de aplicación el aforismo "lo que no está prohibido está permitido", los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello para lo que se encuentran debidamente facultados.

b) Desigualdad de intereses de los contratantes

La Administración persigue la satisfacción del interés colectivo, mientras que el particular persigue el suyo propio (Diez, 1979, p. 38) y actúa animado por el legítimo afán de lucro, por lo que en los contratos administrativos prevalece como regla general la idea de comunidad, de interés común o colectivo o general, mientras en los contratos privados los intereses particulares devienen en hegemónicos y se imponen a los generales (Ariño Ortiz, 1968, p. 222).

Este criterio es similar al expuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 17 de mayo de 2004, recaída en el Expediente N.° 020-2003-AI/TC, en cuyo fundamento 11 los magistrados del Tribunal precisaron que las contrataciones que efectúa el Estado tienen "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" (Setencia, 2003).

c) Efectos con relación a terceros (Diez, Derecho administrativo, 1979, p. 38)

Este es el caso de las expropiaciones. En el marco de la LGCP también podría suceder, por ejemplo, en la ejecución de alguna obra.

d) La relación jurídica que se establece entre las partes intervinientes es desigual

La autonomía de la voluntad y la libertad contractual se relativizan ante el rol preponderante del Estado en la relación jurídica que se establece, la

que difiere de la existente en el ámbito privado donde concurren personas ubicadas en el mismo plano.

En este orden, los principios de autonomía de la voluntad e igualdad jurídica quedan subordinados a lo que establece la norma positiva. En el caso de los contratos administrativos, más que autonomía de la voluntad, lo que existe es adhesión del primer postor a las bases, y luego del contratista a las cláusulas preestablecidas en la proforma del contrato y del contrato que emerge luego de la integración de estas.

e) Las prerrogativas de la Administración

En este caso la Administración amparada en el principio de *ius variandi* puede imponer, cuando el superior interés general así lo requiera y justifique, nuevas condiciones a su contraparte. Asimismo, ejerce facultades de dirección y control, pudiendo además resolver el contrato cuando se generen las condiciones legales para ello (Dromi, 2004, p. 484).

f) La formalidad

En la Administración pública no existen contratos verbales, sino formales, es decir, escritos, por cuanto en los contratos administrativos "se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación" (Dromi, 2004, p. 483).

g) La finalidad pública

El tema, se hace referencia a que "una de las características que define a un contrato, bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, es que el mismo tenga por objeto que la entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones y que, asimismo, deba realizar una erogación de fondos públicos en beneficio del contratista, como retribución por sus prestaciones" (DTN, 2005).

h) Desigualdad de las partes

En principio tenemos que el contrato postula la igualdad jurídica de las partes, por lo que "entre la Administración y los particulares las relaciones son de igualdad, y en este caso puede haber contrato, pero civil, o aquella aparece en posición de supremacía, y entonces no hay posibilidad de contrato" (Garrido Falla, 2002, p. 50). Tema complejo, y donde cada ordenamiento jurídico ha optado por su propia interpretación, siendo que, en

el caso peruano, los contratos que suscribe la Administración son contratos administrativos.

Respecto del requisito de la autonomía de la voluntad en el ámbito administrativo, se precisa que la voluntad de la Administración "es normativa o reglada, y por lo que se refiere al supuesto contratante privado, se limita a aceptar o rechazar (sin libertad para otra osa) las condiciones reglamentarias impuestas" (Garrido Falla, 2002, p. 50). Manuel María Diez tiene similar criterio al establecer como reparos a este tipo de contratos "la ausencia de igualdad de intereses comprometidos" y la autonomía de la voluntad (Diez, 1979, p. 18).

Estas características que pueden devenir en limitantes de su existencia logran su equilibrio en las interpretaciones que vienen de la propia doctrina, donde se hace la salvedad de que la desigualdad de las partes "no llega a ser tan importante como para negar la idea contractual", y la falta de autonomía de voluntad de las partes debido a la voluntad normativa de la Administración "impide a esta concluir un contrato (máxime cuando es la propia ley la que pone este medio jurídico a su disposición), ni el particular frente a ella se encuentra en condiciones más precarias de elección que cuando concluye uno de los muchos 'contratos de adhesión' que conoce el Derecho privado" (Garrido Falla, 2002, p. 53).

Entonces, ¿de dónde viene la invocación a la igualdad?, ¿cómo explicar la pretensión de que los desiguales contraten como iguales? La respuesta, consideramos, viene por la instrumentalización política del derecho administrativo, que es el organizador del poder.

6. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Otro aspecto relevante para el tema que nos concita es el referido a la clasificación de los contratos, la que es de lo más variada, pudiendo tener algunas particularidades según el autor que se trate. En el presente rubro, y siguiendo con la metodología planteada, nos limitaremos a presentar algunos tipos de contratos que pueden vincularse a los contratos administrativos regulados por la LGCP, remitiendo al lector a los textos especializados en caso tuviera interés por otros. En este orden tenemos que los contratos se pueden clasificar en bilaterales y unilaterales, onerosos y gratuitos, conmutativos y aleatorios, reales y consensuales, formales y consensuales, principales y accesorios, instantáneos y de tracto sucesivo.

6.1. Unilaterales y bilaterales

En el primero de los indicados, el contrato unilateral, solo una de las partes se obliga, no siendo una modalidad que se aplique en los contratos regula-

dos por la LGCP; en el segundo, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, las partes se obligan, siendo estos los utilizados en la contratación pública.

6.2. Onerosos y gratuitos

El contrato se denomina oneroso "cuando las ventajas que procuran a una de las partes no le son concedidas por la otra sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle", a título gratuito "cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, con independencia de toda prestación a su cargo" (Alterini, 1999, p. 175).

En la Administración pública no existen los contratos gratuitos.

6.3. Conmutativos y aleatorios

En ambos casos estamos ante contratos onerosos. El contrato es conmutativo cuando sea cierta la existencia y la cantidad de ambos extremos, caso en el cual las ventajas para todos los contratantes son ciertas (Alterini, 1999, p. 176); y será conmutativo y condicional "cuando la existencia o cantidad de ellos esté sometida a una común incertidumbre".

Pero será aleatorio "cuando la incertidumbre alcance la existencia o cantidad de uno solo de dichos extremos, o abarque ambos, pero no de modo común, sino influyendo inversamente" (López de Zavalia, 1997, p. 89), mientras que Atilio Aníbal Alterini precisa que será aleatorio "cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto" (Alterini, 1999, p. 176).

6.4. Formales y no formales

El contrato en general es consensual, no requiere alguna solemnidad, salvo que la ley así lo establezca; mientras que el contrato administrativo es sustancialmente solemne debido a que está regulado por ley expresa, requisito que hace su solemnidad, siendo este el caso de los regulados por la LGCP.

6.5. Consensuales y reales

Los contratos consensuales quedan concluidos por el solo consentimiento (sin perjuicio de la forma), produciendo sus efectos "desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento" (Alterini, 1999, p. 177); mientras que los reales para producir sus efectos "exigen, además, la entrega de la cosa sobre la que versa el contrato" (López de Zavalia, 1997, p. 92), o "desde que una de las partes haya hecho" (Alterini, 1999, p. 177).

6.6. Nominados (típicos) e innominados (atípicos)

El contrato es nominado (típico) "cuando la totalidad de sus cláusulas esenciales se adecúa a un tipo legal, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes". En este tipo de contrato prevalecen "las reglas del tipo (sometido, por ende, al derecho imperativo que a este corresponde, y llenándose sus lagunas por el derecho supletorio estatuido en el tipo)" (López de Zavalia, 1997, p. 97).

En los contratos innominados (atípicos) el procedimiento es el mismo, pero se diferencia en el trámite a seguir en caso de problemas en la ejecución, donde, debido a que "no hay un tipo del cual partir", se deberá acudir "primero a las reglas generales de los contratos" (López de Zavalia, 1997, p. 97).

6.7. Principales y accesorios

La condición de principal y accesorio se define por la relación. Así se indica que "cuando dos contratos se encuentran vinculados de tal modo que el uno es la razón, la causa fundante del otro, se afirma del primero que es 'principal' y del segundo que es 'accesorio'" (López de Zavalia, 1997, p. 107).

6.8. Contrato y subcontrato

El subcontrato o contrato derivado se define con relación a un contrato base, mediando entre ambos una relación de tipo causal, tema sobre el cual en la DTN indicó:

> Los contratos que celebre el consorcio o sus integrantes para cumplir con las prestaciones a su cargo con terceros, en principio, no necesariamente constituyen una modalidad de subcontratación, sino la actividad ordinaria en su calidad de contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo; será un subcontrato el contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza (contrato base o principal), originado por la decisión de uno de los contratantes, que en vez de ejecutar personalmente la obligación asumida, se decide a contratar con un tercero la realización de aquella [...]. (Opinión N.° 103-2022/DTN)

6.9. De ejecución inmediata y diferida

Este tipo de contratos se vinculan al tiempo y al inicio del cumplimiento de las obligaciones de las partes. En la ejecución inmediata no existe condi-

ción alguna que demore su ejecución, mientras que en la ejecución diferida puede existir algún hecho o condición que postergue el inicio de este.

6.10. De ejecución única (instantánea) o de duración (de ejecución permanente o de tracto sucesivo)

Los contratos de ejecución única se caracterizan por realizarse en un solo acto, mientras que los de ejecución permanente se realizan en tiempos separados entre sí "sea que se trate de un tiempo corrido (ejecución continuada), o de varias fracciones de tiempo separadas entre sí por intervalos iguales (de ejecución periódica), o desiguales (de ejecución escalonada)" (López de Zavalia, 1997, p. 101).

7. LOS CONTRATOS DESDE LA PERSPECTIVA DE SU EJECUCIÓN Y LA LGCP

Desde la perspectiva de la ejecución, los contratos de ejecución única y de duración, en el ámbito de lo normado por la LGCP, se tiene que un contrato será de ejecución única[28] cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad, en tanto que será de duración[29] cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes.

A su vez, los contratos "de duración" se subdividen en contratos de "ejecución continuada" y contratos de "ejecución periódica", señalando el citado autor que un contrato es de ejecución continuada cuando la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única pero

28 Messineo (1952, p. 429) sostiene: "Algunas veces, el contrato comporta una sola ejecución en cuanto esta ejecución agota su razón de ser. En este caso se llama de ejecución única o instantánea, con lo que se quiere significar, no que el contrato recibe ejecución inmediata [...] sino que el contrato se ejecuta uno actu, es decir, con una solutio única, y con esto mismo queda agotado".

29 Messineo (1952, pp. 429 y 430), en contraposición, precisa que "la categoría del contrato 'de duración' de tracto sucesivo, de ejecución continuada o periódica, es aquel en que 'el dilatarse' del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes sino que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración [...] Por lo tanto el elemento tiempo, en cuanto duración, o mejor dicho el distribuirse de la ejecución en el tiempo constituye aquí el carácter peculiar del contrato: el tiempo no sirve tanto para determinar el momento de la iniciación de la ejecución (y, por consiguiente, no es un término o no es solo un término), sino más bien un elemento —esencial (no accesorio) y esencial para ambas partes— por el que se determina la cantidad de la prestación, el dilatarse o el reiterarse de la ejecución (la duración del elemento causal) y también el momento en que el contrato termina. De esto se sigue que el contrato comporta o ejecución sin interrupción para el periodo que las partes determinen o ejecuciones repetidas".

sin interrupción (locación, arrendamiento, suministro de energías comodato o similares), y es de ejecución periódica cuando existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono) (Messineo, 1952, p. 431).

8. LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS

Un aspecto relevante en los contratos es la interpretación que se pudiera hacer de estos, procedimiento que se complica cuando estamos ante los contratos administrativos regulados por la LGCP por cuanto, además de lo consignado en el texto, se debe considerar lo estipulado en los documentos del procedimiento y cualquier otra manifestación de voluntad documentaria que hayan hecho las partes a lo largo del procedimiento de selección.

Pero ¿qué significa interpretar un contrato?

La revisión de la bibliografía nos ha permitido constatar que existen diversas definiciones, las que tienen la particularidad de decir lo mismo, pero en forma diferente. Así tenemos que la interpretación puede ser entendida como "el medio o instrumento de averiguar la realidad del contenido de un contrato [...] una decisión sobre lo que entre las partes ha sucedido, y también sobre sus consecuencias" (Álvarez Caperochipi, 2002, p. 72)

También puede ser asumida como la forma de "captar el sentido de una manifestación de voluntad" (López de Zavalia, 1997, cap. VII), o "determinar el auténtico significado de la voluntad declarada" (Ghersi, 1998, p. 238), o puede implicar "desenredar o desentrañar [...] consiste en determinar el sentido de las manifestaciones de las partes" (Alterini, 1999, cap. XVI).

También y desde una perspectiva de totalidad, se puede asumir la interpretación del contrato como un todo, lo que supone "captar el sentido de la declaración común, tomando ya no la oferta y la aceptación como actos unilaterales, sino como partes del bilateral, partes de un todo, en una recíproca acción común generante de sentido" (López de Zavalia, 1997, p. 424). En relación con la interpretación de la oferta y de la aceptación, se indica que estas deben ser tomadas como actos jurídicos unilaterales, en la medida en "que se encuentre en discusión si se ha formado o no algún contrato" (López de Zavalia, 1997, p. 423).

Otra forma de interpretar los contratos es la doctrinaria, la judicial y la auténtica (la que realizan las partes); interpretación declarativa que se realiza

"cuando entre los varios sentidos admisibles, se elige con base en consideraciones pragmáticas aquel que mejor conduce a las finalidades prácticas, atendiendo a la naturaleza del negocio" (López de Zavalia, 1997, p. 447); también existe la restrictiva y extensiva.

En cuanto a las reglas de interpretación debemos reiterar que las seguidamente citadas se refieren a los contratos en general, las que se relativizan cuando se trata de contratos administrativos. Así tenemos que las reglas para la interpretación general de los contratos serían:

- la voluntad de las partes y su expresión;
- la intención común;
- el sentido atribuible a la manifestación;
- el significado de las palabras;
- el contexto contractual;
- la naturaleza del contrato;
- la equidad;
- la finalidad;
- la economía del contrato;
- el fin del contrato;
- los usos y prácticas, la buena fe, etc.

Los problemas que surjan en la ejecución del contrato se resuelven aplicando las normas de este, y solo en caso de imposibilidad de resolverlo por esta vía "se acude a las reglas generales de los contratos, y solo a falta de ellas se buscan las del tipo análogo".

8.1. La integración

Si este es el sentido de la interpretación, la integración vendría a ser la especie del género, por cuanto consiste en "salvar una omisión u oscuridad" (Ghersi, 1998, p. 238). Se indica que lo explícito del contrato se integra, "se completa, por vía de agregación, con otros datos que forman un todo a interpretar" (López de Zavalia, 1997, p. 431), procedimiento que requiere el cumplimiento de determinadas reglas.

9. LOS TIPOS DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

El tipo de contrato que será objeto de estudio en este capítulo son los de colaboración, denominados también "de la Administración" o "con la

Administración" (Dromi, 2004, p. 487), los cuales están conformados (contratos típicos) por los de suministro, locación de servicios y de obra pública, que se desenvuelven con especificidades propias en la LGCP y su reglamento.

9.1. El contrato de suministro

La definición del contrato de suministro se aborda inicialmente en la doctrina general de los contratos, viniendo predeterminado desde el derecho privado, para luego ser adaptado al derecho administrativo.

En principio, consideramos conveniente, a efectos de ir delimitando conceptualmente el contrato en mención, presentar la diferencia que existe entre este y el contrato de compraventa, tema sobre el que se indica que la compraventa "es un contrato de ejecución instantánea con una sola prestación que puede dividirse a efectos de su ejecución", el que se encuentra regulado por otra norma distinta a la LGCP, mientras que el de suministro "es un contrato de duración con varias prestaciones autónomas, pero coordinadas entre sí" (Torres Vásquez, 1988, p. 23).

Establecida la diferencia, procedemos a citar algunas de las definiciones recopiladas por Aníbal Torres en el texto citado. Así, tenemos la formulada por Castan Tobeñas, quien indica que es un contrato "por el que una de las partes se obliga a proporcionar a la otra, a cambio de un precio determinado, cosas que han de ser objeto de entregas sucesivas por periodos determinados o determinables a posteriori" (Castan Tobeñas, 1962, p. 68).

También se tiene la de De Marino, que define el suministro "como el contrato por el que una parte se obliga frente a la otra al cumplimiento de prestaciones duraderas, por un precio determinado o determinable" (De Marino y Borregó, 1962, p. 83).

Por el lado de la legislación privada, tenemos la establecida el artículo 1604 del Código Civil, que establece la siguiente definición: "Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes".

Ubicándonos en el ámbito administrativo, en el anexo de definiciones de la derogada normativa de contrataciones con el Estado, y en la actual, constatamos que no existe una definición de contrato administrativo de suministro, por lo que solo nos queda la consignada en la doctrina general y en el Código Civil, omisión que no implica que estas hayan pasado sin modulación alguna al derecho administrativo.

Sobre el particular, tenemos la observación que al respecto hace Aníbal Torres Vásquez, cuando indica que el "contrato privado de suministro y suministro de Derecho Público tienen algunas semejanzas como son las relativas a la denominación y a los elementos esenciales comunes a todo contrato, pero también existen decisivas diferencias que afectan a las partes contratantes (a su carácter o posición con que actúan en la relación jurídica), a la forma, a la causa y a la competencia de los tribunales administrativos" (Torres Vásquez, 1988, cap. V).

Establecida la definición al interior de la doctrina de los contratos en general, así como las precisiones en torno al contrato administrativo de suministro, corresponde indicar que estos constituyen una especie de los contratos administrativos, razón por la cual los caracteres de estos le alcanzan.

En este orden tenemos que en este tipo de contratos la Administración encarga al contratista la provisión de bienes muebles, prestación que se puede realizar una sola vez o en entregas sucesivas (Diez, 1979, p. 305), idea original que se ha ido ampliando en el tiempo. Así tenemos que a esta figura se le ha ido agregando otras, "dando lugar a la configuración del contrato administrativo de suministro como un contrato en el que se refunden una serie de prestaciones heterogéneas a la Administración" (Garrido Falla *et al.*, 2012, p. 84), como puede ser el combustible, los alimentos, los uniformes para el personal, la tinta para las impresoras, etc., todos elementos necesarios para su desenvolvimiento.

En atención a la amplitud del objeto del contrato de suministro, García de Enterría indica que estos constituyen "un haz de contratos instrumentales, cuyo objeto sería proveer a la Administración de los productos, utensilios e incluso servicios relativos a dichos bienes, que necesita para el cumplimiento de sus funciones [...] aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes, de forma sucesiva y por precio unitario [...]" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 720).

En cuanto a los caracteres, al igual que los contratos administrativos en general, es sinalagmático, bilateral, consensual, oneroso y conmutativo. Sinalagmático y bilateral porque implica obligaciones para ambas partes; consensual por cuanto involucra el previo consentimiento de las partes; oneroso y conmutativo porque implica el pago por la contraprestación, las que son equivalentes (Diez, 1979, p. 660).

9.1.1. Derechos y obligaciones del contratista en el contrato de suministro

En esta relación jurídica el contratista adquiere derechos y obligaciones para con la entidad a la cual provee, similares a los que hemos descrito en el contrato administrativo en general, estando entre los derechos que adquiere el contratista que el suministro sea recibido por la entidad, a recibir el pago estipulado y a la resolución del contrato cuando la entidad incurra en las causales establecidas; en cuanto a las obligaciones tenemos que el contratista se obliga a entregar el bien según la oferta con la que ganó el proceso de selección, a ejecutar personalmente el contrato, salvo que tenga autorización previa y expresa para subcontratar, a aceptar las modificaciones que le pueda requerir la entidad, y a la responsabilidad por vicios ocultos (Diez, 1979, pp. 312, 313, 315).

El contrato de suministros concluye con la ejecución total de las obligaciones pactadas y con la conformidad de la Administración.

9.2. El contrato de servicios y de consultoría

El contrato de servicios se diferencia en su objeto según la cualificación del contrato que realizan, pudiendo ser de servicios generales o de consultoría.

9.2.1. Los contratos de servicios en general

Este tipo de contratos tienen por objeto la ejecución de servicios de diverso tipo, como pueden ser de índole técnico, industrial, de limpieza, o, cuando se trata de la continuidad de la gestión, "servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones y programas de ordenador [...]" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 721).

Al respecto, en la Opinión N.° 147-2015/DTN se asumió la definición de Humberto Podetti, para quien en este tipo de servicios existe "el compromiso es cumplir determinado esfuerzo, trabajo o servicio, que, si bien tiene en vista la obtención de un resultado, es remunerable por el solo hecho de prestarlo" (Podetti, 2002, pp. 45 y 46).

Por su parte, en el ámbito de las contrataciones públicas, el anexo único de definiciones del reglamento de la derogada LCE definía como servicios en general a aquella actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad, pudiendo estar sujeta a

resultados para considerar terminadas las prestaciones del contratista; mientras que la actual normativa lo define como "cualquier servicio que puede estar sujeto a resultados para considerar terminadas sus prestaciones".

9.2.2. El contrato de consultoría

En cuanto al contrato de servicios de consultoría, que es de tipo cualificado, y donde es relevante quien brinda el servicio, de acuerdo con lo que hemos indicado, tiene como objeto "estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como de dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos o bien la toma de datos, investigación, asesoramiento y estudios o asistencia para cualquier trabajo técnico u otras actividades semejantes en las que predominen las prestaciones de carácter intelectual" (García De Enterría & Fernández, 2001, pp. 721 y 722).

9.3. El contrato de obra pública

En relación con este tipo de contrato, debido a la relevancia y complejidad, preferimos tratarlo en extenso, doctrinaria y normativamente, en el capítulo correspondiente, por lo que seguidamente nos limitamos a presentar brevemente algunas definiciones de este, remitiendo al lector al capítulo acotado.

El contrato de obra es el medio que tiene la Administración para hacer obra pública, por lo que ambos no son sinónimos. En el contrato de obra pública la Administración contrata con un tercero para la ejecución de una obra, la "que le permitirá cumplir funciones esenciales o específicas suyas, realizando así el Estado alguno de sus fines públicos propios" (Marienhoff, 1998a, p. 537).

Este es el contrato de mayor significación económica y social que realiza el Estado por cuanto mediante él se puede realizar "la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración" (García de Enterría & Fernández, 2001, p. 714); en él el contratista promete resultados y ejecuta la obra en función de los planos que elabora o le entrega la entidad.

10. CLÁUSULAS PREDETERMINADAS Y CLÁUSULAS EXORBITANTES

En los contratos administrativos, en especial los regulados por la LGCP, las cláusulas son predeterminadas, y de contenido reglado por cuanto vienen establecidas por la normativa y los documentos del procedimiento de selección, por lo que su naturaleza jurídica es de índole reglamentaria, y donde el participante, luego postor y contratista, conoce previamente las condiciones contractuales a las que se va a someter de ganar la buena pro del procedimiento de selección.

En relación con la posibilidad de incluir en la proforma del contrato una cláusula distinta a las establecidas, en la Opinión N.° 030-2021/DTN se estableció: "En la medida que la incorporación de una cláusula —como por ejemplo, una de auditoría para cautelar la correcta ejecución de las prestaciones a cargo del contratista— no contravenga la normatividad relacionada con el objeto de la contratación y guarde coherencia con él así como con el requerimiento de la Entidad, ésta podrá incluirla en la proforma del contrato, siempre que con dicha inclusión no contravenga lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado" (Opinión N.° 030-2021/DTN).

Entre las distintas cláusulas que componen el contrato administrativo, existen las denominadas cláusulas exorbitantes, las que en su fundamento se vinculan a las prerrogativas de la Administración, las que hemos tratado precedentemente.

Las cláusulas exorbitantes constituyen la nota distintiva de los contratos administrativos respecto de los contratos de derecho común, siendo también una característica que la define, tal como indica Marienhoff:

> Sin serlo por razón de su "objeto", un contrato de la Administración puede ser "administrativo", propiamente dicho, cuando él contenga "cláusulas exorbitantes" del derecho común, vale decir cláusulas que sobrepasan el ámbito de ese derecho, sea porque dichas cláusulas son inusuales o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. En tales supuestos el contrato será "administrativo" por el solo hecho de contener dichas "cláusulas exorbitantes" del derecho común, con prescindencia total de su "objeto". (Marienhoff, 1998, p. 74).

11. LA CLÁUSULA PENAL

La historia de las penalidades se origina en el derecho común, y es de larga data. Los romanos la denominaban *stipulatio poenae* y tenía como

finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor; idea básica que se mantiene hasta el presente, siendo esta práctica la que configura su definición actual: "[...] estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si lo cumpliere tardíamente" (Llambías *et al.*, 1997, p. 125).

En cuanto a su desenvolvimiento, se la entiende como un instituto polivalente por cuanto por un lado "proporciona un incentivo para la conducta debida del deudor, esto es el cumplimiento específico de su obligación (función compulsiva o estimulativa)"; y, por el otro, "fija de antemano el monto indemnizatorio para el caso de incumplimiento (*función indemnizatoria*), sea este definitivo (cláusula penal *compensatoria*) o temporario (cláusula penal moratoria)" (Alterini *et al.*, 1996, p. 293).

11.1. ¿Cuáles son los caracteres de la cláusula penal respecto del contrato?

Los caracteres de la cláusula penal surgen de su naturaleza jurídica, y cada uno de ellos se va articulando al siguiente. Así, tenemos que en, principio, por estar inmersa en un contrato que constituye fuente de una obligación, termina siendo accesoria a esta, tanto en su vigencia como en su extinción; luego, de la condición de accesoria se desprende la de ser subsidiaria de la obligación esencial o principal; al estar vinculada al incumplimiento, solo opera en caso el deudor incurra en mora, en la medida en que no se pueda alegar y probar caso fortuito o fuerza mayor; en principio es inmutable, "el acreedor no puede alegar útilmente que la pena es insuficiente, ni el deudor se puede liberar de pagarla arguyendo que excede el efectivo daño irrogado por su incumplimiento" (Alterini *et al.*, 1996, p. 295).

La cláusula penal es de interpretación estricta, ya que implica un derecho excepcional a favor del acreedor en detrimento del deudor, "de ahí que, pactada una cláusula penal para el incumplimiento, no puede trasladarse para la simple demora" (Llambías *et al.*, 1997, p. 127).

Finalmente, la cláusula penal sigue la suerte de la obligación principal. Si esta se extingue por alguna causal, la cláusula penal sigue la misma suerte.

11.2. Funciones y modalidades de la cláusula penal

La doctrina revisada coincide en que la cláusula penal cumple una doble función: por un lado, compulsiva y, por el otro, resarcitoria. La función compulsiva o estimulativa se realiza "por cuanto está prevista para asegurar

el cumplimiento" (Alterini *et al.*, 1996, p. 294) del deudor; mientras que la función resarcitoria se concretiza debido a que es un medio "para fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento" (Borda, 1994, p. 200).

Establecidas las funciones, corresponde determinar las modalidades, donde tenemos que estas pueden ser de tipo compensatoria y la moratoria. La primera, la compensatoria, opera en caso de inejecución definitiva: "Por tanto, no hay acumulación, sino sustitución del objeto debido por el importe de la pena, que reemplaza a los daños y perjuicios compensatorios" (Llambías *et al.*, 1997, p. 126)

La segunda, la moratoria, se aplica en caso de demora en la ejecución. La LGCP asume esta última modalidad, a la que se agrega las otras penalidades.

11.3. La cláusula penal en los contratos administrativos

Si bien la cláusula penal es consustancial a los contratos en general, cuando ingresa a los contratos administrativos, al igual que las anteriores instituciones tratadas, es afectada por la naturaleza jurídica de dicho contrato y por la presencia de la Administración pública como una de las partes. Así, la ejecución de la cláusula penal, es decir la aplicación de la penalidad, pasa a formar parte de la prerrogativa de la Administración de aplicar sanciones económicas a los contratistas en caso de incumplimiento de sus obligaciones, previa puesta en mora.

Por otro lado, en cuanto a su fuente, tenemos que esta es el contrato, así como "a los textos que lo complementen, es decir han de hallar fundamento en la letra misma del contrato, o en el complejo de textos que, 'indubitablemente', lo complementen (pliegos de condiciones generales o particulares, Reglamento de las Contrataciones del Estado, etc.)"; en este orden, "si se pretendiera sancionar un incumplimiento contractual con una penalidad (cláusula penal) no integrante del contrato implica apartarse del contrato, actitud evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica" (Marienhoff, 1994, p. 412).

La LGCP contempla la cláusula penal en los contratos, así como la subsiguiente aplicación de la penalidad por parte de la Administración en caso de demora o cumplimiento tardío en la ejecución de la obligación por parte del contratista, por lo que en ella se desenvuelven dos conceptos vinculados, el de penalidad y obligación, explicándose ambos en el contexto del cumplimiento de las obligaciones.

12. FORMALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad deviene en fundamental en el derecho administrativo, este se proyecta en el ámbito de los contratos a través de las exigencias de formalización y perfeccionamiento.

Los trámites, formalidades y procedimientos deben cumplirse antes de emitirse la voluntad administrativa contractual, el incumplimiento de la formalidad exigida vicia de nulidad al procedimiento y al contrato mismo, por lo que la validez y eficacia del contrato está en relación directa con el cumplimiento de dichas formalidades y procedimientos (Dromi, 1995, p. 61).

En este escenario de perfeccionamiento (suscripción) se vinculan la competencia y la capacidad de las partes. La competencia se define como "la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo", siendo "el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente" (Dromi, 1995, pp. 46 y 47), la que acredita la actuación válida del órgano estatal que vaya a contratar y que genera, en el ámbito de la contratación, las facultades de suscribir, modificar, resolver el contrato. Por su parte, la capacidad se refiere al contratista, el que debe acreditar la capacidad de hecho y de derecho, es decir, de ser titular y de poder ejecutar el contrato (Dromi, 1995, p. 49).

12.1. El rol de la buena fe en el perfeccionamiento del contrato

La formalización y perfeccionamiento tienen como complemento a la buena fe contractual, por lo que en atención a este principio "los contratos deben prepararse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión" (Dromi, 2004, p. 470), principio que fue referido en la Resolución N.° 1415-2011-S4, donde el Tribunal estableció que "el Estado actúa sobre criterios de buena fe y en el entendido de que en la contratación en general, las dos partes buscan salir beneficiadas al establecer una relación contractual, ambas deben guardar un equilibrio respecto de la ecuación económica entre sus obligaciones y derechos de tal modo que exista un equilibrio económico financiero" (Resolución N.° 1415-2011-S4).

Capítulo XXXIII

REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO (I)

La suscripción del contrato. Obligación de contratar. Contenido del contrato. Perfeccionamiento del contrato. Nulidad del contrato. El tiempo y el plazo contractual, suspensión de plazo, el incumplimiento del contrato. Ejecución y modificación contractual. La reducción de prestaciones. La cesión de posición contractual. La subcontratación

SUMARIO: 1. La fase previa a la suscripción del contrato. La obligación de contratar y el contenido del contrato. 1.1. Cuando la entidad no firma el contrato. 1.2. Cuando el postor ganador no firma el contrato. 1.3. El contenido del contrato. 2. El perfeccionamiento del contrato y los requisitos para perfeccionarlo. 2.1. Regla general y excepciones en el perfeccionamiento del contrato. 2.2. El perfeccionamiento en el caso de subasta inversa electrónica y de un procedimiento de selección por relación de ítems. 2.3. La firma digital. 2.4. Requisitos para perfeccionar el contrato. 3. Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato y los supuestos en que no se perfecciona el contrato. 3.1. Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato. 3.2. La garantía en trámite. 3.3. Supuestos en que no se perfecciona el contrato. 3.3.1. Cuando la entidad no perfecciona el contrato. 3.3.2 Cuando el postor ganador de la buena pro no perfecciona el contrato y el llamado al que ocupó el segundo lugar. 4. La nulidad de contrato. 4.1. Causales de nulidad del contrato y determinación de responsabilidades. 4.2. La nulidad y la continuidad del contrato. 4.3. Evaluación de la declaratoria de nulidad por parte del tribunal arbitral. La prelación normativa. 4.4. El procedimiento de declaratoria de nulidad de contrato. 4.5. Nulidad de contrato y devolución de garantías. 4.6. Consecuencias de la declaratoria de nulidad. 5. El plazo. 5.1. El plazo: inicio de cómputo y suspensión. 5.2. Diferencia entre plazo de vigencia y plazo de ejecución contractual. 5.3. La vigencia del contrato. 5.4. Cómputo del plazo contractual. 5.4.1. Reglas especiales para el cómputo del plazo en la LGCP. el inicio del cómputo y su suspensión. 6. Desarrollo de la ejecución y la modificación contractuales. 6.1. Las causales de modificación contractual. 6.1.1. La colaboración en la modificación contractual. 6.1.2. La no afectación del equilibrio económico del contrato y las causales generales de modificación contractual. 6.1.3. Causales de modificaciones cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo. La modificación por hecho del príncipe. 6.1.4. El procedimien-

to de la modificación cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo. 6.1.5. La modificación contractual por hecho imputable a alguna de las partes. 7. Reglas generales de la reducción de prestaciones. 8. La cesación de posición contractual y la cesión de derechos. 8.1. La cesión de derechos y de posición contractual por el contratista. 8.2. La cesación de posición contractual parcial. 8.3. La cesión de posición contractual de una entidad a otra entidad. 9. La subcontratación, las prestaciones esenciales y la prohibición. 9.1. La decisión de la entidad y el silencio negativo.

Establecido el marco general de las obligaciones y contratos en general, así como de los contratos administrativos, corresponde abordar la temática desde la perspectiva normativista. En este orden tenemos que estos se encuentran regulados en los artículos 58 al 71 de la LGCP, así como en el capítulo V de su reglamento, en los que se establecen las disposiciones generales de ejecución contractual para bienes, servicios y obras, por lo que quienes estén interesados en un tipo específico de contrato deberán considerar, además de lo establecido en la forma específica, en la regulación general que seguidamente presentamos.

1. LA FASE PREVIA A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO. LA OBLIGACIÓN DE CONTRATAR Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Concluida la fase de selección y declarado ganador a algún postor, se genera, tanto para la entidad como para el postor ganador de la buena pro, una obligación que no es de índole contractual, sino precontractual, como es la de contratar, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 86 del artículo 86 del RLGCP, que dispone la siguiente regla general: "Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la entidad contratante como el o los postores ganadores están obligados a contratar".

Esta disposición constituye una obligación legal que alcanza a ambas partes, por lo que su incumplimiento genera responsabilidad para la parte infractora, situación que es descrita en los siguientes numerales.

1.1. Cuando la entidad no firma el contrato

El numeral 86.2 determina como regla general que la entidad contratante no puede negarse a contratar, disposición que no es absoluta, ya que seguidamente se establecen excepciones, por lo que la negativa estaría justificada siempre que se configuren las siguientes situaciones:

Recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección
Por disposición de norma expresa
Por desaparición de la necesidad, debidamente acreditada, siendo que esta implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el mismo ejercicio presupuestal

La materialización de cualquiera de estas situaciones tiene como consecuencia que el perfeccionamiento se frustre, pudiendo, si la decisión tuviera un fundamento ajeno a los acotados, generar responsabilidad funcional en dos niveles de funcionarios:

- la autoridad de la gestión administrativa; y
- el servidor que ostente dicha facultad.

1.2. Cuando el postor ganador no firma el contrato

En el numeral 86.4 se establece la responsabilidad del postor ganador de la buena pro que se niega a perfeccionar el contrato, indicando que este, o estos, según corresponda, son pasibles de sanción por parte del TCP; responsabilidad de la que se libera si existiera imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, debiendo esta ser declarada por el referido TCP.

Sobre este tema, el TCP ha distinguido entre imposibilidad física e imposibilidad jurídica, indicando que "la imposibilidad física del postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la imposibilidad jurídica consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados" (Resolución N.° 2328-2019-TCE-S4).

1.3. El contenido del contrato

El contrato ha debido ser conocido previamente por el postor ganador de la buena pro, ya que se encuentra entre los documentos del procedimiento de contratación. En cuanto a su conformación, el artículo 104 del RLGCP indica que este se encuentra conformado por:

- El documento que lo contiene.
- Las bases que establezcan reglas definitivas.
- La oferta ganadora.
- Los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, incluyendo las modificaciones aprobadas por la entidad contratante durante el procedimiento, de ser el caso.

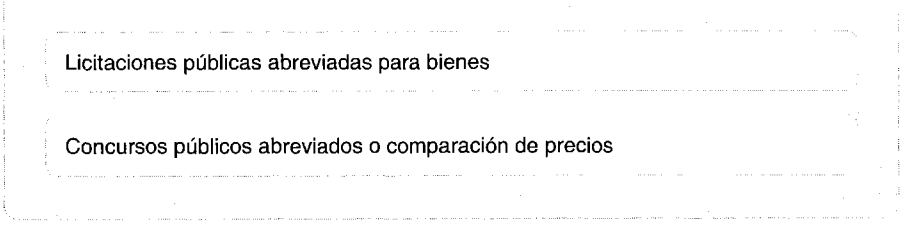
Además de lo expuesto, el numeral 104.2 indica que el contrato se ajusta a proforma incluida en las bases respecto del procedimiento de selección y se publica en el Pladicop.

2. EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y LOS REQUISITOS PARA PERFECCIONARLO

Los artículos 87 y 88 del RLGCP regulan el perfeccionamiento del contrato, así como los requisitos que deben cumplirse para ello. ¿Qué se debe entender por perfeccionamiento del contrato en el ámbito de las contrataciones públicas?

2.1. Regla general y excepciones en el perfeccionamiento del contrato

El numeral 87.1 establece que el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, regla que tiene su excepción en los casos de:



En estos casos, se indica, el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio, siempre que así haya sido previsto en las bases y que la ejecución contractual no supere el año fiscal.

Cuando contrato se perfeccione mediante una orden de compra o de servicio, esta contiene obligatoriamente la cláusula correspondiente al convenio arbitral conforme el numeral 83.2 del artículo 83 de la LGCP, que establece que, en todos los casos, bajo responsabilidad de la autoridad de la gestión administrativa, el convenio arbitral debe adoptar la forma de una cláusula incluida en el contrato, y debe ajustarse a las disposiciones de la normativa.

La excepción citada no se aplica en aquellos contratos cuya primera convocatoria corresponda a procedimientos de selección distintos de los señalados en el presente numeral.

2.2. El perfeccionamiento en el caso de subasta inversa electrónica y de un procedimiento de selección por relación de ítems

Al respecto, el numeral 87.2 indica que el contrato puede perfeccionarse mediante la recepción de la orden de compra o de servicio, siempre que el monto de la contratación no supere el establecido para una licitación pública abreviada para bienes o concurso público abreviado y que la ejecución contractual no supere el año fiscal.

2.3. La firma digital

El numeral 87.3 se refiere a la suscripción del contrato mediante firma digital, disposición que alcanza a la entidad, como al postor adjudicado con la buena pro, siempre y cuando este cuente con certificado digital emitido por una entidad de certificación, de acuerdo con la normativa de la materia.

En este escenario, la firma mediante medios manuales constituye la excepción, por lo que dicha acción deberá estar debidamente sustentada.

2.4. Requisitos para perfeccionar el contrato

El numeral 88.2 establece una excepción respecto de la presentación de los requisitos para perfeccionar el contrato, y lo hace cuando la otra parte sea una entidad pública, sin distinguir entre los distintos tipos de procedimiento de selección, salvo cuando se trate de algunas de las empresas del Estado, lo que no sucede cuando el postor adjudicado con la buena pro no tiene tal condición.

En estos casos el numeral 88.1 del artículo 88 del RLGCP establece respecto del postor ganador de la buena pro que, además de lo previsto en las bases, para perfeccionar el contrato deberá presentar:

a) Garantías, salvo casos de excepción.
b) Contrato de consorcio, de ser el caso.
c) Código de cuenta interbancaria (CCI) o, en el caso de proveedores no domiciliados, el número de cuenta bancaria y nombre de la entidad bancaria en el exterior.
d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
e) Propuesta de la institución arbitral elegida por el postor, de corresponder.
f) Propuesta del centro de administración de la JPRD elegida por el postor, de corresponder.
g) En el caso de obras o consultoría de obras, los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional, de corresponder.

El numeral 90.6 del artículo 90 del RLGCP establece que es responsabilidad de la DEC la revisión de los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, estando facultada a solicitar el apoyo que requiera del área usuaria y/u otra dependencia, que está obligada a brindarle la información que solicite.

3. PLAZOS Y PROCEDIMIENTO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y LOS SUPUESTOS EN QUE NO SE PERFECCIONA EL CONTRATO

En la Resolución N.° 04379-2021-TCE-S2, el tribunal estableció respecto del cumplimiento del procedimiento para perfeccionar que este constituía una garantía de cumplimiento de las obligaciones que ambas partes estaban asumiendo.

> Conforme a lo expuesto, la normativa de contratación pública ha previsto el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, al cual deben sujetarse tanto la Entidad como el postor adjudicado, toda vez que dicho procedimiento constituye una garantía para los derechos y obligaciones de ambas partes. (Resolución N.° 04379-2021-TCE-S2)

Los artículos 89 y 90 regulan tanto el plazo y el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato como los casos en que no se logra concretar.

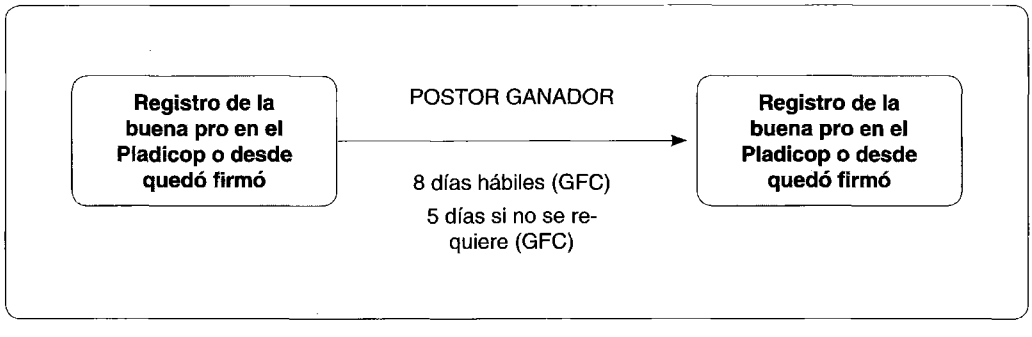
3.1. Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato

En la Opinión N.° 056-2023/DTN se hizo referencia los errores que se podían presentar en la carta fianza que adjuntase el postor ganador de la buena pro al momento de perfeccionar el contrato, respecto de lo cual indicó:

> "Cuando en el marco del procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, se presente una carta fianza que contenga errores en la información contenida, la Entidad otorga un plazo para su subsanación; ahora bien, cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor —por ejemplo, cuando al momento de la subsanación presente nuevamente una carta fianza conteniendo algún error—, éste perderá automáticamente la buena pro [...]" (Opinión, N.° 056-2023/DTN)

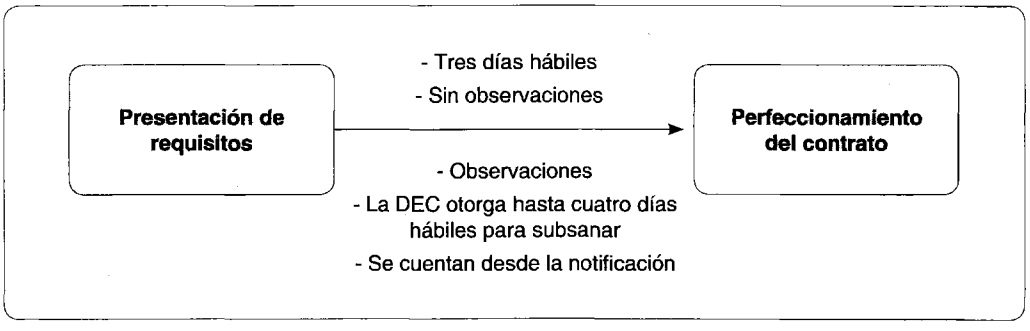
El numeral 90.1 del RLGCP establece que el postor ganador de la buena pro presenta los requisitos para perfeccionar el contrato dentro del plazo de ocho días hábiles contabilizados desde el día siguiente al registro del consentimiento de la buena pro en la Pladicop o de que ésta haya quedado administrativamente firme.

Por su parte, el numeral 90.2 indica que, en caso no se requiera de la presentación de la garantía de fiel cumplimiento (GFC), el postor ganador presenta los requisitos para perfeccionar el contrato dentro del plazo de cinco días hábiles.



Concluida con la etapa de presentación de requisitos, viene la de suscripción del contrato, tema sobre el cual el numeral 90.3 establece que, en un plazo no mayor a tres días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la presentación de los requisitos por parte del postor ganador de la buena pro, se perfecciona el contrato, con su suscripción o con la recepción de la orden de compra o de servicio, según corresponda. Asimismo, se agrega que, en el mismo plazo, la DEC puede notificar la observación de los requisi-

tos, otorgando un plazo máximo de cuatro días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la notificación, para la subsanación.



Finalmente, el numeral 90.5 establece que en un plazo máximo de tres días hábiles contabilizados desde el día siguiente de haberse subsanado las observaciones o presentado la garantía se perfecciona el contrato.

3.2. La garantía en trámite

En el proceso de perfeccionamiento del contrato puede suceder que la entidad financiera, por diversas razones, demore en entregar la garantía requerida por el postor ganador de la buena pro. En este caso el numeral 90.4 ha establecido que si esta se encuentra en trámite, a solicitud expresa del postor adjudicado con la buena pro, la DEC puede otorgar un plazo adicional de hasta cuatro días hábiles contabilizados desde el día siguiente al vencimiento del plazo indicado para su presentación.

3.3. Supuestos en que no se perfecciona el contrato

Pero no en todos los casos, luego de la finalización del procedimiento de selección, el contrato se llega a perfeccionar por culpa de la entidad o del contratista. Al respecto, el artículo 91 del RLGCP determina 5 situaciones descritas en sus distintos numerales en las que esto no sucede, así como sus consecuencias.

3.3.1. Cuando la entidad no perfecciona el contrato

El primer supuesto es cuando la entidad no perfecciona el contrato dentro del plazo establecido. En este caso, respecto del postor ganador de la buena pro, quien tiene la expectativa de perfeccionamiento y económicas, se puede suceder dos cosas, que están establecidas en los numerales 91.1 y 91.2 del RLGCP: el primero puede requerir a la entidad el perfecciona-

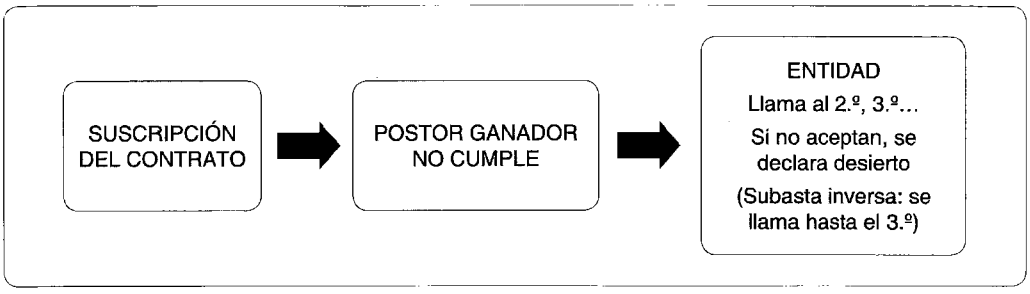
miento acotado, para lo que le otorgaría un plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente de haber sido requerida; y el segundo, luego de vencido dicho plazo, queda liberado de la obligación de suscripción del contrato o de la recepción de la orden de compra o de servicio, y nada más. La norma no hace referencia al pago de algún daño patrimonial causado al postor ganador de la buena pro.

3.3.2. Cuando el postor ganador de la buena pro no perfecciona el contrato y el llamado al que ocupó el segundo lugar

Los numerales 91.3, 91.4 y 91.5 parten de una condición, que es que la no suscripción se haya generado por una causa imputable al postor ganador de la buena pro, caso en el cual este pierde automáticamente la buena pro, situación en la cual la administración debe adoptar las siguientes acciones para salvar el procedimiento:

- En un plazo máximo de dos días hábiles contabilizados desde la finalización del plazo de consentimiento de la pérdida de la buena pro, la DEC requiere al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación que presente los requisitos para perfeccionar el contrato en el plazo previsto para tal efecto[30].
- Si el postor que ocupó el segundo lugar no perfecciona el contrato, se puede requerir de manera sucesiva a los postores que ocuparon los siguientes lugares en el orden de prelación que presenten los requisitos para perfeccionar el contrato.
- En caso no se concrete la suscripción del contrato, la DEC devuelve el expediente de contratación a los evaluadores para que el procedimiento de selección se declare desierto.
- Cuando se trate de una subasta inversa electrónica, se llama hasta el tercer lugar de prelación identificado en caso el segundo lugar no perfeccione el contrato.

30 Numeral 91.1 del RLGCP.- Cuando la entidad contratante no cumpla con perfeccionar el contrato dentro de los plazos establecidos en el artículo precedente, el postor ganador de la buena pro puede requerir su cumplimiento, dándole un plazo de cinco días hábiles contabilizados desde el día siguiente de haber sido requerida para proceder al perfeccionamiento del contrato.



4. LA NULIDAD DE CONTRATO

¿Por qué se llega a una declaratoria de nulidad de contrato? Por vicios insubsanables que hacen inviable mantener el vínculo contractual, donde además entra como valor la finalidad de este, que es atender el interés general en forma debida, hecha además a través de una disposición administrativa, por lo que deviene en imperativo abordar el fundamento de esta.

Al respecto, la DTN estableció que la declaratoria de nulidad del contrato constituía una potestad del titular de la entidad, y no una obligación, siendo esta una decisión de gestión, lo que pone a la nulidad en la dimensión de la posibilidad, por lo que este debía "realizar una evaluación del caso en concreto y —en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad— determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato" (Opinión N.° 136-2017/DTN).

La evaluación debe considerar diversos factores, por lo que para optar por ella el titular deberá contar con el sustento técnico y legal pertinente:

> [...] la potestad del Titular de la Entidad para determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato, se deberá realizar evaluando previamente el caso en concreto —habiendo solicitado al contratista el descargo correspondiente— atendiendo a criterios tales como: eficacia y eficiencia, oportunidad de la contratación, costo-beneficio, satisfacción del interés público, estado de avance de la contratación, logro de la finalidad pública, el bienestar de las condiciones de vida de los ciudadanos, entre otros, siendo recomendable la coordinación previa con su asesoría jurídica interna y su área de presupuesto, a fin de tomar la decisión de gestión que resulte más adecuada. (Opinión N.° 032-2019/DTN)

4.1. Causales de nulidad de contrato y determinación de responsabilidades

Normativamente, la nulidad de contrato se encuentra regulada en el artículo 71 de la LGCP y en el artículo 111 del RLGCP, siendo que en la ley se establecen los casos en que corresponde ser declarada:

a) Por haberse suscrito con un proveedor impedido para contratar con el Estado.
b) Cuando se verifique que, durante el procedimiento de selección, se haya presentado documentación falsa, adulterada o con información inexacta que haya sustentado la adjudicación de la buena pro en el procedimiento de selección, previo descargo del contratista.
c) Cuando se haya suscrito, a pesar de encontrarse en trámite un recurso de apelación.
d) Cuando se haya suscrito prescindiendo del procedimiento de selección competitivo respectivo o no se haya cumplido con las condiciones establecidas para utilizar un procedimiento de selección no competitivo o cuando, pese a que correspondía aplicar los procesos de contratación previstos en la presente ley, se simuló la aplicación de alguno de los supuestos excluidos a los que se hace referencia en el artículo 7 de la ley.
e) Cuando por sentencia consentida o ejecutoriada, se evidencie que, durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o apoderados, haya pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad se declara sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal a que hubiere lugar.

A lo expuesto se podría agregar que la aplicación del Código Civil, en la que se estableció que "se podría declarar nulo el contrato, celebrado al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, por alguna de las causales de nulidad establecidas en el Código Civil, como en el caso de haberse perfeccionado incumpliendo los plazos y los requisitos previstos en el artículo 139 y 141 del Reglamento, siendo finalmente el árbitro único o el tribunal arbitral el órgano competente para dilucidar sobre dicha nulidad" (Opinión, N.° 008-2023/DTN).

En cuanto a la determinación de responsabilidades como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato, el numeral 71.2 dispone que la autoridad inicie el deslinde de estas, lo que debe estar consignado en el documento que concretice la decisión.

4.2. La nulidad y la continuidad del contrato

En relación con la declaratoria de nulidad en situaciones donde, por ejemplo, el contrato tiene un significativo avance de ejecución, se ha establecido, respecto de la posibilidad de que este pudiera continuar, lo siguiente:

> [...] deberá tenerse en cuenta que aun cuando en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contraria al principio de eficiencia[31] y al interés público o social involucrado en la contratación.
>
> En virtud de lo expuesto, compete exclusivamente a cada entidad evaluar cada situación concreta y tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que cada supuesto podría acarrear (Opiniones N.° 043-2011/DTN y N.° 021-2010/DTN)

En esta misma línea de análisis, en la Opinión N.° 003-2012/DTN se indicó:

> [...] debe tenerse presente que aun cuando un contrato pueda adolecer de un vicio que acarree su nulidad, por circunstancias excepcionales su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contraria al principio de eficiencia[32] y al interés público o social involucrado en la contratación.
>
> En dicho supuesto, compete a cada entidad evaluar la situación concreta y, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que su decisión podría acarrear (Opinión N.° 003-2012/DTN)

En esta misma línea, en la Opinión N.° 165-2015/DTN, analizando la nulidad de contrato, se indicaba que "si bien es cierto que en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrearía su nulidad, cabe reconocer que, por circunstancias excepcionales, dicho proceder, podría resultar perjudicial para el Estado. Incluso, en algunos casos, declarar la

31 Artículo 4, literal f), de la Ley de Contrataciones del Estado: "Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia".

32 *Idem.*

nulidad del contrato podría carecer de objeto, constituyéndose en un mero trámite formal, dado que la prestación del contratista podría haber concluido o estar por concluir" (Opinión N.° 165-2015/DTN).

En la actual normativa tenemos que el numeral 71.3 de la LGCP ha recogido lo consignado en las distintas opiniones citadas, estableciendo que aun cuando se verifique la configuración de un vicio de nulidad del contrato, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar la continuación de su ejecución, previos informes técnicos y legales favorables que sustenten tal necesidad basada en un análisis costo-beneficio orientado al cumplimiento de la finalidad pública del contrato y de los principios que rigen esta ley, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que corresponda; facultad que es indelegable.

4.3. Evaluación de la declaratoria de nulidad por parte del Tribunal Arbitral. La prelación normativa

El numeral 71.4 de la LGCP determina la prelación normativa que los árbitros deben tener presente al momento de resolver una controversia contractual que verse sobre la nulidad de contrato, indicando que en este caso deberán considerar primero las causales previstas en la ley y en su reglamento y, luego, las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

4.4. El procedimiento de declaratoria de nulidad de contrato

El artículo 111 del RLGCP establece el procedimiento a seguir en los casos en que la administración esté ante la posibilidad de declarar la nulidad del contrato, situación en la cual:

- Deberá correr traslado a la otra parte, a través de la Pladicop, para que se pronuncie en un plazo máximo de 5 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de recibida la notificación.

  Esta decisión permitiría al contratista ejercer su derecho de defensa, no pudiendo por tanto invocar indefensión en un probable proceso arbitral.
- La declaratoria de nulidad se entiende notificada para todos sus efectos con la publicación en la Pladicop.
- En el caso de obras, cuando la declaración de nulidad sea por causa no atribuible al contratista, corresponde la constatación física de la obra y el inventario correspondiente.

4.5. Nulidad de contrato y devolución de garantías

En relación con este tema, se estableció que la normativa de contrataciones del Estado "no ha previsto el momento en el que la Entidad debe devolver las garantías; sin embargo, la Entidad, en una decisión de gestión, puede optar por realizar las acciones que estime pertinentes para impedir que en ese contexto se genere un enriquecimiento sin causa y, una vez que se determinan los saldos a favor o en contra del contratista, proceder a devolver las garantías" (Opinión N.° 064-2023/DTN).

4.6. Consecuencias de la declaratoria de nulidad

La nulidad así declarada, además, generaba consecuencias para ambas partes, las que fueron sistematizadas en la opinión citada, en la que se estableció que entre los efectos que esta decisión generaba se encontraba la de que no podía exigirse "trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifica en el marco de una relación contractual válida; en consecuencia, la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia que éste no genere efectos económicos[33], ello sin perjuicio de las acciones destinadas a impedir el enriquecimiento sin causa u otras a que hubiere lugar [...]" (Opiniones N.° 032-2019/DTN y N.° 136-2017/DTN).

Así, considerando los efectos de la nulidad del contrato, su declaración, en algunos casos puede implicar, a manera de ejemplo, la paralización de una prestación cuyo grado de ejecución es avanzado o la inejecución de una obligación cuyo cumplimiento en un momento determinado es esencial para las funciones de la Entidad[34], situación que hemos tratado precedentemente.

Los criterios también se han establecido respecto de la declaración de nulidad y la inexistencia del contrato, indicándose los siguiente:

> La consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados ac-

33 Así, por ejemplo, en caso de que hubiera quedado consentida la nulidad de un contrato, no correspondería ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, habida cuenta que la determinación de la inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones correspondientes implica reponer las cosas a su estado anterior (véase: Opinión N.° 155-2017/DTN).

34 En este punto, es importante señalar que las contrataciones que se efectúan al amparo de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado tienen por finalidad que las entidades cuenten con los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

> tos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos[35]. De esta manera, la declaración de nulidad de un contrato implica la inexistencia del contrato y la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones contenidas en este. (Opinión N.° 042-2010/DTN)

5. EL PLAZO

El plazo es parte de un concepto más general y abstracto denominado tiempo, tema este último sobre el que se ha escrito mucho desde el lado de la filosofía, y un poco desde el derecho. ¿Qué es el tiempo? Desde la filosofía Norbert Elías ensaya una respuesta:

> [...] la palabra tiempo es el símbolo de una relación que un grupo humano (esto es, un grupo de seres vivos con facultad biológica de acordarse y sintetizar) establece entre dos o más procesos, de entre los cuales toma uno como cuadro de referencia o medida de los demás.
>
> Como proceso de este tipo, como *continuum* de cambio socialmente estandarizado, pueden ser el fujo y el reflujo de la marea, el orto y el ocaso del Sol y de la Luna. Y cuando estos procesos naturales resultan demasiado imprecisos para los fines de los hombres, éstos pueden establecer por cuenta propia procesos más exactos y fiables como medida para otros hechos. Precisamente son estos los relojes: no más que un *continuum* físico en devenir de factura humana, normalizado como cuadro de referencia y medida de otras entidades continuas y cambiantes sociales y físicas, en determinadas sociedades.
>
> Así pues, relacionar diversos procesos entre sí como 'tiempo' significa vincular al menos tres entidades continuas: los hombres que relacionan, y dos o más entidades continuas en devenir de las cuales un cumple en cierto grupo humano con la función de continuum normalizado como marco de referencia para las demás (Elias, 2015, pp. 47 y 48)

El tiempo existe en la medida en que ha sido comprendido por el ser humano, pudiendo tener más variables de las expresadas por Norbert Elias, pero ¿cuál es su relación con el derecho? Tema que complejiza la respuesta, ya que puede tenerse una visión a temporal o ahistórica (por ejemplo, Dios ni los santos envejecen), o histórica (todos los seres humanos envejecemos),

35 Cabanellas (1981, p. 587) señala que la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.

siendo que cuando se vincula al derecho tiene que ver con el nacimiento y ocaso de este.

> Que exista un nexo entre derecho y tiempo es una intuición casi inmediata. Pero mucho menos inmediata y particularmente compleja, es la determinación del nexo.
>
> Por una parte, es una noción común que el derecho vive, nace y muere en el tiempo, y por otra, que el tiempo encuentra en el derecho su dimensión y su medida (Buso, 2012, p. 332)

Fernando Vidal Ramírez delimita aún más la relación entre tiempo y derecho, distinguiendo entre hechos sociales y hechos jurídicos, que vendrían a ser los hechos sociales con implicancias jurídicas, ya que establece como elemento relevante el transcurso de este, siendo en esta perspectiva en el que lo vincula al derecho: "[...] todos los hechos jurídicos tienen lugar en el tiempo y este, con su transcurso, influye gravemente en las relaciones jurídicas, dando lugar a la constitución de derechos subjetivos" (Vidal Ramírez, p. 369).

Agrega el citado autor que en el tiempo se producen distintos hechos jurídicos que:

> [...] constituyen la causa generatriz del nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas son fenómenos que se localizan en el tiempo, lo que conduce a preguntarse si cuando el Derecho se refiere al tiempo alude en realidad al tiempo en sí o lo hace respecto de los acontecimientos temporales, es decir, de los sucesos que ocurren en el tiempo. La respuesta sólo puede ser de que se trata del tiempo en su transcurso. Esta es la idea dominante en cuanto al tiempo como hecho jurídico. (Vidal Ramírez)

5.1. El plazo: inicio de cómputo y suspensión

Establecido el marco teórico general referido al tiempo, y al tiempo jurídico en particular, tenemos que este se vincula al plazo, el que a su vez está relacionado, desde la perspectiva jurídica, al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este orden, la perspectiva jurídica específica es la contractual en la que el transcurso del tiempo, que tiene un comienzo y un final, y que, según las circunstancias, puede ser ampliado o disminuido, se relaciona con el cumplimiento de obligaciones en un plazo determinado.

Por lo tanto, estamos ante un acto medible racionalmente, ya que se encuentra consignado en la ley o en el contrato, período en el cual puede cumplirse o incumplirse, generando consecuencias jurídicas para las partes.

En términos conceptuales, Cabanellas define así el plazo: "Tiempo o lapso fijado para una acción. // Vencimiento del mismo; o término, propiamente dicho" (Cabanellas, 1989, p. 269).

5.2. Diferencia entre plazo de vigencia y plazo de ejecución contractual

Además de lo expuesto, se debe distinguir el plazo de vigencia del contrato del plazo de ejecución contractual, a pesar de que este último se encuentra inmerso en el primero. Pero ¿qué es el plazo de ejecución contractual? Se entiende por este como "el periodo en que el contratista se ha obligado a ejecutar las obligaciones a su cargo" (Opinión N.° 049-2016/DTN).

Este tema que fue desarrollado con más amplitud en la Opinión N.° 040-2019/DTN, donde se indicó:

> [...] la vigencia del contrato rige desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene, o en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio, hasta el otorgamiento de la conformidad de las prestaciones a cargo del contratista y el pago correspondiente, tratándose de bienes y servicios —distintos a los de consultoría de obras—, o hasta el consentimiento de la liquidación y el pago correspondiente, en el caso de ejecución y consultoría de obras. [...] el plazo de vigencia del contrato es distinto al plazo de ejecución contractual, toda vez que este último corresponde al período en que el contratista debe cumplir con ejecutar las prestaciones a su cargo; en ese sentido, el plazo de ejecución contractual está comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato. Por su parte, el plazo de vigencia del contrato rige desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene, o en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio, hasta el otorgamiento de la conformidad de las prestaciones a cargo del contratista y el pago correspondiente (salvo que el pago sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, en cuyo caso el contrato se encontraría vigente hasta la conformidad respectiva), tratándose de bienes y servicios —distintos a los de consultoría de obras—, o hasta el consentimiento de la liquidación y el pago correspondiente, en el caso de ejecución y consultoría de obras. (Opinión N.° 040-2019/DTN)

Establecidas las diferencias, corresponde abordar normativamente cada uno de estos aspectos.

5.3. La vigencia del contrato

El artículo 106 del RLGCP regula la vigencia del contrato, para lo que establece las siguientes reglas:

- El numeral 106.1 indica que este tiene vigencia desde el día siguiente de su suscripción, o desde la notificación de la orden de compra o de servicio, o desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas para su inicio, según sea el caso.
- Por su parte el numeral 106.2 precisa que el contrato rige:

  a) Hasta que se efectúe el pago final, salvo que este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, en cuyo caso el contrato se encuentra vigente hasta la conformidad respectiva; o,

  b) Hasta que se ejecuta la última prestación a cargo del contratista, cuando existan prestaciones que correspondan ser ejecutadas con posterioridad al pago.

  c) Hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato y el pago correspondiente, en el caso de obras y consultoría de obras

5.4. Cómputo del plazo contractual

En cuanto a la forma de su cómputo, el derecho común ha establecido reglas de carácter general que se modulan cuando se aplican en el ámbito de los contratos administrativos. Estando a ello, los artículos 183 y 184 del Código Civil establecen que el plazo se computa de acuerdo con el calendario gregoriano, aplicándose las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Por su parte, el artículo 184 establece que las reglas citadas son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.

5.4.1. Reglas especiales para el cómputo del plazo en la LGCP: el inicio del cómputo y su suspensión

En el ámbito contractual administrativo, los numerales 105.2 y 105.3 del artículo 105 del RLGCP establecen las reglas generales especiales para el cómputo del plazo en los contratos que celebre el Estado, determinando, según sea el caso, tres formas para el inicio del cómputo del plazo de ejecución contractual:

- Se inicia al día siguiente del perfeccionamiento del contrato; o,
- desde la fecha que se establezca en el contrato; o,
- desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.
- Cuando se trate de contratos de supervisión de obra, el plazo de este se encuentra vinculado al contrato objeto de supervisión, disposición concordante con el numeral 62.1 del artículo 62 de la LGCP, que indica: "Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación por supervisar y debe comprender, como mínimo, hasta la recepción de la obra o la conclusión del servicio".

Cada forma de inicio de cómputo estará vinculada a la singularidad del tipo de contrato, sea de bienes, servicios u obras, así como de las circunstancias. Asimismo, hace referencia a los artículos 183 y 184 del Código Civil que hemos citado, indicando que los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el reglamento indique lo contrario, con lo que la norma común adquiere la condición de supletoria.

Pero el plazo, así como discurre, también puede suspenderse, en algunos casos debido a acontecimientos ajenos a alguna de las partes, tal como se indica en el numeral 107.1 del artículo 107 del RLGCP.

> Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y/o costos directos; salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

Esta regla general, que supone un evento no atribuible a las partes, de tal magnitud que incida en la ejecución contractual, es desarrollada por los numerales siguientes donde se citan situaciones específicas:

a) Cuando culmina el evento que produjo la interrupción de las prestaciones

En este caso, las partes suscriben un acta, acordando la fecha de su reinicio, si estas no se pusieran de acuerdo en la fecha en cuestión, la entidad contratante determina la fecha de reinicio.

b) Efectos de la suspensión del plazo contractual: la suscripción del acta

El numeral 107.3 establece que, cuando corresponda, la entidad contratante suspende el plazo de ejecución de los contratos directamente vinculados al contrato suspendido, agregando que, culminado el plazo de suspensión, se suscribe un acta en la que se indique la fecha de reinicio de la ejecución contractual.

Otro efecto de la suspensión se encuentra establecido en el numeral 107.4, donde se indica que durante dicho período no se realizan actividades del alcance del contrato, lo que no niega que se puedan ejecutar otras; "sin embargo, las partes pueden realizar trámites propios de la gestión de contrato, tales como aquellos destinados a la aprobación de prestaciones adicionales u otro tipo de modificaciones contractuales, siempre que ello resulte posible y no contravenga otras disposiciones del RLGCP".

c) Acuerdo de las partes para suspender el plazo de ejecución

El numeral 107.5 incorpora un aspecto novedoso en la suspensión del plazo contractual, y que con seguridad facilitará la solución de controversias, ya que dispone que, previa autorización de la autoridad de la gestión administrativa, las partes pueden acordar la suspensión del plazo de ejecución, aun cuando el evento se deba a causa imputable a la entidad contratante, sin perjuicio de iniciarse el respectivo deslinde de responsabilidades; por lo que también se puede llegar a este resultado cuando la suspensión sea por culpa del contratista.

6. DESARROLLO DE LA EJECUCIÓN Y DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUALES

Los numerales 105.1, 105.4 y 105.5 del artículo 105 del RLGCP regulan aspectos que tienen que ver con el desarrollo de la ejecución contractual que alcanzan a la modificación del contrato.

En cuanto a la notificación de los actos contractuales, se indica que estos se realizan a través del Pladicop y se entienden válidamente notificados

el mismo día que se registran, incluyendo cualquier comunicación entre la entidad contratante y los contratistas.

Por otra parte, el numeral 105.4 se refiere a la suscripción y modificación contractual, indicando que el servidor o funcionario que tenga facultades para suscribir el contrato y sus adendas conforme a las normas de gestión interna de la entidad contratante es quien se encuentra facultado para autorizar cualquier modificación a este, salvo que ello se encuentre reservado a la autoridad de la gestión administrativa o al titular de la entidad.

6.1. Las causales de modificación contractual

Existe el criterio general en la doctrina que el contrato es inmutable (principio de inmutabilidad), el mismo que se proyecta en el ámbito de las contrataciones públicas, tal como quedó establecido en el Pronunciamiento N.° 062-2002 (GTN), donde se indicó que dicha inmutabilidad:

> [...] se debe a que puede vulnerarse el principio de trato justo e igualitario en la medida que quienes intervinieron en el proceso de selección podrían con posterioridad a su participación verse afectados en sus derechos, siempre que varíen las condiciones preestablecidas en la proforma del contrato a favor del postor ganador, permitiéndose con ello, además, la connivencia entre este postor adjudicatario con la entidad convocante, de forma anticipada o posterior a la obtención de la buena pro. (Pronunciamiento N.° 062-2022 (GTN))

En esta línea reflexiva, pero abriendo la posibilidad a la modificación, se estableció que "no resulta posible modificar el contrato por hechos que no son sobrevinientes al perfeccionamiento del mismo o que no son imputables a alguna de las partes, inclusive si el contratista ofreciera mejoras en los bienes o servicios" (Opinión N.° 132-2017/EF).

De acuerdo con lo expuesto, la inmutabilidad no es absoluta, ya que podría proceder en las situaciones descritas en la citada opinión. Así, en los contratos administrativos que tienen por finalidad atender el interés general, la modificación del contrato se puede producir para incrementar o reducir prestaciones, por disposición de la entidad o por acuerdo con el contratista, alcanzando a los contratos de bienes, servicios y obras, siendo esta una prerrogativa de la Administración, tema sobre el cual en la DTN se estableció:

> [...] debemos tener en cuenta que, en los contratos celebrados con los particulares, únicamente el Estado posee ciertas prerrogativas derivadas de su

> condición, para, en supuestos expresamente previstos, modificar unilateralmente un contrato ya suscrito, como sucede, por ejemplo, cuando ordena al contratista la ejecución de adicionales o la reducción de prestaciones. Es decir, únicamente la entidad, dentro de los límites que impone la ley —principio de legalidad— y el respeto a la sustancia del contrato y la esencia de su objeto, puede plantear determinadas modificaciones al contrato expresamente permitidas; potestad que resulta ajena al contratista.
>
> Lo indicado precedentemente no impide que la entidad pueda pactar con el proveedor, de común acuerdo, la modificación de ciertos términos contenidos en el acuerdo original; sin embargo [...] la posibilidad de que el contrato incorpore modificaciones en sus términos no puede implicar variación alguna en las condiciones originales que motivaron la elección del contratista. (Opinión N.° 0602011/DTN)

Al respecto, el numeral 63.1 del artículo 63 de la LGCP establece que los contratos celebrados dentro del alcance de la normativa pueden modificarse por cualquiera de las siguientes vías:

- por acuerdo de las partes;
- por disposición de la entidad contratante; o,
- por solicitud del contratista.

La modificación se debe realizar para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente y en consideración a la estrategia de contratación, siendo que esta es aprobada por la autoridad de la gestión administrativa, con la excepción de los supuestos establecidos en la norma.

6.1.1. La colaboración en la modificación contractual

El numeral 105.5 ingresa al tema de la modificación contractual indicando que para efectos de la ejecución, así como de la modificación, u otros procedimientos, la entidad contratante gestiona mecanismos de colaboración ágil, entre el contratista, la supervisión y la entidad, que faciliten la comunicación permanente y fluida entre las partes, poniendo como ejemplo a las reuniones, citas en campo o sesiones ICE (Integrated Concurrent Engineering), para evaluar posibles riesgos en la ejecución y formular propuestas técnicas oportunas en caso sean necesarias.

En este escenario normativo, el artículo 110 del RLGCP señala las pautas a seguir en las distintas situaciones que pueden generar la modificación contractual por hecho sobreviniente no imputable a las partes.

6.1.2. La no afectación del equilibrio económico del contrato y las causales generales de modificación contractual

Los numerales 62.2 y 62.3 del artículo 62 de la LGCP regulan el requisito de la modificación contractual, y las causales generales de estas. En cuanto al primer extremo, el numeral 62.2 indica que la modificación no debe 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 aplicación del principio de equidad.

Por su parte, el numeral 63.3 refiere los supuestos para la modificación del contrato, siendo estos los siguientes:

- La ejecución de prestaciones adicionales
- La reducción de prestaciones
- La autorización de ampliaciones de plazo
- La modificación por hecho sobreviniente a la suscripción del contrato no imputable a las partes
- Otros contemplados en el reglamento o en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional

6.1.3. Causales de modificaciones cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo. La modificación por hecho del príncipe

En estos casos se establecen 4 causales por las cuales las partes pueden acordar, mediante adenda, otras modificaciones al contrato, siempre que las mismas:

Deriven de hechos sobrevinientes a la suscripción del contrato

No sean imputables a alguna de las partes

Permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente

No cambien los elementos esenciales del objeto contractual

En relación con este tema, se ha abordado la modificación contractual por hecho del príncipe, estableciéndose:

> [...] en caso el Estado Peruano durante la ejecución del contrato emita una norma que determina el incremento de la remuneración mínima vital y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, la Entidad puede modificar el contrato a efectos de ajustar los pagos al contratista, siempre que cuente con la disponibilidad presupuestaria suficiente. (Pronunciamiento N.° 199-2022/OSCE-DGR)

6.1.4. El procedimiento de la modificación cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo

En estos casos la entidad debe seguir el siguiente procedimiento:

- Registra a través de la Pladicop el sustento técnico y legal respectivos conjuntamente con la adenda.
- El sustento técnico lo emite el área usuaria en coordinación con la DEC
- Cuando la modificación contractual implique la modificación del monto contractual, se requiere la autorización previa de la autoridad de la gestión administrativa y la certificación o previsión de crédito presupuestario, según corresponda.
- En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor que evalúe el impacto en el cronograma de ejecución de las prestaciones contractuales; tema sobre el cual el numeral 62.2 del artículo 62 de la LGCP establece que, durante el periodo de supervisión, "el inspec-

tor o el supervisor deben informar a la entidad contratante sobre todos los actos que puedan poner en riesgo la correcta ejecución y culminación de la obra o del servicio, bajo responsabilidad".

La DTN, absolviendo la interrogante respecto de la relación entre modificación del contrato-garantía y plazo para presentarla, indicando que si la aprobación de una modificación convencional implica la variación del precio del contrato:

> [...] se genera la necesidad de que el contratista actualice el monto de la garantía de fiel cumplimiento, proporcionalmente, en función del incremento o disminución del precio que produjera dicha modificación [...] corresponde a la Entidad —en una decisión de gestión— establecer el plazo perentorio que tendrá el contratista para actualizar el valor de la garantía de fiel cumplimiento, el cual debe ser razonable y coherente con el propósito de cautelar la ejecución de dicha garantía frente a un eventual incumplimiento de las obligaciones vigentes del contratista. (Opinión N.° 125-2019/DTN)

6.1.5. La modificación contractual por hecho imputable a alguna de las partes

El numeral 110.5 aborda la posibilidad, de forma excepcional, de que la modificación se efectúe como consecuencia de un hecho imputable a alguna de las partes, siendo esta una situación distinta a la expuesta precedentemente.

En este caso se indica que previa autorización de la autoridad de gestión administrativa, las partes pueden acordar una modificación contractual por hecho sobreviniente, aun cuando esta se deba a causa imputable a alguna de las partes, estableciéndose como condición de que no haya existido dolo después de lo cual se plantean dos situaciones:

- La parte responsable asuma los costos que deriven de la modificación.
- Cuando se trata de la entidad contratante, además, debe iniciarse el respectivo deslinde de responsabilidades.

7. REGLAS GENERALES DE LA REDUCCIÓN DE PRESTACIONES

La reducción de prestaciones es un tema que se puede complicar en la gestión, en particular cuando la relación entre la entidad y el contratista no es de la mejor, y más aún cuando se ingresa al terreno de vacío normativo,

es decir, del procedimiento de la reducción de prestaciones cuando la normativa no lo prevé:

> "[...] conforme al criterio vertido en las Opiniones N.° 156-2016/DTN y N.° 146-2017/DTN, aun cuando la normativa de contrataciones del Estado no lo haya establecido expresamente, la Entidad solo puede aprobar la reducción de prestaciones en aquellos casos en los que la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible; en consecuencia, la reducción no es posible cuando se trate de obligaciones que sean indivisibles. Sin embargo, el OSCE no puede determinar si una prestación en particular es, o no, divisible.
>
> Sobre el particular, Jaime Santos Briz, citado por Raúl Ferrero Costa [2004, p. 88], señala que el "criterio para distinguir las obligaciones divisibles e indivisibles no está en la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas, sino en la naturaleza de la prestación. *Las divisibles son aquellas que tienen por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes sin que se altere la esencia de la obligación*; las indivisibles son aquellas otras cuya prestación no puede realizarse por parte sin alterar su esencia" [las cursivas son agregadas].
>
> En esa medida, la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones cuando la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible, lo cual implica que la prestación pueda ser ejecutada parcialmente sin que ello ocasione un detrimento que le impida cumplir la finalidad para la cual fue contratada; aspecto que corresponde ser evaluado por la propia Entidad, a fin de determinar si la obligación asumida por el contratista reviste las características de una obligación divisible, para que pueda proceder con la reducción de prestaciones contemplada en la normativa de contrataciones del Estado.
>
> Asimismo, es importante precisar que la Entidad solo puede disponer la reducción respecto de aquellas *prestaciones que no hayan sido ejecutadas por el contratista* (aspecto que corresponde ser verificado por la Entidad), y siempre hasta por el límite del veinticinco por ciento (25 %) del monto del contrato original. (Opinión N.° 202-2019-DTN)

Normativamente tenemos que el artículo 109 del RLGCP determina las reglas generales para la reducción de prestaciones en los contratos de bienes, servicios y obras, los que se irán modulando cuando se apliquen en el contrato específico.

En cuanto a las reglas generales, tenemos que estas se refieren inicialmente al tipo de autoridad que dispone la reducción y al nivel de documento que lo permite. En el primer caso es la autoridad de la gestión administrativa, y en el segundo, el nivel del documento es una resolución, en la que se

determina si la reducción de prestaciones implica la reducción del plazo de ejecución contractual.

La reducción de prestaciones puede ser hasta por el 25 % del monto del contrato original[36], lo cual implica una disminución en el monto del contrato, para lo que el área usuaria debe sustentar:

- Que la falta de ejecución de dichas prestaciones no impedirá alcanzar la finalidad del contrato.
- Que la prestación o prestaciones por reducir no hayan sido ejecutadas y deben ser cuantificables y divisibles.
- Que su aprobación se efectúe antes de la conformidad final o suscripción del acta de recepción de la obra, según corresponda.
- Que se cuente con opinión del supervisor, en el caso de obras y consultoría de obras, de corresponder.

Finalmente, el numeral 109.3 indica que en estos casos no es necesario suscribir una adenda, bastando con la publicación a través de la Pladicop de la resolución que lo aprueba.

8. LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL Y LA CESIÓN DE DERECHOS

La cesión de posición contractual constituye una modificación al contrato, tema sobre el cual ampliaremos en las líneas que siguen, pero previamente quisiéramos plantear la distinción entre cesión de derechos y cesión de posición contractual, tema sobre el cual se estableció:

> [...] que la figura de la cesión de derechos es diferente a la figura de la cesión de posición contractual [...] mientras que en la cesión de derechos el contratista cede a terceros su derecho al cobro de la contraprestación que le debe la entidad por la ejecución de la prestación o prestaciones a favor de esta; en la cesión de posición contractual el contratista cedería sus derechos y sus obligaciones[37] a favor de terceros, por lo que el contratista no solo no tendría derecho al cobro de la contraprestación, sino que tampoco ejecutaría la obligación en forma total o parcial, según corresponda, de la prestación o

36 Definido en el anexo de definiciones del RLGCP como "el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en los documentos del procedimiento de selección y la oferta ganadora".

37 El artículo 1437 del Código Civil establece que en la cesión de posición contractual: "El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión".

prestaciones debidas por el contratista a la entidad. (Opinión N.° 054-2011/DTN)

Normativamente, tenemos lo establecido en el artículo 65 de la LGCP, que regula la cesión de derechos y de posición contractual, tanto del contratista como de la entidad; lo que también es regulado por el artículo 112 del RLGCP.

8.1. La cesión de derechos y de posición contractual por el contratista

En el numeral 65.1 de la LGCP se establece respecto de la cesión de derecho contractual, que el contratista "puede ceder su derecho al pago a favor de terceros o de un fideicomiso, salvo cuando exista alguna disposición legal o reglamentaria que lo prohíba". El fundamento de la prohibición reside en que estos han sido seleccionados a través de un procedimiento competitivo, "considerando las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, situación que podría verse afectada si se permitiera ceder las obligaciones y derechos[38] (asumidos en virtud del contrato con la Entidad) a un tercero ajeno a la relación contractual, respecto del cual —al no haber sido seleccionado a través del procedimiento de selección respectivo— no existe garantía de la idoneidad de la prestación pendiente de ejecución" (Opinión N.° 037-2019/DTN).

En cuanto a la cesión de posición contractual, el citado numeral 65.1 plantea como regla general la improcedencia, salvo en los casos que se establezcan en el reglamento, los que se encuentran establecidos en el artículo 112 del citado cuerpo legal:

- Solo procede la cesión de posición contractual del contratista en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las entidades contratantes.
- Cuando se produzcan fusiones, escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente, tema sobre el cual seguidamente citamos la Opinión N.° 087-2013/DTN, referida a los alcances de la reorganización simple. Así, ante la consulta formulada "¿es válida la cesión de posición contractual del contratista que se sustenta en un proceso de reorganización simple expresamente reconocido en el artículo 391 de la Ley N.° 26877, Ley General de Sociedades, ¿así como los alcances de la norma?", la respuesta fue que:

38 El artículo 1437 del Código Civil establece que en la cesión de posición contractual: "El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión. [...]".

> [...] la reorganización simple no se encuentra entre los supuestos taxativos de excepción a la prohibición de cesión de posición contractual previstos en la normativa de contrataciones del Estado.
>
> Cabe precisar que, cuando el Reglamento comprende entre las excepciones a la regla general antes mencionada a aquellos supuestos en los que "exista norma legal que lo permita", se refiere a una ley que, específicamente, autorice a realizar la cesión de posición contractual en el marco de los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado [...] El artículo 391 de la Ley General de Sociedades señala que: "Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes".
>
> De acuerdo con la disposición citada, la reorganización simple implica la división o desmembración del patrimonio de la sociedad reorganizada en bloques patrimoniales, para ser aportados[39] a otra sociedad o sociedades [...] En virtud de lo expuesto, en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, no resulta procedente la cesión de posición contractual del contratista cuando este se encuentre inmerso en un proceso de reorganización simple, pues ello [...] vulneraría el principio de legalidad y el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos. (Opinión N.° 087-2013/DTN)

8.2. La cesión de posición contractual parcial

En relación con la cesión de posición contractual parcial y las posibilidades de su aplicación en el marco de la normativa de contratación pública, se ha indicado:

> La cesión de posición contractual parcial es una figura admitida por la doctrina —y comprendida en la figura general de la cesión de posición contractual— que podría ser utilizada por el contratista en los casos de decisión, cabe señalar que dicha figura debe permitir la normal gestión del contrato por parte de la Entidad; en ese sentido, le corresponde a esta última como beneficiaria de la contratación, evaluar para cada caso en concreto y según las particularidades de cada prestación, las implicancias técnicas, legales, económicas y operativas que podrían generarse a partir de una cesión de posición contractual parcial realizada por el contratista como consecuencia de un proceso de escisión. A partir de dicha evaluación deberá definir si se garantiza la adecuada continuidad del contrato y en consecuencia si resulta viable continuar con su ejecución, de lo contrario, podría aplicar los reme-

39 Según Cabanellas (2006, p. 364), "aportar" se define así: "Contribuir a la sociedad con la parte de bienes, dinero, trabajo o dirección que corresponda".

dios contractuales correspondientes, considerando que la cesión realizada por el contratista es un hecho no atribuible a la Entidad.

Bajo ninguna circunstancia, la cesión de posición contractual —que es un hecho no atribuible a la Entidad— puede ser una herramienta para que el contratista se sustraiga de las obligaciones asumidas, o para evadir otras consecuencias jurídicas previstas por la normativa de contrataciones del Estado, como evadir los efectos de una eventual sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado. (Opinión N.° 062-2021/DTN)

8.3. La cesión de posición contractual de una entidad a otra entidad

En este caso se trata de la entidad contratante que cede a otra entidad pública su posición contractual, decisión que tendría su fundamento en el hecho de "que la finalidad del procedimiento de selección es que se elija la mejor oferta bajo las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio —con el objeto de satisfacer una necesidad y de alcanzar una finalidad pública—, dicho objetivo no se vería afectado si se efectuase la cesión de posición contractual entre Entidades, pues la selección se habría efectuado de la misma manera respecto del contratista cedido"[40] (Opinión N.° 037-2019/DTN).

Por otro lado, tenemos que en el numeral 65.2 de la LGCP se establece que las entidades contratantes pueden ceder su posición contractual, con conocimiento de la otra parte, sin necesidad de aprobación previa o posterior, disposición que es desarrollada en el numeral 112.2 del RLGCP, en el que se establecen los casos de procedencia, previo sustento técnico legal de la DEC:

a) Cuando las funciones de una entidad contratante sean trasladadas a otra que como consecuencia asume su posición contractual en los contratos relacionados con estas funciones.
b) Cuando la entidad contratante se extinga, fusione, escinda o sea absorbida por otra.
c) Cuando desaparezca la necesidad de la entidad contratante y la entidad cesionaria acredite dicha necesidad programada en su CMN, siempre que se sustente que la cesión resulta económica y técnicamente más ventajosa para el Estado, de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia y vigencia tecnológica, entre otros, que resulten aplicables.
d) Por norma expresa

40 Criterio establecido en la Opiniones N.° 172-2017/DTN y N.° 010-2009/DOP.

9. LA SUBCONTRATACIÓN, LAS PRESTACIONES ESENCIALES Y LA PROHIBICIÓN

El artículo 108 del RLGCP determina los términos en que la subcontratación puede desenvolverse en los contratos regulados por la norma que nos concita, tanto para los casos de bienes, servicios, como de obras. Así, entre los numerales 108.1 y 108.4 discurren el monto máximo y el procedimiento de la subcontratación.

En cuanto al monto máximo, el numeral 108.1 indica que se puede subcontratar por un máximo del 40 % del monto del contrato vigente[41] de bienes, servicios u obras, agregando algunas condiciones para el caso de bienes y servicios, en los que indica que las bases pueden especificar las prestaciones esenciales que no pueden ser materia de subcontratación o, de así haberse evaluado en la estrategia de contratación, que no se permite la subcontratación, con el sustento correspondiente.

Por su parte, el numeral 108.4 indica que no cabe subcontratación en la contratación de evaluadores expertos o especialistas técnicos de los contratos estandarizados.

El numeral 108.2 regula el procedimiento a seguir, estableciendo que el contratista presenta a la entidad contratante la solicitud de subcontratación que contiene como mínimo lo siguiente:

- El alcance de la subcontratación
- RNP vigente del subcontratista

9.1. La decisión de la entidad y el silencio negativo

Después de presentada la documentación descrita, el numeral 108.3 indica que la entidad contratante aprueba o deniega la subcontratación de manera previa, en un plazo de cinco días hábiles contabilizados desde el día siguiente de formulado el pedido, sustentando su decisión. De no pronunciarse en dicho plazo, se entiende denegada la solicitud.

41 Definido en el anexo de definiciones del RLGCP como "el contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato".

Capítulo XXXIV

REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO (II)

Las garantías del cumplimiento de las obligaciones. Garantía pre contractual y contractual. Marco general de las garantías en la LGCP. La emisión, mecanismos de garantía, ampliación y reducción de garantías. La ejecución de garantías. Variación de la garantía. La garantía de fiel cumplimiento para bienes y servicios. Excepciones a la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias en bienes y servicios. Garantías a cargo de la entidad: el contrato de arrendamiento

SUMARIO: 1. Garantía precontractual y contractual en la doctrina. 1.1. Garantías provisionales o de seriedad de oferta. 1.2. La garantía precontractual y su intermitencia en la normativa de contrataciones públicas en el Perú. 1.3. Las garantías definitivas. 1.4. Semejanzas entre la garantía provisional y definitiva. 2. Las entidades públicas y las garantías precontractuales y definitivas. 3. Marco general de las garantías en la LGCP. 3.1. Los requisitos y características de las garantías financieras. 3.1.1. Garantías financieras, su realización y responsabilidad del ente emisor. 3.1.2. Las empresas que emiten garantías financieras y la información a la entidad y a la CGR. 4. Las garantías en la LGCP y en el RLGCP. 4.1. Emisión de garantías y a favor de quién. 4.2. Mecanismos de garantía. 4.2.1. La póliza de caución. El contrato de seguro. Definición y desenvolvimiento en la LGCP y el RLGCP. 4.2.2. El fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento. 4.2.3. Carta fianza financiera. 4.2.4. La retención de pago y casos en que opera. 4.3. La ampliación o reducción de garantías por modificaciones contractuales. 4.3.1. Ampliación-reducción de garantías. 5. La ejecución de garantías. 5.1. Casos de ejecución de garantías. 5.1.1. Ejecución de garantías de fiel cumplimiento. 5.1.2. Ejecución de las garantías de adelantos, de fiel cumplimiento o de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias y los supuestos de devolución. 5.1.3. La evaluación y responsabilidad de la entidad y de las entidades financieras en la ejecución. 5.1.4. Casos en que no se ejecuta la garantía por renovación. 6. La variación de la garantía por parte de una MYPE. 7. La garantía de fiel cumplimiento para bienes y servicios: comisión de éxito, contratos de suministro y de bienes. 7.1. Excepciones a la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias en bienes y servicios. 8. Garantías a cargo de la entidad: el contrato de arrendamiento.

La obligación esencial del contratista es cumplir en forma debida con las obligaciones que ha asumido ante la entidad contratante, escenario en el que aparecen las garantías contractuales, las que constituyen la realización de lo que se denomina en contratos administrativos cláusulas exorbitantes, las que a su vez son exteriorización del ejercicio de la potestad administrativa (Dromi, 1995, p. 335)[42], por cuanto en la relación Administración-contratista tienen como objeto el "asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución posterior" (García de Enterría & Fernández, 2001, p. 709).

Desde la perspectiva expuesta, en su desenvolvimiento las garantías cumplen una doble función, las de ser, a la vez, compulsivas y resarcitorias. En el primer caso, mediante la función compulsiva se pretende "compeler al contratista a cumplir sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este"; mientras que, en el segundo, en la función resarcitoria, se busca que través de su ejecución "indemnizar a la entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista" (Opinión N.° 068-2012-DTN/OSCE).

Además de lo expuesto se tiene que en doctrina se establecen dos momentos para la presentación de las garantías Así, según sea el caso, inicialmente se pueden requerir en la fase de selección, o en la de ejecución contractual, correspondiendo a cada ordenamiento jurídico-administrativo optar por una u otra, o por ambas.

1. GARANTÍA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA

Al constituir el contrato administrativo un proceso donde la voluntad de la Administración estatal se va preparando mediante la ejecución de una serie de fases preclusivas, las garantías se utilizan en estas fases bajo denominaciones y fines distintos, como son las precontractuales o contractuales.

42 Dromi (1995, p. 335) señala: "La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que 'la garantía de la oferta de ningún modo expresa el ejercicio del poder de policía del Estado sino, más bien, las potestades que este tiene de imponer cláusulas exorbitantes de derecho común en sus relaciones contractuales y su cobro no significa la aplicación de una multa'".

La primera, la precontractual, también denominada de caución provisoria, o garantía de oferta o "garantía de mantenimiento de propuesta" o "provisionales", a cargo del postor; y la segunda, la de "caución definitiva o garantía contractual o de adjudicación que debe constituir el contratista", denominada también garantía de fiel cumplimiento.

En síntesis, la precontractual se ubica en la fase de selección debiendo ser otorgada por todos los oferentes o proponentes; y la contractual se vincula a la formalización o perfeccionamiento del contrato, que solo será otorgada por el adjudicatario elegido (Dromi, 1995, cap. XVII), a las que se pueden agregar otras, como las garantías por adelantos.

1.1. Garantías provisionales o de seriedad de oferta

La garantía precontractual o provisional avala la solemnidad de la oferta, y constituye "una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento" (Dromi, 1995, p. 519); siendo así un instrumento disuasivo destinado a preservar la seriedad en las ofertas, tal como se denominaba en el Perú.

El objeto de su requerimiento y presentación, tal como indica García-Trevijano Garnica, es el de evitar la participación "de personas que carezcan de un interés real en convertirse en adjudicatarios y, por lo tanto, en cumplir el objeto del contrato" (García-Trevijano Garnica, 1997, p. 30).

En este orden, la Administración las exige para garantizar el mantenimiento de la oferta hasta el otorgamiento de la buena pro, constituyendo un medio para asegurar, respecto del postor, "el cumplimiento, en esta etapa precontractual, de sus obligaciones frente a ella" (Dromi, 1995, pp. 335 y 336), así como "la obligación del adjudicatario de formalizar el contrato" (García de Enterría & Fernández, 2001, p. 709). Este entendimiento supone que el postor debe mantener su oferta "durante el plazo que se estipula en la ley o en los pliegos de condiciones", por lo que en caso de incumplimiento (retiro de la oferta antes del plazo fijado, o no aceptar la adjudicación o negarse a suscribir el contrato) se genera la pérdida de esta (ejecución) por parte del verdadero acreedor, el interés público (Dromi, 1995, p. 333).

En este mismo sentido se pronunció, en su momento, el TCP en la Resolución N.° 490-2010-TC-S2: "[...] la exigencia de la garantía de seriedad de la oferta [...] se justifica en el hecho de dotar de seriedad a las propuestas que eventualmente se presenten a los procesos de selección", buscándose de esta forma "que los postores traten de preservar la seriedad en las ofertas

formuladas, evitando la participación de personas que carezcan del interés de cumplir con el objeto del contrato".

Desde esta perspectiva, las garantías provisionales se configuran como "arras de aseguramiento" o "arras penitenciales", ya que el desistimiento del postor acarrearía su pérdida.

1.2. La garantía precontractual y su intermitencia en la normativa de contrataciones públicas en el Perú

Desde la perspectiva legal tenemos que nuestro marco normativo ha tenido una relación contradictoria con este tipo de garantía. El antiguo Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales, aprobado por Decreto Supremo N.° 065-85-PCM, consideraba a este tipo de garantía y su ejecución en el numeral 2 del artículo 3.2.4 y en el artículo 5.1.5., criterio que fue recogido en la redacción inicial del artículo 40 de la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y luego, vía modificación efectuada por la Ley N.° 28267, se suprimió, para reincorporarla después de algunos años en el artículo 39 del Decreto Legislativo N.° 1017, para ser nuevamente suprimida en la modificación efectuada por la Ley N.° 29873, no siendo considerada en las Leyes N.° 30225 y la N.° 32069.

Las razones de estas idas y vueltas tienen que ver con el incremento del costo de transacción para los postores, que es el criterio que ha primado frente al aseguramiento del mantenimiento de la propuesta.

1.3. Las garantías definitivas

La fase integrativa tiene como antesala la presentación de la garantía de fiel cumplimiento (contractual o definitiva) por parte del postor ganador de la buena pro que ha quedado consentida. Así, en el marco del procedimiento de contratación, los postores ganadores de la buena pro se encuentran en la obligación de presentar las garantías al momento de la firma del contrato, siendo cualquier disposición en contrario es ilegal, tal como lo ha establecido el tribunal en un caso donde un funcionario de la entidad opinó en contrario. Sin el cumplimiento del requisito de la garantía no se puede suscribir contrato:

> [...] en cuanto a que acordaron con el asesor legal de la entidad para que las garantías fueran presentadas con posterioridad a la firma del contrato, es preciso señalar que tanto los trabajadores de las entidades como los administrados, están en la obligación de actuar de acuerdo al ordenamiento

> legal correspondiente, en consecuencia, el presunto acuerdo entre el postor y un funcionario de la entidad, carece de protección legal. (Resolución N.° 662/2005/TC-SU)

En relación con el objeto de este tipo de garantías, tenemos que es, esencialmente, el cumplimiento del contrato conforme a lo pactado (Escribano Testaud *et al.*, 2003, p. 440); siendo que funcionan "como penalidades convencionales que tratan de asegurar los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación contractual, sin perjuicio de la obligación de reparación de daños y perjuicios que puede añadirse a la incautación de dicha garantía en caso de incumplimiento culpable" (Escribano Testaud *et al.*, 2003, p. 440).

En este orden, y como hemos indicado, la garantía de fiel cumplimiento tiene como fin el respaldar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista tras la firma del contrato y, a la vez, desde las perspectiva del resarcimiento, compensar a la Administración por cualquier retraso, que sea responsabilidad del contratista, y que implique la frustración de la ejecución del contrato, generándose perjuicios para la Administración y desatención del interés general, "perjuicios estos de difícil evaluación, que por esa razón se evalúan a priori de forma objetiva a través de la fianza" (García-Trevijano Garnica, 1997, p. 710), por lo que la garantía "debe cubrir todas las obligaciones a cargo del contratista, derivadas de su vínculo contractual [...] debe responder del necesario 'buen hacer' del contratista y de las posibles responsabilidades en que pueda incurrir por defectos de los bienes suministrados, de las obras ejecutadas" (Dromi, 1995, p. 531).

Por su parte, García de Enterría considera que este tipo de garantía "responde de las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato [...] y de los daños y perjuicios que el contratista pueda ocasionar a la Administración por motivo de la ejecución del contrato, así como de los gastos originados a la misma por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones [...]" (García de Enterría & Fernández, 2001, p. 710).

1.4. Semejanzas entre la garantía provisional y definitiva

Estas diferencias coexisten con sus semejanzas, que se articulan a partir de las características de cada una de ellas. Lo común está en que ambas son unilaterales, obligatorias, consustanciales o accesorias, inembargables, independientes, opcionales en cuanto a la forma de presentar la garantía (Dromi, 1995, pp. 333-337), siendo acreditadas por el postor o contratista, según sea el caso, por lo que solo involucran a los administrados.

En doctrina se asume que son obligatorias y consustanciales al contrato. Son *numerus clausus*, existiendo opcionalidad respecto al medio de presentación (Párraga, Espinoza, 2005), y constituyendo parte de la obligación principal, tal como lo señala García-Trevijano , para quien "la obligación de prestar garantía definitiva en los contratos administrativos no constituye [...] una obligación accesoria, sino que forma parte de la obligación principal misma" (García-Trevijano Garnica, 1997, p. 102).

2. LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y LAS GARANTÍAS PRECONTRACTUALES Y DEFINITIVAS

¿Por qué las entidades públicas no presentan garantías? Al respecto, tenemos que la omisión se debe a que estas no buscan proteger al postor o contratista, sino a la Administración, pero además debido a que "el hecho de la solvencia de la Administración viene dada de antemano por la existencia de crédito presupuestario para el pago del contrato" (Escribano Testaud *et al.*, 2003, pp. 437 y 438).

Este criterio se relativiza sobre la base de la experiencia, por cuanto en la Administración pública una cosa es ser solvente, y otra es pagar. Si bien esta es la posición doctrinaria, debemos indicar, como veremos más adelante, que nuestra normativa sí considera que las entidades otorguen garantías, específicamente para el caso de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.

3. MARCO GENERAL DE LAS GARANTÍAS EN LA LGCP

Se han establecido algunas pautas respecto de las exigencias adicionales que podría disponer la entidad respecto de las garantías en la fase de perfeccionamiento del contrato. Así, se indica lo siguiente: "No resultaría razonable establecer obligaciones dirigidas a los postores o contratistas —no previstas en la normativa de contrataciones del Estado o en la normativa especial de la materia—, relacionadas a la tramitación de la carta fianza, en tanto estas supongan exigencias o formalidades costosas e innecesarias y/o puedan limitar la libre concurrencia de proveedores" (Opinión N.° 056-2023/DTN).

Las garantías vienen consignadas en cláusulas obligatorias, tal como lo establece el artículo 60 de la LGCP, por lo que su presencia se encuentra amparada por el principio de legalidad, siendo que su ausencia, además de generar la responsabilidad funcional, puede acarrear la declaratoria de nulidad del contrato.

Tal como se ha establecido en las distintas definiciones que se han glosado, las garantías están vinculadas al cumplimiento de las obligaciones de los contratistas, a efectos de "cubrir el adelanto de pago, y el fiel cumplimiento del contrato, así como el fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias", por lo que estas se desenvuelven en tres momentos del contrato.

3.1. Los requisitos y características de las garantías financieras

Las garantías establecidas en el ámbito doctrinario se desenvuelven en la normativa de contrataciones, salvo la garantía de seriedad de oferta o precontractual y la garantía por el monto diferencial de propuesta, las que no han sido consideradas en la nueva normativa.

Los numerales 61.4, 61.5, 61.6 y 61.7 del artículo 61 de la LGCP establecen reglas y requisitos para las garantías que emitan las empresas del sistema financiero, disposiciones que alcanzan a la SBS.

3.3.1. Garantías financieras, su realización y responsabilidad del ente emisor

Se exige que sean incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad contratante bajo responsabilidad de las empresas que las emite, tal como se indica en el numeral 61.4 de la LGCP.

La realización automática implica que, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión[43] alguna a la ejecución de las garantías, debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres días hábiles; la demora en el trámite de ejecución genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y ocasiona el pago de intereses legales en favor de la entidad contratante.

En cuanto a la realización automática, en la Opinión N.° 012-2011/DTN, ante la consulta "¿pueden las empresas emisoras solicitar otra forma de honramiento de las garantías?", la respuesta de la DTN fue precisar previamente lo que se entiende por "honrar" indicando que:

43 "Excusión" significa, según Cabanellas, en el *Diccionario de derecho usual*, en materia de obligaciones, el "derecho con que cuenta, salvo haberlo renunciado o estar excluido por ley, el que puede obligar al acreedor a que previamente intente hacerse el pago con los bienes del deudor principal. Es característico de la fianza, donde se le denomina beneficio de excusión ante la eventualidad de la exigencia judicial del crédito" (1989, p. 627).

> [...] por "honrar" se entiende pagar a la entidad el monto dinerario garantizado, en la medida que las garantías fueron emitidas a efectos de garantizar montos dinerarios determinados.
>
> Adicionalmente, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que las empresas emisoras realicen "otra forma de honramiento de las garantías", ni que las entidades acepten dichas formas[44].
>
> En tal sentido, debe señalarse que en el supuesto que la empresa que emitió una garantía proponga a la entidad "otra forma de honramiento", la entidad no podría aceptarla. (Opinión N.° 012-2011/DTN)

3.1.2. Las empresas que emiten garantías financieras y la información a la entidad y a la CGR

Tratándose de garantías emitidas a favor de una entidad estatal, el numeral 61.5 de la LGCP dispone que el ente emisor debe encontrarse bajo la supervisión directa de la SBS, debiendo contar además con clasificación de riesgo B o superior, y estar autorizadas para emitir garantías o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el BCR.

La relación entre garantías y SBS es de suma importancia, por cuanto esta institución tiene la responsabilidad de certificar a las instituciones bancarias y financieras que cuentan con la solvencia económica suficiente para otorgar estas garantías a favor de los postores ganadores de la buena pro y contratistas, según sea el caso.

Sobre el particular, de la consulta de la página web de la SBS, a la fecha de publicación del presente libro, hemos extraído la siguiente relación de empresas financieras habilitadas para emitir cartas fianzas:

Empresas del sistema financiero autorizadas a emitir cartas fianza

Banco	Financiera
Alfin Banco	Financiera Confianza
Agrobanco	Financiera Efectiva
Bbva	Financiera Oh
Banco Bci	Financ. Proempresa
Bancom	Financiera Qapaq
Banco De Credito	Mitsui Auto Finance
Nacion	

44 Cabe precisar que la actuación de los funcionarios públicos se encuentra sujeta al principio de legalidad, el cual determina que "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".

Banco Falabella
Banco Gnb
Banbif
Interbank
Banco Pichincha
Banco Ripley
Santander Peru
Bank Of China (Peru)
Citibank Del Peru
Compartamos Banco
Cofide *
Icbc Peru Bank S.a.
Mibanco
Bn. Santander Cons.
Scotiabank Peru

Caja Municipal de Ahorro y Crédito	Caja Rural de Ahorro y Crédito
Cmac Cusco	Crac Cencosud Scotia
Cmac Arequipa	Crac Los Andes
Cmac Del Santa	Crac Prymera
Cmac Huancayo	Crac Incasur
Cmac Ica	
Cmac Maynas	
Cmac Paita	
Cmac Piura	
Cmac Tacna	
Cmac Trujillo	
Cmcp Lima	

Empresa de Créditos	Aflanzadora y de Garantías
Emp. Cred.vivela	FOGAPI
Emp. Cred.alternativa	

COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO AUTORIZADAS A EMITIR CARTAS FIANZA

Las COOPAC autorizadas a emitir cartas fianzas válidas para procesos de contratación con el Estado, son aquellas a las cuales se le ha asignado el Nivel Modular N°2 o el Nivel Modular N°3, y tienen autorización expresa para realizar como mínimo las operaciones del Nivel N°2, siempre que, además, cumplan con los requisitos exigidos en las normas de contratación estatal, como por ejemplo el artículo 148 del Reglamento de la Ley N.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.° 344-2018-EF y modificatorias; el artículo 60 del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial por la Reconstrucción con Cambios, aprobado por Decreto Supremo N°071-2018-PCM y modificatorias, entre otros".

(*): COFIDE se encuentra autorizada a otorgar cartas fianza, siempre y cuando ello se realice a favor (como cliente garantizado o beneficiario de la garantía) de empresas del sistema financiero y entidades de fomento.

Tratándose de garantías emitidas a favor de una entidad estatal, el artículo 39º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, es claro en señalar que los emisores de las garantías que se pueden aceptar en los procesos de contratación correspondientes deben ser entidades que se encuentren dentro del ámbito de supervisión de esta Superintendencia o estar consideradas en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Empresas del sistema de seguros autorizadas a emitir fianzas* que garantizan obligaciones crediticias

Seguros
La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.
Cesce Perú S.A. Compañía de Seguros (antes SECREX Compañía de Seguros)
Rimac Seguros y Reaseguros
Avla Peru Compañia de Seguros S A (antes Aval Peru Compañía de Seguros S.A)
Liberty Seguros S A
Chubb Perú S.A. Compañia de Seguros y Reaseguros
Mapfre Peru Compañia de Seguros y Reaseguros S.A
Insur S.A Compañia de Seguros

Empresas del sistema de seguros autorizadas a emitir pólizas de cauciones y fianzas* que no garantizan obligaciones crediticias

Seguros
La Positiva Seguros y Reaseguros S.A.
Cesce Perú S.A. Compañía de Seguros (antes Secrex Compañía de Seguros)
Rimac Seguros y Reaseguros
Avla Peru Compañia de Seguros S A (Antes Aval Peru Compañía de Seguros S.A)
Liberty Seguros S A
Qualitas Compañia de Seguros S.a.
Crecer Seguros S.A. Compañía de Seguros
Pacifico Compañia de Seguros y Reaseguros
Interseguro Compañia de Seguros S A
Chubb Perú S.A. Compañia de Seguros y Reaseguros
Mapfre Peru Compañia de Seguros y Reaseguros S.A
Bnp Paribas Cardif S A Compañia de Seguros y Reaseguros
Protecta S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros
Insur S.A. Compañia de Seguros

(*): El término fianza refiere indistintamente a fianzas o cartas fianzas.

Finalmente se indica que, en estos casos, las entidades financieras facilitan su verificación a las entidades públicas beneficiarias y a la CGR, por lo que deben implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de lo dispuesto por el numeral 61.7 de la LGCP.

4. LAS GARANTÍAS EN LA LGCP Y EN EL RLGCP

En el marco normativo citado, la presentación de la garantía contractual constituye requisito previo para la suscripción del contrato y el medio para garantizar el cumplimiento de este, la que tiene por finalidad el respaldar la conducta del contratista de acuerdo con lo pactado en el contrato administrativo, más que la de compensar a la entidad por un posible daño (Párraga Espinoza, 2005), por lo que no pueden ser asumidas como medio indemnizatorio, ni "extenderse sus alcances a cubrir los posibles riesgos de incumplimiento de obligaciones sociales del contratista, ni otras deudas u obligaciones que no se deriven del estricto cumplimiento del contrato" (Párraga Espinoza, 2005). Este criterio afectaría la visión resarcitoria amplia, algo que no está contemplado en la LGCP.

Al respecto, el numeral 61.1 de la LGCP indica que el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas debe estar debidamente garantizado a efectos de cubrir el adelanto de pago, el fiel cumplimiento del contrato, así como el fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias; aspectos que desarrolla en los numerales que siguen, así como en el reglamento.

4.1. Emisión de garantías y a favor de quién

En relación con la emisión de garantías y a favor de quién, en la Opinión N.° 068-2012, ante la consulta "¿una institución financiera autorizada por la SBS puede emitir carta fianza o póliza de caución, de ser el caso, a favor de sí mismo a fin de garantizar su participación como postor en un proceso de selección o como contratista para la suscripción del contrato?", la DTN estableció:

> [...] para asegurar que las entidades podrán ejecutar las garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, es necesario que quien emite una garantía sea alguien distinto al postor y/o contratista, según corresponda, pues, de lo contrario, se pondría a dicho postor y/o contratista en un conflicto de intereses —al ser deudor y fiador o asegurado y aseguradora al mismo tiempo—, pudiendo este negarse y/o retrasar la ejecución de las garantías; enervándose de esta manera su finalidad y poniendo a la entidad en una situación de indefensión. (Opinión N.° 068-2012-DTN/OSCE)

Sobre el particular, la SBS[45], en respuesta a la consulta formulada por el fenecido OSCE, señaló que "el artículo 1868 del Código Civil es claro al estipular que, por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor, de lo que, claramente, se concluye que el fiador la constituye para garantizar obligaciones de personas ajenas a él, y no propias" (Oficio N.° 17099-2012-SBS).

4.2. Mecanismos de garantía

En los numerales 61.2 y 61.3 de la LGCP establece los siguientes cuatro mecanismos de garantía:

- El fideicomiso
- La carta fianza financiera
- El contrato de seguro
- La retención del pago

45 Mediante Oficio N.° 17099-2012-SBS.

4.2.1. La póliza de caución y el contrato de seguro: definición y desenvolvimiento en la LGCP y el RLGCP

La poliza de caución, que es un contrato de seguro, implica la participación de una empresa aseguradora, la que actúa como garante del deudor, en este caso el contratista, y se define como "contrato de seguro por el cual la empresa aseguradora (garante), mediante el cobro de una prima, protege al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de una obligación específica asumida legal o voluntariamente por el garantizado (deudor principal o fiado), protección que opera evidentemente a los términos y condiciones que consten en la correspondiente póliza" (Ortega Piana, 2006, p. 115).

Tema sobre el cual el fenecido OSCE se pronunció, en una opinión emitida por la DTN, en los siguientes términos: "[...] si bien la póliza de caución es un instrumento distinto a la carta fianza, su función es similar pues ambas cumplen con garantizar una obligación ajena que tiene su origen en la relación 'proveedor- Estado', en el marco de las contrataciones del Estado" (Opinión N.° 068-2012-DTN/OSCE).

En síntesis, el seguro de caución es el seguro que garantiza al acreedor de una obligación el resarcimiento de los daños que puede provocar su incumplimiento (de las obligaciones contractuales o legales del tomador del seguro) (Hoyos Elizalde, 2012).

¿En qué se diferencia la carta fianza de la póliza de caución? La diferencia sería con relación a los sujetos intervinientes. En la fianza, tomador y asegurado son siempre la misma persona. En la caución, tomador y asegurado son sujetos distintos, por cuanto tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede ser desencadenante del siniestro, mientras que asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro, quien ocupa frente al asegurador una posición acreedora, siendo el beneficiario de la eventual indemnización. Otra diferencia sería la del riesgo cubierto. Así, mientras que en la fianza el crédito protege al acreedor frente a la insolvencia definitiva del deudor, en el seguro de caución protege al acreedor frente al mero incumplimiento del deudor (Hoyos Elizalde, 2012, p. 36).

Respecto a la posibilidad de que exista identidad entre la compañía aseguradora y el tomador de seguro, en el citado Oficio de la SBS se estableció que "la póliza de caución como contrato requiere la participación de dos partes, la compañía aseguradora y el tomador del seguro o contratante, lo cual no se cumple en los casos en que dicha póliza haya sido emitida por la propia aseguradora obligada, además de que no permitiría cumplir con la finalidad antes descrita".

Por lo tanto, en el marco de las contrataciones del Estado, ni la carta fianza ni la póliza de caución pueden ser emitidas por empresas financieras o de seguros a favor de sí mismas.

El contrato de seguro se encuentra regulado en el literal c) del numeral 61.2 del artículo 61 de la LGCP, y en el artículo 115 del RLGCP. El primero establece que este puede ser otorgado como:

- garantía de adelanto de pago;
- garantía de fiel cumplimiento del contrato;
- garantía de fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias.

Por su parte el segundo, el artículo 115 precisa que, en caso de optarse por un contrato de seguro como la póliza de caución para garantizar el fiel cumplimiento, este debe cumplir las mismas condiciones establecidas en el numeral 61.4 del artículo 61 de la LGCP[46], agregando que las empresas aseguradoras, deben encontrarse bajo la supervisión directa de la SBS.

4.2.2. El fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento

El literal b) del numeral 61.2 del artículo 61 de la LGCP indica que este mecanismo, que es propuesto a la entidad por el proveedor puede constituirse:

- el adelanto de pago, y,
- el fiel cumplimiento del contrato.

Esta disposición es complementaria con las reglas para su uso referidas en el artículo 116 del RLGCP.

a) Plazo para su presentación y no pago o valorización si se incumple

En cuanto al plazo para su presentación, el numeral 116.1 precisa que en aquellos contratos en los que se constituya un fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento, el postor presenta, junto con los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, una declaración jurada comprometiéndose a presentar dicha garantía en un plazo no mayor a veinte días hábiles contabilizados desde el día siguiente de perfeccionado el contrato.

46 LGCP. Artículo 61: [...] 61.4. En el caso de las garantías financieras, estas deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad contratante bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. [...]

Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese con presentar la garantía, la entidad contratante puede otorgar al contratista un plazo adicional de hasta diez días hábiles, previa solicitud.

No procede ningún pago o valorización del contrato previo a la constitución del fideicomiso. En caso de incumplimiento el contrato queda resuelto de pleno derecho.

b) Trámites y pagos vinculados al fideicomiso

El contratista tiene a su cargo todos los trámites para la estructuración y pago de las comisiones y/o gastos asociados al fideicomiso como una obligación contractual, tal como indica el numeral 116.2.

c) La entidad financiera autorizada

El numeral 116.3 refiere que la entidad contratante solo suscribe los contratos de fideicomiso elaborados por empresas de servicios fiduciarios y/o entidades financieras autorizadas a brindar servicios fiduciarios supervisadas por la SBS. El patrimonio fideicometido en garantía está conformado por activos líquidos o flujos dinerarios.

d) Requisitos del contrato de fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento

El contrato de fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento cumple como mínimo con los siguientes requisitos:

- El fideicomitente es el contratista.
- El fideicomisario es la entidad contratante.
- La institución fiduciaria está obligada a entregar el monto dinerario a la entidad contratante ante el incumplimiento del contratista, de manera incondicional e irrevocable al solo requerimiento de la entidad contratante.

e) El fideicomiso único

El numeral 116.5 abre la posibilidad de que el contratista pueda optar por constituir un único fideicomiso para administrar garantías de fiel cumplimiento de varios contratos con la misma entidad contratante.

f) Sustitución del fideicomiso por la garantía de fiel cumplimiento

La normativa establece que en el caso que el contratista hubiera presentado un fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento, este puede soli-

citar a la entidad contratante su reemplazo por una carta fianza, en cualquier momento de la ejecución contractual, debiendo asumir los gastos y gestiones necesarios para dicho cambio, sin que esto genere responsabilidades adicionales para la entidad contratante.

4.2.3. Carta fianza financiera

La fianza es de antigua data. Nace con el intercambio y de la necesidad de garantizarlo, por lo que se encuentra vinculada al cumplimiento de una obligación, pero en un sentido más estricto y técnico, por lo que "es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal"; pudiendo ser entendida también "como el contrato por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor no la cumple" (Hoyos Elizalde, 2012, p. 35).

En el ámbito nacional tenemos que la fianza se define como "un contrato de garantía por el que una persona se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación ajena, si esta no es cumplida por el deudor" (Montoya Manfredi, 1999, p. 260).

Esta definición es concordante con el primer párrafo del artículo 1868 del Código Civil, que establece: "Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, *en garantía de una obligación ajena,* si esta no es cumplida por el deudor"[47].

Delimitando aún más la definición tenemos que la SBS la conceptualiza como aquel "contrato de garantía del cumplimiento de pago de una obligación ajena, suscrito entre el fiador y el deudor, y que se materializa en un documento valorado emitido por un fiador (banco o entidad financiera) a favor de un acreedor (entidad contratante) garantizando las obligaciones del deudor (solicitante) en caso de incumplimiento del deudor, el fiador asume la obligación"[48].

47 Cabe indicar que el numeral 5.1 de la Circular N.° B-2101-2001, "Establecen precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías", señala: "Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII 'Fuentes de las Obligaciones', con las particularidades establecidas por la Ley General y la presente Circular".

48 Definición establecida en: <http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=1&JER=336> (numeral 14).

En el contexto de las contrataciones del Estado, "la carta fianza garantiza el cumplimiento de una obligación ajena que tiene su origen en la relación 'deudor- acreedor' o 'proveedor-Estado'" (Opinión N.° 068-2012-DTN/OSCE).

Las distintas definiciones expuestas delimitan sus elementos, como son la accesoriedad de la obligación, ya que la fianza no puede concebirse sino por la existencia de una obligación principal; y la subsidiaridad, por virtud de la cual el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación (Hoyos Elizalde, 2012, p. 35).

En cuanto a su denominación y ente emisor, en los Pronunciamientos N.° 268-2011/DTN y N.° 442-2010/DTN, se estableció que esta no necesariamente debía ser bancaria: "[...] deberá suprimirse de la cláusula sétima de la proforma del contrato, la restricción de presentar solo carta fianza 'bancaria', pudiendo presentarse cartas fianzas efectuadas por cualquier empresa bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú" (OSCE/DTN).

El otro aspecto relevante es el contenido de la carta fianza, tema sobre el cual en la Resolución N.° 587-2012-TC-S2, el TCP estableció que la carta fianza "es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad[49], por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación, por ello, el tenor literal del documento es decisivo para determinar el contenido y la extensión del derecho que emerge de dicho título. De tal modo, resulta evidente entonces que el contenido de la carta fianza debe indicar —expresa, manifiestamente y sin lugar a dudas— la obligación garantizada, ello en salvaguarda del interés de la entidad, detrás del cual se encuentra indudablemente el interés público plasmado en la contratación a realizarse".

a) Casos en que se aplica la carta fianza financiera

De acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 61.2 del artículo 61 de la LGCP, concordado con el artículo 113 del RLGCP, la carta fianza financiera opera para el adelanto de pago, fiel cumplimiento del contrato y prestaciones accesorias.

49 Ley N.° 27287, Ley de Títulos Valores, artículo 4.

- **Para el adelanto de pago**

La garantía por adelantos no se configura como un requisito para el perfeccionamiento del contrato, por cuanto su entrega se realiza en el transcurso de su ejecución, debiendo la entidad entregar los adelantos contra la presentación de la garantía[50].

El numeral 113.3 del RLGCP consigna las reglas generales para la entrega de adelantos, los que se van a modular cuando se trate de bienes y servicios u obras, precisando, además, que se trata de adelantos directos. En este marco establece como condición de que la entidad contratante solo puede entregar los adelantos directos contemplados en los artículos 137 y 179 del reglamento[51], cuando estos se garanticen por idéntico monto, sin excepción, que puede ser:

50 Exposición de motivos del reglamento derogado, p. 29.

51 Artículo 137.- Adelanto directo en bienes y servicios

137.1. Solo pueden otorgarse adelantos directos en el caso de bienes de alta complejidad que se ejecuten bajo el sistema de entrega de llave en mano, el servicio especializado de gestión de instalaciones, el servicio de mantenimiento vial, el ASISTE, u otros que lo requieran por condiciones de mercado conforme lo sustentado en la estrategia de contratación. Las bases prevén el plazo en el cual el contratista solicita el adelanto directo, así como el plazo de entrega de éste.

137.2. Al momento de solicitar el adelanto directo, el contratista entrega la garantía acompañada del comprobante de pago.

137.3. No procede el fideicomiso para el adelanto de bienes y servicios, salvo para el caso del servicio especializado de gestión de instalaciones, operación y mantenimiento que cuenten con intervenciones contempladas en el numeral 157.2 del artículo 157 para edificación o infraestructura, así como el servicio de mantenimiento vial. El fideicomiso para cualquiera de estos servicios se aplica de acuerdo al artículo 184.

137.4. La amortización del adelanto directo se realiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo. Cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización parcial de los adelantos se toma en cuenta al momento de efectuar el siguiente pago que le corresponda al contratista o al momento de la conformidad de la recepción de la prestación.

137.5. Cuando la entidad contratante otorgue un adelanto directo en el caso de bienes, la DEC comunica este hecho al área de almacén en un plazo máximo de tres días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la entrega del adelanto.

Artículo 179.- Entrega del adelanto directo en obras y consultoría de obras

179.1. En caso las bases hayan establecido el otorgamiento de adelanto directo, el contratista, en el plazo de diez días contabilizados desde el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, puede solicitar su entrega, adjuntando el mecanismo de garantía. Dentro del plazo señalado, el contratista puede solicitar hasta cinco días adicionales para remitir el mecanismo de garantía, con el debido sustento.

179.2. La entidad contratante entrega el adelanto directo al contratista en un plazo máximo de siete días contabilizados desde el día siguiente de recibido el mecanismo de garantía.

179.3. Para las obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción, el adelanto directo se sujeta al procedimiento de los numerales anteriores, considerando además lo siguiente: a) Para cada componente el porcentaje se aplica al monto del contrato original correspondiente a dicho componente. b) Para el componente de diseño, el plazo se computa desde la suscripción del contrato. c) Para el componente de ejecución de obra, el plazo se computa desde la aprobación del expediente técnico.

Fideicomiso
Carta fianza financiera
Contrato de seguro

En cuanto al tiempo de vigencia de la garantía, indica que esta debe tener un plazo mínimo 3 meses, renovable por un plazo idéntico hasta la amortización total del adelanto otorgado, salvo que el plazo de ejecución contractual sea menor, en cuyo caso pueden ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubran la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

Finalmente, indica que la garantía puede reducirse a solicitud del contratista hasta el monto pendiente de amortizar.

- **Criterios del OSCE respecto de la garantía por adelantos en dinero y materiales**

En cuanto a la amortización, en la Opinión N.° 053-2010/DTN se estableció que la devolución se encuentra relacionada con la amortización del adelanto, siendo que:

> [...] el adelanto se amortiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista, por la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato [...] esta forma de amortización del adelanto ha sido establecida con la finalidad de facilitar al contratista el financiamiento necesario para la ejecución de las prestaciones a su cargo y, consecuentemente, evitar el encarecimiento de la contratación, al evitar que el contratista tenga que recurrir ante terceros por financiamiento, asumiendo los costos que ello conlleva, los cuales, en última instancia, serían trasladados a la entidad [...] el adelanto se amortiza en cada uno de los pagos parciales que la entidad efectúe al contratista por la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato; no obstante, resulta posible que el contratista solicite a la entidad que el descuento correspondiente a la amortización del adelanto se realice en el primer pago parcial, o en los primeros pagos parciales; ello, siempre que el adelanto haya sido utilizado en su totalidad para la ejecución de las prestaciones parciales, respecto de las cuales el contratista solicita que se efectúe el descuento correspondiente a la amortización del adelanto.

> En este punto, es importante resaltar que esta medida favorecería al contratista, pues le permitiría amortizar el adelanto con antelación y evitar el costo de mantener la garantía por adelantos durante todo el periodo de la ejecución contractual, pero también favorecería a la entidad al permitirle recuperar los fondos entregados al contratista en calidad de adelanto, en un plazo más corto al de la ejecución contractual, diluyéndose el riesgo de que el contratista incumpla el contrato antes de haber amortizado el adelanto, riesgo que resulta mayor cuanto más extenso sea el plazo de ejecución contractual. (Opinión N.° 053-2010/DTN)

Por otro lado, en la Opinión N.° 041-2013/DTN, ante la consulta "si la entidad propone la resolución de contrato por causa imputable al contratista y este antes de que quede consentida la resolución de contrato, la somete a arbitraje dentro del que menciona la existencia de liquidaciones pendientes; puede la entidad ejecutar la carta fianza de adelanto en efectivo, en todo caso esta ejecución es legalmente válida", la DTN estableció:

> [...] independientemente de si la resolución de un contrato de obra por incumplimiento del contratista está consentida o no, esta determinará la paralización de la obra e impedirá la amortización del adelanto directo otorgado; por lo que, con la finalidad de proteger los fondos públicos involucrados, la entidad podrá ejecutar la garantía por adelantos y recuperar el monto pendiente de amortización (Opinión N.° 041-2013/DTN)

En la Opinión N.° 016-1013/DTN, ante la consulta "¿es lícito que las entidades beneficiarias de las garantías por adelantos ejecuten las mismas por su valor nominal, sin deducir los importes amortizados?", a lo que se respondió que:

> En los casos que un contratista tenga la posibilidad de reducir el monto de la garantía por adelantos conforme al monto pendiente de amortizar, su ejecución se efectuará por el monto total consignado en dicha garantía; no obstante, posteriormente el contratista podrá ejercitar las acciones legales que resulten aplicables para solicitar la restitución del exceso del saldo no amortizado (Opinión N.° 016-1013/DTN)

b) De fiel cumplimiento del contrato

La garantía de fiel cumplimiento del contrato se encuentra regulada en el numeral 113.1 del RLGCP, indicando, respecto de ella, que el postor ganador entrega a la entidad contratante, como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, una garantía de fiel cumplimiento por una suma equivalente al 10 % del monto del contrato original, que puede ser:

- fideicomiso;
- carta fianza financiera;
- contrato de seguro; o,
- retención de pago, conforme lo señalado en los artículos 114,115, 116[52] y los numerales 61.4 y 61.5 del artículo 61 de la LGCP[53].

52 Artículo 114.- Retención de pago
La retención de pago como garantía de fiel cumplimiento o de prestaciones accesorias aplica para contrataciones cuya cuantía adjudicada sea igual o menor a S/ 480,000.00 (cuatrocientos ochenta mil y 00/100 soles) en el caso de bienes y servicios y S/ 5,000,000.00 (cinco millones y 00/100 soles) en el caso de obras, salvo que el contratista califique como micro o pequeña empresa, en cuyo caso procede la retención con independencia del monto de la contratación.
Artículo 115.- Contrato de seguro
En caso de optarse por un contrato de seguro como la póliza de caución para garantizar el fiel cumplimiento, éste debe cumplir las mismas condiciones establecidas en el numeral 61.4 del artículo 61 de la Ley. Las empresas aseguradoras, deben encontrarse bajo la supervisión directa de la SBS.
Artículo 116.- Fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento
116.1. En los contratos en los que se constituya un fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento del contrato, el postor presenta junto con los requisitos para el perfeccionamiento del contrato una declaración jurada comprometiéndose a presentar dicha garantía en un plazo no mayor a veinte días hábiles contabilizados desde el día siguiente de perfeccionado el contrato. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese con presentar la garantía, la entidad contratante puede otorgar al contratista un plazo adicional de hasta diez días hábiles, previa solicitud. No procede ningún pago o valorización del contrato previo a la constitución del fideicomiso. En caso de incumplimiento el contrato queda resuelto de pleno derecho.
116.2. El contratista tiene a su cargo todos los trámites para la estructuración y pago de las comisiones y/o gastos asociados al fideicomiso como una obligación contractual.
116.3. La entidad contratante solo suscribe los contratos de fideicomiso elaborados por empresas de servicios fiduciarios y/o entidades financieras autorizadas a brindar servicios fiduciarios supervisadas por la SBS. El patrimonio fideicometido en garantía está conformado por activos líquidos o flujos dinerarios.
116.4. El contrato de fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento, cumple como mínimo con los siguientes requisitos:
a) El fideicomitente es el contratista.
b) El fideicomisario es la entidad contratante.
c) La institución fiduciaria está obligada a entregar el monto dinerario a la entidad contratante ante el incumplimiento del contratista, de manera incondicional e irrevocable al solo requerimiento de la entidad contratante.
116.5. El contratista puede optar por constituir un único fideicomiso para administrar garantías de fiel cumplimiento de varios contratos con la misma entidad contratante, de ser el caso.
116.6. En el caso que el contratista hubiera presentado un fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento, puede solicitar a la entidad contratante su reemplazo por una carta fianza, en cualquier momento de la ejecución contractual, debiendo asumir los gastos y gestiones necesarios para dicho cambio, sin que esto genere responsabilidades adicionales para la entidad contratante.

53 61.4. En el caso de las garantías financieras, estas deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad contratante bajo responsabilidad de las empresas que las emiten.
61.5. Las empresas que emitan garantías financieras deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de

En cuanto a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento y su relación con el monto del contrato original y su renovación, el TCP estableció que la vigencia de la garantía era hasta la liquidación del contrato, lo que "no implica que necesaria e inexcusablemente las primeras garantías que se presenten [...] deban tener esa fecha de vigencia, ya que las mismas pueden ser renovadas, cuantas veces sea necesario, a fin de asegurar la obligación principal, cumpliéndose en este caso la finalidad a la que está destinada, que es mantenerse vigente hasta la finalización del contrato" (Resolución N.° 560/2004.TC-SU).

Por otro lado, en la Opinión N.° 025-2011/DTN, se planteó la relación monto del contrato original y garantía, indicando que "el 'contrato original' es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro. En ese sentido, cuando la norma hace referencia a que la garantía debe ser del monto 'del contrato original', está haciendo mención al monto contemplado en el texto del documento contractual, es decir el monto de la totalidad de la ejecución del contrato" (Opinión N.° 025-2011/DTN).

c) De fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias

La LGCP establece la posibilidad de la utilización de la carta fianza para garantizar las prestaciones accesorias, las que son definidas como "mantenimiento, reparación o actividades afines", que "están vinculadas al objeto del contrato y existen en función de la prestación principal, coadyuvando a que esta se viabilice, es decir, a que se haga efectiva según los términos y condiciones previstos por la entidad" (Directiva N.° 009-2009-OSCE/CD).

En este contexto, la normativa establece que "se debe otorgar una garantía adicional por este concepto, la que debe ser renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, no pudiendo eximirse su presentación en ningún caso". Al respecto, el numeral 113.2 del RLGCP indica que esta se implementa en:

- Las contrataciones que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines;
- Se entrega una garantía adicional por una suma equivalente al 10 % del monto contractual de la prestación accesoria, la cual puede ser:

Pensiones, contar con clasificación de riesgo B o superior, y deben estar autorizadas para emitir garantías o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

i) carta fianza financiera;

ii) retención de pago; o,

iii) contrato de seguro.

Respecto a su renovación, se indica que esta es renovada periódicamente hasta la conformidad de las obligaciones garantizadas.

4.2.4. La retención de pago y casos en que opera

De acuerdo con lo establecido en los numerales 61.8 y 61.9, las entidades contratantes pueden establecer que el proveedor tenga la facultad de optar, como mecanismo alternativo, la retención del monto total de la garantía correspondiente, para lo que se aplican las siguientes reglas:

a) Formas que puede adoptar la retención de pago

El artículo 114 del RLGCP establece que la retención de pago puede aplicarse como:

- garantía de fiel cumplimiento del contrato; y.
- garantía de fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias.

En relación con su aplicación en estos dos últimos casos, el citado artículo 114 determina como parámetros, en ambos casos, las siguientes cuantías adjudicadas

- Bienes y servicios: igual o menor a S/ 480,000.00
- Obras: S/ 5,000,000.00

En los casos de micro y pequeña empresa, la norma plantea que, como excepción, en estos casos procede la retención con independencia del monto de la contratación, disposición concordante con el último párrafo del glosado artículo 114.

En relación con este extremo, en la Opinión N.° 724-2019/OSCE-DGR, citando a la Opinión N.° 130-2015/DTN, se indicaba que, para que se pueda garantizar el fiel cumplimiento del contrato a través de la retención, "la Entidad debe verificar que su contraparte es una MYPE y que el contrato es uno periódico de suministro de bienes o de prestación de servicios, debiéndose efectuar el análisis de la periodicidad del contrato respecto de la obligación a cargo de la Entidad, esto es, el pago de la contraprestación" (Opinión N.° 724-2019/OSCE-DGR).

b) Momento en que se aplica la retención y los tipos de contrato en que opera y condiciones para su aplicación

La regla general es que la retención debe efectuarse durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto al finalizar el contrato. En cuanto a los tipos de contratos en que es aplicable, el numeral 61.9 de la LGCP agrega que solo aplica para los contratos de:

- ejecución periódica de suministro de bienes;
- servicios;
- consultorías y ejecución de obras.

El artículo citado pone como condición para su aplicación que se cumplan las siguientes condiciones:

- El plazo de la prestación sea igual o mayor de sesenta días calendario.
- Se consideren, según corresponda, al menos dos pagos a favor del contratista o dos valorizaciones periódicas en función del avance de obra.

4.3. La ampliación o reducción de garantías por modificaciones contractuales

En este rubro se plantea la relación que existe entre la modificación contractual y las garantías, sea vía ampliación o reducción, tema sobre el cual en el artículo 117 del RLGCP se fijan las siguientes reglas generales a seguir:

4.3.1. Ampliación-reducción de garantías

Las garantías son pasibles de ser incrementandas o disminuidas en función del desenvolvimiento del contrato, para lo que el numeral 117.4 del artículo 117 del RLGCP establece que la adecuación de esta debe efectuarse en el plazo máximo de diez días hábiles contabilizados desde el día siguiente de aprobada y publicada la modificación, agregando que la presentación del aumento de la garantía correspondiente es requisito para efectuar el pago.

En los casos de modificaciones, el citado artículo 117 regula los distintos aspectos de esta circunstancia contractual:

LA PRIMERA REGLA

Es la que sirve de marco a las demás, es que cuando como consecuencia de una modificación contractual se incremente el monto contractual, el contratista aumenta de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado.

LA SEGUNDA REGLA

Es que cuando la modificación contractual implique una ampliación del plazo del contrato, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiera otorgado, de corresponder.

LA TERCERA REGLA

Se refiere a la disminución, y se produce cuando la modificación contractual implique una reducción del monto y/o plazo, caso en el cual el contratista puede solicitar la disminución proporcional del monto y/o plazo de las garantías que hubiera otorgado.

5. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

En la ejecución de garantías por incumplimiento del contratista rigen dos principios: el de preferencia y el de suficiencia. El primero implica "que la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión" (Dromi, 1995, p. 533); y el segundo significa que estas deben cubrir las obligaciones del contratista.

Pero ¿la garantía puede cubrir obligaciones de un contrato declarado nulo? Sobre inejecución de la garantía de fiel cumplimiento cuando se declara la nulidad del contrato, la DTN estableció:

> [...] la consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos[54] [...] ello determina la inexistencia de dicho contrato y, por consiguiente, la inexigibilidad

54 De acuerdo con Cabanellas (1981, p. 587), la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.

> de las obligaciones contenidas en este; no siendo procedente la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, ya que esta salvaguarda el cumplimiento de un contrato inexistente. (Opinión N.° 059-2012/DTN)

En esta misma línea, en la Opinión N.° 056-2023/DTN, se precisó respecto de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por causa no imputable al contratista: "La normativa de contrataciones del Estado ha establecido de manera expresa que la garantía de fiel cumplimiento se ejecuta cuando la resolución del contrato (consentida o confirmada arbitralmente) se deba a una causa imputable al contratista. No habiéndose contemplado como supuesto de ejecución, aquellos casos en los que la resolución se genere por una causa no imputable al contratista (sea hecho fortuito o fuerza mayor)" (Opinión N.° 056-2023/DTN).

Normativamente tenemos que los numerales 61.4 y 61.6 de la LGCP establecen, respectivamente, que, cuando se trate de garantías financieras, estas deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad contratante bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, mientras que el 61.6 precisa que, en virtud de la realización automática, "a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías, debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres días hábiles. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y ocasiona el pago de intereses legales en favor de la entidad contratante".

5.1. Casos de ejecución de garantías

El artículo 118 del RLCP refiere los distintos casos de ejecución de garantías en el marco de la normativa de contrataciones públicas, los que seguidamente citamos.

5.1.1. Ejecución de garantías de fiel cumplimiento

El numeral 118.1 regula la ejecución de garantías de fiel cumplimiento o garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, indicando que estas se ejecutan, en su totalidad, correspondiendo a la entidad contratante el íntegro de esta, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado, cuando:

- la resolución por causa imputable al contratista haya quedado consentida; o,

- cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato.

Sobre este tema, en la Opinión N.° 113-2023/DTN, se hizo referencia a una situación especial respecto de la fecha de vencimiento de la garantía de fiel cumplimiento, indicando "si esta viene antes de la emisión de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista (en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general) o antes del consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución de obras. En ese caso, el contratista tendrá la obligación de renovarla, pues de no hacerlo, la entidad se encontrará habilitada para ejecutarla" (Opinión N.° 113-2023/DTN).

5.1.2. Ejecución de las garantías de adelantos, de fiel cumplimiento o de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias y los supuestos de devolución

En estos casos el numeral 118.2 establece que, previa a su ejecución, la entidad contratante deberá otorgarle al contratista un plazo de cinco días hábiles para que devuelva el monto pendiente de amortizar, en los siguientes supuestos:

a) **En el caso de las cartas fianzas financieras o los contratos de seguros, cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento.**

Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses.

Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por el monto pendiente de amortización.

b) **Cuando el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación en el caso de bienes y servicios y en la liquidación consentida en el caso de obras y consultorías de obra.**

Se solicita la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista.

c) La garantía por adelantos

Se ejecuta cuando, luego de que el contrato sea resuelto o declarado nulo, no se amortice o pague el monto adelantado, aun cuando este evento haya sido sometido a un medio de solución de controversias.

5.1.3. La evaluación y responsabilidad de la entidad y de las entidades financieras en la ejecución

El numeral 118.3 refiere que los supuestos descritos se vinculan a la actuación de la entidad contratante, siendo su responsabilidad evaluar en qué supuesto habilitador se encuentra para la ejecución de la garantía, por lo que no afectan de modo alguno al carácter automático de tal ejecución y, por tanto, de la obligación de pago a cargo de las empresas emisoras, quienes se encuentran obligadas a honrarlas.

Cualquier pacto en contrario contenido en la garantía emitida es nulo de pleno derecho y no produce efecto alguno, sin afectar la eficacia de la garantía extendida, mientras que el numeral 118.4 indica que las empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada son pasibles de ser sancionadas por la SBS.

5.1.4. Casos en que no se ejecuta la garantía por renovación

En la Opinión N.° 121-2023/DTN, se establecieron algunas pautas respecto de las situaciones en las cuales no procede la ejecución de garantías por renovación, siendo estas las siguientes:

> En el supuesto en que el contratista hubiese presentado la garantía renovada el día de su vencimiento; esta circunstancia, en la medida de que implique que el contratista hubiese renovado la garantía antes de su fecha de vencimiento, no se habrá configurado el supuesto habilitador de ejecución [...] Si por diversas circunstancias, el contratista hubiese presentado la garantía renovada en día posterior de su vencimiento, en la medida de que se hubiese verificado que dicho contratista hubiese renovado la garantía antes de su vencimiento, no se habrá configurado el supuesto habilitador de ejecución [...] En el supuesto en que no se hubiese renovado la garantía antes de su fecha de vencimiento se habrá configurado el supuesto habilitador para la ejecución de la garantía. (Opinión N.° 121-2023/DTN)

6. LA VARIACIÓN DE LA GARANTÍA POR PARTE DE UNA MYPE

En relación con la posibilidad de que se pueda variar la garantía otorgada, específicamente cuando se trata de retención en la ejecución de un contrato (MYPE), la Opinión N.° 121-2015/DTN estableció:

[...] durante la ejecución del contrato, el contratista (MYPE) podría solicitar la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una retención a una carta fianza que reúna los requisitos previstos en [...] la ley (siempre que esta forma de garantía haya sido prevista en las bases), la que, en caso sea aprobada por la entidad, no debe afectar la obligación del contratista de garantizar a la entidad por la ejecución de sus obligaciones contractuales.

De esta manera, aun cuando se presente la referida variación, el contratista seguiría cumpliendo con su obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento y la entidad se encontraría debidamente protegida ante el eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Para estos efectos, la entidad, bajo su exclusiva responsabilidad, puede adoptar la decisión de gestión de autorizar la variación de la garantía, aceptando la carta fianza, tomando en consideración las retenciones que se hayan efectuado, la viabilidad de la variación de la garantía y la pertinencia de la misma, conforme al Estado de la ejecución del contrato.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que no sería admisible que, durante la ejecución del contrato, el contratista solicite la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una carta fianza o póliza de caución [...] a una retención, pues la normativa de contrataciones del Estado solo le otorga el beneficio de optar por la garantía en forma de retención hasta el momento de suscribir el contrato. (Opinión N.° 121-2015/DTN)

7. LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO PARA BIENES Y SERVICIOS: COMISIÓN DE ÉXITO, CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DE BIENES

El artículo 138 del RLGCP se refiere a un tipo específico de garantía de fiel cumplimiento, aquella que es otorgada por el contratista en los contratos de bienes y servicios, estableciendo las siguientes reglas:

138.1. [...] se mantiene vigente hasta la conformidad de la prestación a cargo del contratista.

138.2. En caso de servicios que consideren una comisión de éxito, el monto de la garantía de fiel cumplimiento se constituye únicamente sobre la base del honorario fijo.

138.3. El contratista puede solicitar la reducción proporcional de la garantía de fiel cumplimiento en contratos de suministro, siempre que se cuente con la conformidad de al menos la primera mitad de entregables, sin haber incurrido en retrasos ni penalidades.

138.4. En los contratos para la adquisición de bienes y servicios, la constitución de fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento solo procede cuando el plazo de ejecución contractual es mayor a noventa días calendario.

7.1. Excepciones a la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias en bienes y servicios

La normativa considera la posibilidad de que en el contrato de bienes y servicios no se otorguen garantías de fiel cumplimiento, ni por prestaciones accesorias, tal como se indica en el artículo 139, en los siguientes casos:

a) En los contratos de bienes y servicios cuyos montos sean menores o iguales a 50 UIT. Esta excepción no aplica cuando la sumatoria de los contratos derivados de procedimientos de selección por relación de ítems, adjudicados a un mismo postor, superen el monto señalado.
b) Adquisición de bienes inmuebles de propiedad privada.
c) Contratos de arrendamiento de bienes muebles y bienes inmuebles de propiedad privada.
d) Las contrataciones complementarias que no superen las 50 UIT.

8. GARANTÍAS A CARGO DE LA ENTIDAD: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El artículo 140 del RLGCP se refiere a las garantías a cargo de la entidad contratante, las que se desenvuelven en los contratos de arrendamiento de bienes muebles y bienes inmuebles de propiedad privada, caso en el cual la garantía es entregada por la entidad contratante al arrendador en los términos previstos en el contrato.

El objeto de esta garantía es la de cubrir las obligaciones derivadas del contrato, con excepción de la indemnización por lucro cesante y daño emergente.

Capítulo XXXV

REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO (III)

SUMARIO: 1. Las penalidades: origen y desenvolvimiento. 1.1. La cláusula penal en los contratos administrativos y sus caracteres. 1.2. Funciones, modalidades y objeto de la cláusula penal. 1.3. El debido procedimiento en las penalidades en la contratación pública. 1.4. Las penalidades en la LGCP y su reglamento. Ejecución y garantía de fiel cumplimiento. 1.4.1. La penalidad por mora y el incumplimiento justificado 1.4.2. Fórmula para el cálculo de la penalidad por mora en el RLGCP. 1.4.3. Justificación del retraso y la solicitud de ampliación de plazo. 1.4.4. Criterios del fenecido OSCE respecto de la aplicación de la penalidad por mora 1.5. Las otras penalidades. 1.5.1. Criterios del OSCE respecto de las otras penalidades 1.6. La contratación por paquete y la penalidad. 1.7. Bienes: ¿qué se entiende por paralizaciones y atrasos? 1.8. Modificación unilateral de penalidades. 1.9. Incumplimiento de subsanación de observaciones, resolución de contrato y aplicación de penalidad. 1.10. Improcedencia de la aplicación de penalidades cuando se otorga el plazo. 1.11. Improcedencia de aplicación de procedimiento y la solución de controversias. 2. La resolución de contrato. 2.1. La obligación esencial y la resolución de contrato. 2.2. La cláusula obligatoria de resolución de contrato y la responsabilidad. 2.3. Las causales de resolución del contrato. 2.4. ¿La resolución de la resolución? 2.5. Configuración de la condición de terminación anticipada establecida en el contrato. 2.6. La resolución de contrato en los mecanismos diferenciados de adquisición para la contratación de tecnologías sanitarias para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades raras y huérfanas, enfermedades oncológicas y de enfermedades de alto costo y en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional. 2.7. La responsabilidad de las partes en la resolución del contrato. 2.7.1. Los tipos de responsabilidad de las partes en la resolución del contrato. 3. Procedimiento de resolución de contrato. 3.1 La formalidad del trámite. 3.2. El procedimiento en función de los supuestos. 3.2.1. Procedimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, por causa atribuible a la parte que incumple. Literal b) del numeral 68.1 de la LGCP y el monto máximo de penalidad. 3.2.2. Cuando no procede el apercibimiento previo. 3.2.3. Cuando se puede resolver sin apercibimiento previo. 4. Los efectos de la resolución del contrato. La ejecución de la garantía y el pago de daños. 4.1. Cuando la parte perjudicada es la entidad. 4.2. Cuando la parte perjudicada es el contratista. 4.3. Fideicomiso y la parte que resuelve. 4.4. Constatación física e inventario de la obra. 4.5. Los costos de la resolución del contrato y cuando procede el reconocimiento de la utilidad en obras. 5. La constancia de prestación.

La regla general, cuando las partes contratan, es que estas se obligan a cumplir con las obligaciones que se encuentran consignadas en el contrato, y demás documentos conexos, tal como se establece en el numeral 69.1 del artículo 69 de la LGCP referido a las responsabilidades relacionadas con la ejecución contractual, y el numeral 104.1 del artículo 104 del RLGCP, que trata sobre el contenido del contrato.

Pero ¿qué sucede cuando el contratista incumple con su obligación legal de ejecutar las prestaciones a su cargo? En esta circunstancia, la doctrina establece que se generan sanciones para el contratista, las que pueden ser de tres tipos: las sanciones pecuniarias, que de acuerdo con la LGCP serían la aplicación de penalidades y ejecución de garantías; las coercitivas provisionales, que serían las medidas de apercibimiento ante el incumplimiento o la intervención económica de la obra; y las definitivas, que estarían dadas por la resolución del contrato.

En este escenario de sanciones, como se indica, se pueden producir, en detrimento del contratista, dos situaciones, la primera la aplicación de penalidades, y la segunda, la resolución del contrato por incumplimiento. La primera, menos grave que la segunda, ya que deviene en un impacto a la economía del contratista sin romper con el vínculo contractual, teniendo la peculiaridad de que inicia uno de los caminos hacia la resolución del contrato; temas estos que trataremos en las líneas que siguen.

En este orden, las sanciones constituyen la consecuencia, no la causa, la que originariamente estaría en el incumplimiento de una obligación que es detectada por la entidad contratante, lo que se concreta a través de la actividad de supervisión, la que se puede desenvolver en bienes, servicios y obras.

1. LAS PENALIDADES: ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO

La historia de las penalidades se origina en el derecho común, y es de larga data. Los romanos la denominaban *stipulatio poenae* y tenía como finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor; idea básica que se mantiene hasta el presente, siendo esta práctica la que configura su definición en tiempos actuales donde se la entiende como "la

estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si lo cumpliere tardíamente" (Llambías *et al.*, 1997, p. 125).

En cuanto a su desenvolvimiento funcional, se la asume como un instituto polivalente por cuanto, por un lado, constituye un incentivo al mantenimiento del buen cumplimiento contractual, siendo esta su función compulsiva o estimulativa, ya que está prevista para asegurar el cumplimiento" (Alterini *et al.*, 1996, p. 294); por el otro, en su contenido se fija de antemano el monto de la sanción en caso de incumplimiento, cumpliendo así una función indemnizatoria, la que puede ser definitiva (cláusula penal compensatoria) o temporaria (cláusula penal moratoria) (Alterini *et al.*, 1996, p. 293).

En este contexto, también puede ser comprendida como un medio "para fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento" (Borda, 1994, p. 200).

1.1. La cláusula penal en los contratos administrativos y sus caracteres

La fuente de la penalidad es el contrato, más aún en los contratos administrativos, donde, como hemos indicado, no solo es el documento contractual, sino también "los textos que lo complementen, es decir han de hallar fundamento en la letra misma del contrato, o en el complejo de textos que, 'indubitablemente', lo complementen (pliegos de condiciones generales o particulares, Reglamento de las Contrataciones del Estado, etc.)", en este orden, si se pretendiera "sancionar un incumplimiento contractual con una penalidad (cláusula penal) no integrante del contrato implica apartarse del contrato, actitud evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica" (Marienhoff, 1994, p. 412).

a) Cláusula penal, contrato administrativo y contratista

La cláusula penal es afectada por la naturaleza jurídica del contrato administrativo y por la presencia de la Administración pública como una de las partes, donde la ejecución de la cláusula penal, es decir la aplicación de la penalidad, pasa a formar parte de la prerrogativa de la Administración de aplicar sanciones económicas a los contratistas en caso de incumplimiento de sus obligaciones, previa puesta en mora.

b) Incumplimiento de la entidad: pago de intereses

En la ejecución de los contratos administrativos el incumplimiento de obligaciones se puede generar por acciones u omisiones de ambas partes,

el contratista o la entidad. En el caso de incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista, opera la cláusula penal y la subsiguiente aplicación de penalidades, las que estarán contenidas en el contrato; pero cuando se trata del incumplimiento de alguna obligación esencial por parte de la entidad, como es el pago, se genera el pago de intereses, siendo la mora el fundamento en ambos casos.

Por lo tanto, en la ejecución de las penalidades en los contratos administrativos, se diferencia entre intereses y sanciones económicas. El primero, es a favor del contratista en razón del retraso en el pago por parte de la entidad; el segundo, es contra el contratista por demora en el cumplimiento de sus obligaciones.

c) Los caracteres

Los caracteres de la cláusula penal surgen de su naturaleza jurídica, donde cada uno de ellos se va articulando al siguiente. Así, tenemos que, en principio, por estar inmersa en un contrato que constituye fuente de una obligación, termina siendo accesoria a este, tanto en su vigencia como en su extinción. Si por alguna causa se extingue la obligación principal, la cláusula penal sigue la misma suerte.

Esta ubicación, de condición de accesoria, hace que esta devenga en subsidiaria de la obligación esencial o principal, pero, además, al estar vinculada al incumplimiento, solo opera en caso el deudor incurra en mora, en la medida en que no se pueda alegar y probar caso fortuito o fuerza mayor.

Al estar previamente pactada, es conocida por las partes, y es inmutable, por lo que "el acreedor no puede alegar útilmente que la pena es insuficiente, ni el deudor se puede liberar de pagarla arguyendo que excede el efectivo daño irrogado por su incumplimiento" (Borda, 1994, p. 295)

Otra característica que se desprende de la vinculación descrita es que esta es de interpretación estricta, "pues supone un derecho excepcional del acreedor. De ahí que, pactada una cláusula penal para el incumplimiento, no puede trasladarse para la simple demora" (Llambías *et al.*, 1997, p. 127).

1.2. Funciones, modalidades y objeto de la cláusula penal

La doctrina revisada coincide en que la cláusula penal cumple una doble función, a la que hemos hecho referencia, la de ser compulsiva y, a la vez, resarcitoria. En cuanto a las modalidades, tenemos que estas son dos: la compensatoria y la moratoria. La compensatoria opera en caso de

inejecución definitiva; la moratoria se aplica en caso de demora en la ejecución.

En cuanto a la finalidad de la cláusula penal, en la Opinión N.° 143-2019/DTN se estableció que esta estaba "prevista para resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado" (Opinión N.° 143-2019/DTN). Coincidente con la doctrina, en los Pronunciamientos N.° 667-2019/OSCE-DGR y N.° 330-2021/OSCE-DGR, se precisó que su objeto era el de "disuadir al contratista del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las prestaciones a las que se comprometió al momento de presentar su oferta [...] los supuestos bajo los cuales se configura su aplicación deben estar directamente relacionados con la prestación del contratista" (Pronunciamientos N.° 667-2019/OSCE-DGR y N.° 330-2021/OSCE-DGR).

1.3. El debido procedimiento en las penalidades en la contratación pública

La doctrina general de las penalidades se modula cuando estas se desenvuelven en el ámbito administrativo, espacio en el que discurren las cláusulas exorbitantes, los privilegios de la administración y el principio de legalidad.

En este escenario, la prerrogativa de la Administración pública de imponer sanciones en el ámbito contractual no es arbitraria, sino que responde a la necesidad "de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato", la que se activa a partir de la previa constitución en mora del contratista (deudor) por parte de la Administración (Dromi, 1995, p. 513).

En este emplazamiento previo se realiza el principio del derecho de defensa en los contratos administrativos. La puesta en mora se genera a partir de la constatación del incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales del contratista, debiendo seguir la Administración, para tal efecto, el procedimiento establecido en la normativa, pudiendo el contratista-deudor cuestionar la decisión de la Administración, generando con ello la controversia, que en nuestra legislación se resuelve vía conciliación o arbitraje, y no acudiendo al órgano jurisdiccional.

Como ejemplo de lo expuesto, tenemos el pronunciamiento en el que se hizo referencia al alcance del procedimiento de descargo a implementar en favor del contratista: "[...] el procedimiento de descargo no implicaría generar el desconocimiento de que el supuesto penalizable haya ocurrido,

sino que este ha sucedido pero no resultaría atribuible al actuar diligente del contratista, en caso así se demuestre, toda vez que la normativa en compras públicas ha previsto que las penalidades únicamente se aplicarán al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales" (Pronunciamiento N.° 183-2022/OSCE-DGR).

En esta misma línea reflexiva, se ha establecido la relación debido procedimiento-penalidad-resolución de contrato, "aun en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales o se haya acumulado el monto máximo de penalidad por mora, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo aquélla exclusiva responsabilidad" (Resolución N.° 3449-2022-TCE-S4)

1.4. Las penalidades en la LGCP y su reglamento. Ejecución y garantía de fiel cumplimiento

Lo hasta aquí expuesto se desenvuelve en la LGCP y su reglamento, ya que en ellas se contempla el establecimiento de la cláusula penal en los contratos, así como la subsiguiente aplicación de la penalidad por parte de la Administración en caso de demora o cumplimiento tardío en la ejecución de la obligación por parte del contratista, o por otras penalidades. Así, a lo largo de la norma se van estableciendo los términos de la aplicación de penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales, sea en bienes, servicios u obras.

Por su parte los artículos 119 y 120 del RLGCP regulan específicamente ambos tipos de penalidades, la penalidad por mora y las otras penalidades, mientras que en los numerales 119.2 y 119.3 establecen las siguientes reglas generales en la aplicación de penalidades:

- El incumplimiento debe ser injustificado en ambos tipos de penalidades.
- La suma de la aplicación de las penalidades por mora y de otras penalidades no debe exceder el 10 % del monto vigente del contrato o, de ser el caso, del ítem correspondiente.
- Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, pagos parciales o del pago o liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se descuenta del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

1.4.1. La penalidad por mora y el incumplimiento justificado

Este tipo de penalidad se refiere al cumplimiento tardío, y requiere "la existencia de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad (dolo o culpa)" (Alterini *et al.*, 1996, cap. XXIV). En nuestra legislación civil, en el artículo 1343 del Código Civil, norma informante, recoge la institución estableciendo lo siguiente: "Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario".

Si la razón de ser de la penalidad por mora es garantizar el cumplimiento de la obligación en el plazo establecido, se asume que se sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas. Esta regla general de penalidad por incumplimiento de obligación va a desenvolverse según el tipo de obligación incumplida y el tipo de contrato.

En el marco de las contrataciones públicas, la penalidad por mora es de origen legal y de aplicación automática sin previa notificación (Pronunciamiento N.° 234-2005/GTN), respecto de la cual se tiene que la condición es que el incumplimiento de la obligación sea injustificado, lo que nos remite a los eximentes de responsabilidad, como son el caso fortuito y la fuerza mayor. Por lo tanto, en caso de que el retraso sea justificado, no procede el cobro en mención, para lo cual el contratista debe probar que "actuó sin dolo o culpa o con diligencia debida" (Baldwin Ganoso, 2005), siendo la presunción legal de que el incumplimiento es por responsabilidad del contratista.

En cuanto al retraso injustificado, en la Opinión N.° 084-2019/DTN se estableció, citando a la Opinión N.° 264-2017/DTN, que se había establecido como el criterio interpretativo en relación con el retraso injustificado, "que éste ocurría cuando: i) no se hubiera solicitado la ampliación de plazo contractual o ii) cuando habiéndose solicitado ésta no fue aprobada" (Opinión N.° 084-2019/DTN).

1.4.2. Fórmula para el cálculo de la penalidad por mora en el RLGCP

El numeral 120.1 del artículo 120 del RLGCP hace referencia al retraso injustificado como requisito para la aplicación de la penalidad por mora, debiendo estar referido al objeto del contrato, caso en el cual la entidad contratante le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso que le sea imputable. Se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria correspondiente} = \frac{0.10 \times \text{monto del contrato, ítem o entregable}}{F \times \text{plazo del contrato, ítem o entregable correspondiente}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

Para bienes y servicios: F = 0.40

Para obras:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta días: F=0.40.
b) Para plazos entre sesenta y uno a ciento veinte días: F=0.25.
c) Para plazos mayores a ciento veinte días: F=0.15

Para consultorías de obras:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta días: F=0.40.
b) Para plazos mayores a sesenta días: F=0.25.

Para la aplicación de la formula indicada, los numerales 120.2 y 120.3, establecen las siguientes reglas:

- Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato, componente o ítem que debió ejecutarse o, en caso de que estos involucren entregables cuantificables en monto y plazo, al monto y plazo del entregable que fuera materia de retraso.
- En el caso de sistemas de entrega de obra y consultoría de obra que contenga más de un componente el monto y plazo, corresponde al componente que se ejecuta.
- En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la entidad contratante establece en las bases la penalidad a aplicar.

En cuanto al procedimiento para su aplicación, la DTN precisó que la normativa de contrataciones del Estado "no ha previsto, como parte del procedimiento o condición para la aplicación de la penalidad por mora, que para tal efecto la Entidad deba notificar previamente al contratista informándole sobre dicha decisión; al respecto, basta que la Entidad determine la configuración de un retraso injustificado" (Opinión N.° 005-2023/DTN)

1.4.3. Justificación del retraso y la solicitud de ampliación de plazo

Uno de los problemas que se presenta en el incumplimiento contractual justificado es el de la probanza, y la credibilidad de la otra parte. Por el contrario, se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al

pago de gastos generales de ningún tipo. Sobre este tema se estableció que "el contratista cuando considere justificar un retraso para la no aplicación de penalidad [...] será necesario presentar el sustento objetivo que permita demostrar que la demora o el incumplimiento obedece a una situación no atribuible frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato, y que, además, la Entidad como garante de los recursos públicos evalúe dicho aspecto" (Pronunciamiento N.° 625-2019/OSCE-DGR).

Al respecto, el numeral 128.4 ha establecido un medio para que el contratista pruebe que no tiene culpa en la demora. Así, indica que el retraso se justifica:

- A través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobada.
- Adicionalmente, se considera justificado el retraso y, en consecuencia, no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la entidad contratante no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

Al respecto, se estableció, respecto de la oportunidad de la solicitud de la ampliación de plazo en el caso de bienes o servicios, lo siguiente:

> La normativa de contrataciones del Estado no ha regulado la posibilidad de que en una contratación de bienes o servicios se presente la solicitud de ampliación de plazo antes de finalizado el hecho generador del atraso o paralización; no obstante, ello no impide que el contratista pueda volver a presentar dicha solicitud de manera posterior, esta vez luego de culminado el hecho generador [...], siendo competencia de la Entidad definir si otorga la ampliación de plazo solicitada, debiendo, para ello, evaluar si efectivamente se ha configurado alguna de las causales correspondientes. (Opinión N.° 024-2023/DTN)

En cuanto al procedimiento de la justificación, se indicó que la normativa de Contrataciones del Estado:

> [...] no ha regulado un procedimiento específico, formalidades o plazos, a fin de calificar un retraso como justificado, en el marco de una solicitud para la no aplicación de penalidades por mora. En ese contexto, la Entidad puede comunicar su decisión de aprobar la mencionada solicitud, empleando cualquier documento emitido por el servidor o funcionario competente, según su organización interna y/o de acuerdo con lo previsto en el contrato. (Opinión N.° 005-2023/DTN)

1.4.4. Criterios del fenecido OSCE respecto de la aplicación de la penalidad por mora

a) El procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora y el calendario

¿Qué calendario se utiliza para el cómputo de la pena? Sobre el particular, respecto del tipo de calendario a utilizar para la aplicación de la penalidad, ante la consulta "¿el plazo debe ser convertido en días calendario, teniendo en cuenta el calendario gregoriano y los años bisiestos?", se indicó que "durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendario, aplicándose, supletoriamente, las reglas previstas en el artículo 183 del Código Civil"[55] (Opinión N.° 059-2011/DTN).

b) Penalidad en contratos de ejecución continuada

Cuando se trate de un contrato de ejecución continuada "tanto el monto como el plazo del contrato que se utilizarán para el cálculo de la penalidad, se referirán a la prestación parcial que debió ejecutarse y siempre en función del ítem respectivo"[56], criterio precisado en la Opinión N.° 059-2011/DTN en los términos siguientes:

> [...] el cálculo de la penalidad diaria se realiza tomando en consideración el plazo y el monto del contrato vigente, salvo en los contratos de "ejecución periódica", en los cuales para el cálculo de la penalidad diaria debe tomarse en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales incumplidas.
>
> Cabe precisar que, para determinar el monto de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, debe multiplicarse la penalidad diaria previamente calculada, por el número de días de atraso injustificado. [...] el hecho que en los contratos de "ejecución periódica" el cálculo de la penalidad diaria se realice tomando en consideración el plazo y el monto de cada prestación parcial incumplida, no implica que el monto máximo de la "penalidad por

55 *"Artículo 183.- Reglas para cómputo del plazo*
El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

56 1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".
Pronunciamiento N.° 178-2005/GTN.

mora en la ejecución de la prestación" sea el diez por ciento (10 %) del monto de cada prestación parcial incumplida [...] la entidad puede aplicar la penalidad por mora "hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse". (Opinión N.° 059-2011/DTN)

c) Incumplimiento en obligación de dar: ejecución de prestaciones periódicas de bienes y servicios (contrato de ejecución periódica)

Al respecto, en la Opinión N.° 027-2010/DTN, se estableció:

Que, para efecto de aplicación de las penalidades, tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse, o, en caso de que estos involucran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia del proceso.

Por lo tanto, en caso de que en los contratos de ejecución periódica deba aplicarse la penalidad por mora, el monto y el plazo deberán calcularse en función de la prestación parcial afectada con el incumplimiento. (Opinión N.° 027-2010/DTN)

En cuanto a la aplicación de la fórmula, se ha establecido:

[...] a efectos de aplicar la fórmula [...] la Entidad debe emplear tanto el *monto* como el *plazo* del contrato o del ítem, salvo en los contratos que involucren obligaciones de "ejecución periódica" o "entregas parciales", en los cuales dicho cálculo debe realizarse tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación individual materia de retraso [...] el cálculo del monto de la penalidad por mora dependerá de los elementos "monto" y "plazo" del contrato, cuyos valores, a su vez, dependerán de la naturaleza del contrato que sea objeto de análisis. Si se trata de un contrato de ejecución única deberá aplicarse el monto y plazo del contrato vigente a ejecutarse; si, en cambio, se trata de un contrato de ejecución periódica o uno que, siendo de ejecución única, hubiese contemplado entregas parciales, el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Cabe anotar que [...] a fin de que sea posible aplicar la penalidad por mora a las "prestaciones individuales" materia de retraso, el "monto" y el "plazo" de las prestaciones parciales del contrato de ejecución periódica o, de ser el caso, de las entregas parciales del contrato de ejecución única, deberán estar contemplados en el contrato[57]. (Opinión N.° 103-2019/DTN)

57 En este extremo de la presente Opinión es pertinente anotar que el numeral 162.3. del artículo 162 del Reglamento señala que *"En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación*

En ésta misma línea, de aplicación de penalidades en ejecución periódica de prestaciones, se ha indicado:

> En el caso de las contrataciones de ejecución periódica de servicios en general, el cálculo de la penalidad diaria se debía realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales afectadas con el retraso, independientemente que las contrataciones de los servicios se hubieran realizado bajo el sistema a suma alzada o de precios unitarios, por paquete o por relación de ítem [...] el monto aplicable en contrataciones de "servicios periódicos" es el monto de la prestaciones parciales; por lo que, resultaría razonable que en la presente contratación el monto para aplicar la penalidad por retraso parcial sería cada entrega mensual que sea afectada con el retraso injustificado por parte del contratista. (Pronunciamiento N.° 597-2019/OSCE-DGR)

d) Obligación de dar. Ejecución de prestaciones por lotes

En esta misma línea de razonamiento en la citada Opinión N.° 027-2010/DTN, se absolvió la consulta siguiente: "en la ejecución de prestaciones por lotes (entregas diarias) cuando el contratista haya efectuado la entrega tardía en parte del número total de lotes a suministrar, la penalidad deberá ser aplicada ¿del monto total de lotes a suministrar en el día o el monto de los lotes que fueron entregados tardíamente?". Absolviendo la consulta previamente se aprecia que "lote" es la adquisición de bienes del mismo tipo[58]:

> [S]iendo por ello que cada lote está constituido por un conjunto de bienes similares, o de caracteres comunes y análogos, que se diferencian de los otros lotes por ciertas características relacionadas con su vigencia, fecha de caducidad, expiración o vencimiento, determinando que deban ser adquiridos progresivamente en el tiempo y no en una misma oportunidad.
>
> Sobre el particular, dentro de un contrato de ejecución periódica la prestación parcial puede estar constituida por la entrega de uno o varios lotes distintos, siendo que [...] en caso de que en los contratos de ejecución periódica deba aplicarse la penalidad por mora, el monto y el plazo deberán calcularse en función de la prestación parcial afectada con el incumplimiento. (Opinión N.° 027-2010/DTN)

materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse".

58 Numeral 35 del anexo de definiciones del Reglamento.

e) Obligación de dar: plazo de subsanación y mora - penalidad y resolución de contrato

Otro aspecto relevante es la relación entre plazo de subsanación y mora. Al respecto, la Opinión del OSCE indicó:

> [En] caso de que la entidad otorgue el plazo correspondiente, no procedería la aplicación de penalidades durante dicho periodo, en la medida que, si bien es cierto el contratista no cumplió con las prestaciones a su cargo, la entidad optó, atendiendo a la naturaleza de las observaciones, por extender el plazo para su cumplimiento oportuno, reiterándose el criterio establecido en la norma de que el 'procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofertadas, en cuyo caso la entidad no efectuará la recepción debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan. (Opinión N.° 027-2010/DTN)

El análisis concluye precisando que en caso de que la entidad considere, que, debido a la magnitud de las observaciones efectuadas a la prestación a cargo del contratista, como no ejecutada la prestación, "no procederá otorgar un plazo para subsanar dichas observaciones y, por lo tanto, estará facultada a aplicar las penalidades correspondientes, o incluso a iniciar el procedimiento de resolución de contrato [...]".

En esta línea, absolviendo la consulta "Cuando en una determinada obligación, el contratista realiza solo la entrega en parte del total de los bienes a suministrar y, pese a los requerimientos efectuados, la prestación pendiente de entrega nunca es debidamente suministrada, ¿correspondería que este incumplimiento sea sancionado a través de la penalidad por mora o únicamente correspondería la resolución de contrato?", el OSCE opinó que "independientemente de los requerimientos efectuados, una vez que se configure el incumplimiento oportuno de la prestación, y la entidad considere a la prestación como no ejecutada, debe aplicar la penalidad por mora hasta un monto equivalente al 10 % del monto del contrato o ítem correspondiente, o en todo caso, de considerarlo conveniente, resolver el contrato [...]" (Opinión N.° 027-2010/DTN).

1.5. Las otras penalidades

Constituye una atribución de la Entidad establecer cuáles son las otras penalidades, tal como quedó establecido en el Pronunciamiento N.° 193-2022/OSCE-DGR, en el que se indicó que "es potestad de la Entidad definir las 'otras penalidades' —distintas a la penalidad por mora— que estime

necesarias, siempre y cuando reúnan las condiciones referidas en el párrafo precedente, es así que la sola configuración del supuesto de infracción contemplado en las bases por parte del contratista, faculta a la Entidad para la aplicación de una multa, independientemente de los mecanismos de defensa que pueda utilizar el contratista" (Pronunciamiento N.° 193-2022/OSCE-DGR).

Sobre este tema, referido a la aplicación de otras penalidades, en el Pronunciamiento N.° 569-2019/OSCE-DGR "la normativa de contratación pública dispone que no se puede incluir como otras penalidades la sola presentación de la solicitud de autorización de sustitución del personal propuesto y que, la penalidad por sustitución del personal aplica siempre y cuando la Entidad no haya autorizado su sustitución por no cumplir con la experiencia y calificaciones requeridas".

En cuanto a la determinación de las otras penalidades, que son distintas a las de mora, el fenecido OSCE ha establecido algunos criterios para su determinación y aplicación. Así, en la Opinión N.° 027-2010/DTN se estableció que corresponde a la entidad determinar en las bases y en el contrato cuáles son esas penalidades distintas a la penalidad por mora, es decir, consignar determinados supuestos de hecho cuyo incumplimiento ameritan su aplicación.

Los supuestos bajo los cuales se configura su aplicación deben estar directamente relacionados con la prestación a su cargo; por ello, es potestad de la entidad definir las penalidades que estime necesarias, en tanto sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Así, los criterios para la determinación y aplicación de las otras penalidades, al vincularse a la potestad sancionadora, deben ser debidamente merituados por la administración, por lo que a través del OSCE se avanzó respecto de la determinación de reglas, tal como quedó establecido en el Pronunciamiento N.° 687-2017/OSCE-DGR, en el que indica:

- La entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección penalidades distintas a la penalidad por mora.
- Las penalidades deben ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionadas con el objeto de contratación.
- Debe incluir la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto, así como el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar (Pronunciamiento N.° 687-2017/OSCE-DGR).

Los criterios de razonabilidad, congruencia y objetividad han sido precisados en opiniones del OSCE, en los que se asume que la congruencia

con el objeto de la convocatoria implica penalizar "el incumplimiento de obligaciones comprendidas en el objeto de la convocatoria o relacionadas con este; así, los tipos de incumplimiento establecidos en las bases debían encontrarse directamente relacionados con las obligaciones que asumiría el contratista"; mientras que el de razonabilidad supone "que los montos de las penalidades fueran proporcionales a la gravedad de los incumplimientos penalizados, así como a su reiteración" (Opinión N.° 077-2011/DTN). Por su lado, la objetividad implica que la entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma en que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos (Opiniones N.° 058-2011/2011 y N.° 163-2018/DTN).

1.5.1. Criterios del OSCE respecto de las otras penalidades

a) Cálculo de las otras penalidades

En la Opinión N.° 058-2011, se determinó que el cálculo de las "otras penalidades" se realiza de forma independiente al cálculo de la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", conforme al monto o porcentaje previsto en las bases según el tipo de incumplimiento verificado.

b) Contrato con penalidades sujetas a plazo suspensivo: contrato complementario

Por otro lado, en la Opinión N.° 007-2010/DTN, absolviendo la consulta planteada en el marco de un contrato sujeto a plazo suspensivo vinculado a un contrato complementario, se precisó:

> [...] tal como se indicó en una opinión[59] anterior, el contrato complementario debe incorporar aquellas penalidades especiales distintas a la penalidad por mora– que fueron previstas en el contrato original, sin que se puedan efectuar supresiones, modificaciones o adiciones que generen regulaciones más onerosas para el proveedor o que, por el contrario, fueran más beneficiosas. Lo contrario implicaría generar incentivos negativos para la celebración de dicho acuerdo —como sucede cuando se pretende incluir penalidades más onerosas para el proveedor— o que se afecten principios sustanciales del procedimiento —cuando se pretende incluir penalidades más beneficiosas para el proveedor— como la transparencia, libre competencia o trato justo e igualitario de proveedores, al incorporarse condiciones favorables no conocidas por los proveedores participantes del proceso de selección.

59 Véase la Opinión N.° 074-2008/DOP.

En atención a la consulta formulada, se concluye que el contrato complementario debe preservar las condiciones que dieron lugar a la contratación, debiendo establecerse las mismas penalidades del contrato principal, sin que se puedan efectuar supresiones, modificaciones o adiciones. Sin embargo, ello no acarrea la obligación de fijar un plazo suspensivo similar, toda vez que su determinación resultaba esencial en el contrato principal, cuando la prestación del servicio se encontraba en la fase operativa, mas no para la ejecución del contrato complementario, máxime cuando el contratista ya cuenta con la experiencia necesaria para la prestación del servicio. (Opinión N.° 007-2010/DTN)

1.6. La contratación por paquete y la penalidad

La contratación por paquete se encuentra considerada en el literal a) del numeral 52.1 del artículo 51 del RLGCP, como una forma de agrupamiento de las prestaciones. En cuanto a la aplicación de penalidades, en la citada Opinión N.° 173-2015/DTN, se indicaba:

[...] el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato debe analizarse en función de cada una de las prestaciones involucradas; es decir, tanto el monto como el plazo para el cálculo de la penalidad diaria deben corresponder al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no en función del monto y plazo total de la contratación [...] en la contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión y la elaboración del expediente técnico de obra, la penalidad diaria se calcula en función de cada una de las prestaciones involucradas, por lo que tanto el monto como el plazo para el cálculo de dicha penalidad deben corresponder al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no al monto y plazo total de la contratación. (Opinión N.° 173-2015/DTN)

1.7. Bienes: ¿qué se entiende por *paralizaciones y atrasos?*

La DTN ha definido los términos paralizaciones y atrasos:

[...] la "paralización" implica la detención de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que el "atraso" constituye un retraso o retardo en el cumplimiento de dichas prestaciones, sin llegar a ser una paralización.

En esa medida, corresponde a la entidad determinar cuándo el contratista ha interrumpido el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y en qué casos viene ejecutándolas a un ritmo menor. No obstante, ello, debe considerarse que, cuando el hecho generador del atraso o paralización sea originado por razones ajenas a su voluntad, el contratista podría solicitar la ampliación

del plazo por la configuración de cualquiera de los dos supuestos. (Opinión N.° 190-2015/DTN)

1.8. Modificación unilateral de penalidades

Sobre este tema, se ha establecido que, luego de celebrado el contrato, "no es posible que la entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en este" (Opinión N.° 064-2012/DTN).

1.9. Incumplimiento de subsanación de observaciones, resolución de contrato y aplicación de penalidad

Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

1.10. Improcedencia de la aplicación de penalidades cuando se otorga el plazo

La decisión de la entidad de otorgar al contratista un plazo para la subsanación de las observaciones a la prestación, implica que no podrá aplicar penalidades durante dicho periodo, "en la medida que la entidad optó por brindar dicho plazo al contratista con la finalidad que cumpliera debidamente con las prestaciones a su cargo" (Opinión N.° 032-2016/DTN); sin embargo, el nuevo incumplimiento del contratista facultará a la entidad para aplicar penalidades y resolver el contrato (Opinión N.° 038-2013/DTN).

1.11. Improcedencia de aplicación de procedimiento y la solución de controversias

El procedimiento indicado no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías "manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas".

2. LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO

La resolución de contrato es una de las consecuencias del incumplimiento contractual, y constituye una de las formas más gravosas de culminar el vínculo establecido entre la entidad y el contratista, la que en el marco de la normativa de contrataciones públicas se produce por causales surgidas durante la ejecución del contrato.

2.1. La obligación esencial y la resolución de contrato

¿Cuáles pueden ser las razones o causales para resolver un contrato administrativo? Para comenzar tenemos que en este caso opera el principio de reserva legal, ya que solo se puede resolver un contrato por causales establecidas de forma específica en la norma, siendo en nuestro caso la LGCP, así como su reglamento, los que han sido explicitados en sendos documentos emitidos por la Dirección Técnico Normativa del fenecido OSCE.

Pero antes, y dada su trascendencia en la resolución del contrato debemos reiterar lo que se entiende por obligación esencial, para lo que recurrimos a la opinión del OSCE en la que se indica que es aquella "cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato" (Opinión N.° 027-2014-DTN).

Criterio que fuera ampliado en la Opinión N.° 154-2019/DTN, determinando lo que constituye obligación esencial para la entidad contratante:

> [...] es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato. Así, en el caso de la Entidad, la principal obligación esencial que debe cumplir es la del pago, *pudiendo, sin embargo, existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.* En esa línea, la determinación de qué obligaciones de la Entidad tenían carácter de esenciales (cuyo incumplimiento, por tanto, podía dar lugar a la resolución del contrato por parte del contratista), *dependía de las características y condiciones de cada contrato y su configuración.*
>
> Por tanto, a efectos de poder resolver el contrato, el contratista debía verificar que la Entidad hubiese incumplido injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo.

Establecido lo que se entiende por obligación esencial, corresponde revisar lo que puede generar la resolución del contrato, como es el incumplimiento de una obligación esencial:

> [...] un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las que deben estar contenidas en las bases o en el contrato. (Opinión N.° 090-2015/DTN)

2.2. La cláusula obligatoria de resolución de contrato y la responsabilidad

La normativa establece que en el contrato se consigne, en forma expresa, una cláusula de resolución de contrato por incumplimiento, el que puede ser de cualquiera de las partes, tal como se puede apreciar en el artículo 60 de la LGCP.

Por lo tanto, la causa esencial de la resolución del contrato es el incumplimiento contractual, en el en el caso del contratista, puede comenzar con la aplicación de penalidades, para terminar en la resolución contractual; pero no es la única, ya que el artículo 68 del mismo cuerpo normativo establece los distintos supuestos por los cuales se puede llegar a la resolución del contrato, por lo que el incumplimiento contractual no es la única vía.

2.3. Las causales de resolución del contrato

Cualquiera de las partes puede resolver, total o parcialmente, el contrato en los siguientes supuestos:

a) Caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del contrato.

Estas causales imposibilitan la continuación del contrato. No es suficiente que cualquiera de las dos causales se produzca, además deviene en imperativo que estas sean de tal magnitud que impidan la continuación del contrato. Al respecto, en las Opiniones N.° 131-2015/DTN y en la N.° 143-2017/DTN, se estableció que resulta procedente la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor "cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible continuar con la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes, de manera definitiva", razón por la cual para que la entidad resuelva el contrato "deberá demostrarle al contratista que el hecho –además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible– determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; por tanto, cuando la entidad no pruebe lo antes menciona-

do, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor" (Opiniones N.° 131-2015/DTN y N.° 143-2017/DTN).

b) Incumplimiento de obligaciones contractuales, por causa atribuible a la parte que incumple.

c) Hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, de supuesto distinto al caso fortuito o fuerza mayor, no imputable a ninguna de las partes, que imposibilite la continuación del contrato.

El numeral 122.3 del RLGCP se refiere a la carga de la prueba, así indica, respecto de estos supuestos, que la parte que resuelve debe justificar y acreditar que la situación que alega hace imposible la continuidad de la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva.

d) Por incumplimiento de la cláusula anticorrupción.

En estos casos el numeral 122.6 indica que el incumplimiento de la cláusula anticorrupción y antisoborno no impide el inicio de las acciones civiles, penales y administrativas que correspondieran.

e) Por la presentación de documentación falsa o inexacta durante la ejecución contractual.

2.4. ¿La resolución de la resolución?

Este es un tema frecuente en las controversias en las contrataciones del Estado, y en donde la Opinión N.° 058-2023/DTN estableció:

> Si una de las partes (Entidad o contratista) resuelve debidamente un contrato —es decir, siguiendo el procedimiento y cumpliendo los requisitos y formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado— no cabría la posibilidad de que su contraparte efectué una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica ya se encontraría extinta. Siendo así, en caso de no estar de acuerdo con la resolución efectuada, corresponderá a dicha contraparte someterla a los medios de solución de controversias contemplados en la normativa de Contrataciones del Estado. (Opinión N.° 058-2023/DTN)

2.5. Configuración de la condición de terminación anticipada establecida en el contrato

Sobre este tema el artículo 121 del RLGCP establece que el contrato "puede contener una cláusula de resolución por terminación anticipada cuando comprenda más de un componente o hito y el resultado de alguno de estos impida o haga innecesaria la continuidad del siguiente, sin que resulte atribuible a alguna de las partes. En este caso, corresponde el pago al contratista por los hitos o componentes ejecutados".

2.6. La resolución de contrato en los mecanismos diferenciados de adquisición para la contratación de tecnologías sanitarias para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades raras y huérfanas, enfermedades oncológicas y de enfermedades de alto costo, y en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional

En estos casos el numeral 68.5 de la LGCP remite a lo establecido en los respectivos contratos los términos y las consecuencias de la resolución del contrato.

2.7. La responsabilidad de las partes en la resolución del contrato

La resolución del contrato puede implicar la responsabilidad para alguna de las partes, por incumplimiento de obligaciones esenciales y por haber incurrido en algunas de las causales específicas que hemos glosado.

Teniendo en cuanta lo expuesto, es relevante que las partes entren a la fase de gestión de la controversia teniendo claridad sobre el rol que cada una ha tenido en la desavenencia y las implicancias de ello. Pero la responsabilidad no siempre se tiene que dar, puede suceder que la resolución del contrato se genere por causas que no son imputables a algunas de las partes, lo que no les genera responsabilidad.

2.7.1. Los tipos de responsabilidad de las partes en la resolución del contrato

Sobre este tema, los numerales 68.2 y 68.3 de la LGCP establecen dos tipos de responsabilidades y su consecuencia. En el primero, cuando la resolución del contrato es por causa imputable a una de las partes, corresponde resarcir daños y perjuicios, los que deben estar debidamente acreditados; en el segundo, que se configura cuando la resolución es consecuencia de un caso de corrupción de funcionarios o servidores públicos, no corresponde el

pago de resarcimiento por daños y perjuicios al contratista, aun cuando este último no lo haya propiciado.

Este último extremo constituye un exceso, ya que convierte al contratista en una segunda víctima, por cuanto en un primer momento la resolución del contrato, respecto del cual tenía expectativas económicas, se produce como consecuencia de un hecho ajeno a él, luego, en vez de ser resarcido en el daño que se le ha causado, la norma dispone que este no corresponde.

3. PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO

La resolución del contrato sigue un procedimiento formal de obligatorio cumplimiento. En relación con el procedimiento a seguir por cualquiera de las partes para efectivizar la resolución del contrato, tenemos como referente el Acuerdo N.° 017/013 del 26 de setiembre de 2003, en el que el TCP estableció que "las entidades deben observar oportunamente el procedimiento de resolución contractual" (Acuerdo N.° 017/013 y Resolución N.° 1175/2005.TC-SU), criterio ratificado en las Resoluciones N.° 1175/2005. TC-SU, N.° 226-2011-TC-S4 y N.° 310-2011-TC-S3 del TCE (resoluciones N.° 226-2011-TC-S4 y N.° 310-2011-TC-S3).

3.1. La formalidad del trámite

Por lo tanto, como hemos indicado, estamos ante un trámite en el que la formalidad deviene en relevante para el mantenimiento de la decisión resolutoria. Sobre el particular, en la Resolución N.° 019/2006.TC-SU, analizando un caso de negativa de recepción del documento por el que se resolvía el contrato, el tribunal estableció que se debía notificar en el último domicilio señalado por el contratista, criterio también consignado en el Acuerdo N.° 007/006 (Resolución N.° 019/2006.TC-SU y Acuerdo N.° 007/006).

En cuanto a la necesidad de comunicación de emplazamiento, y la probanza de ello, el TCE estableció que "en el caso de autos no hay evidencia de que la entidad hubiere requerido al contratista a cumplir con su obligación, ni que le hubiere comunicado notarialmente su decisión de resolver el contrato y que la observancia de los requisitos de forma es condición esencial para la validez de los actos administrativos y, contrariamente, su inobservancia es causal de nulidad de estos" (Resolución N.° 366/2000.TC-S2).

En cuanto al tipo de documento y el nivel de funcionario que suscribe la Carta Notarial, en la Opinión N.° 115-2009/DTN, se indica:

> [...] la normativa de contrataciones del Estado no precisa si el documento mediante el cual la entidad expresa su voluntad de resolver un contrato será, necesariamente, una "resolución" o si puede ser cualquier otro documento a través del cual la Administración pública expresa su voluntad por escrito, lo cual dependerá también del nivel jerárquico del funcionario que apruebe la resolución contractual. [...] Por lo tanto, las entidades podrían resolver el contrato mediante una resolución o cualquier otro documento a través del cual la Administración pública manifiesta su voluntad por escrito, lo contrario implicaría establecer restricciones que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto. (Opinión N.° 115-2009/DTN)

Este criterio fue reiterado en la Opinión N.° 006-2016/DTN, precisando además el nivel del funcionario que aprueba la resolución del contrato:

> [...] el documento que contiene la decisión de resolver el contrato y el sustento de esta decisión deben ser aprobados por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato [...] no se ha determinado al funcionario competente o autorizado para aprobar la resolución de un contrato, refiriéndose únicamente que se debe tratar de una autoridad con igual o superior nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato. (Opinión N.° 006-2016/DTN)

3.2. El procedimiento en función de los supuestos

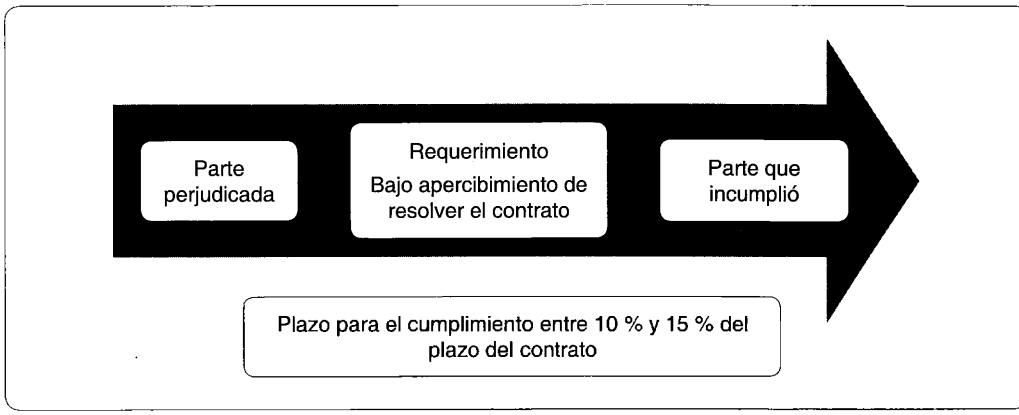
El artículo 122 del RLGCP desarrolla el procedimiento en función de los supuestos establecidos en el artículo 68 de la LGCP, a lo que debemos agregar que la resolución del contrato puede ser total o parcial, tal como lo establece el numeral 122.5. Será parcial solo cuando involucre a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea cuantificable, separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales.

Sobre este extremo, el segundo párrafo del citado numeral 122.5 indica que el apercibimiento previo y la resolución que se efectúe precisan con claridad qué parte del contrato queda resuelta, de no haber tal precisión se entiende que la resolución es total.

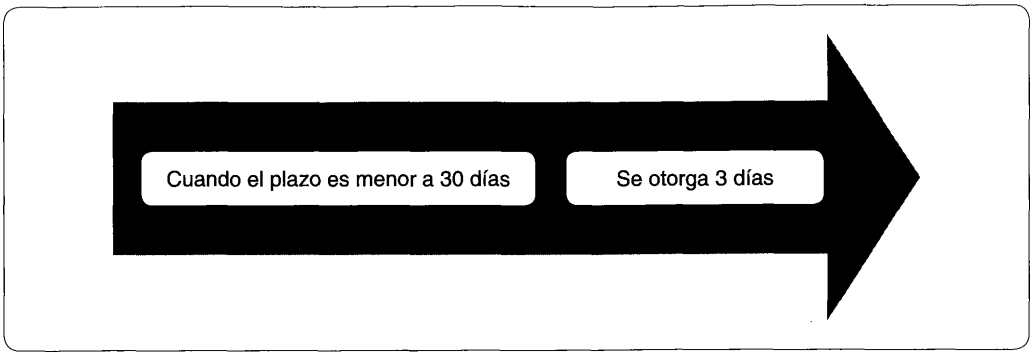
3.2.1. Procedimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, por causa atribuible a la parte que incumple: literal b) del numeral 68.1 de la LGCP y el monto máximo de penalidad

Sobre este supuesto el numeral 122.1 establece que la parte afectada por el incumplimiento debe cumplir con el siguiente procedimiento:

- La parte perjudicada requiere a la otra parte que ejecute la prestación materia de incumplimiento, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Al respecto, el último párrafo del numeral 122.5 del RLGCP indica que el apercibimiento previo y la resolución que se efectúe precisan con claridad qué parte del contrato queda resuelta, de no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.
- El plazo para el cumplimiento de la prestación debe ser razonable y no debe ser menor del 10 % del plazo del contrato, ítem, o entregable materia de incumplimiento, según corresponda, y en ningún caso puede superar el 15 % del plazo del contrato, ítem o entregable materia de incumplimiento.

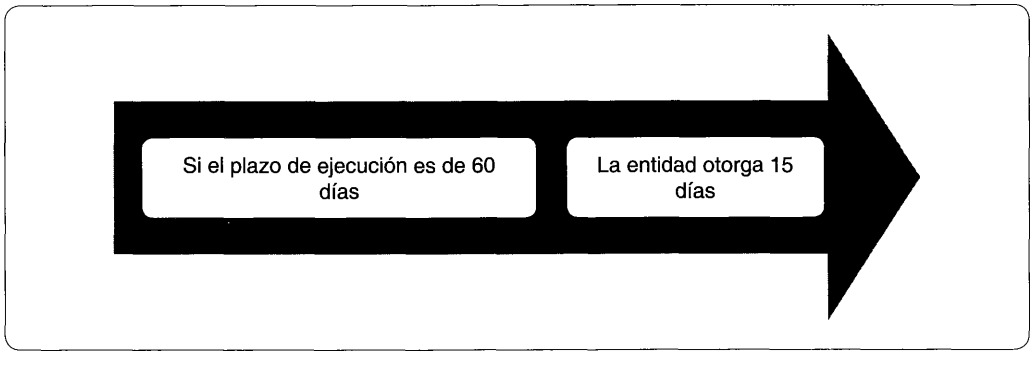


- Cuando el plazo obtenido como resultado de la aplicación del porcentaje sea una cifra decimal, corresponde que la entidad contratante efectúe el redondeo a favor del contratista, computándose como un día completo adicional en dicho supuesto.
- En los casos en que el plazo del contrato, ítem o entregable materia de cumplimiento es menor a treinta días, se otorga tres días.



- Cuando el atraso este referido al componente de ejecución de obras bajo sistemas de entrega de solo construcción o diseño y construcción, caso en el cual la entidad contratante otorga un plazo de quince días, siempre que el plazo de la ejecución de la obra supere los sesenta días.

Componente de ejecución de obras bajo sistemas de entrega de solo construcción o diseño y construcción



El literal b) del numeral 122.1 establece que vencidos los plazos descritos sin que la parte emplazada haya cumplido lo requerido, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial.

3.2.2. Cuando no procede el apercibimiento previo

Este tema es tratado en el numeral 122.2 el que establece cuando no es aplicable el apercibimiento precedentemente indicado, lo que sucede en los siguientes casos:

- cuando se haya llegado a completar el monto máximo de penalidad al contratista; o,

- la entidad contratante sustente de manera objetiva que la situación de incumplimiento ya no pueda ser revertida, de acuerdo con el pronunciamiento que emite el área usuaria.

En estos casos, indica el numeral, la entidad contratante notifica al contratista la resolución del contrato de forma parcial o total, según corresponda.

3.2.3. Cuando se puede resolver sin apercibimiento previo

Por su parte, el numeral 122.4 establece 5 causales por las que las partes pueden resolver el contrato sin el apercibimiento previo, quedando resuelto de pleno derecho desde la notificación:

> a) Caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del contrato.
> [...]
> c) Hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, de supuesto distinto al caso fortuito o fuerza mayor, no imputable a ninguna de las partes, que imposibilite la continuación del contrato.
> d) Por incumplimiento de la cláusula anticorrupción.
> e) Por la presentación de documentación falsa o inexacta durante la ejecución contractual.
> f) Configuración de la condición de terminación anticipada establecida en el contrato, de acuerdo con los supuestos que se establezcan en el reglamento para su aplicación.

4. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA Y EL PAGO DE DAÑOS

El artículo 123 del RLGCP cita en sus distintos numerales los efectos de la resolución contractual, los que están en función de quien es la parte afectada. Así, en ellos se establecen las siguientes consecuencias que trae consigo la resolución del contrato:

4.1. Cuando la parte perjudicada es la entidad

En este caso el numeral 123.1 indica que la entidad ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado conforme lo dispuesto en el artículo 118 del RLGCP, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que sean debidamente demostrados.

4.2. Cuando la parte perjudicada es el contratista

Si la parte perjudicada es el contratista, la entidad contratante debe reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios debidamente acreditados.

4.3. Fideicomiso y la parte que resuelve

En el numeral 123.3 se indica que, en los contratos que hayan constituido un fideicomiso, es obligación de la parte que resuelve el contrato informar a la empresa fiduciaria, sobre la resolución del contrato.

4.4. Constatación física e inventario de la obra

La parte que comunica la resolución del contrato debe indicar, con al menos tres días hábiles de anticipación, la fecha y hora para realizar la constatación física e inventario en la obra, lo que se realiza en presencia del supervisor y un notario o juez de paz, en el que se levanta un acta en la que se deje constancia del detalle los avances de obra, inventarios de materiales, insumos y equipamientos.

Los bienes inventariados en la constatación física se encuentran bajo la responsabilidad del contratista hasta la culminación del acto, después de lo cual la obra queda bajo responsabilidad de la entidad contratante y se procede a su liquidación.

4.5. Los costos de la resolución del contrato y cuando procede el reconocimiento de la utilidad en obras

En este caso, los gastos asociados a la tramitación de la resolución del contrato son asumidos por la parte que incurrió en la causal de resolución. Asimismo, el numeral 123.5 indica que en caso la resolución se dé por causa atribuible a la entidad contratante, esta reconoce al contratista, en la liquidación que se practique, el 50 % de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha en que se efectúe la resolución del contrato.

5. LA CONSTANCIA DE PRESTACIÓN

La constancia de prestación es relevante para el contratista por cuanto constituye documento válido para la formulación de alguna futura propuesta, tal como quedó establecido en la Resolución N.° 1227/2005.TC-SU,

donde se indica respecto de la conformidad de culminación de prestación de servicio que esta:

> [...] constituye una certificación del cumplimiento de la ejecución del objeto contractual según los términos del contrato, la que es expedida una vez dada la conformidad a la prestación, es evidente que en ella figure el monto final pagado. En ese sentido, dicho documento no puede ser desconocido por la entidad y, por ende, dejado de lado, sino que, por el contrario, debe ser tomado en cuenta a efectos de la evaluación, por cuanto hace referencia expresa de la prestación materia del contrato con el cual existe correspondencia y avala una situación real que es la prestación efectiva del servicio de seguridad y vigilancia contratado por un monto determinado. (Resolución N.° 1227-2005.TC-SU)

Este criterio es similar al establecido en la Opinión N.° 070-2011/DTN, donde se indicó respecto de la finalidad, que es la de:

> [...] registrar el comportamiento del contratista durante la ejecución de un contrato, específicamente, si ejecutó el contrato debidamente, o si se le tuvo que aplicar penalidades, ya sea por mora u otras penalidades previstas en el contrato [...] con mayor razón, si la aplicación de estas penalidades no determina la imposición de una sanción al contratista, ni mucho menos que sea incluido en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado —a menos que la aplicación de penalidades haya alcanzado el porcentaje máximo permitido, 10 % del monto del contrato original, determinando la resolución del contrato—, por lo que, salvo por la constancia de prestación, no existiría ningún otro mecanismo que brinde tal nivel de certeza sobre la aplicación de penalidades a un contratista [...]. (Opinión N.° 070-2011/DTN)

En cuanto a la posibilidad de constancias parciales en los contratos de ejecución periódica, la citada opinión estableció que la obligación de entregar la constancia de prestación al contratista surge una vez que este ha culminado la ejecución de su prestación o prestaciones a favor de la entidad, y esta le ha otorgado la conformidad de la prestación.

> [...] la emisión de la constancia de prestación provisional para las prestaciones parciales ya ejecutadas no afecta la obligación de la entidad de emitir la constancia de prestación por la totalidad del contrato, una vez concluido el plazo de ejecución contractual y otorgada la respectiva conformidad al contratista, momento a partir del cual la constancia provisional emitida carecerá de valor y no podrá ser utilizada por el proveedor para acreditar el factor "cumplimiento del servicio" en los procesos de selección en los que participe.

> En tal orden de ideas, debe indicarse que, en los contratos de ejecución periódica de servicios que se encuentren en ejecución, resulta posible que el contratista solicite la emisión de una constancia de prestación por las prestaciones parciales ya ejecutadas, siendo obligación de la entidad emitir dicha constancia, la cual tendrá carácter provisional y solo podrá ser utilizada por el proveedor para acreditar el factor "cumplimiento del servicio" en los procesos de selección en los que participe en tanto la ejecución del contrato al cual corresponden tales prestaciones parciales no haya culminado, pues a partir de su culminación la única constancia de prestación válida será la constancia de prestación por la totalidad del contrato, emitida por la entidad luego de otorgar la conformidad. (Opinión N.° 070-2011/DTN)

Sobre la constancia de prestación el artículo 124 del RLGCP establece las siguientes reglas:

- En cuanto al contenido. Se dispone que esta debe contener como mínimo: la identificación del contrato, el objeto del contrato, el monto del contrato vigente, el plazo contractual y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista y se genera a partir de la información que hubiera registrado la entidad contratante en la Pladicop.
- La constancia de prestación consta en el FUP del proveedor una vez emitida y registrada en la Pladicop la conformidad de la prestación final, en el caso de bienes y servicios, y una vez que queda consentida la liquidación en el caso de obras y consultoría de obras.
- En caso la DEC de la entidad contratante hubiera omitido registrar la información necesaria para que el sistema genere la constancia de prestación o esta contenga información errada, el contratista puede solicitar su emisión directamente a la entidad contratante, la cual debe entregarla bajo responsabilidad.

PARTE IX

LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS

Capítulo XXXVI

LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS (I)

SUMARIO: 1. Sistemas de entrega para bienes y servicios. 1.1. Llave en mano y llave en mano con mantenimiento. Bienes. 1.2. Suministro con comodato. ¿Cuándo se aplica? 1.3. Diseño de la operación y mantenimiento 1.4. Gestión de instalaciones. 2. Modalidades de pago para bienes y servicios. 2.1. Suma alzada. 2.2. Precios unitarios. 2.3. Esquema mixto. 2.4. Tarifas. 2.5. Con base en porcentajes. 2.6. Con base en un honorario fijo y una comisión de éxito. 2.7. Pago por consumo. 3. El reajuste. 3.1. Reajuste de bienes sujetos a cotización internacional. 4. El adelanto directo en bienes y servicios. 4.1. Casos de procedencia. 4.2. Solicitud y amortización. 4.3. Fideicomiso procedencia e improcedencia. 5. Las garantías en bienes y servicios 5.1. Garantías a cargo del contratista. 5.2. La regla general y las reglas especiales. 5.3. Las excepciones a la garantía. 6. Las garantías a cargo de la entidad contratante. 7. Las modificaciones contractuales 7.1. Las prestaciones adicionales en bienes y servicios. 7.1.1. La aprobación de las prestaciones adicionales y sus límites. 7.1.2. Costo de la prestación adicional. 8. Ampliación del plazo contractual en bienes y servicios. 8.1. El trámite de la ampliación de plazo. La diferencia entre paralización y atraso. 8.1.1. Evaluación de la solicitud. 8.2. Consecuencias de la ampliación de plazo. Definición de gasto general, gasto general variable y costo directo. 8.3. La formalidad de la ampliación de plazo. 9. Modificación contractual por mejoras en bienes y servicios.

En los capítulos precedentes hemos abordado diversos aspectos generales sobre los contratos administrativos regulados por la LGCP, los que alcanzan a los contratos de bienes, servicios y obras, por lo que, siguiendo el orden expositivo, en las líneas que siguen iremos analizando los aspectos específicos de los contratos de bienes y servicios, espacio donde las disposiciones generales se van modulando en atención al objeto u instrumentalización del contrato.

La norma reglamentaria no solo distingue, en el caso de bienes y servicios, sino también entre sistema de entrega y modalidad de pago, cuyas definiciones se encuentran en el anexo de definiciones. Así, se entiende por sistema de entrega de bienes y servicios "a las alternativas para la ejecución contractual de bienes y servicios en general relacionado con la determinación de un alcance. Contempla la correcta asignación de responsabilidades y gestión de riesgos entre las partes, que debe ser evaluada y sustentada por las entidades contratantes en la estrategia de contratación" (RLGCP).

Por otro lado, el mismo anexo define a la modalidad de pago como "los métodos de retribución de la contraprestación del contrato. Su elección se efectúa considerando las circunstancias específicas de la contratación a ejecutar y el sistema de entrega" (RLGCP).

Establecidas las definiciones, corresponde analizar los distintos sistemas de entrega y modalidades de pago que discurren en las contrataciones públicas de bienes y servicios.

1. SISTEMAS DE ENTREGA PARA BIENES Y SERVICIOS

Al respecto, el artículo 129 del RLGCP establece que la entidad contratante puede determinar alguno de los siguientes sistemas de entrega de bienes y servicios durante la elaboración de la estrategia de contratación:

1.1. Llave en mano y llave en mano con mantenimiento para bienes

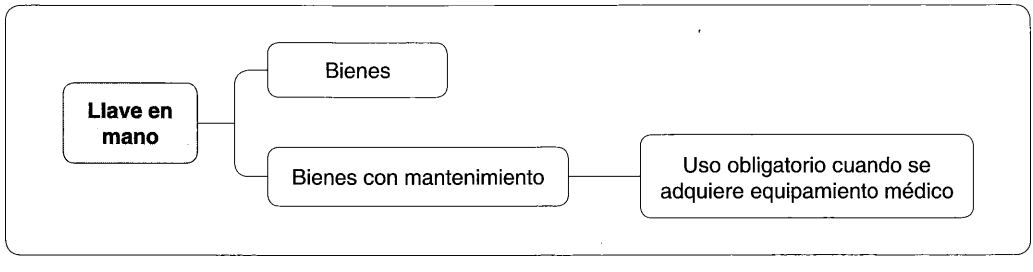
Este tipo de contrato tiene su origen en la ingeniería, aunque en la exposición de motivos del reglamento se indica, citando a Hernández Rodríguez, respecto de su uso en la adquisición de bienes, y que incluyen la instalación

y puesta en funcionamiento, que estos "son contratos que han sido creados en la práctica negocial por las necesidades de los propios comerciantes y que, por tanto, están estrechamente vinculados a las particularidades de la concreta transacción que tienen por objeto [...] surgió a principios del siglo XX en Estados Unidos entre los productores de bienes de equipo de la industria del gas y del petróleo" (Hernández Rodríguez, 2014).

La dinámica económica y el desarrollo tecnológico, en particular desde finales del siglo XX y con mayor incidencia en el siglo XXI, permitió su difusión y aplicación en un ámbito ajeno al de obras, como es el de bienes, lo que impulsó a que desde el derecho contractual se planteara la unificación, a través del contrato, de la entrega e instalación, alcanzándose con ello dos cosas respecto de los bienes, su uso correcto y la garantía de estos.

En atención a lo expuesto, tenemos que esta es una modalidad propia de la ejecución de infraestructura, que en la actual normativa ha pasado a la adquisición de bienes, siendo utilizada, en términos generales, en el caso de la normativa que nos concita, para la adquisición de bienes cuando el postor oferta adicionalmente su instalación y puesta en funcionamiento, a la que el RLGCP le agrega la modalidad de *llave en mano con mantenimiento*, que es de aplicación cuando a las prestaciones de llave en mano, se incluye el mantenimiento de un equipo.

Adicionalmente a lo expuesto, el literal b) del artículo 129 agrega una obligación legal cuando se trate de la adquisición de equipamiento médico, indicando que en este caso su uso es obligatorio, a efectos de garantizar su ciclo de vida y operatividad; precisando que, en el caso de equipamiento técnicamente complejo o avanzado, puede incluirse la operación.



1.2. Suministro con comodato. ¿Cuándo se aplica?

Por suministro se entiende, según el anexo de definiciones, "la entrega periódica de bienes requeridos por una entidad contratante para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de funciones y fines", mientras

que el contrato de comodato se define como un contrato de préstamo "por el cual una de las partes entrega gratuitamente a otra una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo, y se la devuelva" (Cabanellas, 1989, p. 222)

Por su parte, el artículo 1728 del Código Civil indica: "Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva", mientras que el literal c) del artículo 129 refiere que la figura del suministro con comodato es de aplicación "cuando por condiciones de mercado, resulta más eficiente que se adquieran los suministros y el proveedor entregue el equipo en comodato, lo que representa para la entidad ahorros en términos de mantenimiento, costos operativos y obsolescencia".

1.3. Diseño de la operación y mantenimiento

De acuerdo con lo indicado en la exposición de motivos del RLGCP, el origen de la inclusión de este sistema de entrega reside en el hecho de que a la fecha existen infraestructuras deterioradas por falta de uso, debido a que no lograron ser puestas en operación, o por carencia de mantenimiento; situación que también se proyectaría en el caso de bienes y servicios. Así, en el marco de esta modalidad, el literal d) del artículo 129 señala cuatro sistemas de entrega:

- Se contrata la elaboración de un documento que contenga el diseño de la operación y mantenimiento.
- Se contrata el diseño de la gestión de instalaciones.
- Se contrata el manual de operación y mantenimiento.
- Se contrata el plan de gestión vial, para el caso del servicio de mantenimiento vial.

1.4. Gestión de instalaciones

En el anexo de definiciones del RLGCP se le define como "el proceso integral que se encarga de la integración y coordinación de personas, espacios, procesos y tecnología en el entorno construido, con el objetivo de garantizar la funcionalidad, seguridad, confort y eficiencia de la infraestructura o edificación".

En la citada exposición se agrega la necesidad de asegurar la sostenibilidad en el tiempo de las infraestructuras, lo que se puede obtener implementando la gestión de instalaciones.

> Un gasto adecuado en mantenimiento no solo puede extender la vida útil de los activos y reducir los costos intertemporales tanto para el gobierno como para los usuarios, sino que los ejemplos de países y la evidencia empírica también demuestran que este enfoque conlleva beneficios adicionales, como la reducción de los costos fiscales a mediano y largo plazo, y la obtención de beneficios económicos y sociales para los usuarios. (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 47]).

En este tipo de sistema de entrega, el contratista se encarga de la operación y/o el mantenimiento de una edificación o infraestructura, se le utiliza en el servicio especializado de gestión de instalaciones, pudiendo incluir:

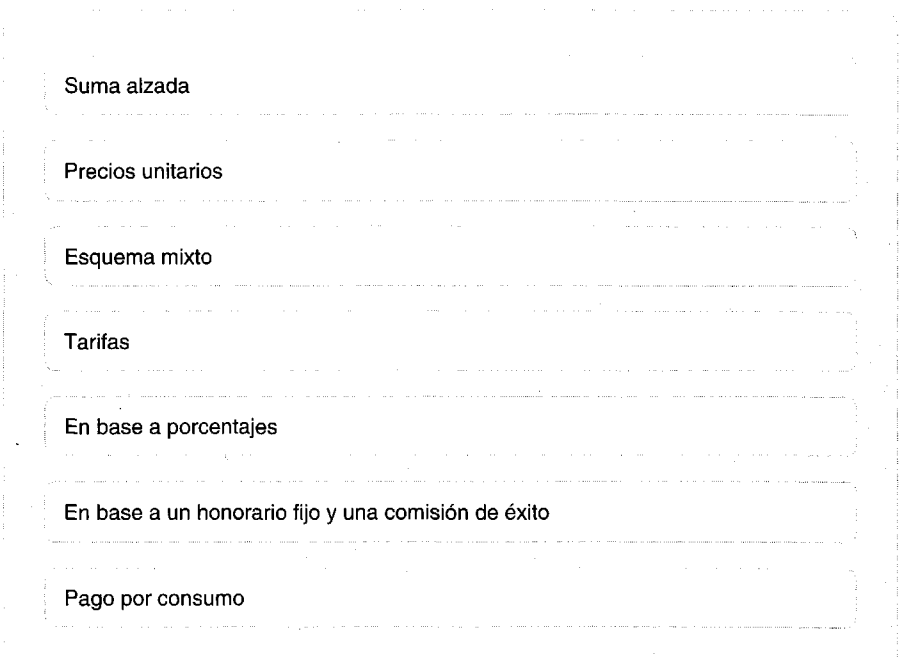
- La adquisición de bienes y servicios necesarios que determine la entidad contratante.
- El diseño de los documentos indicados precedentemente.

2. MODALIDADES DE PAGO PARA BIENES Y SERVICIOS

Los contratos administrativos de bienes y servicios pueden ser ejecutados de distintas formas. En principio, pueden ser ejecutados por la propia Administración (administración directa), pero también pueden ser ejecutados a través de un tercero, el contratista, relación en la que se establecen distintas formas de articulación contractual que darán origen a los sistemas de contratación contractual, los que a su vez derivarán en peculiares formas de ejecutar la prestación y el pago.

En la doctrina se establecen distintas denominaciones, según los términos del relacionamiento contractual, pudiendo ser estos "unidad de medida", "ajuste alzado", "coste y costas", "sistemas de excepción"; en la legislación nacional se han recogido los sistemas de suma alzada, precios unitarios y sistema mixto, los que desarrollaremos en relación con la doctrina que se glose al respecto.

Al respecto, en el artículo 130 del RLGCP, se establece siete modalidades de pago que se pueden utilizar en bienes y servicios, las que se definen en función del objeto contractual y lo determinado en la estrategia de contratación, siendo estas las siguientes:



2.1. Suma alzada

Según el anexo de definiciones, se indica que la suma alzada es una modalidad de pago aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidos en el requerimiento, siendo que en ella el postor formula su oferta proponiendo un monto fijo integral por toda actividad que sea necesaria para el cumplimiento contractual y presenta su presupuesto desagregado en costo y plazo de ejecución.

En relación con lo expuesto, en el Pronunciamiento N.° 403-2019/OSCE-DGR, se estableció que "el postor en su oferta estaría obligado a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad, en el plazo y por el monto correspondiente, toda vez que, dichos aspectos se encontrarían definidos de forma precisa en los términos de referencia. A su vez, la Entidad se obligaba a pagar al contratista el total del monto o precio ofertado" (Pronunciamiento N.° 403-2019/OSCE-DGR).

2.2. Precios unitarios

El anexo de definiciones refiere que precios unitarios es la modalidad de pago aplicable cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las

cantidades o magnitudes requeridas, caso en el cual el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios en función al requerimiento y se valorizan con relación a su ejecución real, durante un determinado plazo de ejecución.

Sobre el particular, en la Opinión N.° 006-2017/DTN se precisó respecto de la formulación de las propuestas en precios unitarios en bienes y servicios, indicando que "una Entidad puede contratar la prestación de servicios bajo el sistema de precios unitarios cuando no es posible determinar las cantidades o magnitudes requeridas, debiendo —el postor— formular su oferta en función a las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección, las cuales se valorizarán de acuerdo a su ejecución real en un plazo determinado" (Opinión N.° 006-2017/DTN).

2.3. Esquema mixto

El esquema mixto constituye la modalidad de pago aplicable cuando la entidad contratante puede utilizar más de una modalidad de pago como suma alzada, tarifas, costo reembolsable y/o precios unitarios en un contrato.

2.4. Tarifas

De acuerdo con el anexo de definiciones, tarifas constituye una modalidad de pago aplicable cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio, caso en el cual el postor formula su oferta proponiendo tarifas con base en el tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en el requerimiento y que se valoriza multiplicando la tarifa por el tiempo real de ejecución. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.

En la Opinión N.° 021-2019/DTN se explicó sobre la pertinencia de la aplicación del sistema de tarifas, indicando que este se aplica a las contrataciones en las que:

> [...] no es posible definir previamente y con precisión, el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales; por tal razón [...] establecen un plazo de ejecución estimado o referencial [...] la aplicación del referido sistema requiere que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa —*precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad*— por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse la tarifa respectiva hasta la culminación de las prestaciones contractuales [...][60].

60 Entre ellas, las Opiniones N.° 253-2017/DTN, N.° 077-2017/DTN y N.° 154-2016/DTN.

La citada opinión plantea la importancia de distinguir entre el sistema de contratación y la periodicidad del pago, precisando que:

> [...] cuando se contemple el sistema de tarifas, la Entidad calcula el monto a pagar de acuerdo a lo *efectivamente supervisado por el contratista*, en base a la tarifa que este ofertó en su momento por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección. En cuanto a la periodicidad del pago, en virtud de esta puede establecerse que cada cierto periodo de tiempo (quincenal, mensual, trimestral, etc.) se deberá valorizar lo efectivamente ejecutado hasta ese momento y efectuar el pago correspondiente por dichas prestaciones.
>
> De esa manera, el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato.
>
> Por todo lo expuesto, puede concluirse que, a diferencia del sistema a suma alzada, donde existe un costo total y único por la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, en el sistema de tarifas, el pago se realiza en función de las actividades efectivamente realizadas, lo cual quiere decir que el monto establecido en el contrato es solo una aproximación o estimado, pudiendo resultar menor o mayor a lo inicialmente calculado. (Opinión N.° 021-2019/DTN)

2.5. Con base en porcentajes

Constituye una modalidad de pago aplicable en la contratación de servicios de cobranzas, recuperaciones o prestaciones de naturaleza similar, donde el porcentaje incluye todos los conceptos que comprende la contraprestación.

2.6. Con base en un honorario fijo y una comisión de éxito

Esta modalidad de pago, indica el anexo de definiciones, es aplicable cuando la entidad contratante requiera que el postor formule su oferta contemplando un monto fijo y un monto adicional como incentivo que es pagado al alcanzarse el resultado esperado. El honorario fijo y la comisión de éxito pueden calcularse con base en porcentajes.

2.7. Pago por consumo

En el anexo de definiciones del RLGCP, se indica que constituye una modalidad de pago aplicable a servicios de consumo variable, cuando la unidad de medida del pago sea la hora de labor profesional especializada. En este caso, atendiendo a la naturaleza de los objetos contractuales a los

que se aplica esta modalidad de pago, las prestaciones son un conjunto no uniforme, que se calcula con base en la hora de labor profesional ofertada, por lo cual, previo a cualquier actividad, el contratista comunica a la entidad contratante la estimación de horas de una actividad solicitada, debiendo contar previo al inicio de alguna prestación con la aceptación expresa del responsable de dar conformidad según el respectivo contrato.

3. EL REAJUSTE

En relación con el reajuste de precios, la previsión de fórmulas de reajuste en las bases o en el contrato permite que durante la ejecución contractual se mantenga una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la entidad debe realizar por estas (Pronunciamiento N.° 007-2011/DTN); reajuste que presupone un contrato de ejecución periódica o continuada, en el que la distribución de la ejecución de las prestaciones en el tiempo pueda determinar la variación del precio pactado. Igualmente, presupone que en las bases o en el contrato se haya previsto la posibilidad de realizar el reajuste.

Pero este criterio no es absoluto, tal como quedó establecido en el Pronunciamiento N.° 208-2022/OSCE-DGR, en el que analizó la relación incremento de remuneración mínima-disponibilidad presupuestaria, indicando que:

> [...] si durante la ejecución contractual el Estado Peruano emitiera una norma que determine el incremento de la remuneración mínima vital y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, la Entidad puede modificar el contrato a efectos de ajustar los pagos al contratista, siempre que cuente con la disponibilidad presupuestaria suficiente, de lo contrario podría adoptarse otras medidas, como la reducción de prestaciones. No obstante, si la estructura de costos consideró originalmente una remuneración superior al mínimo vital, incluso luego del incremento, en este supuesto no cabría ajuste de los pagos al contratista, toda vez que no se estaría produciendo una afectación al precio de la oferta. (Pronunciamiento N.° 208-2022/OSCE-DGR)

El marco doctrinario de la ecuación económico-financiera ha sido tratado en los capítulos precedentes, por lo que en esta etapa solo abordaremos la consignada en la legislación para bienes y servicios, la que se encuentra establecida en los distintos numerales que componen el artículo 136 del RLGCP, en los que se consignan las siguientes reglas:

136.1 Los reajustes se calculan de acuerdo con los índices unificados determinados por el INEI, conocidos hasta el momento de iniciar el trámite de pago y se recalculan con el mes en que se efectúa el pago.

136.2 En los casos de contratos de ejecución periódica o continuada de bienes, servicios en general, consultorías en general, pactados en moneda nacional o extranjera, las bases pueden considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, así como la oportunidad en la cual se hace efectivo el pago, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor a nivel nacional o de Lima Metropolitana, correspondiente al mes en que se efectúa el pago, según el lugar donde se ejecute la prestación.

136.3 Cuando se trate de bienes o servicios donde se utilicen bienes sujetos a cotización internacional o cuyos precios estén influidos por esta, no se aplica la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el numeral precedente.

3.1. Reajuste de bienes sujetos a cotización internacional

Sobre este último tema, se ha establecido que "el reajuste de los pagos al contratista en las contrataciones de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta, presupone un contrato de ejecución periódica o continuada, en el que la distribución de la ejecución de las prestaciones en el tiempo pueda determinar la variación del precio pactado" (Pronunciamiento N.° 007-2011/DTN) .

Pero ¿qué se entiende por bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta?

En cuanto a la primera parte de la interrogante, debe indicarse que la Subdirección de Estudios Económicos y de Mercado del OSCE realizó el estudio "Bienes sujetos a cotización internacional o que su precio está influido por esta, ¿cuáles son o como delimitarlos?" (Dirección de Supervisión, 2010), en el que estableció los criterios para determinar cuáles son los bienes que se encuentran en dicha condición. Así, en el punto 2.3 del referido estudio se señala que los bienes sujetos a cotización internacional son "bienes transables, cuya estructura de costos se ve afectada por precios internacionales que se forman producto de las volatilidades de los mercados globales de *commodities*. No siempre se puede concretar su comercialización entre mercados de distintas naciones pero la naturaleza de estos bienes permite la libre transacción en las economías internas para que sobre todo las necesidades básicas sean cubiertas".

En esa medida, en el punto 3.1 del estudio se indica: "Para determinar hasta qué punto el precio de un bien está sujeto a cotización internacional o influenciada por este, se tiene que definir en qué consisten sus respectivos procesos de producción. Esto, debido a que la estructura de costos es el

centro de la cotización y está directamente vinculada con los insumos y los procesos de producción utilizados para elaborar los bienes transables".

4. EL ADELANTO DIRECTO EN BIENES Y SERVICIOS

Al respecto, en el Pronunciamiento N.° 322-2010/DTN, se precisó que la entrega de adelantos constituye una prerrogativa de la entidad, "es facultad de la entidad determinar si se entregarán adelantos para la ejecución de los contratos, por lo que se puede concluir que tal posibilidad no es un derecho del contratista, sino una prerrogativa del Estado" (Pronunciamiento N.° 322-2010/DTN).

4.1. Casos de procedencia

En cuanto a la forma de ejercicio de esta facultad, el legislador ha establecido en el artículo 137 del RLGCP la posibilidad de que la administración otorgue adelanto directo en bienes y servicios, lo que procede solo en determinados casos, precisados en el numeral 137.1:

- Bienes de alta complejidad que se ejecuten bajo el sistema de entrega de llave en mano.
- El servicio especializado de gestión de instalaciones.
- El servicio de mantenimiento vial.
- El ASISTE, u otros que lo requieran por condiciones de mercado conforme lo sustentado en la estrategia de contratación.

4.2. Solicitud y amortización

En cuanto a su entrega, se establece que en las bases se debe indicar el plazo en el cual el contratista solicita a la entidad el adelanto directo, así como el plazo de entrega de este, debiendo adjuntar, al momento de la solicitud, la garantía acompañada del comprobante de pago.

Entregado el adelanto, lo que corresponde es la amortización de este, para lo que el numeral 137.4 dispone que este se realiza mediante descuen-

tos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo, agregando que, de existir alguna diferencia sobre la amortización parcial, se toma en cuenta al momento de efectuar el siguiente pago que le corresponda al contratista o al momento de la conformidad de la recepción de la prestación.

Para el caso de bienes, el numeral 137.5 indica que, cuando la entidad contratante otorgue un adelanto directo, la DEC comunica este hecho al área de almacén en un plazo máximo de tres días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la entrega del adelanto.

4.3. Fideicomiso procedencia e improcedencia

El fideicomiso puede proceder, o no, en el caso de los adelantos en bienes y servicios, tal como lo establece el numeral 137.3, el que determina como regla general que este no procede para el adelanto de bienes y servicios, salvo para el caso del servicio especializado de gestión de instalaciones, operación y mantenimiento que cuenten con intervenciones contempladas en el numeral 157.2 del artículo 157[61] para edificación o infraestructura, así

61 Artículo 157.- Especialidad, subespecialidad y tipología de obras
157.1. Al aprobar el expediente de contratación, la entidad debe identificar y registrar en la Pladicop la clasificación de la obra a convocar según: i) especialidad, ii) subespecialidad y iii) tipología.
157.2. La especialidad puede ser:

a) Obras o consultoría de obras en edificaciones y afines. Construcción, reconstrucción, remodelación, refacción, ampliación, mejoramiento y/o rehabilitación de establecimientos administrativos o de atención al público, edificación educativa, establecimientos o espacios deportivos, establecimientos de salud, establecimientos de seguridad y vigilancia, establecimientos penitenciarios, espacios públicos y recreacionales, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.
b) Obras o consultoría en obras viales, puertos y afines. Construcción, reconstrucción, remodelación, refacción, mejoramiento, ampliación y/o rehabilitación de obras viales, vías urbanas infraestructura ferroviaria, infraestructura aeroportuaria, infraestructura portuaria, infraestructura pesquera, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.
c) Obras o consultoría en obras de saneamiento y afines. Construcción, refacción, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción y/o rehabilitación de Infraestructura para agua potable, infraestructura para alcantarillado, infraestructura para drenaje, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.
d) Obras o consultoría en obras electromecánicas, energéticas, telecomunicaciones y afines. Construcción, reconstrucción, refacción, rehabilitación, instalación, ampliación y/o mejoramiento de infraestructura para energía eléctrica, infraestructura para telecomunicaciones e infraestructura para hidrocarburos, y afines a los antes mencionados.
e) Obras o consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines. Construcción, instalación, refacción mejoramiento, ampliación, rehabilitación y/o reconstrucción de represas, infraestructura para riego e infraestructura para encauzamiento, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.

como el servicio de mantenimiento vial, caso en el cual es de aplicación el artículo 184[62].

157.3. La subespecialidad y la tipología se establece en un listado aprobado por la DGA mediante resolución. Las obras rurales que por su naturaleza correspondan a cada una de las subespecialidades, son incluidas en dicho listado.

62 Artículo 184.- Fideicomiso de adelanto directo de obra bajo sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción

184.1. El fideicomiso puede ser empleado para garantizar adelantos directos de obra cuando el monto contractual del componente correspondiente a la ejecución de la obra sea mayor a S/ 5 000,000.00 (cinco millones y 00/100 soles). No procede el fideicomiso para el componente de diseño.

184.2. Una vez solicitado el adelanto, la entidad contratante tiene un plazo de veinte días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la solicitud para culminar los trámites para la constitución del fideicomiso. Sí la entidad contratante no cumple con el plazo indicado, el contratista tiene derecho al resarcimiento contemplado en el numeral 176.4 del artículo 176.

184.3. El contratista se obliga a pagar la comisión de estructuración y, luego de constituido el fideicomiso, se obliga a pagar la comisión de administración. El contratista se encuentra obligado a formar parte del contrato de fideicomiso en calidad de contratista interviniente y es el obligado a asumir los costos del supervisor. La entidad contratante reconoce dichos gastos efectuados por el contratista como parte de los gastos generales, reemplazando el concepto de garantía empleado previamente en el presupuesto.

184.4. La entidad contratante se responsabiliza a transferir, en dominio fiduciario, el monto del adelanto solicitado al patrimonio fideicomitido.

184.5. Cuando el contratista solicite otros adelantos, dicho monto también es transferido al patrimonio fideicomitido.

184.6. El contrato de fideicomiso de adelanto cumple como mínimo con los siguientes requisitos:

a) El fideicomitente y fideicomisario es la entidad contratante.
b) El contratista participa como interviniente.
c) Dentro de las obligaciones de la empresa fiduciaria, está la designación del supervisor del fideicomiso.
d) El procedimiento a ser aplicado si el contratista interviniente incumple sus obligaciones de pago frente a la empresa fiduciaria.
e) El procedimiento para el reemplazo del contratista interviniente, en caso la entidad contratante resuelva el contrato original.
f) El procedimiento para el cobro de las comisiones de la empresa fiduciaria.
g) El procedimiento para los desembolsos de la entidad pública para las entregas periódicas al contratista.

184.7. La entidad contratante puede optar por constituir un único fideicomiso para administrar los adelantos de obra de varios proyectos, siempre que correspondan a un mismo contratista.

184.8. Cuando el contratista solicite, además del adelanto directo, adelanto para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario, dicho monto es transferido al patrimonio fideicomitido.

184.9. En caso se solicite únicamente la entrega de adelanto de materiales e insumos, se considera lo dispuesto en el artículo 181 para su solicitud. La entidad contratante inicia el trámite para constituir el fideicomiso al día siguiente de presentada dicha solicitud.

5. LAS GARANTÍAS EN BIENES Y SERVICIOS

En este texto hemos dedicado un capítulo al tratamiento de las garantías contractuales, tanto desde el ámbito doctrinario como normativo, por lo que sugerimos al lector revisar dicho capítulo a efectos de que obtenga una mayor visión de estas.

A lo dicho podemos agregar que las garantías en bienes y servicios pueden ser otorgadas por el contratista, así como por la entidad, según las circunstancias contractuales que se presenten.

5.1. Garantías a cargo del contratista

Estando a lo indicado, en las líneas que siguen abordaremos el tema específico de las garantías en los contratos de bienes y servicio, donde tenemos que estas se encuentran reguladas, en términos generales, en el artículo 61 de la LGCP, mientras que en los artículos 138, 139 y 140 del RLGCP se establecen las reglas especiales para el caso de las contrataciones de bienes y servicios.

5.2. La regla general y las reglas especiales

El marco general de las garantías lo hemos tratado en un capítulo precedente, y se encuentra establecido en el artículo 61 de la LGCP, por lo que tomaremos de él la parte que sea pertinente a este rubro. La regla general consignada en el numeral 61.1 es que el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas debe ser garantizado a fin de cubrir el adelanto de pago, y el fiel cumplimiento del contrato, así como el fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias.

En cuanto a los mecanismos de garantía, el numeral 61.2 cita a los siguientes: el fideicomiso, la carta fianza financiera, el contrato de seguro y la retención de pago, siendo que no todos operan en los contratos de bienes y servicios, tal como lo establece el artículo 138 del RLGCP, en el que figuran como garantías en este tipo de contratos el fideicomiso y la garantía de fiel cumplimiento.

El fideicomiso se constituye tanto para el adelanto de pago como para el fiel cumplimiento del contrato; la carta fianza financiera se otorga como garantía de adelanto de pago, de fiel cumplimiento del contrato y de fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias.

Al respecto, el citado artículo 138 regula la forma en que estas garantías son instrumentalizadas cuando se trata de los contratos de bienes y servi-

cios, donde la garantía de fiel cumplimiento tiene un mayor protagonismo que el fideicomiso.

- En cuanto a vigencia se tiene que el numeral 138.1 indica que esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la prestación a cargo del contratista.
- En el caso de los servicios que consideran una comisión de éxito, el numeral 138.2 indica que el monto de la garantía de fiel cumplimiento se constituye únicamente sobre la base del honorario fijo.
- La normativa también se refiere a la reducción proporcional, donde el numeral 138.3 indica que se puede reducir la garantía de fiel cumplimiento en contratos de suministro, siempre que se cuente con la conformidad de al menos la primera mitad de entregables, sin haber incurrido en retrasos ni penalidades.
- En cuanto a la constitución de fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento, se indica que solo procede cuando el plazo de ejecución contractual es mayor a noventa días calendario.

5.3. Las excepciones a la garantía

Sobre este tema el artículo 139 del RLGCP hace referencia la garantía de fiel cumplimiento del contrato, y a la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, siendo este último aspecto un concepto pendiente de definir, por lo que, para efectos didácticos, previamente estableceremos lo que constituyen prestaciones accesorias.

En principio, debemos indicar que las prestaciones accesorias no pueden ser entendidas sin la existencia de las prestaciones principales, que constituyen la esencia de la contratación realizada por la entidad, por lo que las prestaciones accesorias "están vinculadas al objeto del contrato y existen en función de la prestación principal, coadyuvando a que esta se viabilice, es decir, a que se haga efectiva según los términos y condiciones previstos por la entidad" (OSCE), estando referidas al "mantenimiento, reparación o actividades afines".

Establecidas las definiciones, nos abocamos a la dimensión normativa, donde el artículo citado establece que no se otorga garantía de fiel cumplimiento del contrato, ni garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias en los siguientes casos:

- En los contratos de bienes y servicios cuyos montos sean menores o iguales a 50 UIT, excepción que no aplica cuando la sumatoria de los contratos derivados adjudicados a un mismo postor, superen el monto señalado.

- Adquisición de bienes inmuebles de propiedad privada.
- Contratos de arrendamiento de bienes muebles y bienes inmuebles de propiedad privada.
- Las contrataciones complementarias que no superen el monto de 50 UIT.

6. LAS GARANTÍAS A CARGO DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

El artículo 140 indica que, en los contratos de arrendamiento de bienes muebles y bienes inmuebles de propiedad privada, la garantía es entregada por la entidad contratante al arrendador en los términos previstos en el contrato, la que debe cubrir las obligaciones derivadas del contrato, con excepción de la indemnización por lucro cesante y daño emergente.

7. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Las modificaciones al contrato se manifiestan de distintas formas. Así, se pueden presentar en los contratos de bienes y servicios, como adicionales, ampliaciones de plazo, modalidades que seguidamente desarrollamos; pero esta posibilidad no es amplia, sino que tiene limitaciones, tal como se estableció en la Opinión N.° 021-2019/DTN:

> [...] el contrato debe comprender los términos previstos en el conjunto de documentos que lo integran, esto quiere decir que, la Entidad —*con ocasión de la suscripción*— no puede modificar unilateralmente las condiciones contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora u otros documentos derivados del procedimiento de selección que prevean obligaciones para las partes[63]; por consiguiente, solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos derivados del procedimiento de selección[64]. (Opinión N.° 021-2019/DTN)

7.1. Las prestaciones adicionales en bienes y servicios

Las prestaciones adicionales constituyen una de las modalidades de modificación del contrato, se presentan tanto en los contratos de obras como en los de bienes y servicios, teniendo también un marco general, el que hemos glosado en el capítulo correspondiente.

63 En coherencia con lo señalado en la Opinión N.° 133-2018/DTN.

64 Al respecto, el literal 32.1 del artículo 32 de la Ley señala: *"El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo"* (el resaltado es agregado).

7.1.1. La aprobación de las prestaciones adicionales y sus límites

En el caso de los contratos de bienes y servicios, en los distintos numerales del artículo 141 del RLGCP, se regula el trámite que debe seguirse para su presentación y aprobación en las instancias correspondientes. Así, en el numeral 141.1, se indica que la autoridad de la gestión administrativa puede aprobar, mediante resolución publicada en la Pladicop, la ejecución de prestaciones adicionales en bienes y servicios hasta por el 25 % del monto del contrato original que sean indispensables para el cumplimiento de la finalidad pública del contrato, para lo que debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Contar con previo sustento técnico y legal.
- Contar con la previsión y/o certificación de crédito presupuestario correspondiente.

Por su parte, el numeral 141.3 establece que no corresponde suscribir una adenda al contrato por la aprobación de un adicional, bastando con la publicación de la resolución en la Pladicop para que surta todos sus efectos, agregando que se encuentra prohibida la aprobación de prestaciones adicionales en vía de regularización.

a) Límites de aprobación de prestaciones adicionales en los MDA

En cuanto a los límites para la aprobación de prestaciones adicionales, el numeral 64.8 del artículo 64 de la LGCP establece que, en los mecanismos diferenciados de adquisición, se encuentran exceptuados de los límites establecidos en los numerales 64.2, 64.3 y 64.4[65] del citado artículo y se sujetan a las disposiciones de los respectivos contratos.

65 64.2. Tratándose de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar la ejecución y el pago de prestaciones adicionales hasta por el 15 % del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.

64.3. En el supuesto referido en el párrafo anterior, se contemplan las siguientes excepciones, cuyas condiciones se establecen en el reglamento:

a) El titular de la entidad puede autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales de obras mayores al 15 % y hasta un máximo de 30 % del monto originalmente contratado, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que cuente con los recursos necesarios.

b) El titular de la entidad podrá autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales mayores al 30 % hasta un máximo de 50 %, previa autorización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista.

7.1.2. Costo de la prestación adicional

En relación con el costo, en el numeral 141.4 se indica que este se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos, la DEC, previo sustento y coordinación con el área usuaria, determina el monto a acordar con el contratista, considerando la estructura de costos y/o sustento presentado por el contratista.

8. AMPLIACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL EN BIENES Y SERVICIOS

El artículo 142 del RLGCP establece, en sus distintos numerales, las reglas para el otorgamiento o denegatoria de la ampliación de plazo en los contratos de bienes y servicios, cuya solicitud es presentada por el contratista. La disposición comienza precisando el nivel del funcionario público que atiende dicho pedido, indicando en el numeral 142.1 que es la autoridad de la gestión administrativa la que puede autorizar la ampliación del plazo del contrato, previa solicitud sustentada del contratista, aplicando los siguientes criterios:

- La conservación del equilibrio económico financiero del contrato.
- El cumplimiento de su finalidad pública.

Con esta disposición, se establecen los parámetros de la actuación pública. En el primer caso, el mantenimiento del equilibrio financiero, el que debe comprender a ambas partes del contrato, y en el segundo, la no desviación de la finalidad pública de este.

Sobre el tema en la Opinión N.° 096-2015/DTN, se precisó que su procedencia se somete al cumplimiento de los:

> [...] supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo todos a situaciones en las cuales el plazo de ejecución se ve afectado por factores externos y de forma imprevista o a raíz de la ejecución de prestaciones adicionales en el contrato. [...] En ese sentido, si lo que una entidad requiere es que un servicio se brinde por un plazo mayor al contratado inicialmente, sin que hayan mediado situaciones que afectaran directamente su normal ejecución, no se configura un supuesto de ampliación de plazo, de acuerdo con lo previsto en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.° 096-2015/DTN)

Establecidos los parámetros, la norma delimita los casos específicos en que se puede otorgar, con lo que el ejercicio de la discrecionalidad queda limitada a dichas causales. Así, se indica que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo en las siguientes causales:

Cuando se aprueba la prestación adicional en el contrato, siempre que la ejecución de la prestación adicional afecte el plazo del contrato.

Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista, que ameriten que se requiera ampliar el plazo para dar cumplimiento a la finalidad pública del contrato y mantener su equilibrio económico financiero.

8.1. El trámite de la ampliación de plazo. La diferencia entre paralización y atraso

En los numerales 142.3, 142.4 y 142.5 se regula el trámite de la ampliación de plazo ante la entidad, el que sigue el siguiente procedimiento:

El contratista solicita la ampliación de plazo dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación:

- De la aprobación de la prestación adicional.
- De finalizado el hecho generador del atraso o paralización. ¿Qué se entiende por paralización o atraso? Al respecto, la DTN estableció:

> [...] la "paralización" implica la detención de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que el "atraso" constituye un retraso o retardo en el cumplimiento de dichas prestaciones, sin llegar a ser una paralización.
>
> En esa medida, corresponde a la entidad determinar cuándo el contratista ha interrumpido el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y en qué casos viene ejecutándolas a un ritmo menor. No obstante, ello, debe considerarse que, cuando el hecho generador del atraso o paralización sea originado por razones ajenas a su voluntad, el contratista podría solicitar la ampliación del plazo por la configuración de cualquiera de los dos supuestos. (Opinión N.° 190-2015/DTN)
>
> Por otro lado, y en relación con la ampliación de plazo y vencimiento del contrato, en la Opinión N.° 055-2011/DTN, la DTN opinó:
>
> [...] para que el contratista pueda solicitar la ampliación del plazo contractual, el hecho o evento generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, deben haber cesado previamente.
>
> No obstante, el cese de tal hecho o evento puede ocurrir con anterioridad o posterioridad al término del plazo originalmente pactado, sin que ello dependa de la voluntad del contratista; por ello, uno de los efectos

> de la aprobación de la ampliación de plazo es el reconocimiento de la suspensión del contrato desde el inicio del hecho o evento generador del retraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor.
>
> De esta manera, al aprobarse la ampliación del plazo contractual, también se reconoce la ocurrencia del evento o hecho generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, y la suspensión del contrato desde el inicio de tal evento, aun cuando la solicitud de ampliación sea posterior al término del plazo originalmente pactado, el cual, en estricto, nunca habría vencido, dado el posterior reconocimiento de la suspensión del contrato al momento de aprobar la ampliación (Opinión N.° 055-2011/DTN) .

- Dentro de dicho plazo, el contratista puede pedir una prórroga de hasta diez días hábiles adicionales para presentar la solicitud de ampliación de plazo.
- Las solicitudes extemporáneas de ampliación de plazo se tienen por no presentadas.

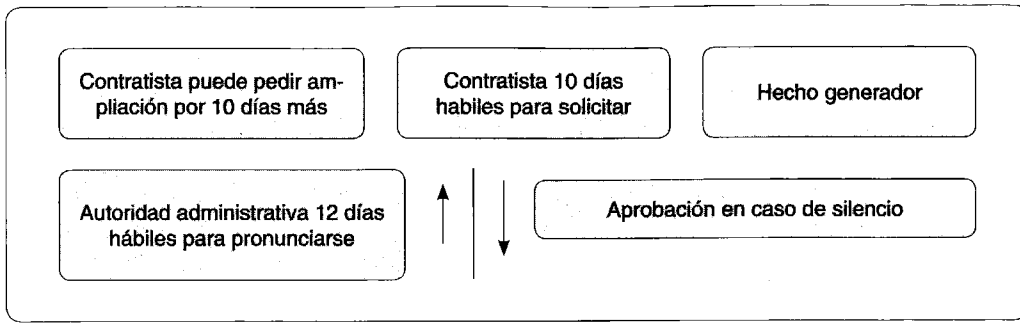
8.1.1. Evaluación de la solicitud

En cuanto a la evaluación por parte de la entidad de la solicitud del contratista, en el numeral 142.4 se establecen que la entidad contratante privilegia el criterio técnico para su pronunciamiento por encima de las formalidades de la documentación presentada, siempre que el sustento otorgue certeza a la decisión.

Este último aspecto, el del privilegio del criterio técnico, al de las formalidades, deberá ser tomado en cuenta por los distintos órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, agregándose, además, las siguientes:

- Para la evaluación de la solicitud, se considera el análisis técnico del área usuaria respecto de la justificación del retraso incurrido por el contratista.
- La autoridad de la gestión administrativa resuelve dicha solicitud y notifica, a través de la Pladicop, su decisión al contratista dentro de los doce días hábiles, contabilizados desde el día siguiente de recibida la solicitud.
- De no existir pronunciamiento, se tiene por aprobada, salvo que el contratista no haya cumplido estrictamente con el procedimiento previsto en el numeral 142.3[66].

66 142.3. El contratista solicita la ampliación de plazo dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación de la prestación adicional o de finalizado el hecho generador del



8.2. Consecuencias de la ampliación de plazo. Definición de gasto general, gasto general variable y costo directo

La ampliación de plazo tiene efectos colaterales en la ejecución del contrato, tal como se indica en los numerales 142.6 y 142.7, en mérito del otorgamiento:

- La entidad contratante amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.
- Las ampliaciones de plazo dan lugar al pago de los costos y gastos generales debidamente acreditados.

Pero ¿cómo se definen los gastos generales, el gasto general variable y el costo directo? Al respecto, presentamos las definiciones de estos:

Gasto General	Gasto General Variable	Costo Directo
Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.	Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y, por lo tanto, pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.	Son los gastos que corresponden al propio bien o servicio (Opinión N.º 028-2015/DTN).

8.3. La formalidad de la ampliación de plazo

La pregunta que surge, cuando la entidad otorga la ampliación de plazo contractual, es la formalidad que debe revestir tal decisión, tema respecto del cual el numeral 142.8 indica que no corresponde suscribir una adenda

atraso o paralización. Dentro de dicho plazo, el contratista puede pedir una prórroga de hasta diez días hábiles adicionales para presentar la solicitud de ampliación de plazo. Las solicitudes extemporáneas de ampliación de plazo se tienen por no presentadas.

al contrato, bastando solo con su publicación en la Pladicop para que surta todos sus efectos.

En la situación extrema, cuando se aprueba la ampliación de plazo por falta de pronunciamiento, la entidad contratante registra la ampliación en la Pladicop, en un máximo de dos días hábiles computados desde el día siguiente de vencido el plazo para su pronunciamiento.

9. MODIFICACIÓN CONTRACTUAL POR MEJORAS EN BIENES Y SERVICIOS

Tal como hemos expuesto en el capítulo correspondiente, existe consenso en la doctrina respecto de la viabilidad de la modificación del contrato administrativo, criterio que se modula cuando se trata de los regulados por la LGCP, tema sobre el cual el artículo 143 del RLGCP se pronuncia en los siguientes términos:

> 143.1. El contrato puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas con respecto a su oferta, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la entidad contratante y no desvirtúen o desnaturalicen la prestación ni varíen el objeto contractual.

¿Cómo se determina la calidad igual o superior a la ofrecida? Al respecto, el numeral 143.2 indica que la decisión de la entidad contratante de aceptar los bienes y/o servicios ofrecidos por el contratista debe contar con dos sustentos:

- El sustento técnico emitido por el área usuaria que justifique dicha decisión.
- La opinión favorable de la DEC respecto a que dicha modificación no varía las condiciones para seleccionar al contratista ni incrementa el monto contractual.

En este caso sí se suscribe adenda de modificación del contrato, tal como lo establece el numeral 143.3.

Capítulo XXXVII

LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS (II)

SUMARIO: 1. Recepción y conformidad. 1.2. La conformidad y su trámite. Las observaciones. 1.3. Incumplimiento del plazo por parte de la entidad y del contratista. 1.4. El incumplimiento manifiesto y los defectos o vicios ocultos. 2. El pago. 2.1. El trámite del pago. 2.2. Infracción funcional por demora o incumplimiento. 2.3. Modalidades de pago. El pago por consumo. 2.4. Pago: factura negociable y fideicomiso. La micro y pequeña empresa. 3. Las contrataciones complementarias. 3.1. El objeto de las contrataciones complementarias. 3.2. La regulación de las contrataciones complementarias y qué área sustenta el pedido. 3.3. La suscripción y el inicio del plazo. 4. Criterios del OSCE. 4.1. Vínculo, o existencia de un nuevo contrato. 4.2. Se debe acreditar la nueva convocatoria, o basta con que se acredite la programación de la misma. 4.3. Contrato complementario con precios reajustados. 4.4. Contrataciones complementarias en vez de prestaciones adicionales.

1. RECEPCIÓN Y CONFORMIDAD

El artículo 144 del RLGCP regula los diversos aspectos que comprende el trámite de la recepción y conformidad por parte de la entidad, comenzando por determinar a qué área corresponde otorgar esta. Así, el numeral 144.1 determina que el área usuaria es la responsable de brindar la conformidad, para lo cual verifica el cumplimiento de las especificaciones técnicas o términos de referencia, agregando que, en el caso de bienes, realiza el respectivo control de calidad, en caso de haberse establecido en el requerimiento.

1.1. Recepción de bienes y el Sistema Nacional de Abastecimiento

En el caso de bienes, en numeral 144.2 ha establecido que la recepción de estos se rige de acuerdo con la normativa que para tal efecto ha aprobado el Sistema Nacional de Abastecimiento, por lo que estamos ante la aplicación de una disposición especial inmersa en una norma también especial, siendo esta una característica de la normativa de contratación pública.

1.2. La conformidad y su trámite: las observaciones

Para efectos ilustrativos, citamos la Resolución N.° 4020-2021-TCE-S3, la que hace referencia al procedimiento a seguir: "El otorgamiento de la conformidad sigue un procedimiento, el cual, en principio establece que, luego de efectuarse la recepción por el área de almacén, el funcionario responsable del área usuaria debe emitir un informe en el que dé cuenta sobre la satisfacción de la recepción, el cual sustenta la conformidad que emita el área responsable de su emisión" (Resolución N.° 4020-2021-TCE-S3).

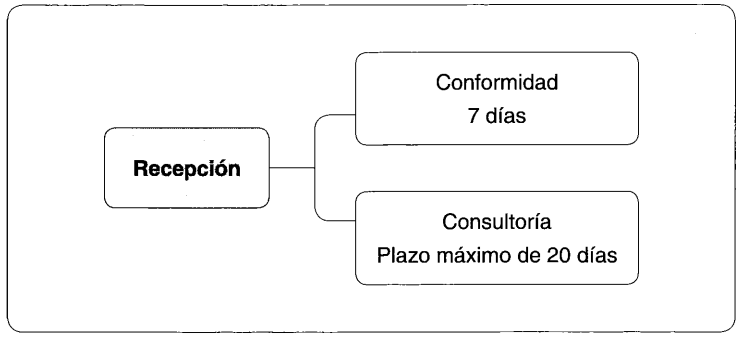
En el caso de entregas parciales, en la Opinión N.° 174-2019/DTN se indicó que "es importante anotar que este Organismo Técnico Especializado ha señalado en Opiniones anteriores[67] que el procedimiento de recepción y conformidad [...] es aplicable para la verificación que realiza la Entidad a cada uno de los entregables (entregas parciales) que se hubieran pactado

67 Por ejemplo, las Opiniones N.° 189-2017/DTN y N.° 010-2018/DTN.

en el contrato (refiriéndonos a contratos de ejecución única que involucra entregas parciales)" (Opinión N.° 174-2019/DTN).

Normativamente tenemos que los numerales 144.3 y siguientes se regula el trámite de la conformidad para bienes y servicios al interior de la entidad, en los siguientes términos:

- La conformidad se emite en un plazo máximo de siete días contabilizados desde el día siguiente de recibido el entregable, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte días, bajo responsabilidad del servidor o funcionario que debe emitir la conformidad.



- La sola recepción de bienes en la entidad o en el destino final, según sea el caso, no constituye la conformidad del área usuaria.
- De existir observaciones, la DEC las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar.
- El plazo de subsanación no debe ser mayor del 30 % del plazo del entregable correspondiente. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

Al respecto, en la Opinión N.° 016-2019/DTN se estableció, respecto del plazo de subsanación, que "puede ser posible que —realizadas las verificaciones del caso— la Entidad advierta ciertas observaciones; ante ello ésta debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de dichas observaciones y otorgándole un plazo para subsanarlas" (Opinión N.° 016-2019/DTN)

Sobre este último aspecto, en la Opinión N.° 032-2016/DTN se estableció que "en la medida que la entidad optó por brindar dicho plazo al contratista

con la finalidad que cumpliera debidamente con las prestaciones a su cargo" (Opinión N.° 032-2016/DTN); el incumplimiento del contratista facultará a la entidad para aplicar penalidades y resolver el contrato (Opinión N.° 038-2013/DTN) .

El mismo plazo establecido para la subsanación de observaciones resulta aplicable para que la entidad contratante se pronuncie sobre el levantamiento de estas.

1.3. Incumplimiento del plazo por parte de la entidad y del contratista

¿Qué sucede cuando alguna de las partes incumple con los plazos establecidos para su pronunciamiento? Al respecto, y como sucede en todos los casos debido a la naturaleza jurídica del contrato administrativo, el tratamiento es distinto para cada una de las partes. En el caso de la entidad, el numeral 144.6 indica que, cuando esta se exceda del plazo previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de las observaciones, los días de retraso no pueden ser imputados al contratista a efectos de la aplicación de penalidades.

Cuando se trata del incumplimiento del contratista, el numeral 144.7 indica que si pese al plazo otorgado este no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la entidad contratante puede otorgar al contratista periodos adicionales, conforme a lo señalado en el numeral 144.4, u optar por resolver el contrato, de acuerdo con el supuesto de resolución establecido[68] en el literal b) del numeral 68.1 del artículo 68 de la LGCP[69].

En caso otorgue periodos adicionales corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo inicial para subsanar, sin considerar los días en los que pudiera incurrir la entidad contratante para efectuar las revisiones y notificar las observaciones correspondientes.

1.4. El incumplimiento manifiesto y los defectos o vicios ocultos

Pero cuando el incumplimiento es manifiesto, que significa que no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, el numeral 144.8 establece que, en el caso de bienes, servicios y/o consultorías, el procedimiento no resulta aplicable, caso en el cual la entidad contratante no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo

68 Fe de erratas Decreto Supremo N.° 009-2025-EF.

69 b) Incumplimiento de obligaciones contractuales, por causa atribuible a la parte que incumple.

considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose la penalidad que corresponda por cada día de atraso.

Finalmente, el numeral 144.9 se refiere a los defectos o vicios ocultos, indicando que la recepción conforme de la entidad contratante no obsta su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, de acuerdo con lo dispuesto en el literal c) del numeral 69.2 del artículo 69 de la LGCP[70].

Sobre este punto, la DTN indicó, respecto del alcance de la fundamentación de "manifiestamente", que "en caso la prestación a cargo del contratista no cumpla 'manifiestamente' con las características y condiciones que forman parte del contrato [...] la Entidad debe fundamentar las razones por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las características y condiciones establecidas en el contrato" (Opinión N.° 074-2019/DTN).

2. EL PAGO

El pago es un derecho que la normativa le reconoce a ambas partes, que particular afecta al contratista, estando regulado tanto por la ley como por el reglamento. En la LGCP la regulación del pago se encuentra establecida en el artículo 67, en el que se consignan las reglas generales del mismo, mientras que en el artículo 145 del RLGCP indica el procedimiento específico para el caso de bienes y servicios, el mismo que remite al artículo 67.

En este orden tenemos que el numeral 67.1 establece que las entidades contratantes realizan el pago total, o pago a cuenta, al contratista de forma oportuna, luego de haberse verificado la correcta ejecución de las prestaciones y de haberse cumplido los procedimientos establecidos respecto a la recepción y conformidad.

El trámite normal es que el pago se realice al final de la contraprestación, pero el numeral 67.2 permite que excepcionalmente que el pago pueda realizarse íntegra o parcialmente al inicio del contrato, cuando este sea condición de mercado para la ejecución de las obligaciones a cargo del proveedor para la entrega de bienes o la prestación de los servicios, tema sobre el cual el numeral 145.2 del RLGCP agrega que el pago anticipado se realiza previo otorgamiento de la correspondiente garantía por el mismo monto.

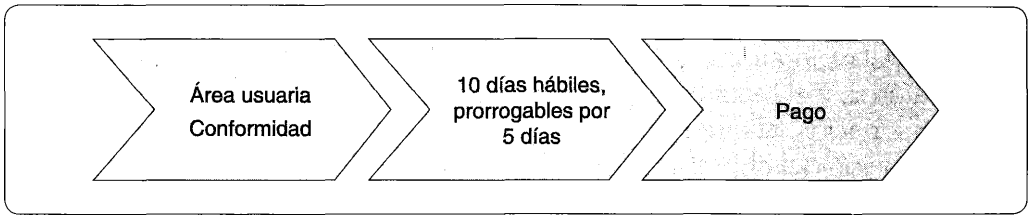
70 c) En los contratos de bienes y servicios, el contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad contratante. El contrato puede establecer excepciones para bienes fungibles o perecibles, siempre que la naturaleza de estos no se adecue a este plazo, así se haya determinado en la estrategia de contratación.

En relación con la posibilidad de que un pago que, inicialmente no estaba considerado que fuera por adelantado, se pudiera convertir en este, en la Opinión N.° 001-2023/DTN, se estableció:

> Para determinar si procede cambiar la forma de pago (de pago único a pago por adelantado) antes de la entrega del bien o del inicio de la prestación del servicio, una de los extremos a analizar por parte de la Entidad estará referido a corroborar si de manera posterior a la presentación de ofertas se han presentado hechos (sobrevinientes) que hubiesen modificado las condiciones de mercado bajo las cuales se convocó el procedimiento, en lo que se refiere a la forma de pago; es decir, si se hubiesen presentado circunstancias extraordinarias en el mercado (escasez de un bien, por ejemplo) que originasen una nueva práctica general respecto a la forma de pago. (Opinión N.° 001-2023/DTN)

2.1. El trámite del pago

El numeral 67.3 y siguientes de la LGCP tratan sobre el trámite del pago estableciendo la relación conformidad-área usuaria-pago. Así, se indica que este se realiza en un plazo máximo de diez días hábiles luego de otorgada la conformidad por parte del área usuaria y es prorrogable, previa justificación de la demora, por cinco días hábiles.



2.2. Infracción funcional por demora o incumplimiento

En numeral 67.4 trata un tema relevante tanto para la gestión, como para el contratista, y es el referido a la demora o incumplimiento, indicando que cualquiera de estas dos situaciones constituye faltas graves de la autoridad de gestión administrativa, o el que haga sus veces, siempre que se deba a un acto injustificado.

El incumplimiento se configura como falta muy grave si el contratista acreedor inicia acciones legales contra la entidad por el incumplimiento de dicha obligación esencial.

Pero la norma también se plantea la posibilidad de que el retraso en el pago no sea por culpa de la entidad, tal como indica el numeral 67.5,

donde se hace referencia al caso fortuito y fuerza mayor como causantes del retraso en el pago, situación en la cual la entidad reconoce al contratista los intereses legales correspondientes, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada, correspondiendo el mismo derecho a la entidad contratante en caso sea la acreedora.

2.3. Modalidades de pago: el pago por consumo

Al lado de la tradicional forma de pago, el numeral 67.6 de la LGCP indica que este también puede realizarse bajo la modalidad de pago por consumo. Pero ¿qué es el pago por consumo? La respuesta se encuentra en el anexo de definiciones del RLGCP, el que establece que la

> [...] modalidad de pago aplicable a servicios de consumo variable, cuando la unidad de medida del pago sea la hora de labor profesional especializada. Atendiendo a la naturaleza de los objetos contractuales a los que se aplica esta modalidad de pago, las prestaciones son un conjunto no uniforme, que se calcula con base en la hora de labor profesional ofertada, por lo cual, previo a cualquier actividad, el contratista comunica a la entidad contratante la estimación de horas de una actividad solicitada, debiendo contar previo al inicio de alguna prestación con la aceptación expresa del responsable de dar conformidad según el respectivo contrato.

En cuanto a su regulación, esta se encuentra consignada en los artículos 78 y 130 del reglamento, siendo que el primero se refiere a la rectificación de un error material, y el segundo, a su uso como modalidad de pago para el caso de bienes y servicios, al que debe agregarse las siguientes modalidades, cuyo uso está en función del objeto de contractual y estrategia de contratación:

- Suma alzada
- Precios unitarios
- Esquema mixto
- Tarifas
- En base a porcentajes
- Con base en un honorario fijo y una comisión de éxito

2.4. Pago: factura negociable y fideicomiso para la micro y pequeña empresa

El artículo 2 de la Ley N.° 29623, Ley que promueve el Financiamiento a través de la Factura Comercial, define a la factura negociable como "el título valor a la orden transmisible por endoso que se origina en la compraventa u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes o en la prestación de servicios e incorpora el derecho de crédito respecto del saldo del precio o contraprestación pactada por las partes".

En el marco de esta disposición general, el numeral 67.7 precisa que las micro y pequeñas empresas tienen la facultad de emitir facturas negociables por plazos diferidos no mayores de 180 días al contratar con el Estado, siendo que las entidades contratantes tienen la obligación de reconocer al legítimo tenedor de dichas facturas.

3. LAS CONTRATACIONES COMPLEMENTARIAS

La Opinión N.° 085-2019/DTN abordó la naturaleza jurídica del contrato complementario, y su posible pedido previo, indicando lo siguiente:

> [...] la contratación complementaria constituye una nueva relación contractual entre el contratista y la Entidad, que se materializa a través de la celebración de un *nuevo contrato*, y que es distinto e independiente de aquel que las partes celebraron originalmente [...] dicha figura permite proveer a la Entidad los mismos bienes y servicios en general que esta requiere para atender una determinada necesidad, hasta que culmine —de ser el caso— el procedimiento de selección convocado para tal efecto [...] la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto, como requisito para el empleo de la contratación complementaria, que esta deba ser requerida y/o sustentada por *la misma área usuaria* que otorgó la conformidad del bien o servicio en general que fue contratado originalmente. (Opinión N.° 085-2019/DTN)

En esta misma línea, la DTN indicó respecto de su excepcionalidad que consiste en inobservar el procedimiento de contratación, permitiéndose mediante ella "que la entidad satisfaga la necesidad de abastecerse de los bienes y servicios entre una contratación concluida y otra contratación en curso, pero no puede suplir al procedimiento de contratación previsto en la Ley y su Reglamento" (Opinión N.° 053-2009/DTN).

Siguiendo en esta noción de excepcionalidad, y del plazo de ejecución que tendría, tenemos que en la Opinión N.° 031-2016/DTN se precisó:

> Se debe entender que por tratarse de una medida excepcional, su aplicación se producirá debido a la imposibilidad de haber culminado el proceso de selección respectivo, ya que por alguna razón extraordinaria o imprevisible, no ha podido convocarse oportunamente [...] o este no ha concluido con suficiente antelación, pues lo contrario supondría dispensar al órgano encargado de las contrataciones de la entidad del cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas de acuerdo con la normativa, así como de las responsabilidades y sanciones previstas [...] De lo señalado, se desprende que el plazo de ejecución del contrato complementario debe estimarse considerando el inicio de la ejecución del contrato derivado del proceso de selección ya convocado, toda vez que como ya se ha referido, la finalidad del contrato complementario es cubrir el tiempo durante el cual la entidad no contará con los bienes o servicios requeridos hasta que inicie el nuevo contrato, evitando de esta forma un posible desabastecimiento.
>
> Sin perjuicio de lo señalado, podría darse el caso que el plazo estimado para el contrato complementario llegue a superar la fecha efectiva de la suscripción del nuevo contrato, en cuyo caso, los plazos de ejecución contractual de ambos contratos no deben coincidir en el tiempo, es decir que no se ejecuten de forma simultánea.
>
> En dichos casos, la concurrencia de ambos contratos podría responder a la falta de una correcta programación o a una estimación inexacta de los bienes o servicios requeridos, responsabilidad que en todo caso corresponde determinar a la entidad. (Opinión N.° 031-2016/DTN)

3.1. El objeto de las contrataciones complementarias

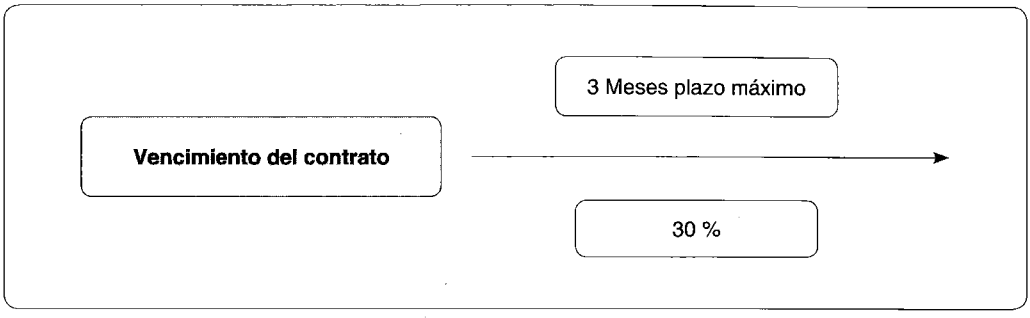
En cuanto al objeto de las contrataciones complementarias, se ha establecido que "resulta necesario que su objeto esté referido a que se provea los mismos bienes o que se preste el mismo servicio que fue materia de la contratación; y, además, que el contrato complementario incorpore todas las condiciones que dieron lugar a la contratación original" (Opinión N.° 031-2016/DTN).

3.2. La regulación de las contrataciones complementarias y qué área sustenta el pedido

El artículo 146 del RLGCP establece el trámite que se debe seguir en el caso de las contrataciones complementarias en bienes y servicios. Así, el numeral 146.1 indica que, dentro de los tres meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución de un contrato de bienes o servicios en general, la entidad contratante puede realizar por única vez una contratación complementaria con el mismo contratista, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

> [...]
> i) que el monto no supere el 30 % del monto del contrato original,
> ii) que sea el mismo bien o servicio en general,
> iii) que el contratista preserve las mismas condiciones que dieron lugar a la contratación, y,
> iv) que se haya convocado el procedimiento de selección para su contratación, salvo que el contrato complementario agote la necesidad de la entidad contratante.

La necesidad de la contratación complementaria debe ser sustentada por el área usuaria que otorgó la conformidad del bien o servicio contratado originalmente.



3.3. La suscripción y el inicio del plazo

El numeral 146.4 establece que, excepcionalmente, siempre que se cumplan las condiciones que hemos glosado en el rubro 3.2, y con el sustento del área usuaria para asegurar la continuidad de las prestaciones, el contrato complementario puede ser suscrito en un plazo de quince días previos a la culminación de la ejecución del contrato original, debiendo indicarse como condición contractual que el inicio del plazo de la ejecución del contrato complementario sea posterior la culminación del plazo de ejecución del contrato original.

4. CRITERIOS DEL OSCE

Las reglas acotadas han sido interpretadas en sendos documentos del OSCE, algunos de los cuales, a pesar del tiempo transcurrido y cambio normativo, consideramos que aún tienen vigencia.

4.1. Vínculo, o existencia de un nuevo contrato

Sobre el particular, se ha establecido que el vínculo "se materializará a través de la celebración de un nuevo contrato, que dará lugar al nacimiento de una **relación jurídica** distinta a aquella inicialmente entablada entre la entidad y el contratista [...] la contratación complementaria determina la suscripción de un **nuevo contrato**, aunque con el mismo contratista y en las mismas condiciones del contrato original [...]" (Pronunciamiento N.° 324-2010/DTN).

4.2. Se debe acreditar la nueva convocatoria, o basta con que se acredite la programación de la misma

Al respecto, en la Opinión N.° 057-2009/DTN, se estableció que:

> [...] no puede celebrarse un contrato complementario si previamente no se ha convocado el proceso de selección para contratar los bienes o servicios requeridos por la entidad, pues ello implicaría alterar las condiciones requeridas para realizar una contratación complementaria. [...] la contratación complementaria permite que la entidad satisfaga la necesidad de abastecerse de los bienes y servicios entre una contratación concluida y otra contratación en curso, pero no puede suplir al procedimiento de contratación previsto en la Ley y su Reglamento (Opinión N.° 057-2009/DTN)

4.3. Contrato complementario con precios reajustados

Sobre este tema, se han establecido criterios que debía tener presente la entidad al momento de optar por un contrato complementario:

> [...] si se diera el caso que un contrato ha culminado habiéndose aplicado fórmulas de reajuste, el contrato complementario debe recoger los precios reajustados.
>
> Sin embargo, no debe olvidarse que la contratación complementaria determina una nueva relación contractual, conformándose un nuevo contrato; por tanto, si bien se incorporan las mismas condiciones del contrato original, estas pertenecen al nuevo contrato, es así que por ejemplo el plazo se contabiliza desde la suscripción del contrato complementario, no pudiendo acumularse con el plazo del contrato original.
>
> Asimismo, se debe considerar [...] que la contratación complementaria se realiza por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30 %) del monto del contrato original [...] Estas, son restricciones que la entidad debe tener presente al momento de evaluar la procedencia de aplicar las fórmulas de reajuste en un contrato com-

plementario, toda vez que deben respetarse dichos parámetros, de forma tal que no se desnaturalicen las condiciones previstas por la normativa de contrataciones del Estado para la procedencia de una contratación complementaria. (Opinión N.° 152-2015/DTN)

4.4. Contrataciones complementarias en vez de prestaciones adicionales

En relación con este tema, la DTN analizó la pertinencia de utilizar, por parte de la Administración, las contrataciones complementarias en vez de prestaciones adicionales, efectuando para ello una distinción respecto de ambas, así como la oportunidad de su viabilidad. Así, se indicaba que "la sola extensión del plazo de un contrato de servicio no puede ser considerada como una prestación adicional al contrato, toda vez que no se cumplen con las condiciones previstas en la normativa para ello".

En este orden, indicaba que la persistencia en la necesidad de la ejecución de un servicio, cuyo plazo contractual ya ha culminado, daba lugar a la convocatoria de un nuevo procedimiento de selección a fin de contratar nuevamente este mismo servicio, a efectos de que su continuidad no se vea afectada, situación que solía presentarse "en el caso de los contratos de ejecución periódica o continuada, donde la necesidad de un mayor plazo del servicio, no debe confundirse con la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales no previstas en el contrato. La continuidad en la ejecución del servicio supone la suscripción de un nuevo contrato" (Opinión N.° 96-2015/DTN); escenario de las contrataciones complementarias.

PARTE X

LA OBRA PÚBLICA Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Capítulo XXXVIII

LA OBRA PÚBLICA, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y LA CONSULTORÍA DE OBRA (I)

SUMARIO: 1. La obra pública. 1.1. El dominio público y el dominio privado del Estado. 1.2. Las formas de ejecución de la obra pública. 1.3. Las obras públicas por administración directa. 2. El contrato de obra pública. 2.1. Elementos del contrato de obra pública. 2.2. Caracteres y naturaleza jurídica del contrato de obra pública. 3. Consultoría de obra pública. 3.1. La "autonomía" relativa del contrato de supervisión respecto del contrato de obra y sus diferencias. 3.2. La condición jurídica de "directa" y "permanente" del control del supervisor y su responsabilidad por incumplimiento. 3.3. Participación en la liquidación del contrato y los términos de referencia. La prestación típica y atípica. 3.4. Participación en la recepción de la obra. 3.5. Obra por paquete: ¿designación de inspector/supervisor en cada una? 3.6. Contratación de inspector primero y luego de un supervisor. 3.7. Inspector en vez de supervisor y la paralización de la obra. 4. El Expediente técnico. 4.1. El expediente técnico en la LGCP y su reglamento. 4.1.1. Contenido y elaboración. 4.1.2. La negativa a corregir errores del expediente técnico y la aprobación de prestaciones adicionales. 4.1.3. Procedimiento de revisión del expediente técnico en el sistema de entrega de solo construcción para la detección temprana de deficiencias u omisiones. 4.1.4 Jefe de proyecto. Contratista y elaboración del expediente técnico. 4.1.5 Aprobación del expediente técnico. 4.1.6. Consideraciones durante la elaboración del expediente técnico en un contrato derivado de un concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos. 4.1.7. Consideraciones durante la etapa de diseño en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción. 4.1.8. Las cláusulas por terminación anticipada a considerar. 4.1.9. Responsabilidad por la aprobación de adicionales de obra por deficiencia de expediente técnico. 4.1.10. Contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional: modificación y expediente técnico. 4.1.11. Infracción del contratista por expediente técnico defectuoso 5. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras. 5.1. Modalidades de pago en la contratación de obra bajo los sistemas de entrega solo construcción, diseño y construcción, y consultorías de obras distintas a supervisión de obras. 5.2. Modalidad de pago para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra. 5.3. Suma alzada. 5.4. Precios unitarios. 5.5. Diferencia entre sistema de precios unitarios y suma alzada en la presentación del presupuesto. 5.6. Esquema mixto. 5.7. Costo reembolsable. 5.8. Pago por tarifas. 6. Los tipos de sistema de entrega en obras. 6.1. Solo construcción. 6.2. Diseño y construcción. 6.3. Diseño, construcción, operación y mantenimiento. 6.4. Gestión del diseño y construcción al riesgo. 6.5. Gestión del diseño y construcción de agencia. 6.6. Entrega integrada de proyecto o alianza. 6.7. Llave en mano. 6.8. Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional. 7. Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico. 7.1. Solo formulación o solo diseño. 7.2. Formulación y diseño. 8. Criterios para la elección de sistemas de entrega y modalidades de pago para obras y consultoría de obras.

El contrato de obra no se explica por sí mismo, sino solo en relación con la obra pública; en consecuencia, no se puede tratar el contrato de obra pública o de consultoría de obra pública sin tener claridad sobre la obra pública, situación que no niega la especificidad de cada uno de ellos.

1. LA OBRA PÚBLICA

¿Cómo se define la obra pública? La obra pública es creación humana, no existen obras públicas naturales (Marienhoff, 1998, p. 512) y es aquella realizada por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público —dominio público— o la incorporación al dominio privado del Estado (Bezzi, p. 11). Así, lo que termina caracterizando a la obra pública "[...] es su realización o construcción por el Estado. Esa es su nota esencial. Carece de trascendencia que la obra integre el dominio público o el dominio privado del Estado, es decir poco importa que aquella sea un bien o cosa 'final' o de 'uso' o un bien 'instrumental'" (Marienhoff, 1998, p. 512).

Por su parte y, desde una perspectiva más restrictiva y pragmática, los anexos del RLGCP se define, desde una orientación finalista, a la obra como la "construcción, reconstrucción, mejoramiento, ampliación, rehabilitación, demolición, remodelación, refacción y cualquier contratación que requiera expediente técnico, dirección técnica, mano de obra, materiales y/o equipos, relacionados al componente de edificación o infraestructura".

En doctrina tenemos que la obra pública puede ubicarse en el dominio público o en el dominio privado del Estado.

1.1. El dominio público y el dominio privado del Estado

Aunque es irrelevante para la definición, sí es importante para la distinción, por ello es pertinente tenerla presente. ¿Cuándo una obra pública se ubica en la esfera del dominio público y cuándo en su dominio privado?

La obra pública se halla en el dominio público cuando es afectada "al uso público directo o indirecto o a la comodidad o utilidad común", y será, por negación, de dominio privado cuando "no estuviere afectado al uso

público, directo o indirecto, a la utilidad o comodidad común" (Marienhoff, 1998, p. 520).

Para nuestra legislación, lo relevante es la finalidad de esta, la atención del interés general, aspecto teleológico que debe ser conseguido a través de la instrumentalización del procedimiento preestablecido.

1.2. Las formas de ejecución de la obra pública

La obra pública puede ser realizada por el Estado mediante distintas formas contractuales, como son las asociaciones público-privadas, obras por impuestos, concesiones, la administración directa y de forma indirecta, a través de terceros mediante el contrato de obra pública, siendo esta la regulada por la LGCP.

Al ser objeto del presente libro el estudio de las obras ejecutadas a través de terceros, en el presente rubro solo abordaremos la ejecución de obras de forma indirecta, a través de terceros, sin embargo, trataremos brevemente las trabajadas bajo la modalidad de administración directa.

1.3. Las obras públicas por administración directa

En los casos que el Estado ejecuta la obra pública por administración directa "se vale para ello de su propio personal, sin recurrir a extraños. En tal supuesto, la respectiva actividad de la Administración pública constituye un simple capítulo de la ordinaria labor administrativa, rigiéndose por las reglas pertinentes [...] Cuando para realizar la obra de Estado recurre a 'terceros', aparecen las figuras del 'contrato' de obra pública y de la 'concesión' de obra pública. Estos dos son *especies* del 'contrato administrativo', propiamente dicho, y difieren entre sí [...]" (Marienhoff, 1998, p. 521).

De lo expuesto tenemos que la ejecución de obra pública por Administración, que es como se denomina en doctrina, constituye "[...] una excepción al régimen de contratación administrativa", no siendo en esencia un contrato de obras, por cuanto "la ejecución de las mismas estará a cargo del órgano gestor de la Administración" (Garrido Falla, 2002, p. 80), para lo que puede utilizar a su propio personal o terceros "[...] no es un contrato de obras en sentido técnico-jurídico, como el propio precepto aclara expresamente, ya que la ejecución de las obras está a cargo del órgano gestor de la Administración" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 717).

En el Perú esta modalidad se denomina obras por administración directa y es regulada por la Directiva N.° 017-2023-CG/GMPL aprobada por Resolución de Contraloría N.° 432-2023-CG, situación que debe ser *sui*

generis, por cuanto un órgano superior de control termina regulando algo que se ubica en el ámbito de la gestión.

2. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El contrato de obra pública es el instrumento jurídico a través del cual se realiza la obra pública, y en consecuencia la Administración atiende el interés general, constituyendo una de las formas de realizar esta. Manuel María Diez lo define como "[...] aquel por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado" (Diez 1979, p. 193).

Otro autor relevante, al cual hemos venido citando en el presente texto, es Marienhoff, quien entiende al contrato de obra pública, como "[...] el acto en cuyo mérito el Estado conviene con un tercero la realización de una obra que permitirá cumplir funciones esenciales o específicas suyas, realizando así el Estado alguno de sus fines públicos propios" (Marienhoff, 1998, p. 536).

Para García De Enterría, en una definición próxima a la consignada en el Anexo de definiciones del derogado RLCE, el contrato de obra pública es aquel "[...] que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración [...] La esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis [...]" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 714).

Desde esta perspectiva el citado autor considera que el contrato de obra pública es un contrato de resultado "[...] y de resultado total, además. Este resultado —la obra totalmente terminada—, y no la actividad necesaria para realizarla, la prestación que debe el contratista. En tanto la obra no se entrega —y se recibe por la Administración—, el contratista es el dueño de ella y, por tanto, es él quien debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la misma" (García De Enterría & Fernández, 2001, p. 741).

2.1. Elementos del contrato de obra pública

El contrato de obra pública está compuesto de tres elementos: el subjetivo, el objetivo y el finalista o teleológico. El elemento subjetivo implica que una de las partes necesariamente deber ser el Estado, condición necesaria

que le permite configurarse como tal, mientras que la otra puede ser un privado u otra entidad pública. No existe contrato administrativo de obra pública entre privados.

El elemento objetivo viene dado por lo que puede ser materia del contrato de obra pública. Para no alejarnos del tema, en el anexo de definiciones del derogado RLCE se precisa el elemento objetivo en nuestra legislación: "construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos".

El elemento teleológico o finalista, en este caso se exige que "la prestación del cocontratante se relacione, directa e inmediatamente, con alguna de las 'funciones esenciales o específicas' del Estado, con los 'fines públicos' propios de este [...] Para que haya contrato 'administrativo' de obra pública, la actividad del cocontratante a través de la obra que se realice debe tender a facilitar el cumplimiento de esas 'funciones', de esos 'fines', por parte del Estado [...]" (Marienhoff, 1998, p. 522).

2.2. Caracteres y naturaleza jurídica del contrato de obra pública

Además de los que corresponden al contrato administrativo en general (bilateral, oneroso, conmutativo, de equivalencias y formal), tenemos que el contrato de obra pública es uno de locación donde el hacer debido constituye un "medio para alcanzar un fin, es decir, en cuanto va dirigido a producir la obra" (Diez, 1979, p. 194), lo que pone de relieve la buena fe que debe acompañar al mismo, por cuanto al ser un contrato en marcha su naturaleza jurídica "es la de un contrato de locación de obra, ya que lo que el Estado persigue, al contratar, es un resultado. Por ello el contrato de obra pública no puede considerarse una locación de servicios, ya que en ese contrato lo que se tiene en cuenta es la actividad del cocontratante, con independencia de su resultado, mientras que en la obra resultante de este trabajo, el producto terminado es lo que caracteriza al contrato de locación de obra" (Diez, 1979, pp. 193 y 194).

3. CONSULTORÍA DE OBRA PÚBLICA

Establecida la definición de obra pública y de contrato administrativo de obra pública, corresponde tratar el tema de la consultoría de obras, cuyo concepto tiene su sustrato en el de servicios de consultoría, siendo definido como "la prestación de un servicio profesional altamente calificado". Con-

clusión: no cualquier profesional se encuentra en condiciones de brindar un servicio de este tipo.

El anexo de definiciones del RLGCP se define a la consultoría de obra como "los servicios profesionales altamente calificados contratados para la formulación de fi chas técnicas de inversiones o estudios de preinversión que contengan componentes de edificación o infraestructura, elaboración del expediente técnico, supervisión de la elaboración de expediente técnico o supervisión de ejecución de obras".

En cuanto al detalle o contenido del mismo, tenemos que la definición entiende que consiste en elaborar:

> [...] estudios, proyectos, y en general todo aquello que permita viabilizar, dirigir o supervisar la ejecución de una obra, es decir, la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, lo cual no será realizado por el consultor [...] la consultoría de obra se determina en función a la naturaleza del servicio en sí, sin necesidad que se haya contratado el servicio para ejecutar posterior e inmediatamente la obra objeto de la consultoría [...] la consultoría de obras se define por el servicio a brindar, independientemente de la ejecución de una obra específica. (Pronunciamiento N.° 040-2001 (GTN))

En el contrato de consultoría, el actor es el consultor de obra definido en el derogado anexo de definiciones como la "persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como en la supervisión de obras". Es el proyectista que se encarga de la elaboración del expediente técnico (conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados)[71], presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance de obras valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios, así como de las consultas que formule la entidad sobre el documento en mención.

Sobre este tema, en el Pronunciamiento N.° 579-2019/OSCE-DGR, se hizo referencia a la complejidad de la labor de supervisión, diferenciándola cualitativamente de la ejecución de obra, a efectos de acreditar la experiencia, y respecto de la cual manifestaba:

71 El anexo de definiciones del RLGCP lo define como "el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra o consultoría de obra a ejecutar, según la unidad de medida establecida".

> [...] debe tenerse presente que la labor de un profesional en la supervisión de una obra, en principio, implica realizar labores de mayor complejidad que la de aquél que tiene el encargo de ejecutar, dado que en su labor de supervisión realiza acciones de revisión, control, verificación e interpretación, por lo que, los profesionales que hayan adquirido experiencia en supervisión de obras, necesariamente han intervenido en la ejecución de una obra, adquiriendo en consecuencia experiencia en el rubro de la construcción, lo cual, garantizaría su presencia en la ejecución del objeto de la presente contratación. (Pronunciamiento N.° 579-2019/OSCE-DGR)

3.1. La "autonomía" relativa del contrato de supervisión respecto del contrato de obra y sus diferencias

Este tema es tratado en el numeral 62.1 del artículo 62 de la LGCP, donde se indica que establece que cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación por supervisar y debe comprender, como mínimo, hasta la recepción de la obra o la conclusión del servicio.

En relación con la diferencia entre el contrato de obra y el de supervisión de Obra, así como a la autonomía que este último pudiera reclamar para sí, en la Opinión N.° 035-2010/DTN se estableció:

> [...] mientras en el contrato de obra un contratista se obliga a ejecutar una obra a favor de la entidad, mediante el contrato de supervisión la entidad verifica que el contratista cumpla con las condiciones de ejecución de la obra [...] si bien puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión (ya que dicha obligación puede ser cumplida por un profesional, funcionario o servidor de la entidad, expresamente designado por esta como inspector), no podríamos tener un contrato de supervisión sin la existencia de un contrato de obra, dado que si no existiera una obra que se ejecute no existiría control de la ejecución [...] el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia y ejecución del contrato de obra.
>
> Adicionalmente, considerando que toda ejecución de un contrato de obra debe ser supervisada y la complementariedad de las funciones que realizan tanto el ejecutor como el supervisor, debemos concluir que ambos contratos, además, deben ejecutarse simultáneamente.
>
> Ahora bien, si tenemos presente que el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia, ejecución y desarrollo de un contrato de obra, podemos afirmar que el contrato de supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra. (Opinión N.° 035-2010/DTN)

Este criterio que fue ampliado por la Dirección Técnico Normativa del fenecido OSCE, cuando estableció que, de acuerdo con lo expuesto, esta relación implica que los eventos que afecten a la ejecución de obra también afectan a la supervisión, "si bien el contrato de obra es independiente del contrato de supervisión —evento que constituyen relaciones jurídicas distintas—, la naturaleza jurídica accesoria que tiene un (1) segundo respecto del primero determina, por lo general, que los eventos que afectan la ejecución de la obra también afecten la supervisión de la misma" (Opinión N.° 057-2013/DTN).

3.2. La condición jurídica de "directa" y "permanente" del control del supervisor y su responsabilidad por incumplimiento

En cuanto a la labor de control que realiza el supervisor, y el tiempo que le debe dedicar a dicha actividad, en la Opinión N.° 005-2012/DTN se estableció que este:

> [...] debe ejercer el control de manera permanente y directa durante la ejecución de la obra. Cabe precisar que, por el término 'permanente'[72] debe entenderse que el profesional designado como supervisor debe estar en el lugar de la obra durante todo el periodo de ejecución de la misma. Por el término 'directa' debe entenderse que el profesional designado como supervisor debe realizar sus funciones personalmente, sin intermediarios.
>
> De esta manera, cuando el supervisor sea una persona jurídica, esta podrá supervisar varias obras simultáneamente, siempre que el profesional designado para realizar la labor de supervisión sea distinto en cada obra. En cambio, cuando el supervisor sea una persona natural, esta deberá realizar por sí misma las labores de supervisión, y, por lo tanto, no podrá supervisar más de una obra a la vez, a menos que en su propuesta haya designado a otro profesional como supervisor. En cualquiera de estos casos, el profesional que realice la labor de supervisión no podrá supervisar más de una obra simultáneamente [...] debido a que incumpliría su obligación de control directo y permanente de la obra. (Opinión N.° 005-2012/DTN)

Criterio similar al establecido en la Opinión N.° 039-2016/DTN.

En este contexto, la citada opinión agregó, respecto de la responsabilidad que le cabía al supervisor infractor, lo siguiente:

72 Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, 22.ª edición, el verbo "permanecer", en su segunda acepción, significa "estar en algún sitio durante cierto tiempo".
Véase en: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=permanecer>.

> [...] si un mismo profesional realiza labores de supervisión en dos (2) obras distintas de manera simultánea, estaría incumpliendo con las obligaciones esenciales establecidas en los términos del contrato de supervisión y, además, transgrediendo la normativa de contrataciones del Estado.
>
> Por lo tanto, la entidad contratante podría resolver el contrato de supervisión por incumplimiento [...] Alternativamente, cuando el supervisor sea un profesional propuesto por la persona natural o jurídica que ganó la buena pro, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, la entidad podría solicitar a esta el reemplazo del profesional designado como supervisor por otro que reúna capacidades profesionales similares o superiores al profesional designado.
>
> En el primer supuesto, la entidad además estaría en la obligación de informar al Tribunal de Contrataciones del Estado el incumplimiento contractual del supervisor para que este aplique la sanción correspondiente, de ser el caso.

3.3. Participación en la liquidación del contrato y los términos de referencia: la prestación típica y atípica

En la Opinión N.° 192-2015/DTN, haciendo referencia a la participación del supervisor en la liquidación del contrato, se estableció:

> [...] considerando que la liquidación de obra es un proceso de cálculo técnico, cuando la entidad no cuente con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista, o elaborarla si este no la presentó, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede prever la participación del supervisor en la liquidación de la obra como una prestación más (atípica) del contrato de supervisión —prestación que debería estar prevista en los términos de referencia del servicio de supervisión de obra—, siempre que dicha inclusión no genere que el monto total del contrato supere el límite indicado para el costo de la supervisión [...].
>
> Esta posibilidad se justificaría en el hecho que el supervisor cuenta con el conocimiento técnico necesario para realizar los cálculos correspondientes a la liquidación, así como con información relevante de la obra bajo su supervisión, dado que participó directamente en los actos que determinan el costo total y el saldo de obra, tales como valorizaciones, reajustes, cálculo de gastos generales, aplicación de penalidades, adicionales y reducciones de obra, entre otros.
>
> En esa medida, la normativa de contrataciones del Estado establece como prestaciones típicas del contrato de supervisión al control de la ejecución de la obra y a la participación del supervisor en el acto de recepción de obra. Sin embargo, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, una entidad también podría incluir la participación del supervisor durante

el procedimiento de liquidación de obra, como una prestación más (atípica) del contrato de supervisión. (Opinión N.° 192-2015/DTN)

3.4. Participación en la recepción de la obra

Al respecto, en la Opinión N.° 192-2015/DTN, se determinó, respecto de la participación del supervisor en la recepción de obra, que este "se encuentra obligado [...] a participar del acto de recepción de obra, constituyéndose estas actividades como prestaciones típicas del contrato de supervisión, según lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado[73] (Opinión N.° 192-2015/DTN)".

3.5. Obra por paquete: ¿designación de inspector/supervisor en cada una?

En la Opinión N.° 039-2016/DTN se indica, respecto de la designación del inspector y del supervisor en obra por paquete, que:

> [...] en una decisión de gestión tomada con base en la complejidad y magnitud de las obras que integraban el paquete, la entidad podía decidir que un solo supervisor controlara simultáneamente la ejecución de más de una obra del paquete, siempre que con ello no se perjudicara su adecuado control. Del mismo modo, la entidad podía decidir que un inspector controlara simultáneamente la ejecución de más de una obra del paquete, siempre que no se afectara el adecuado control de la obra y que la suma sus valores referenciales no superase el monto a partir del cual la contratación de la supervisión era obligatoria. (Opinión N.° 039-2016/DTN)

3.6. Contratación de inspector primero y luego de un supervisor

Sobre este tema, en la Opinión N.° 070-2015/DTN, referido al inicio de la obra sin contar con el profesional indicado, se estableció que "la entidad, luego de evaluar la naturaleza y envergadura de la obra, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede optar por iniciar su ejecución con la participación de un inspector, siempre que el monto establecido en la Ley de Presupuesto lo permita —asimismo—, cuando el control efectivo de los trabajos realizados por el contratista lo demande, puede contratar [...] a un supervisor" (Opinión N.° 070-2015/DTN).

73 Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, 22.ª ed., el verbo "permanecer", en su segunda acepción, significa "estar en algún sitio durante cierto tiempo". Véase en: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=permanecer>.

3.7. Inspector en vez de supervisor y la paralización de la obra

En la citada opinión, ante la consulta "en una obra que se ejecuta bajo los alcances de la normativa sobre contrataciones del Estado y que por su monto requiere supervisor, ¿es legalmente posible paralizarla cuando la supervisión la viene ejerciendo un inspector de obra en lugar de un supervisor?", la DTN estableció:

> [...] el contratista puede manifestar su disconformidad cuando la entidad designa a un inspector a pesar que el monto de la obra amerita la contratación de un supervisor, solicitando la resolución del contrato e incluso el resarcimiento de los daños y perjuicios debidamente acreditados. No obstante, si el contratista decide no emplear los mecanismos señalados y realiza los trabajos propios de la obra, habría consentido el inicio de su plazo de ejecución, en consecuencia, no podrá interrumpir el avance de la obra [...] sin perjuicio de ello, corresponde evaluar las responsabilidades administrativas que se hubiesen generado por la trasgresión a la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.° 070-2015/DTN)

4. EL EXPEDIENTE TÉCNICO

El expediente de contratación en general, y el expediente de obra en particular, están conformados por un conjunto de documentos, entre los que hay que incluir los que determinan el riesgo. Al respecto, en la Opinión N.° 063-2013/DTN se indicó que "el expediente técnico de obra completo, además de incluir los documentos referidos debe incluir todos los cambios y modificaciones producto de consultas, observaciones y/o procedimientos de ser el caso" (Opinión N.° 063-2013/DTN), no siendo posible iniciar el plazo con un expediente incompleto.

Por su parte, en la Opinión N.° 069-2021/DTN, se estableció, respecto de los documentos que lo integran, que estos deben proporcionar, en su conjunto, "información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permita formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia" (Opinión N.° 069-2021/DTN).

Por su parte, la nueva normativa ha consignado en el anexo de definiciones del RLGCP, lo que se entiende y comprende el expediente técnico, asumiendo que es un:

> [...] conjunto de documentos que definen, principalmente, las características, alcance y permiten la adecuada ejecución de una obra. Debe proporcio-

nar información coherente y técnica, incluyendo memoria descriptiva, planos de ejecución de obra, especificaciones técnicas, metrados, presupuesto de obra con su fecha de determinación, análisis de precios unitarios y de gastos generales, fórmulas polinómicas, programa de ejecución de obra, calendario de avance de obra valorizado, y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, estudio hidrológico, estudio de impacto ambiental, calendario de adquisición de materiales o insumos , calendario de utilización de equipos u otros complementarios. Asimismo, puede incluir otros como las obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación.

4.1. El expediente técnico en la LGCP y su reglamento

En cuanto a la regulación, tenemos que los numerales 46.4 y 46.5 del artículo 46 de la LGCP establecen aspectos relacionados al requerimiento en el caso de obras que alcanzan al expediente técnico. Así, el numeral 46.4 indica que el requerimiento de obras se formula a través del expediente técnico o en los objetivos funcionales, dependiendo del sistema de entrega utilizado, agregando el numeral 46.5 que este debe contar con una estructura de costos definida de acuerdo con las particularidades que demande la complejidad del proyecto.

El RLGCP desarrolla lo dispuesto en la LGCP. Así el numeral 170.1 del artículo 170 establece que el expediente guarda coherencia con los objetivos, alcances y parámetros que sustentan la viabilidad o aprobación de las inversiones.

4.1.1. Contenido y elaboración

A lo consignado en el anexo de definiciones del RLGCP, se puede agregar algunas opiniones del fenecido OSCE. Así, en cuanto al contenido, se ha establecido que el expediente técnico estaba integrado por:

> [...] un conjunto de documento de ingeniería y arquitectura que definían, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta debía ejecutarse. De ello se infiere que dicho expediente tenía por finalidad brindar información a los postores sobre los requerimientos de la Entidad para la ejecución de la obra y las condiciones del terreno a efectos que pudieran realizar adecuadamente sus ofertas y, de ser el caso, ejecutasen la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la Entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.

> Para cumplir con dicha finalidad, era necesario que los documentos que integraban el expediente técnico fueran interpretados en conjunto[74] y que dichos documentos proporcionasen información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permitiera formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia. (Opinión N.° 129-2017/DTN)

Normativamente, en el numeral 170.2 del RLGCP se ha establecido lo que comprende el expediente técnico, así como quiénes pueden elaborarlo. Así, se indica que este comprende el diseño de la obra, pudiendo ser elaborado por:

- la entidad contratante, a través del órgano encargado de la elaboración, aprobación y/o conformidad de la elaboración de expedientes técnicos de acuerdo con sus documentos de gestión; o,
- a través de un contratista bajo supervisión, para lo cual se contrata una consultoría de obra conforme los sistemas de entrega contemplados en el artículo 159[75]; o,
- en conjunto con la ejecución de la obra bajo el sistema de entrega de diseño y construcción.

La elaboración, indica el numeral 170.3 incluye un análisis del proceso constructivo que contemple eficiencia constructiva y prácticas de sostenibilidad, agregándose en el numeral 170.4 que, cuando un contratista elabore el expediente técnico, son aplicables los plazos para la conformidad de los entregables de consultorías previstos en el numeral 144.3 al 144.7 del artículo 144[76].

---

74 De conformidad con lo dispuesto por las Opiniones N.° 027-2017/DTN, 080-2015/DTN y 051-2011/DTN.

75 Artículo 159.- Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o elaboración del expediente técnico.
La entidad contratante determina uno de los siguientes sistemas de entrega de consultoría de obra para la formulación de proyectos de inversión o elaboración del expediente técnico:
a) Solo formulación o solo diseño: se contrata a un consultor para que realice todas las actividades correspondientes a la formulación y evaluación en el marco de las disposiciones del SNPMGI y, una vez que se cuente con la viabilidad, a otro consultor para que realice la elaboración del expediente técnico.
b) Formulación y diseño: el contratista es responsable de los documentos técnicos de la fase de formulación y evaluación en el marco de las disposiciones del SNPMGI y el expediente técnico. La convocatoria se puede realizar con una idea de proyecto brindada por la entidad contratante. En el supuesto que el proyecto no obtenga la viabilidad, el contrato se resuelve.

76 144.3. La conformidad se emite en un plazo máximo de siete días contabilizados desde el día siguiente de recibido el entregable, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verifi-

4.1.2. La negativa a corregir errores del expediente técnico y la aprobación de prestaciones adicionales

El numeral 64.6 del artículo 64 de la LGCP establece que, en el supuesto de que la entidad contratante se niegue a corregir vicios, errores u omisiones en el expediente técnico, o demore en darle solución, mediante la aprobación de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones o la modificación de las especificaciones erróneas, según corresponda, se informará al TCP y a la CGR a fin de que inicien los procesos administrativos que correspondan de acuerdo con sus competencias.

4.1.3. Procedimiento de revisión del expediente técnico en el sistema de entrega de solo construcción para la detección temprana de deficiencias u omisiones

El numeral 46.6 del artículo 46 de la LGCP refiere que, cuando se trate de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, el contratista revisa el expediente técnico de obra e informa al supervisor o inspector de obra, sobre los posibles riesgos del proyecto, de corresponder, remitiendo al reglamento los plazos y condiciones, no siendo aplicable esta disposición a los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

En este orden, el reglamento desarrolla lo establecido en la ley. Así, en el numeral 171.1 del artículo 170 del RLGCP se establece que, en el sistema

---

car el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte días, bajo responsabilidad del servidor o funcionario que debe emitir la conformidad. La sola recepción de bienes en la entidad o en el destino final, según sea el caso, no constituye la conformidad del área usuaria.

144.4. De existir observaciones, la DEC las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar. El plazo de subsanación no debe ser mayor del 30 % del plazo del entregable correspondiente. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

144.5. El mismo plazo establecido para la subsanación de observaciones resulta aplicable para que la entidad contratante se pronuncie sobre el levantamiento de observaciones.

144.6. Cuando la entidad contratante exceda el plazo previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de las observaciones, los días de retraso no pueden ser imputados al contratista a efectos de la aplicación de penalidades.

144.7. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la entidad contratante puede otorgar al contratista periodos adicionales, conforme a lo señalado en el numeral 144.4, u optar por resolver el contrato, de acuerdo con los supuestos de resolución establecidos en el literal b) del numeral 68.1 del artículo 68 de la Ley. En caso otorgue periodos adicionales corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo inicial para subsanar, sin considerar los días en los que pudiera incurrir la entidad contratante para efectuar las revisiones y notificar las observaciones correspondientes.

de entrega de solo construcción, el contratista presenta a la entidad contratante y al supervisor:

- Un informe técnico de revisión del expediente técnico dentro de los doce días siguientes a la suscripción del contrato.
- ¿Cuál es el objetivo del informe? El numeral acotado indica que el informe tiene como objetivo detectar posibles deficiencias u omisiones en el expediente técnico, e incluye, entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos y otros aspectos que puedan ser advertidos de la sola revisión documental por parte del contratista.
- La revisión efectuada no impide la aprobación de modificaciones contractuales no advertidas en el informe técnico.

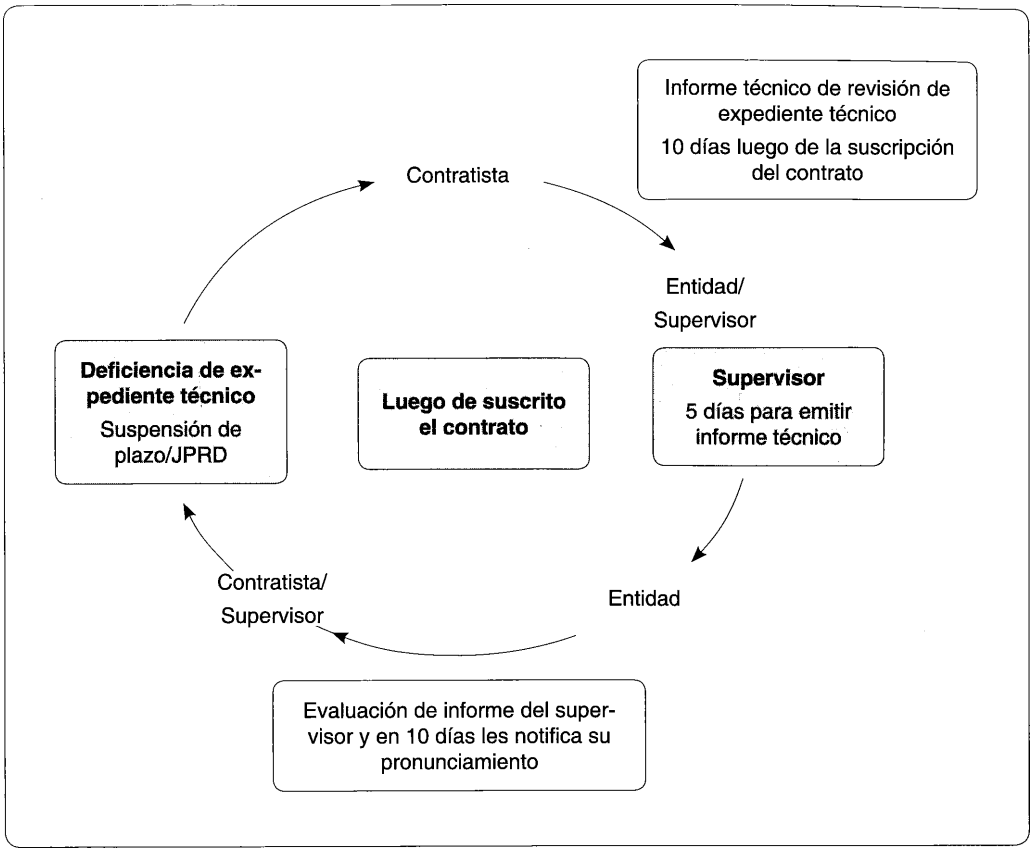
Además de lo expuesto, el numeral citado establece, respecto del supervisor, que luego de habérsele presentado el informe técnico de revisión del expediente técnico, dentro de los cinco días contados desde el día siguiente de recibido, presenta a la entidad un informe técnico, en el que establece su evaluación, pronunciamiento y verificaciones realizadas como supervisión.

Por su parte, en el numeral 171.3, establece el siguiente paso a seguir luego de que el supervisor le ha hecho entrega a la entidad de su informe técnico, indicando que esta, a través del órgano de la entidad encargado de la elaboración, aprobación o conformidad de los expedientes técnicos, "evalúa la información recibida por el contratista y la supervisión y les notifica su pronunciamiento en el plazo máximo de diez días computados desde el día siguiente de recibido el informe técnico del supervisor. La entidad contratante puede solicitar opinión al proyectista para realizar la evaluación respectiva".

La consecuencia de que el expediente técnico tenga omisiones o errores que impacten en el programa de ejecución[77] es que las partes pueden acordar la suspensión del plazo de ejecución de la obra hasta que la entidad contratante efectúe las adecuaciones correspondientes.

77 En el anexo de definiciones del RLGCP, se establece que por programa de ejecución se entiende "la secuencia lógica de actividades de una obra o consultoría de obra, que incluye plazos, hitos clave, recursos necesarios, así como los permisos y licencias requeridas. Este programa proporciona una visión clara de las fechas programadas y la ruta crítica pudiendo emplear el Critical Path Method (CPM) u otro método de planificación, previo sustento de la entidad contratante".

Sistema de entrega (sólo construcción)



4.1.4. Jefe de proyecto (contratista) y elaboración del expediente técnico

El artículo 172 del RLGCP aborda el caso en el que el contratista se encuentra a cargo de la elaboración del expediente técnico, situación en la cual establece el siguiente procedimiento:

- Designa un jefe de proyecto, quien es el responsable de su elaboración.
- El jefe de proyecto debe cumplir con los siguientes requisitos: profesional colegiado, habilitado y especializado.
- Ser designado por el contratista consultor de obra.
- Puede ser ingeniero o arquitecto, según el tipo de obra.

- En la estrategia de contratación se determina el tiempo de experiencia en la especialidad, la que se acreditará en función de la envergadura y complejidad del proyecto.

4.1.5. Aprobación del expediente técnico

En el artículo 173 del RLGCP señala el trámite que debe seguir la entidad para la aprobación del expediente técnico, luego de otorgada la conformidad al contratista que lo elaboró, siendo este el siguiente: "173.1. el órgano a cargo de la aprobación del expediente técnico emite la resolución correspondiente en un plazo no mayor de diez días hábiles desde la conformidad otorgada al contratista que elaboró el expediente técnico".

Pero ¿qué sucede cuando es la entidad quien elaboró el expediente técnico? El plazo, ni el trámite son de aplicación.

En cuanto al trámite al interior de la entidad, se tiene que el numeral 173.2 establece que luego de terminada la elaboración del expediente técnico, el área usuaria debe proporcionar retroalimentación a la unidad formuladora que viabilizó el proyecto, en los aspectos referidos a cambios de alcance, costos y plazos.

4.1.6. Consideraciones durante la elaboración del expediente técnico en un contrato derivado de un concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos

En estos casos el numeral 174.1 del artículo 174 del RLGCP indica que el contratista puede identificar oportunidades de mejora en cuanto a la calidad y modernidad tecnológica que no estén contempladas en los parámetros técnicos nacionales vigentes, caso en el cual este propone a la entidad contratante la aplicación de dichas innovaciones, las que, de ser el caso, las comunica al sector competente, quien evalúa la propuesta y emite una respuesta en un plazo no mayor a quince días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la notificación; caso contrario, se entiende como denegada.

La denegatoria implica, para la entidad contratante, el reconocimiento de los gastos efectuados por el contratista por las oportunidades de mejora, mediante un reembolso en la liquidación.

4.1.7. Consideraciones durante la etapa de diseño en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción

Sobre este tema, los numerales 175.1 y 175.2 del artículo 175 del RLGCP establecen que, en los contratos de diseño y construcción, el ex-

pediente técnico puede ser aprobado con un presupuesto de obra con un incremento de hasta el 50 % del monto considerado en el contrato original respecto a dicho componente, siempre que la entidad contratante cuente con la previsión y/o certificación presupuestal correspondiente. Además, debe realizar las actualizaciones correspondientes con las actualizaciones de costo que conlleve el contrato. Agregando el 175.1 que lo en él regulado no califica como prestaciones adicionales.

4.1.8. Las cláusulas por terminación anticipada a considerar

En numeral 175.2 establece que en este tipo de contratos de obra se debe considerar dos cláusulas de resolución por terminación anticipada a solicitud de la entidad contratante:

a) **Terminación anticipada por perdida de viabilidad sobreviniente**

Cuando durante el diseño se verifica que el proyecto de inversión ha perdido las condiciones que sustentaron la viabilidad con la alternativa seleccionada, por causas no atribuibles al contratista.

b) **Terminación anticipada por motivos presupuestales**

En caso de que la entidad contratante no tenga recursos presupuestales suficientes para financiar la ejecución de la obra considerando el presupuesto del expediente técnico elaborado por el contratista o cuando este supere el 50 %. Para prevenir este incremento, las partes establecen buenas prácticas nacionales e internacionales respecto a la gestión de costos.

4.1.9. Responsabilidad por la aprobación de adicionales de obra por deficiencia de expediente técnico

Sobre el particular, el numeral 64.5 de la LGCP establece que, en caso de aprobarse adicionales de obra por deficiencias en el expediente técnico, se debe informar al Tribunal y a la CGR, a efectos de que inicien los procesos administrativos que correspondan de acuerdo con sus competencias.

En esta misma línea, el numeral 64.6 indica que en el supuesto de que la entidad contratante se niegue a corregir vicios, errores u omisiones en el expediente técnico, o demore en darle solución, mediante la aprobación de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones o la modificación de las especificaciones erróneas, según corresponda, se informará al Tribunal y a la CGR, a efectos de que inicien los procesos administrativos que correspondan de acuerdo con sus competencias.

4.1.10. Contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional: modificación y expediente técnico

En el numeral 64.7 de la LGCP se establece que, en el caso de obras que utilicen contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, se rigen por lo dispuesto en los propios contratos, disposición concordante con lo consignado en la primera disposición complementaria final de la norma acotada, agregando que las modificaciones que incidan en el monto contractual no pueden exceder el 50 % del valor del presupuesto de obra consignado en el expediente técnico aprobado o del monto del contrato de obra, de acuerdo con las condiciones establecidas en el reglamento.

4.1.11. Infracción del contratista por expediente técnico defectuoso

En el numeral f) del artículo 87 de la LGCP, se refiere a la responsabilidad del contratista que elabora el expediente técnico de obra con deficiencias o información equivocada, aun cuando se haya otorgado la conformidad respectiva:

- Siempre que estos hayan generado el retraso en la ejecución de la obra al ser detectados.
- No absuelva oportunamente las consultas formuladas por la entidad contratante respecto del expediente técnico durante la ejecución contractual de la obra, de modo que ocasionen retraso en su ejecución.

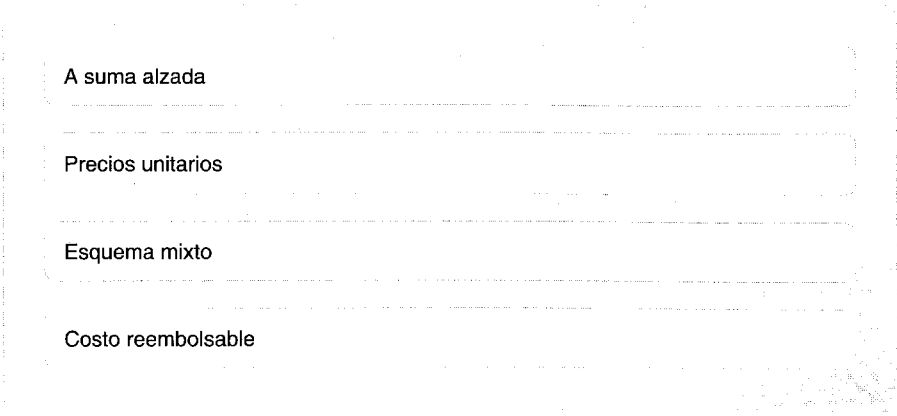
5. LAS MODALIDADES DE PAGO EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

La normativa derogada denominaba a las modalidades de pago "sistemas de contratación", tal como se le conoce en la doctrina, a las distintas formas de ejecutar los contratos administrativos de obras. En principio, tenemos que estos pueden ser ejecutados por la propia administración (administración directa), pero también los pueden ejecutar terceros, el contratista, relación en la que se establecen distintas formas de articulación contractual que darán origen a lo que se denominaba sistemas de contratación contractual, hoy modalidades de pago, debido que de ellos derivarán peculiares formas de ejecutar la prestación y el pago.

En la doctrina se establecen distintas denominaciones, según los términos del relacionamiento contractual, pudiendo ser estos "unidad de medida", "ajuste alzado", "coste y costas", "sistemas de excepción". En el artículo 166 del RLGC se hace referencia a las distintas modalidades de pago en la ejecución de obra, entendibles a la consultoría de obras.

5.1. Modalidades de pago en la contratación de obra bajo los sistemas de entrega solo construcción, diseño y construcción, y consultorías de obras distintas a supervisión de obras

En estos casos se utilizan, indica el numeral 161.1, las siguientes modalidades de pago:



5.2. Modalidad de pago para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra

En estos casos el numeral 161.2 indica que se utiliza las modalidades de:

- Pago por tarifas
- Esquema mixto

Disposición a la que agrega que, en caso de emplearse un contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional, se pueden emplear las modalidades de pago precisadas en estos, lo que amplía el panorama contractual.

5.3. Suma alzada

En el anexo de definiciones del RLGCP, se establece que la modalidad de pago a suma alzada se aplica cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidos en el requerimiento, por lo que en ella "el postor formula su oferta proponiendo un monto fijo integral por toda actividad que sea necesaria para el cumplimiento contractual y presenta su presupuesto desagregado en costo y plazo de ejecución".

Sobre esta modalidad, el tribunal ha establecido algunos criterios relevantes que seguidamente citamos:

a) La estructura de costos que da origen a dicha suma y los precios que contenga dicha estructura son netamente referenciales

En el sistema de suma alzada, se indica:

> [...] solo corresponde verificar si el postor ganador de la buena pro ofertó un monto fijo para llevar el objeto de la convocatoria, y no indagar en la composición de su oferta [...]. Por lo tanto, el desagregado de partidas presentado resulta meramente referencial, sin que algún defecto, error u omisión en él pueda ocasionar la descalificación de la propuesta. En tal razón, las eventuales diferencias que pudieran hallarse en los cálculos de cada uno de los conceptos que conforman la estructura de costos, son de cargo exclusivo del postor que propone la oferta, quien es el único que debe soportar el riesgo económico inherente a un contrato de esta naturaleza. El monto total ofertado no se ve afectado, debido a las posibles incongruencias e incluso, deficiencias, en los cálculos efectuados por parte del postor en sus costos, ya que en ningún caso estos pueden ser objeto de variación alguna en perjuicio de la entidad. (Resolución N.° 363/2007/TC-S1)

b) Suma alzada y procedencia de adicionales y deductivos, la mayor o menor ejecución de metrados

En el caso de mayor o menor ejecución de metrados, se precisa que, cuando se trate de obras ejecutadas bajo el sistema de suma alzada, "la entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados, pues en estos supuestos el costo debe ser asumido por el contratista o la entidad, según se trate de mayores o menores metrados, dado el sistema de contratación elegido" (Opinión N.° 021-2011/DTN).

Por otro lado, ante la consulta "¿en un contrato a suma alzada es procedente valorizar y pagar mayores metros ejecutados?", la DTN estableció que "no es posible valorizar ni pagar los mayores metrados ejecutados por el contratista, sino que únicamente se valorizará y pagará los metrados previstos en el presupuesto de obra" (Opinión N.° 008-2012/DTN).

c) Suma alzada: definición de monto fijo e integral

En cuanto al monto integral que caracteriza a la suma alzada, se ha establecido qué debe entenderse por monto fijo e integral:

> [...] una vez convocado el proceso de selección respectivo, los postores formulan sus propuestas por un monto fijo e integral, es decir, deben formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato y, principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades. En otros términos, en estos procesos de selección, el contratista se encuentra obligado a formular su propuesta respetando las especificaciones técnicas preestablecidas por la entidad y los montos contractuales adjudicados. (Opinión N.° 009-2010/DTN)

d) Adicionales en contratos de obra a suma alzada

Respecto de los adicionales en los contratos de obra a suma alzada, se tiene que en esta modalidad contractual "la entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual[78], justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato"[79] (Opinión N.° 180-2015/DTN).

5.4. Precios unitarios

Desde la doctrina se tiene que mediante este sistema el proponente se compromete a ejecutar. En el caso de obras, "se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar", así, por ejemplo, cuando se trata de la construcción de un edificio, "se calcularán los metros cúbicos de mampostería, los metros cuadrados de revoque, los metros cuadrados del parquet, etc. Y se aplicarán precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra. Es, entonces, un contrato, en el que se fija el precio para cada uno de los elementos de la obra" (Diez, 1979, p. 203), ejemplo al que se puede agregar el de Bezzi, "por los precios unitarios indicados, cada ítem de la obra consignando a la vez los importes parciales de estos y el total de su propuesta. Se determinan los trabajos: Movimiento de tierra, excavaciones, mampostería, estructuras de maderas, etc., la unidad: m^3, m^2 o m/lineal, global, por boca; la cantidad, precio unitario y precio total para cada trabajo, cuya suma será el total cotizado" (Bezzi, p. 21).

A diferencia de la suma alzada, este sistema es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. Aquí el postor formulará su propuesta

78 A mayor abundamiento puede consultarse la Opinión N.° 021-2011/DTN.

79 No sucede lo mismo con la ejecución de mayores metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, en consecuencia, la entidad no debe efectuar pago adicional alguno.

ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las bases, y que se valorizan en relación con su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución tal como se indica en el anexo de definiciones del RLGCP.

En el caso del sistema de precios unitarios, la determinación de la propuesta económica y los subtotales que lo componen se expresan hasta con dos decimales, lo que se encuentra acorde a lo dispuesto en las normas que regulan el sistema monetario en el Perú, como son la Ley N.° 25295 y el Decreto Supremo N.° 001-91-EF-90.

> Sin embargo, debe tenerse presente que dicha disposición normativa no obliga a que los precios unitarios deban expresarse con un máximo de dos decimales, por lo que le asiste el derecho al postor de formular su oferta, en el aspecto concerniente a los mencionados precios unitarios, mediante la utilización del número de decimales que juzgue pertinente, a fin de que el precio ofertado refleje con mayor exactitud el precio real de los bienes que se pretende adquirir, lo que no puede ser limitado en las bases de un proceso de selección. (Resolución N.° 234/2007.TC-SU)

A mayor detalle, desde el ámbito normativo nacional se tiene que la DTN precisó que en esta modalidad:

> [...] el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución"; la razón de esta disposición es que "en las obras ejecutadas bajo este sistema, dada la naturaleza de la prestación, no es posible conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas, por lo que es necesario valorizar la obra en función de su real ejecución; sin perjuicio de la existencia de un monto máximo para la ejecución de la obra, correspondiente a la oferta económica del postor ganador de la buena pro, así como de un plazo máximo. (Opinión N.° 058-2013/DTN)

a) Valorizaciones y pagos

En las Opiniones N.° 132-2019/DTN y N.° 049-2019/DTN, se trató el tema de la valorización de metrados en precios unitarios, indicando que en las obras contratadas bajo esta modalidad:

> [...] se valoriza el total de los metrados realmente ejecutados; independientemente de los metrados que se hubiesen consignado en el Expediente Téc-

> nico de la Obra [...] la Entidad debe realizar el pago al contratista según los metrados realmente ejecutados y de acuerdo al precio unitario ofertado en atención a las partidas contenidas en las Bases, a las condiciones previstas en los planos y a las especificaciones técnicas, *ello a través de la valorización correspondiente*. (Opinión N.° 132-2019/DTN)

Por otro lado, en cuanto al pago, se indica que en estos casos:

> [...] la información contenida en el expediente técnico tiene un carácter referencial, por tanto, no es posible cuantificar con exactitud los trabajos que deben ser realizados por el contratista; en consecuencia, los metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debe ser pagado por la Entidad, solo pueden conocerse cuando el contratista ejecute la obra[80] [...] Por tanto, cuando —en las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios— los trabajos realizados por el contratista superen los metrados consignados (referencialmente) en el expediente técnico corresponde que la Entidad, en atención al sistema de contratación empleado, efectúe el pago al contratista según lo efectivamente ejecutado y de acuerdo a los precios unitarios ofertados, a través de la valorización correspondiente; sin que esto último constituya una prestación adicional de obra[81]. (Opinión N.° 049-2019/DTN)

5.5. Diferencia entre sistema de precios unitarios y suma alzada en la presentación del presupuesto

Sobre el particular, el TCP estableció la distinción entre los referidos sistemas de contratación, indicando que el mismo tiene su antecedente en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública (Rulcop):

> [...] en el que se permitía realizar licitaciones a precios unitarios atendiendo a la complejidad de los proyectos de ingeniería que muchas veces no contienen todas las partidas posibles de ejecutar, siendo imprescindible dejar abierta la posibilidad de modificarlas, incorporar nuevas o desechar las preexistentes por innecesarias y pagar lo efectivamente construido. Sin embargo, la citada norma legal, precisaba que cuando la obra hubiese estado plenamente definida en sus planos y especificaciones técnicas, correspondía contratar por una suma fija, esto es, bajo la modalidad de suma alzada. (Resolución N.° 818/2006/TC-SU)

80 Vargas Cantor (2010, p. 210) señala que el valor total de los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios corresponde al que resulta de multiplicar la cantidad de obra inicialmente contratada y recibida a entera satisfacción por los precios unitarios fijados en la propuesta adjudicada.

81 De conformidad con lo señalado en las opiniones N.° 259-2017/DTN, N.° 027-2017/DTN y N.° 080-2015/DTN.

La diferencia entre ambos sistemas radica en la determinación precisa de la cantidad de prestaciones a ejecutar, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro.

Suma alzada	Precios unitarios
Si los planos y las especificaciones técnicas son suficientes para determinar la magnitud real de la obra, la necesidad de establecer precios unitarios desaparece y debe elegirse el sistema de suma alzada. El postor formula su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución, procediendo únicamente cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia. Se oferta un monto integral. El presupuesto referencial se presenta para la celebración del contrato.	La cantidad de partidas a ejecutar son producto de estimaciones realizadas en la elaboración del proyecto y que, de acuerdo con la naturaleza del hecho técnico, resulta imposible determinarlas con exactitud. El postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real, así como por un determinado plazo de ejecución. Resulta relevante, específicamente, para la determinación de las ofertas económicas, la propuesta económica se formula atendiendo a cantidades referenciales o partidas. Será exigible la presentación de un presupuesto detallado como parte de la propuesta económica. El postor oferta el precio unitario según la cantidad requerida por la entidad, en virtud del cual obtiene el monto total de su propuesta, siendo este último objeto de evaluación. La operación aritmética que debe ser objeto de verificación, según lo dispone la normativa, está referida a las originadas a partir de la consignación del precio unitario, a efectos de comprobar su correspondencia con el monto total ofertado, mas no los montos de los conceptos que dan origen a dicho precio unitario, ya que los mismos son determinados exclusivamente por el postor, encontrándose, por lo tanto, dentro de su esfera de control, no pudiendo ser cuestionados por la entidad ni por el tribunal. Las eventuales diferencias que pudieran hallarse en los cálculos de cada uno de los conceptos que conforman la estructura de costos son de cargo exclusivo del postor que propone la oferta, quien es el único que debe soportar el riesgo económico inherente a un contrato de esta naturaleza, como sería el hecho de afectar el porcentaje de su utilidad, de ser necesario. En tal sentido, el monto total ofertado no se ve afectado, no varía, debido a las posibles incongruencias e incluso, deficiencias, en los cálculos efectuados por parte del postor en sus costos, es decir, en ningún caso podrá ser objeto de variación alguna en perjuicio de la entidad.

5.6. Esquema mixto

En el anexo de definiciones del RLGCP se le conceptualiza como la modalidad de pago aplicable cuando la entidad contratante puede utilizar más de una modalidad de pago como suma alzada, tarifas y/o precios unitarios en un contrato. Para obras y consultoría de obras, se precisa en el listado de actividades la modalidad de pago usada para cada partida, subpartida, especialidad y/o componente del proyecto.

5.7. Costo reembolsable

Al costo reembolsable se le define como la modalidad de pago aplicable cuando la entidad contratante requiera reembolsar al contratista los costos reales en los que incurre durante la ejecución del contrato, tras el sinceramiento de las cantidades, precios unitarios, plazo y gastos generales. La utilidad puede ser fija o porcentual.

5.8. Pago por tarifas

Según el Anexo de Definiciones del RLGCP, el pago por tarifas es una modalidad de pago aplicable cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio caso en el cual el postor formula su oferta, proponiendo tarifas con base en el tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en el requerimiento y que se valoriza con relación a su ejecución real. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.

Sobre esta modalidad de pago, la DTN hizo precisiones sobre su definición y uso, y diferenciándolo de la suma alzada, indicando que en él:

> [...] no es posible definir previamente y con precisión, el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales; por tal razón [...] establecen un plazo de ejecución estimado o referencial [...] la aplicación [...] requiere que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa —*precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad*— por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse la tarifa respectiva hasta la culminación de las prestaciones contractuales [...][82] que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que este —*el plazo de supervisión*— se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a las posibles variaciones de esta última, *la normativa de contra-*

82 Entre ellas, las Opiniones N.° 253-2017/DTN, N.° 077-2017/DTN y N.° 154-2016/DTN.

> *taciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; esto es, se debe pagar la tarifa fija contratada* (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra.
>
> En este punto, resulta importante distinguir entre (i) el sistema de contratación y (ii) la periodicidad del pago. Así, cuando se contemple el sistema de tarifas, la Entidad calcula el monto a pagar de acuerdo a lo *efectivamente supervisado por el contratista*, en base a la tarifa que este ofertó en su momento por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección. En cuanto a la periodicidad del pago, en virtud de esta puede establecerse que cada cierto periodo de tiempo (quincenal, mensual, trimestral, etc.) se deberá valorizar lo efectivamente ejecutado hasta ese momento y efectuar el pago correspondiente por dichas prestaciones.
>
> De esa manera, el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato.
>
> Por todo lo expuesto, puede concluirse que, a diferencia del sistema a suma alzada, donde existe un costo total y único por la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, en el sistema de tarifas, el pago se realiza en función de las actividades efectivamente realizadas, lo cual quiere decir que el monto establecido en el contrato es solo una aproximación o estimado, pudiendo resultar menor o mayor a lo inicialmente calculado. (Opinión N.° 021-2019/DTN)

En cuanto a la posibilidad de pagos por prestaciones adicionales, la DTN ha establecido:

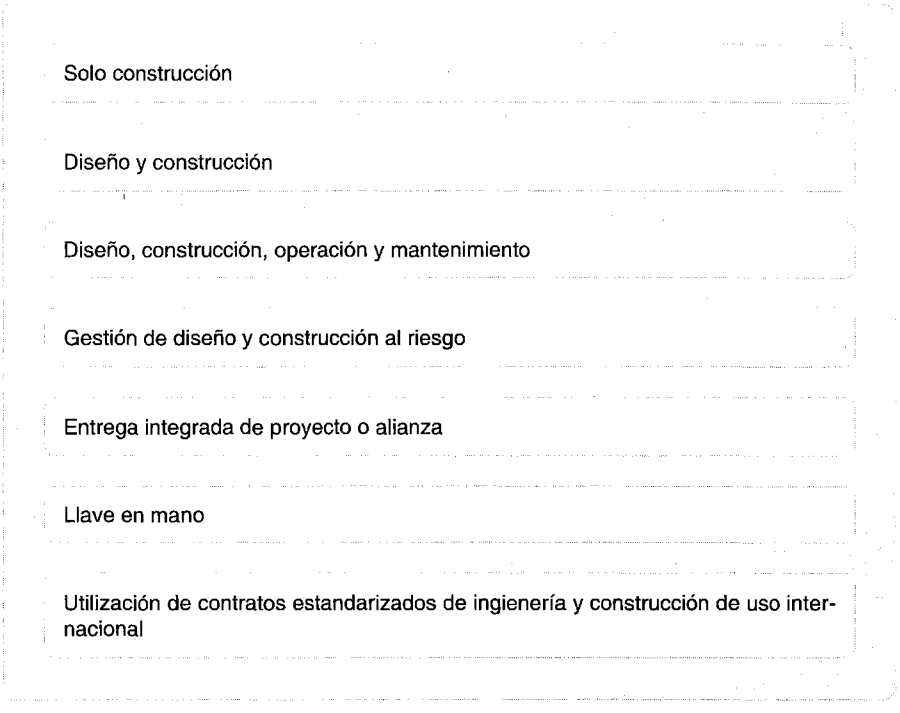
> Para la contratación de servicios de supervisión aplica el sistema de tarifas y por lo tanto durante su ejecución se paga la tarifa contratada, conforme a la prestación efectiva de los servicios de supervisión; de esta manera, una extensión del plazo para la ejecución de dichos servicios —prestados bajo los mismos términos establecidos en el contrato (es decir, que no impliquen prestaciones adicionales de supervisión)—, originaba el pago del supervisor conforme a la tarifa pactada; no aplicando para estos casos, la figura del adicional. (Opinión N.° 126-2023/DTN)

6. LOS TIPOS DE SISTEMA DE ENTREGA EN OBRAS

La normativa distingue entre los sistemas de entrega para bienes y servicios, de los de obras. Al respecto, el numeral 58.2 del artículo 58 de la LGCP indica que, cuando se trate de obras y consultoría de obras, las entidades utilizan los sistemas de entrega establecidos en el reglamento, los

cuales, agrega, pueden utilizar la metodología de ejecución que permite iniciar los trabajos de construcción paralelamente al diseño, conforme al tipo, cuantía de las contrataciones y condiciones establecidas en el reglamento.

En atención a lo indicado en la ley, se tiene que el reglamento se ha establecido en su artículo 158, los siguientes tipos:



6.1. Solo construcción

En el numeral 46.6 del artículo 46 de la LGCP se hace la precisión, respecto de este tipo de sistema de entrega de obras, que, en él, el contratista revisa el expediente técnico de obra e informa al supervisor o inspector de obra sobre los posibles riesgos del proyecto, de corresponder, no siendo de aplicación en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

En este caso el literal a) del artículo 158.1 del RLGCP indica que bajo este tipo se contrata solo la ejecución de la obra, una vez que se cuenta con el expediente técnico aprobado, estableciendo, además, dos niveles de responsabilidades:

- **La responsabilidad del contratista.** Corresponde al componente que ejecuta.
- **Responsabilidad de la entidad.** Es responsable de los errores o deficiencias del expediente técnico

6.2. Diseño y construcción

En este caso el literal b) del artículo 158 indica que mediante este sistema de entrega el contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico y de la ejecución de la obra, y procede su utilización cuando la entidad contratante busca retener menor riesgo del diseño. Puede utilizarse para saldos de obra.

6.3. Diseño, construcción, operación y mantenimiento

En el sistema en mención, indica el literal c), el contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra, así como de la operación y mantenimiento durante el periodo que la entidad contratante determine, considerando la vida útil del activo.

6.4. Gestión del diseño y construcción al riesgo

En este caso el contratista contrata directamente a los subcontratistas y asume la responsabilidad de la entrega de la obra a la entidad contratante; se encarga de administrar a todos los subcontratistas que realizan la elaboración del expediente técnico, la ejecución y cualquier otro componente que se hubiese previsto como parte del alcance.

¿En qué casos se utiliza este sistema de entrega? De acuerdo con lo establecido en el literal d), se utiliza en proyectos de inversión de alta complejidad según la clasificación SNPMGL y cuando la entidad contratante requiere que el contratista se involucre desde las primeras etapas del proyecto para gestionar la definición del alcance de los subcontratistas, la documentación del diseño y la ejecución de las obras.

6.5. Gestión del diseño y construcción de agencia

En este caso el literal e) indica que el contratista se encarga de administrar la contratación de los subcontratistas que ejecutan la obra, sin asumir la responsabilidad de los resultados de dichas contrataciones, proporcionando solo asesoramiento, coordinación, planificación, gestión y supervisión del costo y tiempo, además puede encargarse de otras actividades que se establezca en su contrato.

El literal finaliza indicando que este sistema de entrega se utiliza en proyectos de inversión de alta complejidad según la clasificación del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (SNPMGI).

6.6. Entrega integrada de proyecto o alianza

En este sistema, la entidad contratante y uno o varios contratistas comparten los riesgos del proyecto y la toma de decisiones, respecto del alcance, diseño, adquisiciones, ejecución de la obra, etc., bajo un ánimo de cooperación mutua.

La gestión del proyecto es conjunta y todos los integrantes del contrato participan en las ganancias y pérdidas finales de la obra. La norma precisa que todas las partes suscriben un contrato único, incluidos los subcontratistas, pudiéndose incluir la formulación del proyecto de inversión.

Cuadro comparativo

Solo construcción	Diseño y construcción	Diseño, construcción, operación y mantenimiento	Gestión del diseño y construcción al riesgo	Gestión del diseño y construcción de agencia	Entrega integrada de proyecto o alianza
Se contrata solo la ejecución de la obra, una vez que se cuenta con el expediente técnico aprobado	El contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico y de la ejecución de la obra	El contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra, así como de la operación y mantenimiento	El contratista contrata directamente a los subcontratistas y asume la responsabilidad de la entrega de la obra a la entidad contratante	El contratista se encarga de administrar la contratación de los contratistas que ejecutan la obra, sin asumir la responsabilidad de los resultados de dichas contrataciones, proporcionando solo asesoramiento	La entidad contratante y uno o varios contratistas comparten los riesgos del proyecto y la toma de decisiones

6.7. Llave en mano

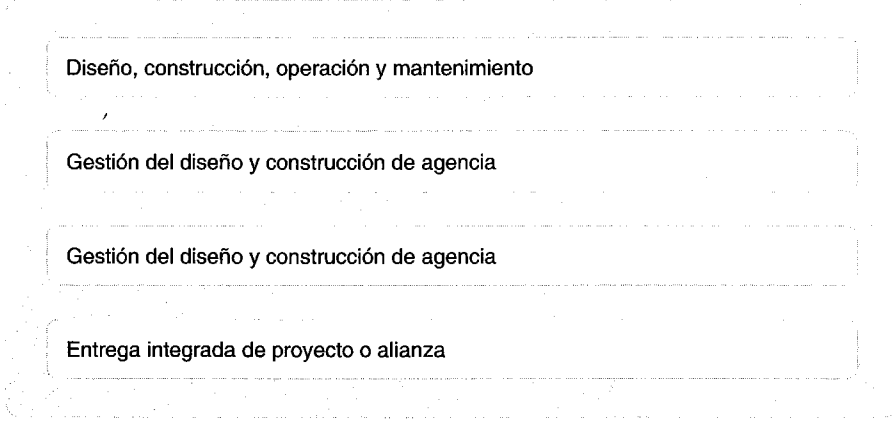
En estos sistemas, indica el numeral 158.2, se pueden incluir, adicionalmente, llave en mano, que consiste en la dotación de mobiliario, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio. Asimismo, pueden contemplar la ejecución de la obra en paralelo a la elaboración del expediente técnico, cuando el traslape entre ambos sea técnicamente viable y sustentado en un análisis costo beneficio en la estrategia de contratación.

En este tipo de contratos, en cuanto a la aplicación de las penalidades, la DTN estableció:

En un contrato de obra que incluye diseño y construcción, bajo la modalidad de llave en mano, la penalidad por mora se aplicará considerando la naturaleza de cada una de las dos prestaciones diferenciadas que lo conforman (elaboración de expediente técnico, por un lado; y construcción, equipamiento, mobiliario y puesta en funcionamiento, de otro). De este modo, en la aplicación de la penalidad por mora por retraso en la elaboración del expediente técnico, al ser un contrato de ejecución única, se debe considerar el monto total correspondiente a dicha prestación consistente en la elaboración del expediente técnico y no el monto total del contrato bajo la modalidad de llave en mano que también incluye construcción, equipamiento, mobiliario y puesta en funcionamiento. Lo indicado no obsta para que se puedan aplicar penalidades a retrasos en las entregas parciales que pudieron haberse previsto en el contrato respecto de la elaboración del expediente técnico, en cuyo caso se considerará el monto y plazo correspondiente a la prestación individual que fuera materia de retraso. (Opinión N.° 066-2023/DTN)

6.8. Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional

El numeral 158.3 establece que para la ejecución de los sistemas de entrega:



7. TIPOS DE SISTEMAS DE ENTREGA EN CONSULTORÍA DE OBRAS PARA LA FORMULACIÓN DE PROYECTOS DE INVERSIÓN O EXPEDIENTE TÉCNICO

En el artículo 159 del RLGCP se establecen los sistemas que son de aplicación cuando se trata de consultoría de obras, siendo estos los que seguidamente se indican:

7.1. Solo formulación o solo diseño

Este sistema es de aplicación cuando se contrata a un consultor para que realice todas las actividades correspondientes a la formulación y evaluación en el marco de las disposiciones del SNPMGI, una vez que se cuente con la viabilidad, a otro consultor para que realice el diseño correspondiente a la elaboración del expediente técnico.

7.2. Formulación y diseño

En este caso el contratista es responsable de los documentos técnicos de la fase de formulación y evaluación en el marco de las disposiciones del SNPMGI y el expediente técnico. La convocatoria se puede realizar con una idea de proyecto brindada por la entidad contratante. En el supuesto que el proyecto no obtenga la viabilidad, el contrato se resuelve.

8. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DE SISTEMAS DE ENTREGA Y MODALIDADES DE PAGO PARA OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

En relación con lo hasta aquí expuesto respecto de los sistemas de entrega y modalidades de pago tanto para obras como para consultoría de obras, el artículo 160 del RLGCP establece las siguientes reglas de evaluación:

a) El nivel o grado de madurez de la información con la que se cuenta respecto del proyecto, considerando su complejidad o envergadura, en caso sean aplicables las disposiciones del SNPMGI.

b) El nivel requerido de participación del contratista en el proceso de diseño.

c) La complejidad técnica del diseño o de la ejecución de la obra.

d) Nivel de certeza del costo final: el sistema de entrega y su modalidad de pago elegida brinda a la entidad contratante un nivel razonable de certeza sobre el presupuesto necesario para la ejecución de los componentes.

e) La oportunidad de entrega de la obra, considerando la duración del procedimiento de selección y de ejecución de la obra.

f) Asignación de riesgos a las partes: considera el nivel de transferencia de riesgos de la entidad contratante al contratista, así como las responsabilidades del contratista.

g) Las capacidades de la entidad contratante para gestionar el sistema de entrega elegido con sus propios recursos.

Capítulo XXXIX

LA OBRA PÚBLICA, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y LA CONSULTORÍA DE OBRA (II)

SUMARIO: 1. Requisitos adicionales para la suscripción del contrato bajo el sistema de entrega de solo construcción y la previa aprobación del expediente técnico. 2. Obligación de la entidad de designar un coordinador. 3. El plazo contractual. 3.1. La vigencia del contrato y plazo de ejecución contractual. 4. Inicio de la ejecución contractual para obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción. 4.1. Requisitos que debe cumplir la entidad para el inicio del plazo de la ejecución contractual. 4.2. Inicio del plazo de ejecución contractual para la consultoría de obras. 4.3. Responsabilidad de la entidad por el cumplimiento de los requisitos. 4.4. El inicio en ejecución rápida. ***Fast track*** y la entrega de adelantos. 5. Inicio de la ejecución contractual en el caso de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 6. Adelanto y postergación de inicio de ejecución de obras. 6.1. Formalización del acuerdo de adelanto o postergación o de reinicio. 7. El residente de obra en el sistema de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 8. La supervisión. 8.1. La supervisión de consultoría de obras en la formulación y/o elaboración de expediente técnico. 8.2. La supervisión de obras bajo sistemas de solo construcción y diseño y construcción. 8.2.1. Desde qué momento la supervisión es obligatoria. 8.2.2. El inicio de la obra y la designación del supervisor y/o inspector. 8.2.3. La vinculación del contrato de supervisor con el de ejecución de obra y la resolución del contrato. 8.2.4. La resolución o nulidad de un contrato de supervisión y la posibilidad de designar a un inspector o equipo de inspectores. 8.2.5. Las funciones de la supervisión de obras y de consultoría de obras en los sistemas solo construcción y de diseño y construcción. 8.2.6. La fiscalización posterior de información. 9. Adelantos en ejecución de obra y consultoría de obra. 9.1. La amortización del adelanto y las diferencias del monto. 9.2. Procedimiento para la entrega del adelanto directo en obras y consultoría de obras. 9.2.1. El procedimiento de entrega para las obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción. 9.3. La amortización por adelanto directo en obras y consultoría de obras. 9.3.1. La amortización del adelanto para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario para obras. 9.3.2. La amortización del adelanto directo por avance dispuesto en el numeral 178.5 del artículo 178. 9.4. Entrega de adelantos para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario en obras bajo el sistema de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 10. Las garantías en obras y consultoría de obras. 10.1. Supuestos de devolución y reducción de la garantía de fiel cumplimiento en obras y consultorías de obra. 10.1.1. Devolución de garantías. 10.1.2. Reducción de garantías. 10.1.3. Reducción cuando el sistema de entrega tenga más de un componente. 10.2. El fideicomiso de adelanto directo de obra bajo sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 10.2.1. Fideicomiso: procedencia, monto de la obra e improcedencia. 10.2.2. Procedimiento para la constitución del fideicomiso. 10.2.3. La transferencia

de recursos y otros adelantos. 10.2.4. Requisitos del contrato de fideicomiso. 10.2.5. Un fideicomiso para varios proyectos. 10.3. Los distintos pedidos del contratista. 11. El pago de valorizaciones en obras y consultoría de obras. 11.1. El pago de valorizaciones en contratos de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 11.2. Atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista. 11.3. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada. 11.4. En el caso de obras contratadas bajo la modalidad de precios unitarios. 11.5. El límite de reconocimiento de gastos generales. 11.6. El caso de obras contratadas a costo reembolsable. 11.7. Obligación del contratista en la última valorización. 11.8. Lo que se puede aplicar al caso de diseño y construcción. 12. Valorización de la supervisión de la obra.

Luego de haber quedado consentida la buena pro, la norma establece, en principio, un procedimiento general para suscribir o perfeccionar el contrato, el que comienza con el cumplimiento de adjuntar los requisitos generales para ello, los que se amplían en el caso de contratos de obras y consultoría de obras.

Lo que viene después es la ejecución de estos tipos de contratos, en los que se desenvuelven plazos, y la actuación de algunos actores, como el residente y el supervisor de obras, sobre los cuales tanto la ley, como el reglamento, han establecido reglas, por ello, en las líneas que siguen desarrollaremos estos temas, para en los siguientes capítulos tratar otros vinculados a la vida real del contrato de obra y de supervisión de obra.

1. REQUISITOS ADICIONALES PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO BAJO EL SISTEMA DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN Y LA PREVIA APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO

Respecto de este sistema, tal como hemos indicado, el literal a) del artículo 158 del RLGCP establece que, en el sistema *solo construcción*, se contrata la ejecución de la obra, una vez que se cuenta con el expediente técnico aprobado, siendo que la responsabilidad del contratista corresponde al componente que ejecuta, mientras que la entidad asume responsabilidad por los errores o deficiencias; disposición que debe ser concordada con el numeral 46.6 del artículo 46 de la LGCP, el que hace la precisión de que en este sistema el contratista revisa el expediente técnico de obra e informa al supervisor o inspector de obra, sobre los posibles riesgos del proyecto, de corresponder.

En cuanto a los requisitos, el artículo 168 del RLGCP indica que adicionalmente a lo establecido en el artículo 88[83], el proveedor debe presentar:

83 Artículo 88.- Requisitos para perfeccionar el contrato
88.1. Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro presenta, además de lo previsto en las bases, lo siguiente:
a) Garantías, salvo casos de excepción.
b) Contrato de consorcio, de ser el caso.

- Plan de trabajo, en caso no haya sido evaluado durante el procedimiento de selección. Incluye una memoria descriptiva señalando las consideraciones que se han tomado en cuenta para su elaboración.
- Para el caso de obras, se remite la constancia de capacidad de libre contratación (CCLC) de ejecutor de obra expedida por el RNP, salvo en los contratos derivados de procedimientos de selección no competitivos por la causal de carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno.

2. OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD DE DESIGNAR UN COORDINADOR

El artículo 169 del RLGCP hace referencia al coordinador del proyecto, que debe tener la calidad académica de ser un profesional colegiado y habilitado, de profesión ingeniero o arquitecto, el que deberá tener no menos de dos años de experiencia en alguno de estos puestos o similares como coordinador de obra, coordinador de proyecto, administrador de obra, administrador de proyecto y/o similares.

Este coordinador debe ser designado por la entidad previo al inicio de ejecución y consultoría de obra, teniendo el encargo de gestionar uno o más contratos que le puedan ser asignados, no haciéndose responsable de las opiniones técnicas que pudieran emitir la supervisión y/o proyectista[84].

3. EL PLAZO CONTRACTUAL

Tal como hemos indicado, se debe distinguir el plazo de vigencia del contrato del plazo de ejecución contractual. El plazo, indica Vincezo Roppo, "es la indicación del tiempo en que se colocan los efectos del contrato", precisando que el plazo inicial del contrato no debe confundirse con el plazo de cumplimiento, el que indica el tiempo en que debe cumplirse la prestación (Roppo, 2009, p. 593).

c) Código de cuenta interbancaria (CCI) o, en el caso de proveedores no domiciliados, el número de cuenta bancaria y nombre de la entidad bancaria en el exterior.
d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
e) Propuesta de la Institución Arbitral elegida por el postor, de corresponder.
f) Propuesta del centro de administración de la JPRD elegida por el postor, de corresponder.
g) En el caso de obras o consultoría de obras, los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional, de corresponder.

88.2. Estos requisitos no son exigibles cuando el contratista sea otra entidad contratante, cualquiera sea el procedimiento de selección, con excepción de las empresas del Estado.

84 "[...] profesional que ha elaborado el expediente técnico de obra".

Este criterio también ha sido aplicado por la Dirección Técnico Normativa del fenecido OSCE, que distingue entre plazo de vigencia y el de ejecución contractual, indicando, respectivamente, que "es el periodo en que el contratista se ha obligado a ejecutar las obligaciones a su cargo", mientras que el plazo de ejecución contractual "se encuentra comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato" (Opinión N.° 049-2016/DTN).

3.1. La vigencia del contrato y plazo de ejecución contractual

Sobre el particular, la Opinión N.° 014-2011/DTN precisa la noción de vigencia del contrato indicando que "los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario y se computan desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las bases" (Opinión N.° 014-2011/DTN).

Por otro lado, se ha definido en forma más amplia la vigencia del contrato, distinguiéndolo de la ejecución contractual:

> [...] la vigencia del contrato rige desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene, o en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio, hasta el otorgamiento de la conformidad de las prestaciones a cargo del contratista y el pago correspondiente, tratándose de bienes y servicios —distintos a los de consultoría de obras—, o hasta el consentimiento de la liquidación y el pago correspondiente, en el caso de ejecución y consultoría de obras. [...] el plazo de vigencia del contrato es distinto al plazo de ejecución contractual, toda vez que este último corresponde al período en que el contratista debe cumplir con ejecutar las prestaciones a su cargo; en ese sentido, el plazo de ejecución contractual está comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato. (Opinión N.° 040-2019/DTN)

4. INICIO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL PARA OBRAS BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN

Establecido el plazo, así como las diferencias entre plazo contractual y plazo de ejecución, corresponde revisar el trámite para el inicio de la ejecución contractual de obras bajo los sistemas de entrega de sólo construcción.

4.1. Requisitos que debe cumplir la entidad para el inicio del plazo de la ejecución contractual

El numeral 176.1 del artículo 176 del RLGCP establece que en este tipo de contratos el plazo para la ejecución de la obra se comienza a computar desde que la entidad cumple con las siguientes condiciones:

- Entrega de la actualización del expediente técnico o de la documentación técnica necesaria para que realice el diseño correspondiente, según corresponda, en caso esta se hubiese modificado con ocasión del procedimiento de selección.
- Comunicación al contratista en la que se identifique aquel que está a cargo de la supervisión de la obra o de la supervisión del componente del diseño, según corresponda.
- Entrega del adelanto directo, en caso este haya sido solicitado por el contratista, en las condiciones y oportunidad establecida en el artículo 175 del RLGCP.

Esta condición no aplica cuando el adelanto directo se garantiza mediante fideicomiso.

- La suscripción del contrato tripartito para la conformación de la junta de prevención y resolución de disputas, de corresponder.
- En el caso de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, la entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda.

¿Qué se entiende por disponibilidad física del terreno? Al respecto, en la Opinión N.° 108-2013/DTN se estableció que la disponibilidad se materializa "desde el momento en que la entidad cuenta con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho terreno, lo cual no implica necesariamente, la transferencia de la propiedad" (Opinión N.° 108-2013/DTN).

Posteriormente, en el Pronunciamiento N.° 286-2017/OSCE-DGR, citando a la Opinión N.° 122-2009/DTN, se precisó: "El poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno en el que se ejecutará una obra, debe ser cedido a la entidad, mediante título válido, por su titular" (Pronunciamiento N.° 286-2017/OSCE-DGR).

4.2. Inicio del plazo de ejecución contractual para la consultoría de obras

En numeral 176.2 establece que el inicio del plazo de ejecución contractual para consultorías de obras rige desde que la entidad contratante cumpla con las siguientes condiciones:

a) Entrega de la actualización de la documentación técnica necesaria para que realice la formulación o el diseño correspondiente, según corresponda, en caso estos se hubiesen modificado con ocasión del procedimiento de selección.
b) Comunicación al contratista en la que se identifique aquel que está a cargo de la supervisión del contrato, en caso corresponda.
c) Entrega del adelanto directo, en caso este haya sido solicitado por el contratista, en las condiciones y oportunidad establecida en el artículo 179[85].

4.3. Responsabilidad de la entidad por el cumplimiento de los requisitos

Los numerales 176.3 y 176.4 se refieren a las responsabilidades respecto del cumplimiento de los requisitos acotados. Así, el numeral 176.3 indica que la entidad contratante es responsable de iniciar las gestiones para dar cumplimiento a la entrega de los documentos señalados precedentemente, para lo que no debe superar los veinte días desde la suscripción del contrato.

Pero ¿qué sucede en caso de incumplimiento? Al respecto, el numeral 176.4 establece que si la entidad contratante, en un plazo máximo de diez días de requerido por el contratista, no cumple con las condiciones de inicio del plazo de ejecución, el contratista queda facultado para solicitar:

- el resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados hasta por el 0.05 % del monto del contrato por día con un tope de 0.05 % del monto total del contrato por día con un tope de 3 %; o,

85 Artículo 179.- Entrega del adelanto directo en obras y consultoría de obras
179.1. En caso las bases hayan establecido el otorgamiento de adelanto directo, el contratista, en el plazo de diez días contabilizados desde el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, puede solicitar su entrega, adjuntando el mecanismo de garantía. Dentro del plazo señalado, el contratista puede solicitar hasta cinco días adicionales para remitir el mecanismo de garantía, con el debido sustento.
179.2. La entidad contratante entrega el adelanto directo al contratista en un plazo máximo de siete días contabilizados desde el día siguiente de recibido el mecanismo de garantía. 179.3. Para las obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción, el adelanto directo se sujeta al procedimiento de los numerales anteriores, considerando además lo siguiente:
a) Para cada componente el porcentaje se aplica al monto del contrato original correspondiente a dicho componente.
b) Para el componente de diseño, el plazo se computa desde la suscripción del contrato.
c) Para el componente de ejecución de obra, el plazo se computa desde la aprobación del expediente técnico.

- solicitar la resolución del contrato conforme al procedimiento establecido en el artículo 122 del RLGCP[86].

Este procedimiento no es aplicable cuando la entidad contratante haya informado al contratista, dentro del plazo para el inicio de la ejecución de la obra, la necesidad de acordar diferir su inicio conforme al numeral 176.2.

4.4. El inicio en ejecución rápida: *fast track* y la entrega de adelantos

En estos casos, indica el último párrafo del numeral 176.4, la ejecución del componente obra inicia al notificarse al contratista la aprobación de los

86 Artículo 122.- Procedimiento de resolución de contrato

122.1. En el supuesto del literal b) del numeral 68.1 del artículo 68 de la Ley, la parte afectada por el incumplimiento observa el siguiente procedimiento.

a) La parte perjudicada requiere a la otra parte que ejecute la prestación materia de incumplimiento, bajo apercibimiento de resolver el contrato. El plazo para el cumplimiento de la prestación debe ser razonable y no debe ser menor del 10 % del plazo del contrato, ítem, o entregable materia de incumplimiento, según corresponda, y en ningún caso puede superar el 15 % del plazo del contrato, ítem o entregable materia de incumplimiento. Cuando el plazo obtenido como resultado de la aplicación del porcentaje sea una cifra decimal, corresponde que la entidad contratante efectúe el redondeo a favor del contratista, computándose como un día completo adicional en dicho supuesto. En los casos en que el plazo del contrato, ítem o entregable materia de cumplimiento es menor a treinta días, se otorga tres días. En el caso el retraso esté referido al componente de ejecución de obras bajo sistemas de entrega de solo construcción o diseño y construcción, la entidad contratante otorga un plazo de quince días siempre que el plazo de la ejecución de la obra supere los 60 días.

b) Vencidos los plazos establecidos en el literal precedente sin que la otra parte cumpla con la prestación correspondiente, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial.

122.2. Este apercibimiento previo no es aplicable en caso se haya llegado a completar el monto máximo de penalidad al contratista o la entidad contratante sustente de manera objetiva que, la situación de incumplimiento ya no pueda ser revertida, de acuerdo con el pronunciamiento que emite el área usuaria. En estos casos, la entidad contratante notifica al contratista la resolución del contrato de forma parcial o total, según corresponda.

122.3. En los supuestos establecidos en los literales a) y c) del numeral 68.1 del artículo 68 de la Ley, la parte que resuelve debe justificar y acreditar que la situación que alega hace imposible la continuidad de la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva.

122.4. En los supuestos señalados en los literales a), c), d), e) y f) del numeral 68.1 del artículo 68 de la Ley, las partes pueden resolver el contrato sin apercibimiento previo, quedando el contrato resuelto de pleno derecho a partir de la notificación.

122.5. La resolución de contrato puede ser de forma total o parcial. La resolución parcial sólo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea cuantificable, separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales. El apercibimiento previo y la resolución que se efectúe precisan con claridad qué parte del contrato queda resuelta, de no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

122.6. La resolución del contrato por incumplimiento de la cláusula anticorrupción y antisoborno no impide el inicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.

entregables parciales del expediente técnico, cumpliendo con los requisitos establecidos en los literales b) y c) del numeral 176.1.

El adelanto directo y adelanto para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario se otorga de forma progresiva y acorde a los porcentajes definidos en las bases, considerando el presupuesto de cada entregable parcial del expediente técnico.

5. INICIO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL EN EL CASO DE OBRAS BAJO EL SISTEMA DE ENTREGA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

En este caso, en numeral 176.5 indica que, luego de culminado el diseño, la ejecución del componente obra se inicia una vez que se notifica al contratista el expediente técnico de obra debidamente aprobado y se cumplen los requisitos establecidos en los literales b) y c) del numeral 176.1[87].

6. ADELANTO Y POSTERGACIÓN DE INICIO DE EJECUCIÓN DE OBRAS

Los numerales 176.6 al 176.9 regulan las dos situaciones descritas. En el primer caso, el adelanto de inicio, indica que, por acuerdo de las partes, estas pueden adelantar la ejecución de partidas de obra iniciales mientras se aprueba el expediente técnico, incluyendo obras provisionales y demolición de una edificación o infraestructura existente, para lo que se requiere una aprobación parcial del expediente técnico; pero por acuerdo de las partes también se puede diferir la fecha de inicio de plazo de ejecución del componente correspondiente a la ejecución de la obra, estableciendo el numeral 176.7 los supuestos específicos para ello, como son:

a) Cuando la estacionalidad climática impida el inicio de la ejecución de la obra, hasta la culminación de dicho evento.

b) En caso de las obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, como producto de la revisión del expediente técnico por parte del contratista se detecte errores u omisiones en el expediente técnico que necesariamente deban de corregirse previo al inicio de la ejecución de la obra.

c) En caso la entidad contratante, por razones que no le sean imputables, se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en los literales b) o d) del numeral 176.1[88], hasta su cumplimiento.

87 b) Comunicación al contratista en la que se identifique aquél que está a cargo de la supervisión de la obra o de la supervisión del componente del diseño, según corresponda.

c) Entrega del adelanto directo, en caso este haya sido solicitado por el contratista, en las condiciones y oportunidad establecida en el artículo 179. Esta condición no aplica cuando el adelanto directo se garantiza mediante fideicomiso.

La postergación del inicio del plazo de ejecución significa la suspensión de la solicitud y entrega del adelanto directo, reanudándose quince días antes de la nueva fecha de inicio del plazo de ejecución proyectada, tal como lo establece el numeral 176.8.[88]

6.1. Formalización del acuerdo de adelanto o postergación o de reinicio

El numeral 176.9 establece que el acuerdo al que se ha hecho referencia puede formalizarse mediante la suscripción de un acta por ambas partes, la que se publica en la Pladicop con el informe técnico que la sustenta, siendo que, para reiniciar los trámites para el inicio de ejecución, se suscribe un acta de reinicio donde conste la nueva fecha de inicio del plazo de la ejecución de la obra, la cual se publica en la Pladicop.

7. EL RESIDENTE DE OBRA EN EL SISTEMA DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El residente de obra es el representante técnico del contratista, su exigencia responde a la necesidad de contar en obra con "la asistencia técnica adecuada a la especialidad de que se trate, para la correcta interpretación y aplicación del pliego, los planes y planos de trabajos, y de las órdenes de servicio emitidas por la inspección" (Dromi, 2004, p. 613).

El artículo 177 del RLGCP establece la obligatoriedad de residente en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción, señalando las reglas que el respecto se deben cumplir. Así, el numeral 177.1 señala que en este tipo de sistemas se cuenta, desde el inicio de la ejecución de la obra, con un residente, de modo permanente y exclusivo, que es un profesional colegiado y habilitado de la carrera de ingeniería o arquitectura, según la especialidad de la obra, con no menos de dos años de experiencia como residente de obra, jefe de supervisión de obra, coordinador y/o similares en la especialidad de la obra.

En relación con la experiencia, en el Pronunciamiento N.° 251-2011/DTN (similar al Pronunciamiento N.° 176-2011/DTN), la DTN estableció respecto de la equivalencia de experiencias entre residente de obra, inspector y supervisor de obra:

88 b) Comunicación al contratista en la que se identifique aquél que estará a cargo de la supervisión de la obra o de la supervisión del componente del diseño, según corresponda.
d) La suscripción del contrato tripartito para la conformación de la Junta de Prevención y Resolución de Disputas, de corresponder.

> [...] respecto a la acreditación de la experiencia del residente de obras con trabajos realizados como supervisor y/o inspector de obra, resulta necesario señalar que este organismo supervisor[89] ha analizado las actividades técnicas y operativas que desempeñan ambos profesionales durante la ejecución de las obras, concluyendo que si bien, de manera general, podrían encargarse de aspectos diferentes, por cuanto uno está encargado de la ejecución de la obra en representación del contratista y el otro de la supervisión de la labor del contratista, durante la ejecución del contrato y para que este se concrete, ambos deben tener experiencia en comprender e interpretar todos los procedimientos constructivos contenidos en el expediente técnico de obra y, a su vez, tener capacidad de organización, toda vez que esto conllevará a ejecutar la obra dentro del plazo establecido y en el costo previsto. (Pronunciamiento N.° 251-2011/DTN)[90]

En concordancia con lo expuesto, en los numerales 177.2 y 177.3, se indica que, por su sola designación, el residente representa al contratista como responsable técnico de la obra, indicándose que posee las siguientes limitaciones:

- No está facultado para pactar modificaciones al contrato.
- No puede prestar servicios en más de una obra a la vez, salvo en obras convocadas por paquete, en las que la participación del residente es definida en las bases, bajo responsabilidad de la entidad contratante, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

8. LA SUPERVISIÓN

El general, el supervisor o el inspector de obra, es el técnico designado por la entidad "para la dirección, inspección y tasación de las obras" (Dromi, 2004, p. 612). La normativa reglamentaria distingue entre supervisión de consultoría de obras y supervisión de obras, para luego avanzar sobre aspectos específicos.

89 Véase pronunciamientos N.° 205-2009/DTN y N.° 241-2010/DTN.

90 Para mayor abundamiento, cabe precisar que, mediante Resolución N.° 1392-2007/TC-S2, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señaló que las actividades del residente de obra y el supervisor de obra "comparten actividades similares como es la lectura e interpretación de planos y expedientes técnicos de obra, existiendo una interrelación entre ambas, pues mientras uno es responsable de lo que ejecuta o construye, el otro supervisa la corrección de la obra, por lo que en razón de su naturaleza, la conformación de sus actividades, funciones y operatividad, la actividad de residente es similar a la de supervisor de manera general".

8.1. La supervisión de consultoría de obras en la formulación y/o elaboración de Expediente Técnico

En el artículo 185 del RLGCP establece las siguientes dos posibilidades de supervisión de los contratos de formulación y/o elaboración de expediente técnico:

- Puede ser efectuada por el supervisor, una persona natural o jurídica contratada para dicho fin, contando con un jefe de supervisión.
- O por un equipo revisor conformado por profesionales de la entidad contratante expresamente asignados por ésta y cuenta con un líder revisor.

Es incompatible contar, a la vez, con un equipo revisor y un supervisor.

En cuanto a la experiencia y calificaciones del jefe de supervisión o líder revisor, el numeral 185.2 indica que este debe de tener al menos la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el jefe de formulación o jefe de elaboración de expediente técnico, según sea el caso, estableciendo como limitación que el supervisor no puede ser proyectista ni integrante del plantel técnico en un mismo proyecto, desarrollando sus funciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 187 del RLGCP.

El numeral 185.3 establece la obligatoriedad de contar con un supervisor en caso la formulación y/o elaboración de expediente técnico se refiera a una cuantía de contratación igual o mayor a 585 UIT, mientras que el numeral 185.4 se refiere al plazo del contrato de supervisión indicando que este está vinculado al del contrato por supervisar, por lo que debe comprender, como mínimo, hasta la conclusión de este último.

8.2. La supervisión de obras bajo sistemas de solo construcción, y diseño y construcción

El artículo 186 del RLGCP trata sobre la supervisión de obras en dos tipos de sistemas: el primero, el sistema solo construcción; el segundo, el sistema diseño y construcción, después de lo cual, al igual que en la supervisión de consultoría de obras, comienza a describir y regular los distintos aspectos de dicha labor.

En principio, tenemos que la supervisión de los contratos de obra es efectuada por el supervisor o el inspector, siendo el inspector un servidor de la entidad contratante que ha sido expresamente asignado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica contratada para dicho fin, que cuenta con un jefe de supervisión, no pudiéndose contar de manera simultánea con un inspector y un supervisor.

En cuanto a la experiencia, el numeral 186.2 establece que ambos, inspector y supervisor, deberán tener la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra y desarrolla sus funciones de acuerdo con el artículo 187 del RLGCP, teniendo como limitación que el supervisor no podrá ser ejecutor ni integrante del plantel técnico en un mismo proyecto.

8.2.1. Desde qué momento la supervisión es obligatoria

¿Qué obras deben contar con un supervisor? Al respecto, el numeral 62.4 del artículo 62 de la LGCP remite al reglamento la determinación del supervisor, norma en cuyo numeral 186.3 del artículo 186 indica que la Ley de Presupuesto del Sector Público fija la cuantía de las obras en las que es obligatorio contar con dicho profesional.

8.2.2. El inicio de la obra y la designación del supervisor y/o inspector

El numeral 62.5 del artículo 62 de la LGCP establece que para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión, puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores en tanto se contrata la supervisión; tema sobre el cual el numeral 186.4 fija la diferencia respecto de la participación del inspector y supervisor, indicando que se les requiere para iniciar la ejecución en el caso de obras, bajo el sistema de entrega de solo construcción, pudiendo ser un inspector o un equipo de inspectores siempre que se encuentre convocado el procedimiento de selección para contratar al supervisor.

Respecto de la participación del inspector o equipo de inspectores, se indica que esta solo puede mantenerse en tanto el monto de la valorización acumulada de la obra no supere el monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público, tal como indica en numeral 186.3 del RLGCP.

8.2.3. La vinculación del contrato de supervisor con el de ejecución de obra y la resolución del contrato

Sobre este tema, la DTN absolviendo una consulta sobre la ampliación de contrato y contratos vinculados, específicamente a la condición del contrato de supervisión de obra, la DTN estableció que "cuando se apruebe una ampliación del plazo del contrato de obra, corresponde a la entidad ampliar el plazo de la supervisión sin condicionar tal ampliación a determinado procedimiento a cargo del contratista ya que el contrato de supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra" (Opinión N.° 035-2010/DTN).

Por otro lado, ante la consulta "¿la supervisión podría negarse a cumplir con la extensión de los servicios?", la DTN determinó que "si el supervisor se niega a extender sus servicios cuando se hubiese producido un retraso en la obra, estaría incurriendo en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ante lo cual la entidad deberá aplicarle las penalidades correspondientes e incluso podrá resolverle el contrato" (Opinión N.° 059-2015/DTN).

La singularidad se origina en la presencia de la supervisión del contrato, y su vinculación al contrato de obra. Existe vinculación directa entre el contrato de supervisión de obra y el contrato de obra. Puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión, pero no un contrato de supervisión sin un contrato de obra.

Sobre este tema, el numeral 186.5 indica que el plazo del contrato de supervisión de obra está vinculado al del contrato por supervisar y debe comprender, como mínimo, hasta la recepción de la obra, pudiendo comprender la liquidación de la obra cuando así lo contemplen las bases, caso en el cual el supervisor puede resolver el contrato si existe una controversia que se derive de la liquidación del contrato de obra.

8.2.4. La resolución o nulidad de un contrato de supervisión y la posibilidad de designar a un inspector o equipo de inspectores

El numeral 186.6 se pone en una situación de crisis del contrato de supervisión de ejecución de obra, al indicar que, en caso de que se resuelva o se declare la nulidad de un contrato de supervisión y la ejecución de obra bajo supervisión que cuente con un saldo pendiente de ejecutar que no supere la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto para que este devenga en obligatorio, la entidad contratante puede optar por designar un inspector o equipo de inspectores hasta la culminación del contrato principal o hasta que se contrate una nueva supervisión.

8.2.5. Las funciones de la supervisión de obras y de consultoría de obras en los sistemas solo construcción, y de diseño y construcción

El artículo 187 del RLGCP establece las funciones tanto para la supervisión de obras como para la consultoría de obras, estableciendo, en principio, como regla general que esta es responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación y del cumplimiento del contrato.

Agregando que la supervisión se ajusta a lo señalado en el contrato, no teniendo facultades para realizar modificaciones al contrato.

Después de esta regla general, distingue entre las funciones de la supervisión de formulación o elaboración del expediente técnico, y la supervisión de obra en los casos de los sistemas de entrega de solo construcción y de diseño y construcción.

La supervisión de formulación o elaboración del expediente técnico es responsable de:	**La supervisión de obra en los casos de los sistemas de entrega de sólo construcción y de diseño y construcción es responsable de:**
• Revisar el plan de trabajo presentado por el contratista. • Verificar que cualquier información presentada por el contratista se ajuste al contrato. • Gestionar la calidad de la consultoría de obra pudiendo rechazar y ordenar la corrección de cualquier trabajo, entrega o insumo que no cumpla con los estándares de calidad, la normativa o con los establecido en el contrato. • Suspender las actividades y/o prestaciones que, a su criterio, no cumplan con obligaciones establecidas en el contrato bajo supervisión. • Rechazar u objetar los trabajos o prestaciones presentados por el contratista, requiriendo su subsanación. • Elaborar el informe respecto de la liquidación del contrato de formulación o expediente técnico, siempre que se haya establecido en el contrato del supervisor.	• Emitir conformidad sobre el programa de ejecución y calendarios conforme al artículo 206 del RLGCP[91]. • Revisar el plan de trabajo presentado por el contratista. • Verificar que cualquier información presentada por el contratista se ajuste al contrato bajo supervisión. • Ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que perjudiquen la buena marcha de la obra. • Gestionar la calidad de la obra pudiendo rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por no ajustarse al contrato bajo supervisión y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. • Probar, examinar y hacer ensayos con los equipos, equipamiento, sistemas y materiales, antes de su incorporación a la obra siempre que ello se haya establecido en el contrato del supervisor. • Suspender las actividades y/o prestaciones que, a su criterio, no cumplan con obligaciones establecidas en el contrato. • Rechazar u objetar los trabajos o prestaciones presentados por el contratista, requiriendo su subsanación. • Realizar el monitoreo y control para evaluar el desempeño de la obra y/o consultoría de obra en términos de alcance, costo y tiempo. • Elaborar el informe respecto de la liquidación del contrato de obra, siempre que se haya establecido en el contrato del supervisor.

91 Artículo 206.- Actualización de programa de ejecución en consultoría de obras y en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción
206.1. El contratista presenta el programa de ejecución y calendarios contractuales actualizados al supervisor en los siguientes casos:
a) Cuando se presente el Plan de trabajo de cada componente.

8.2.6. La fiscalización posterior de información

El numeral 187.4 indica que la supervisión de formulación o elaboración del expediente técnico, así como la supervisión de obra en los casos de los sistemas de entrega de solo construcción y de diseño y construcción, están facultados a verificar que cualquier información presentada por el contratista se ajuste al contrato bajo supervisión.

9. ADELANTOS EN EJECUCIÓN DE OBRA Y CONSULTORÍA DE OBRA

La entrega de adelantos constituye una facultad de la entidad —al tener la potestad de incluir o no este derecho en las bases—, pero para poder materializarse, tanto el contratista como la entidad, deben seguir el procedimiento establecido en la normativa de contrataciones del Estado para su solicitud y entrega, debido a que esta facultad implica la erogación de fondos públicos (Opinión N.° 009-2012/DTN).

Desde el ámbito normativo tenemos al artículo 66 de la LGCP, que establece el marco de los adelantos en el tipo de contratos que regula, estableciendo como regla general que en estos la entidad contratante puede entregar adelantos al contratista con la finalidad de otorgarle financiamiento o liquidez para la ejecución del contrato en las condiciones establecidas y fundamentadas en la estrategia de contratación, por lo que los tipos y la entrega de este tiene fundamentos y requisitos preestablecidos en la normativa. Por su parte, el numeral 178.1 del artículo 178 del RLGCP desagrega los tipos de adelantos para ejecución de obras establecidos en el LGCP en los siguientes términos:

Tipos de adelantos

- Directo hasta el 30 % del monto del contrato
- Para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario
- Por avance

b) Por la aprobación modificaciones contractuales, cuando corresponda.
c) Por solicitud de la entidad contratante previo sustento.

206.2. El supervisor evalúa y remite a la entidad contratante la versión definitiva del programa de ejecución y calendarios actualizados para su aprobación. De considerar que existen observaciones, el supervisor las comunica al contratista para que las subsane.

En el caso de la consultoría de obras solo procede el adelanto directo, y no procede la constitución de fideicomiso por este tipo de adelanto, tal como lo establece el numeral 178.2.

En cuanto a las reglas para la entrega del adelanto directo en ejecución de obras y consultoría de obras, el numeral 178.3 indica las siguientes:

Entrega del adelanto directo en ejecución y consultoría de obras

CONSULTORÍA DE OBRAS EN TODOS SUS SISTEMAS DE ENTREGA

No exceden el 30 % del monto del contrato original

OBRAS EN EL SISTEMA DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN

El adelanto directo y el adelanto para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario no exceden, respectivamente, el 10 % y 20 % del monto del contrato original, en tanto que el adelanto por avance no excede el 10 % del monto del contrato original

OBRAS EN LOS SISTEMAS DE ENTREGA CON MÁS DE UN COMPONENTE

El adelanto directo por cada componente no excede el 30 % del contrato original correspondiente al componente de diseño. En el caso del componente de ejecución de obra, el adelanto directo y el adelanto para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario no exceden, respectivamente, el 10 % y 20 % del monto de la obra aprobado en el expediente técnico, en tanto que el adelanto por avance no excede el 10 % de dicho monto.

9.1. La amortización del adelanto y las diferencias del monto

En el numeral 178.4 se señala que la amortización del adelanto directo se realiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de las prestaciones a su cargo, agregando que cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización parcial de los adelantos se toma en cuenta al efectuar el siguiente pago al contratista o al momento de la liquidación del respectivo contrato.

Por su parte, el numeral 178.5 indica que, durante la ejecución contractual de la obra, la entidad puede entregar, de acuerdo con el literal c) del

numeral 66.2 del artículo 66[92] de la LGCP, otro adelanto por avance siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que exista un avance físico real de ejecución del 60 % de la obra
b) El porcentaje de avance físico real es igual o mayor al porcentaje de avance físico programado

9.2. Procedimiento para la entrega del adelanto directo en obras y consultoría de obras

Sobre este tema, ante la consulta de si era posible, para el contratista, solicitar formalmente la entrega del adelanto directo luego de superado el plazo, se estableció que "el contratista no podrá solicitar la entrega del adelanto directo, debido a que, además de incumplirse una condición necesaria para el otorgamiento del mismo, con su inacción el contratista habría evidenciado que no necesita de la entrega de este para financiar la ejecución de la obra; por lo que de entregarse el adelanto al contratista, pese a su solicitud extemporánea, se desnaturalizaría la finalidad de los adelantos" (Opinión N.° 009-2012/DTN).

Normativamente tenemos que el procedimiento para la entrega del adelanto se encuentra establecido en el artículo 179 del RLGCP, el que establece el siguiente trámite en los casos en que las bases hayan establecido el adelanto directo:

- El contratista en el plazo de diez días computados desde el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, puede solicitar su entrega, adjuntando el mecanismo de garantía, pudiendo solicitar en el mismo lapso cinco días adicionales para remitir el mecanismo de garantía, con el debido sustento.
- En este orden, el numeral 179.2 establece que la entidad contratante entrega el adelanto directo al contratista en un plazo máximo de siete días contabilizados desde el día siguiente de recibido el mecanismo de garantía.
- Luego de presentada la solicitud y el sustento, la entidad contratante se pronuncia sobre dicha solicitud en un plazo máximo de tres días computados desde el día siguiente de recibida.

92 66.2. El adelanto puede ser:
a) Directo.
b) Para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario.
c) Otros que sean establecidos en el reglamento.

9.2.1. El procedimiento de entrega para las obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción

En estos casos el numeral 179.3 establece que el adelanto directo se sujeta al procedimiento de los numerales anteriores, considerando además lo siguiente:

- Para cada componente, el porcentaje se aplica al monto del contrato original correspondiente a dicho componente.
- Para el componente de diseño, el plazo se computa desde la suscripción del contrato.
- Para el componente de ejecución de obra, el plazo se computa desde la aprobación del expediente técnico.

9.3. La amortización por adelanto directo en obras y consultoría de obras

El artículo 180 del RLGCP refiere que la amortización del adelanto directo se realiza mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones del componente, desagregando después las distintas formas de amortizaciones, según el tipo de adelanto.

9.3.1. La amortización del adelanto para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario para obras

En este caso, indica el numeral 180.2, se realiza de acuerdo con lo dispuesto la directiva que la DGA emita sobre fórmulas polinómicas. La entidad contratante acepta la amortización total del adelanto, a solicitud del contratista, salvo que el saldo pendiente de amortizar sea mayor que el monto de la valorización.

9.3.2. La amortización del adelanto directo por avance dispuesto en el numeral 178.5 del artículo 178[93]

Se realiza mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones del componente, desde la entrega del adelanto. Finalmente, el

93 178.5. Durante la ejecución contractual de la obra, la entidad contratante puede otorgar, de acuerdo con el literal c) del numeral 66.2 del artículo 66 de la Ley, otro adelanto directo por avance hasta por el 10 % del monto del contrato original, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que exista un avance físico real de ejecución del 60 % de la obra.
b) El porcentaje de avance físico real es igual o mayor al porcentaje de avance físico programado.

numeral 180.4 indica, para todos los casos, que, cualquier diferencia de monto que se produzca respecto de la amortización del adelanto en una valorización, se toma en cuenta en una valorización posterior y/o en la liquidación del contrato.

9.4. Entrega de adelantos para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario en obras bajo el sistema de entrega de solo construcción y diseño y construcción

Esta es la otra forma de entregar y recibir adelantos, tema sobre el cual los tres numerales del artículo 181 del RLGCP establecen las siguientes reglas a seguir:

- En caso las bases hayan establecido el otorgamiento del adelanto de materiales e insumos, equipamiento y mobiliario en el sistema de entrega de solo construcción, o en el componente de obra en el sistema de entrega de diseño y construcción, el mismo involucra a los materiales e insumos a ser utilizados en la ejecución de la obra, así como a los equipamientos y mobiliarios que sean incorporados en ella.
- Las solicitudes de estos adelantos proceden una vez iniciado el plazo de ejecución de la obra y son presentadas por el contratista a la supervisión, teniendo en consideración el Calendario de Adquisición de Materiales, Insumos, Equipamientos y Mobiliario presentado por el contratista y los plazos establecidos en las bases para entregar dichos adelantos. Es responsabilidad del supervisor verificar la oportunidad y el contenido técnico de la solicitud de los adelantos para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario, de acuerdo con el calendario correspondiente.
- La garantía se mantiene vigente hasta la utilización de los materiales o insumos, equipamiento y mobiliario a satisfacción de la entidad contratante, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo.

10. LAS GARANTÍAS EN OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

En otro capítulo nos hemos referido ampliamente a las garantías en el ámbito de las contrataciones públicas, siendo que los artículos 182 y siguientes del RLGCP abordan el tema específico de las garantías en obras y consultoría de obras señalando, al inicio, que la garantía de fiel cumplimiento en obras y consultoría de obras se mantiene vigente hasta el consentimiento de la liquidación final; disposición que es desarrollada en los siguientes artículos.

10.1. Supuestos de devolución y reducción de la garantía de fiel cumplimiento en obras y consultorías de obra

El artículo 183 desarrolla varios supuestos de devolución y reducción de garantía, comenzando en el numeral 183.1 y concluyendo en el 183.4.

10.1.1. Devolución de garantías

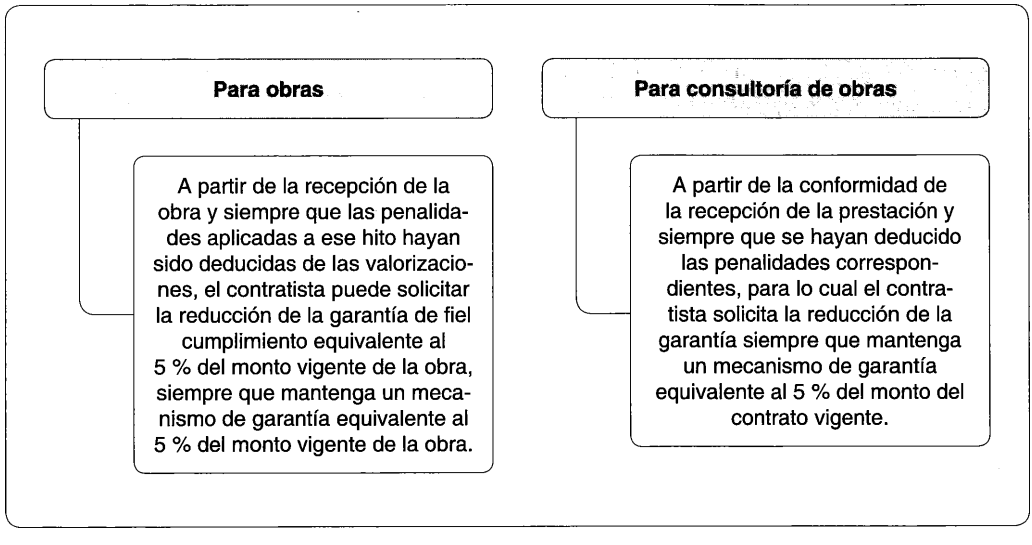
El numeral 183.1 indica que la garantía de fiel cumplimiento en las obras y consultorías de obra es devuelta en los siguientes casos:

a) Si se practica la liquidación final y se determina un saldo a favor del contratista. Este supuesto que aplica incluso si el contratista somete a controversia la cuantía de ese saldo a favor.

b) Si, practicada la liquidación final, se determina un saldo a favor de la entidad contratante menor al de la garantía de fiel cumplimiento y el contratista somete a controversia la cuantía de ese saldo a favor, entregando una garantía por aquel saldo y manteniéndola vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

10.1.2. Reducción de garantías

El numeral 183.2 nos cuenta la versión en contrario, cuando se trata de reducir la garantía presentada en obras y consultoría de obras, lo que sucede en un 5 % en los siguientes casos:



El numeral 183.3 trata sobre la reducción en los casos de cartas fianzas, contratos de seguro y fideicomiso, precisando que esta no opera en caso se haya optado por la retención como mecanismo de garantía. Así se indica en el numeral 183.3 que, en el caso de las *cartas fianzas* o *contratos de seguro*, el contratista solicita su devolución previa presentación de un mecanismo de garantía equivalente del 5 % del monto vigente de la obra; cuando se trata de *fideicomiso,* la entidad autoriza la disminución del 5 % del monto del fideicomiso al contratista.

10.1.3. Reducción cuando el sistema de entrega tenga más de un componente

En este caso el numeral 183.4 establece que el contratista puede solicitar la reducción de la garantía luego de haber obtenido la conformidad del componente ejecutado. Dicha reducción se aplica de manera proporcional al monto de los componentes pendientes de ejecutar. En este supuesto, la garantía del último componente que se ejecuta se mantiene vigente hasta que la liquidación del contrato quede consentida.

10.2. El fideicomiso de adelanto directo de obra bajo sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción

El artículo 184 del RLGCP regula el fideicomiso en los casos en que se requiera un adelanto directo, pero solo bajo los sistemas de entrega de solo diseño y diseño y construcción, estableciendo para tal efecto, las siguientes reglas:

10.2.1. Fideicomiso: procedencia, monto de la obra e improcedencia

El numeral 184.1 establece que este puede ser empleado para garantizar adelantos directos de obra cuando el monto contractual del componente correspondiente a la ejecución de la obra sea mayor a S/ 5,000,000.00, agregando que no procede para el componente de diseño.

10.2.2. Procedimiento para la constitución del fideicomiso

La normativa establece responsabilidades para la entidad y el contratista respecto de la configuración, o no, del fideicomiso. Así, el numeral 184.2 indica que, una vez solicitado el adelanto, la entidad contratante tiene un plazo de veinte días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la solicitud para culminar los trámites para la constitución del fideicomiso; en caso de que la entidad no cumpliera en el plazo acotado, el contratista tiene

derecho al resarcimiento establecido en el numeral 176.4[94] del artículo 176 del RLGCP.

Por otro lado, en el numeral 184.3 se establece que constituye responsabilidad del contratista pagar la comisión de estructuración y, luego de constituido el fideicomiso, se obliga a pagar la comisión de administración, también está obligado a formar parte del contrato de fideicomiso en calidad de contratista interviniente y es el obligado a asumir los costos del supervisor.

En este último caso, la entidad contratante reconoce dichos gastos efectuados por el contratista como parte de los gastos generales, reemplazando el concepto de garantía empleado previamente en el presupuesto.

10.2.3. La transferencia de recursos y otros adelantos

Siempre en el plazo de las obligaciones, el numeral 184.4 indica que la entidad se responsabiliza a transferir, en dominio fiduciario, el monto del adelanto solicitado al patrimonio fideicometido, mientras que el numeral 184.5 refiere que, cuando el contratista solicite otros adelantos, dicho monto también es transferido al patrimonio fideicometido.

10.2.4. Requisitos del contrato de fideicomiso

El numeral 184.6 del RLGCP establece que el contrato de fideicomiso de adelanto cumple como mínimo con los siguientes requisitos:

94 176.4. Si la entidad contratante, en un plazo máximo de diez días de requerido por el contratista, no cumple con las condiciones de inicio del plazo de ejecución, el contratista puede solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados hasta por el 0.05 % del monto del contrato por día con un tope de 3 %. Asimismo, puede optar por solicitar la resolución del contrato conforme al procedimiento establecido en el artículo 122. Este procedimiento no es aplicable cuando la entidad contratante haya informado al contratista dentro del plazo para el inicio de la ejecución de la obra la necesidad de acordar diferir su inicio conforme al numeral 176.7. En el caso de ejecución rápida (*fast track*), la ejecución del componente obra inicia al notificarse al contratista la aprobación de los entregables parciales del expediente técnico, cumpliendo con los requisitos establecidos en los literales b) y c) del numeral 176.1. El adelanto directo y adelanto para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario, se otorga de forma progresiva y acorde a los porcentajes definidos en las bases, considerando el presupuesto de cada entregable parcial del expediente técnico.

a) El fideicomitente y fideicomisario es la entidad contratante.
b) El contratista participa como interviniente.
c) Dentro de las obligaciones de la empresa fiduciaria, está la designación del supervisor del fideicomiso.
d) El procedimiento a aplicarse si el contratista interviniente incumple sus obligaciones de pago frente a la empresa fiduciaria.
e) El procedimiento para el reemplazo del contratista interviniente, en caso de que la entidad contratante resuelva el contrato original.
f) El procedimiento para el cobro de las comisiones de la empresa fiduciaria.
g) El procedimiento para los desembolsos de la entidad pública para las entregas periódicas al contratista.

10.2.5. Un fideicomiso para varios proyectos

Esta situación es regulada en el numeral 184.7, en el que se establece que la entidad contratante puede optar por constituir un único fideicomiso para administrar los adelantos de obra de varios proyectos, siempre que correspondan a un mismo contratista.

10.3. Los distintos pedidos del contratista

Los numerales 184.7 y 184.8 regulan los distintos pedidos que puede plantear el contratista a la entidad, y la forma que esta debe atenderlos.

- Cuando el contratista solicite, además del adelanto directo, adelanto para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario.

  El monto es transferido al patrimonio fideicomitido.
- En caso se solicite únicamente la entrega de adelanto de materiales e insumos.

Se considera lo dispuesto en el artículo 181 del RLGCP[95] para su solicitud. La entidad contratante inicia el trámite para constituir el fideicomiso al día siguiente de presentada dicha solicitud.

95 Artículo 181.- Entrega de adelantos para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción.
181.1. En caso las bases hayan establecido el otorgamiento del adelanto de materiales e insumos, equipamiento y mobiliario en el sistema de entrega de solo construcción, o en el componente de obra en el sistema de entrega de diseño y construcción, el mismo involucra a los materiales e insumos a ser utilizados en la ejecución de la obra, así como a los equipamientos y mobiliarios que sean incorporados en ella.
181.2. Las solicitudes de estos adelantos proceden una vez iniciado el plazo de ejecución de la obra y son presentadas por el contratista a la supervisión, teniendo en consideración el Calendario de Adquisición de Materiales, Insumos, Equipamientos y Mobiliario presentado por el contratis-

11. EL PAGO DE VALORIZACIONES EN OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

El pago, tal como indica el subtítulo, comprende dos aspectos: el de valorizaciones en obras y el de consultoría de obras, que son desarrollados en los distintos numerales del artículo 210 y 211 del RLGCP.

El artículo 210 aborda el pago de valorizaciones en contratos de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción, mientras que el artículo 211 trata sobre la valorización en supervisión de obra.

11.1. El pago de valorizaciones en contratos de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción

Las reglas respecto del pago de valorizaciones en contratos de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción son las siguientes:

> 210.1. Las valorizaciones se realizan mensualmente y son consideradas pagos a cuenta. Las bases pueden establecer periodos distintos de valorización, en cuyo caso se debe contemplar el procedimiento correspondiente para su pago.
>
> En las valorizaciones, se incluyen las prestaciones adicionales de obra, mayores metrados, y/u otros pagos que provengan de una modificación contractual, que pueden ser calculados de manera independiente.
>
> 210.2. El residente y el supervisor revisan de forma conjunta los metrados ejecutados para la presentación de las valorizaciones, luego de lo cual son presentadas por el contratista al supervisor y a la entidad dentro de los primeros tres días del mes siguiente al mes valorizado. En el plazo de cuatro días computados desde el día siguiente de presentada, el supervisor presenta a la entidad contratante su informe respecto a la valorización. Si el supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, este la efectúa.
>
> 210.3. La entidad contratante evalúa y paga la valorización hasta el último día del mes en que es presentada. De contar con observaciones se las comunica al supervisor y al contratista, otorgando un plazo para su subsanación. Cuando el contratista responde a las observaciones, la entidad contratante revisa en el plazo máximo de dos días hábiles contabilizados desde el día siguiente de recibida la subsanación y continúa con el trámite de pago.
>
> 210.4. En caso las observaciones no sean subsanadas o no sean respondidas en el plazo otorgado, la entidad contratante realiza el pago del monto de la valorización no cuestionado.

ta y los plazos establecidos en las bases para entregar dichos adelantos. Es responsabilidad del supervisor verificar la oportunidad y el contenido técnico de la solicitud de los adelantos para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario, de acuerdo con el calendario correspondiente.

181.3. La garantía se mantiene vigente hasta la utilización de los materiales e insumos, equipamiento y mobiliario a satisfacción de la entidad contratante, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo. (Fe de erratas del Decreto Supremo N.° 009-2025-EF).

11.2. Atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista

En el numeral 210.5 establece que, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente[96], y los atrasos que produzcan una extensión de los servicios de supervisión, generando un mayor costo, el contratista ejecutor de la obra asume el pago del monto correspondiente a dicha extensión, que se hace efectivo deduciendo dicho monto de las valorizaciones y/o de la liquidación del contrato de ejecución de obra. La entidad contratante puede asumir provisionalmente dichos costos durante la ejecución de la obra.

11.3. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada

Al respecto, el numeral 210.6 del RLGCP indica que en el caso de las obras contratadas bajo la modalidad de pago a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados aplicando las partidas y precios unitarios del desagregado de partidas del presupuesto de obra contractual, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al impuesto general a las ventas. En esta modalidad de pago se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra contractual.

11.4. En el caso de obras contratadas bajo la modalidad de precios unitarios

En las obras contratadas bajo la modalidad de pago de precios unitarios, el numeral 210.7 indica que se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados, agregando la utilidad pactada.

11.5. El límite de reconocimiento de gastos generales

El numeral 210.8 establece que el límite del monto a reconocer por concepto de gastos generales es aquel indicado en el presupuesto de obra contractual, salvo que se apruebe una ampliación de plazo. Si, a través de las valorizaciones, no se llegase a completar dicho monto, en la liquidación final se define el saldo a favor del contratista.

96 En el anexo de definiciones del RLGCP se indica que es "el documento en el que consta la valorización de las partidas de la obra por periodos determinados en las bases o en el contrato y que se formula a partir del programa de ejecución de obra".

11.6. El caso de obras contratadas a costo reembolsable

En el caso de obras contratadas a costo reembolsable, el numeral 210.9 determina que, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los costos unitarios reales en los que incurre el contratista, agregando separadamente los montos de gastos generales y utilidad; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Para ello, el contratista presenta toda la documentación que acredite el monto de los precios unitarios y gastos generales.

11.7. Obligación del contratista en la última valorización

El numeral 210.10 establece que, en la última valorización, el contratista entrega los planos posconstrucción, de lo contrario la entidad suspende su pago.

11.8. Lo que se puede aplicar al caso de diseño y construcción

En el caso de diseño y construcción, se puede aplicar los numerales 210.1 al 210.4 al componente de diseño, en lo que resulte aplicable; los mismos que hemos citado precedentemente.

12. VALORIZACIÓN DE LA SUPERVISIÓN DE LA OBRA

El artículo 211 del RLGCP establece que, en el caso consultorías de obra para la supervisión de obra, previo al pago de su valorización, la entidad verifica que haya presentado su informe respecto a la valorización de la obra.

Capítulo XL

LA OBRA PÚBLICA, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y LA CONSULTORÍA DE OBRA (III)

SUMARIO: 1. Cuaderno de incidencias en obras bajo sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 1.1. El cuaderno de incidencias cuando el sistema de entrega incluya el componente de elaboración del expediente técnico. 1.2. El cuaderno de incidencias en el caso del componente ejecución de obra. 2. Sustitución de integrante del plantel técnico en obras o consultoría de obras. 2.1. Trámite para la sustitución permanente y temporal del personal. La aplicación de penalidad. 3. Consultas sobre incidencias en obras bajo los sistemas de entrega solo construcción y diseño y construcción. 3.1. La frecuencia de las anotaciones en el cuaderno de obra o de incidencia. 3.2. El procedimiento para atender la consulta. 3.2.1. Trámite de la consulta en el sistema de entrega de sólo construcción. 3.2.2. Trámite en el sistema de entrega de diseño y construcción. 3.3. La no absolución de la consulta, la ampliación de plazo y afectación de la ruta crítica. 4. Las modificaciones contractuales de obra bajo sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción por intensificación del programa de ejecución. 4.1. La intensificación y reducción del programa de ejecución. 5. Plazos aplicables durante la ejecución contractual de obras bajo sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 6. Las prestaciones adicionales en consultoría de obras. 6.1. La prestación adicional y la ampliación de plazo. 6.2. Consultoría de obras: la aprobación de prestaciones adicionales para consultoría de obra para la elaboración de expedientes técnicos y formulación de inversiones, y para la supervisión de la elaboración del expediente técnico de la obra hasta por el 25 % del monto del contrato original. 6.3. Contratos para la supervisión de obras: aprobación de prestaciones adicionales por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintas de las derivadas de la aprobación de adicionales de obra. 6.4. Aprobación de adicionales de obra que impacten de forma directa en la ejecución del contrato de supervisión de obra. 6.5. Lo que no se considera adicionales de supervisión y el pago. 7. Aprobación de prestaciones adicionales de obra bajo el sistema de entrega solo construcción. 7.1. La elaboración del expediente técnico. 7.2. Quiénes autorizan las prestaciones adicionales en el sistema de entrega solo construcción y la intervención de la CGR y los adicionales en caso de emergencia. 7.3. Quiénes pueden elaborar el expediente técnico. 7.4. La revisión del expediente técnico del adicional. 7.5. Cuando el expediente técnico del adicional de obra no es elaborado por el supervisor. 7.6. Aprobación por parte de la entidad. 7.7. Prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia. 7.8. Las prestaciones adicionales en obras bajo el sistema de entrega de solo construcción. 8. Prestaciones adicionales de obra bajo el sistema de entrega diseño y construcción. 8.1. Por el componente diseño. 8.2. Por el componente ejecución de la

obra. 8.3. Causal de resolución del contrato. 8.4. Por el componente diseño. 8.5. Por el componente ejecución de la obra. 8.6. Improcedencia de suscripción de adenda por adicional. 8.7. Aplicación de adicionales de emergencia en el sistema de entrega de diseño y construcción. 9. El cálculo de presupuesto de las prestaciones adicionales de obras y consultorías de obra. 9.1. Cuando no existen precios unitarios de una determinada partida requerida en una prestación adicional. 9.2. Ensayos especializados y su inclusión en gastos generales. 9.3. Criterios del fenecido OSCE. 9.3.1. Determinación del presupuesto adicional o deductivo en relación con el analítico y la prevalencia de los planos. Opinión N.º 021-2011/DTN. 9.3.2. Adicionales de obra en precios unitarios. Opinión N.º 139-2009/DTN. 10. Mayores metrados en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 10.1. Contratos suscritos bajo la modalidad de pago de precios unitarios. 10.2. Aprobación de la entidad. 10.3. Ejecución de mayores metrados y ampliación de plazo. 10.4. En caso con la aprobación de los mayores metrados se supere el límite para prestaciones adicionales del 50 % del componente obra.

En este capítulo continuamos desarrollando la fase de ejecución contractual en obras y consultoría de obras, la que presenta un conjunto de contingencias, las que hemos agrupado con fines didácticos; situaciones entre las que tratamos el cuaderno de incidencias, el plantel técnico, incidencias en obra bajo sistemas de entrega solo construcción y diseño y construcción, modificaciones contractuales, plazos, prestaciones adicionales, mayores metrados, reducción de prestaciones, ampliación de plazo contractual, suspensión del plazo de ejecución, el plan de contingencia, etc.

1. CUADERNO DE INCIDENCIAS EN OBRAS BAJO SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El cuaderno de incidencias, que se encuentra regulado en el artículo 188 del RLGCP, reemplaza al tradicional cuaderno de obra, que era el espacio de conflicto entre el contratista y el supervisor o inspector; cambio que no solo es de nombre, sino que va más allá de la denominación para ubicarse en la era digital, aunque la normativa no niega que de forma excepcional se pueda utilizar en forma física.

La nueva normativa solo se refiere al cuaderno de incidencias ahora forma parte de la Pladicop, siendo definido en el numeral 188.1 como un medio digital a través del cual se registran, a través de anotaciones, los principales hechos que ocurren durante la ejecución de la obra las aprobaciones de trabajos o partidas a realizarse, las consultas y sus respuestas, entre otros.

¿Cuál es la utilidad de las anotaciones? En el mismo numeral se indica que estas se utilizan como sustento para las modificaciones contractuales, según corresponda.

1.1. El cuaderno de incidencias cuando el sistema de entrega incluya el componente de elaboración del expediente técnico

Establecida la definición general, la normativa reglamentaria avanza hacia aspectos específicos, como es el caso en que el sistema de entrega incluya el componente de elaboración de expediente técnico, tal como se in-

dica en el numeral 188.2, situación en la cual el cuaderno de incidencias se apertura al día siguiente del perfeccionamiento del contrato y cierra con la anotación de la aprobación final del expediente técnico o con la anotación de cierre, en caso el contrato culmine antes de la aprobación final.

¿Quiénes son los autorizados para efectuar las anotaciones? El citado numeral indica que son el jefe de elaboración de expediente técnico y el supervisor.

1.2. El cuaderno de incidencias en el caso del componente ejecución de obra

¿En qué momento se apertura el cuaderno de incidencias? El numeral 188.3 establece que en el caso del componente ejecución de obra, el cuaderno de incidencias se apertura en la fecha de entrega del terreno y cierra con la anotación de la recepción de la obra o de la constatación física de la obra, siendo los encargados del registro el residente de obra y el supervisor.

2. SUSTITUCIÓN DE INTEGRANTE DEL PLANTEL TÉCNICO EN OBRAS O CONSULTORÍA DE OBRAS

Otra contingencia que se presenta en la ejecución de la obra o en la consultoría de esta es el cambio de algún integrante del plantel técnico, tema sobre el cual el artículo 189 del RLGCP determina algunas reglas a seguir.

> 189.1. Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el personal considerado en la oferta durante el procedimiento de selección.
>
> 189.2. El contratista puede solicitar sustituir a los integrantes de su plantel técnico, excepcionalmente y con el sustento debido, siempre que quien lo sustituya tenga un perfil igual o mayor a lo establecido en las bases y, en caso de haberse otorgado puntaje por el profesional reemplazado, el reemplazante debe cumplir las mismas condiciones que le ameritaron el puntaje al proveedor.

2.1. Trámite para la sustitución permanente y temporal del personal: la aplicación de penalidad

Sobre este tema, en la Opinión N.° 128-2020/DTN, citando a la Opinión N.° 204-2018/DTN, se indicó:

> [...] a efectos de aprobar una solicitud para reemplazar al personal clave ofertado [...] es necesario que el contratista proponga como sustituto a un profesional que cuente con iguales o superiores calificaciones y experiencia que las previstas por la Entidad como parte de requisitos de calificación, en

> los documentos del procedimiento de selección que dio origen al contrato; independientemente de las características técnico-profesionales del personal reemplazado. (Opinión N.° 128-2020)

Normativamente tenemos que el numeral 189.3 regula el trámite para la sustitución permanente del personal clave del plantel técnico, indicando que debe solicitarse a la entidad contratante diez días hábiles antes de la fecha en la que operaría la sustitución, agregando que si la entidad no se pronunciara en el plazo[97], se considerará que la sustitución está autorizada.

La entidad contratante aplica una penalidad al contratista si se produce una sustitución del mismo integrante del plantel técnico por segunda vez; plazo y penalidad que no opera cuando la sustitución se origine por caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho sobreviniente no imputable al contratista.

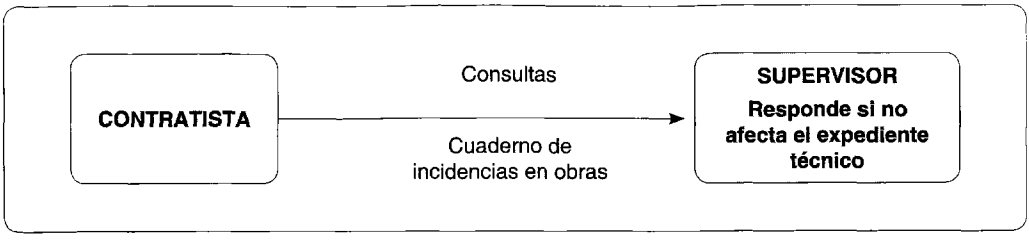
Por su parte el numeral 189.4 refiere que la sustitución es temporal cuando la fecha de retorno se encuentra dentro del plazo de ejecución y se debe al régimen laboral aplicable del integrante, caso en el cual el contratista presenta su solicitud a la entidad contratante diez días hábiles antes de la fecha en la que operaría la sustitución, adjuntando la documentación de sustento. En este caso, el cambio no ocasiona la aplicación de penalidades.

Finalmente, el numeral 189.5 establece que la entidad contratante autoriza o rechaza la solicitud de sustitución, de manera sustentada, en el plazo máximo de cinco días hábiles, computados desde el día siguiente de presentada la solicitud.

3. CONSULTAS SOBRE INCIDENCIAS EN OBRAS BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Al igual que en los casos anteriores, la norma reglamentaria comienza estableciendo una disposición general, que es la que el contratista puede formular consultas dirigidas al supervisor mediante anotaciones en el cuaderno de incidencias en obras, caso en el cual el supervisor puede responder directamente la consulta formulada si ésta no conlleva una modificación del expediente técnico.

97 Fe de erratas. Decreto Supremo N.° 009-2025-EF



Pero cuando la anotación formulada por el contratista conlleve a una modificación del expediente técnico, el numeral 190.2 indica que debe estar acompañada de un informe técnico, caso contrario no es atendida.

3.1. La frecuencia de las anotaciones en el cuaderno de obra o de incidencia

En relación a la frecuencia de anotaciones, en la Opinión N.° 023-2016/DTN se indicó:

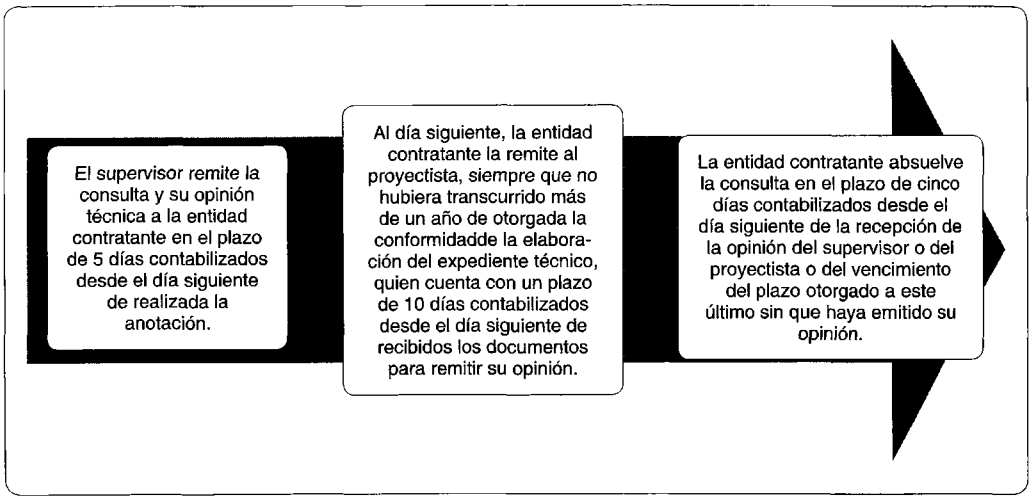
> [...] considerando que en el cuaderno de obra se anotan los hechos relevantes y que la relevancia de un hecho depende básicamente de las condiciones particulares de dicho hecho y de cómo sea calificado por el residente o del inspector o supervisor —cuestión que dependerá de las circunstancias particulares—, la normativa de contrataciones del Estado no establece ni puede establecer una frecuencia para realizar anotaciones en el cuaderno de obra, las que deben realizarse en función a la relevancia del hecho y no en función a una frecuencia. (Opinión N.° 023-2016/DTN)

3.2. El procedimiento para atender la consulta

El numeral 190.3 del RLGCP establece el procedimiento a seguir para la atención de las consultas formuladas por el contratista, distinguiendo entre el sistema de entrega de solo construcción y el sistema de entrega de diseño y construcción.

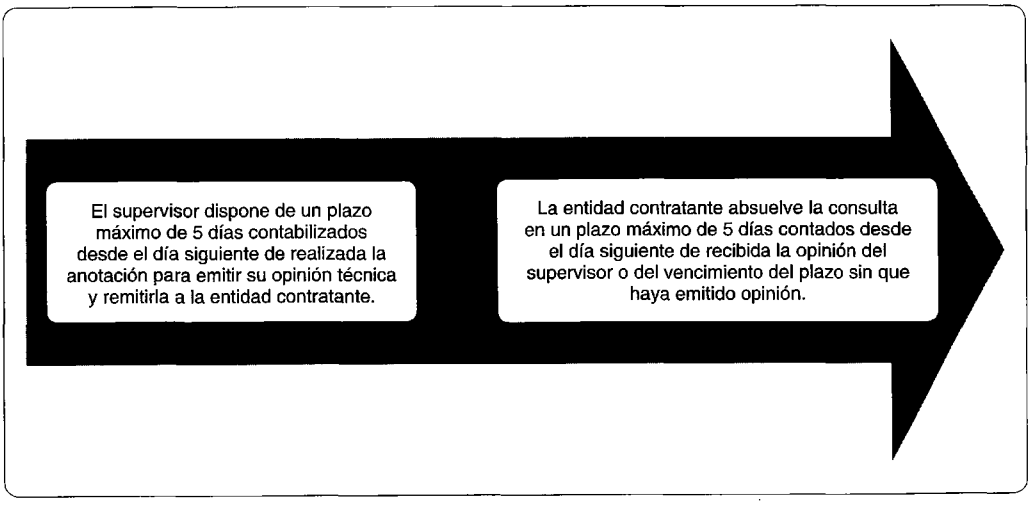
El caso del supervisor se describe en las líneas siguientes; en cuanto al proyectista el numeral 190.6 indica que este tiene la obligación de atender las consultas que le remita la entidad contratante, de acuerdo con lo señalado en su contrato respecto al plazo para responder y las consecuencias del incumplimiento.

3.2.1. Trámite de la consulta en el sistema de entrega de sólo construcción



3.2.2. Trámite en el sistema de entrega de diseño y construcción

El literal b) del numeral 190.3 comienza indicando que cuando el contratista que ejecuta la obra haya elaborado el expediente técnico; la opinión del proyectista se integra al informe técnico presentado por el contratista junto con la anotación; escenario en el que se sigue el siguiente procedimiento:



3.3. La no absolución de la consulta, la ampliación de plazo y afectación de la ruta crítica

El numeral 190.4 nos pone ante la situación de que la consulta formulada por el contratista no ha sido absuelta por el supervisor o la entidad contratante, según cualquiera de los trámites reseñados, caso en el cual, se indica, el contratista puede solicitar ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora, la cual se computa desde la fecha en la que la falta de ejecución de los trabajos materia de la consulta genere impacto en la ruta crítica del programa de ejecución.

Pero ¿qué se entiende por ruta crítica? Sobre este tema, el anexo de definiciones del RLGCP indica que "es la secuencia programada de actividades definidas en el programa de ejecución cuya variación afecta el plazo total de ejecución del componente. Las actividades que no forman parte de la ruta crítica inicial pueden volverse críticas".

Sobre la afectación de la ruta crítica debido a un actuar poco diligente del contratista, el numeral 190.5 determinar como obligación para este que debe formularla con la anticipación suficiente para que el programa de ejecución no sea afectado por el cumplimiento de los plazos del procedimiento para la atención de su consulta, caso contrario no puede alegar la afectación de la ruta crítica por los plazos de respuesta.

4. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES DE OBRA BAJO SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN POR INTENSIFICACIÓN DEL PROGRAMA DE EJECUCIÓN

Este tipo de modificación comprende dos tipos de sistemas de ejecución, como son el sistema de entrega solo construcción y diseño y construcción.

4.1. La intensificación y reducción del programa de ejecución

Sobre este tema, los tres numerales del artículo 191 establecen las siguientes pautas:

191.1. La intensificación del programa de ejecución permite la adición de recursos durante la ejecución del componente de obra, los cuales pueden formar parte del costo directo y/o mayores gastos generales, para acelerar la entrega parcial o total de la obra.

La intensificación del programa de ejecución no implica la modificación del alcance de la obra.

191.2. El área usuaria sustenta con un análisis costo beneficio la necesidad de entrega del proyecto en una fecha anterior a plazo de ejecución contractual vigente.

191.3. Las partes acuerdan la intensificación del programa de ejecución, lo cual contempla la disminución de plazo y la variación en el monto contractual, cuando corresponda, así como la modificación de los contratos accesorios.

5. PLAZOS APLICABLES DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE OBRAS BAJO SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

En el numeral 192.1 se establece que, en los casos de actualización o intensificación del programa de ejecución se aplican los siguientes plazos, considerando el monto del contrato original:

Monto del contrato original	**Plazo máximo del contratista**	**Plazo máximo de la supervisión**	**Plazo para pronunciamiento de la entidad contratanteen el caso de la intensificación programa de ejecución de obra**
	Contabilizado desde el día siguiente de configurado el supuesto correspondiente	Contabilizados desde el día siguiente de la presentación efectuada por el contratista	Contabilizados desde el día siguiente de presentada la opinión de la supervisión o desde que vence su plazo
8 UIT a 5 millones	Cinco días	Cinco días	Cinco días hábiles
Más de 5 millones	Siete días	Siete días	Diez días hábiles

Por su parte el numeral 192.2 RLGCP indica que, cuando el Reglamento no establezca un plazo específico para la respuesta de las partes, se aplica el plazo máximo de respuesta establecido en el contrato, salvo que durante la ejecución se acuerde la prórroga para cada caso específico.

6. LAS PRESTACIONES ADICIONALES EN CONSULTORÍA DE OBRAS

Las prestaciones adicionales se relacionan con las modificaciones al contrato, así como con el *ius variandi*, el hecho de príncipe y la teoría de la imprevisión que hemos reseñado, por lo que sugerimos al lector recurrir a

dicho capítulo para ampliar los conceptos sobre el tema y el contexto doctrinario en el que se desenvuelven los adicionales y las reducciones, cada cual según sus propias circunstancias.

Los adicionales de obra constituyen un espacio en el cual se articula la mayor ejecución del gasto público para el logro de los fines propuestos, y los mecanismos de control establecidos para garantizar la eficiencia de este. En cuanto a su definición tenemos que, en el Pronunciamiento N.° 124-2003 (GTN), el fenecido Consucode conceptualizó al Presupuesto Adicional de Obra como "el mayor costo originado por la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de licitación o en el contrato respectivo, y que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato" (Pronunciamiento N.° 124-2003 (GTN)); definición que fue precisada para efectos del control gubernamental como:

> [...] la prestación no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.
>
> Entiéndase que dicha prestación corresponde a obras complementarias y/o mayores metrados, necesarios para alcanzar la finalidad del contrato.
>
> Las obras complementarias y/o mayores metrados que no cumplan las condiciones antes citadas, necesariamente deberán ser materia de nuevos contratos, cumpliéndose para ello con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, leyes presupuestales y demás normas complementarias; incurriendo en responsabilidad quien disponga o autorice su ejecución de otro modo. (Directiva N.° 011-2016-CG/CPROD)

6.1. La prestación adicional y la ampliación de plazo

Existe relación entre la aprobación del adicional de obra y la ampliación de plazo, tal como quedó establecido en la Opinión N.° 180-2015/DTN, en la que se precisó que la aprobación de una prestación adicional de obra constituye una causal de ampliación del plazo:

> [...] debido a que, por lo general, la ejecución de nuevas y/o mayores prestaciones a las inicialmente pactadas requieren de un mayor plazo para ser ejecutadas; no obstante, es preciso señalar que no toda prestación adicional de obra requiere de la ampliación del plazo para su ejecución.
>
> En efecto, la aprobación de una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra procede cuando las actividades y/o partidas que forman parte de la prestación adicional de obra aprobada van a

afectar la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente o cuando se va requerir de un plazo mayor para su ejecución.

Bajo el mismo criterio, cuando la ejecución de las actividades y/o partidas que forman parte de la prestación adicional de obra aprobada no van a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente (por ejemplo, cuando su ejecución puede ser paralela a las partidas o actividades que forman parte de la ruta crítica), no procederá aprobar una ampliación del plazo de ejecución de obra por dicha causal.

En virtud de lo expuesto, para determinar si corresponde otorgar o no una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra se debe analizar, en el caso en concreto, si la ejecución de las nuevas o mayores partidas y/o actividades que implica la ejecución de la prestación adicional de obra afectarán o no —y en qué medida— la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, o si para su ejecución se requerirá de un plazo adicional; situaciones que solo podrán determinarse una vez aprobada la prestación adicional de obra[98]. (Opinión N.° 180-2015/DTN)

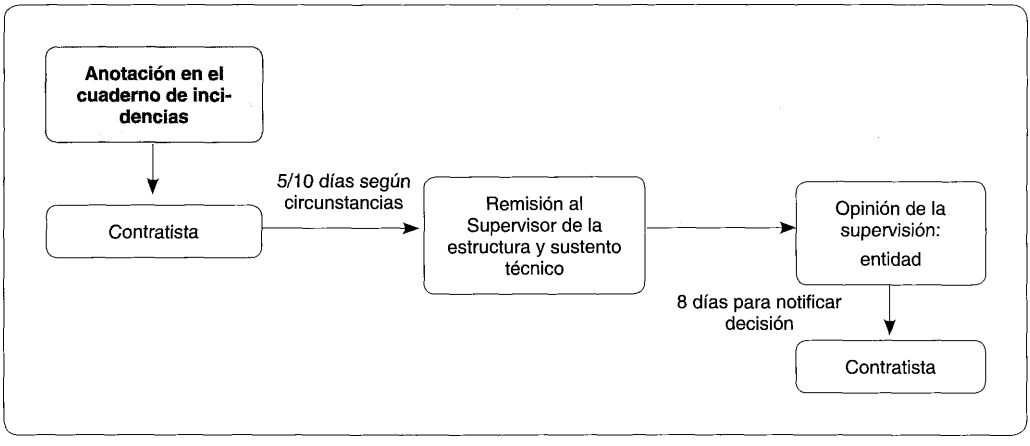
6.2. Consultoría de obras: la aprobación de prestaciones adicionales para consultoría de obra para la elaboración de expedientes técnicos y formulación de inversiones, y para la supervisión de la elaboración del expediente técnico de la obra hasta por el 25 % del monto del contrato original

El artículo 193 del RLGCP establece que en este caso la aprobación se realiza siempre que resulte indispensable para alcanzar la finalidad pública del contrato con base en el rigor técnico y se cuente con la previsión y/o certificación presupuestaria correspondiente, siguiendo el siguiente procedimiento:

- La necesidad de ejecutar una prestación adicional es anotada en el cuaderno de incidencias por el contratista o por la supervisión de la elaboración del expediente técnico, según corresponda.
- En un plazo máximo de cinco días contabilizados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el contratista remite al supervisor la estructura de costos de la prestación adicional y el sustento técnico correspondiente.

98 Sobre el particular, debe considerarse que el expediente técnico de la prestación adicional de obra contiene, entre otra información, la descripción de las partidas y/o actividades que se tendrán que ejecutar en virtud del adicional aprobado, así como el plazo que se requeriría para ello; información que permitirá realizar un análisis de la necesidad de ampliar el plazo, en función de si se afectará o no de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente o si será necesario un mayor plazo para su ejecución

- En caso de prestaciones adicionales que requieran cotizaciones del mercado, permisos o autorizaciones de terceros, la entidad contratante otorga un plazo adicional mínimo de diez días para la presentación del adicional.
- La entidad contratante notifica la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de la prestación adicional en un plazo máximo de ocho días hábiles contabilizados desde el día siguiente de recibida la opinión del supervisor o vencido el plazo de esta para pronunciamiento, según corresponda.



6.3. Contratos para la supervisión de obras: aprobación de prestaciones adicionales por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintas de las derivadas de la aprobación de adicionales de obra

En este caso, el numeral 193.2 determina como condición que las prestaciones en mención deben ser:

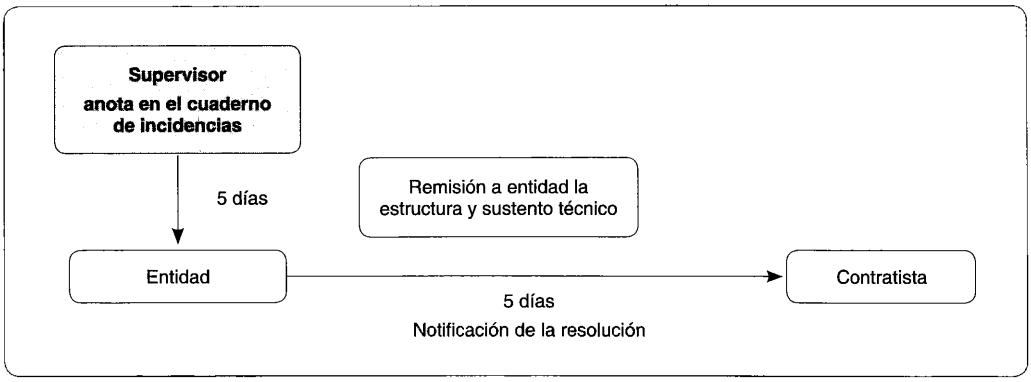
- Indispensables para el cumplimiento de la finalidad pública del contrato.
- No se deben encontrar bajo las mismas condiciones inicialmente pactadas, hasta por el 25 % del monto del contrato original,

El procedimiento establecido para los casos acotados se encuentra establecido en los distintos literales del citado numeral 193.2:

a) La necesidad de ejecutar una prestación adicional es anotada en el cuaderno de incidencias por el supervisor, según corresponda.

b) En un plazo máximo de cinco días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el supervisor remite a la entidad contratante la estructura de costos de la prestación adicional y el sustento técnico correspondiente.

c) La entidad contratante notifica la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de la prestación adicional en un plazo máximo de cinco días hábiles computados desde el día siguiente de recibido el sustento del supervisor, según corresponda.



6.4. Aprobación de adicionales de obra que impacten de forma directa en la ejecución del contrato de supervisión de obra

En este caso las prestaciones del supervisor que deriven de este no se consideran un adicional del contrato de supervisión, por lo que no se encuentra sujeta al límite máximo del 25 % establecido en el numeral 64.1 del artículo 64 de la LGCP[99].

- En un plazo máximo de cinco días hábiles desde la remisión de su opinión favorable o del expediente técnico del adicional elaborado por él, a la que hace referencia el literal e) del numeral 194.2[100] del artículo 194 y el literal d) del numeral 195.3 artículo 195, según corresponda, el supervisor presenta a la entidad el sustento técnico y la estructura de costos de las correspondientes a su contrato por la aprobación del adicional de obra.

99 64.1. En caso de bienes, servicios y consultorías de obras, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar, ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el 25 % del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios, consultorías u obras hasta por el mismo porcentaje.

100 Fe de erratas. Decreto Supremo N.° 009-2025-EF

Los artículos referidos los citaremos en los siguientes rubros.

- La entidad puede pronunciarse sobre la prestación derivada del adicional de obra que corresponde al supervisor en la misma resolución de la aprobación del adicional de obra, o puede aprobar la prestación adicional del supervisor en un plazo no mayor de 10 días hábiles de emitida la referida resolución.

6.5. Lo que no se considera adicionales de supervisión y el pago

En el numeral 193.4 establece lo que no se puede considerar adicionales de supervisión, indicando que las extensiones de plazo de la supervisión por:

- variaciones en el plazo de la obra; o
- variaciones en el ritmo de trabajo de la obra.

El requisito es que en ellas no haya variación de las actividades del supervisor, y que solo impliquen supervisión bajo las mismas condiciones inicialmente pactadas.

En consecuencia, el pago por dicha extensión de plazo comprende los conceptos vinculados al periodo extendido con base en la tarifa contratada, los cuales deben acreditarse, considerando el programa de ejecución.

Sobre este tema, la DTN precisó que:

> No todas las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión; toda vez que, en algunos casos, las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado, esto quiere decir que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra serán aquellas contempladas en el contrato original. (Opinión N.° 154-2019/DTN)

7. APROBACIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRA BAJO EL SISTEMA DE ENTREGA SOLO CONSTRUCCIÓN

En este caso ya no se trata de la supervisión o consultoría, sino de la ejecución contractual en un sistema de entrega específico, como es el de solo construcción, caso en el cual indica el numeral 194.1 del RLGCP que, de conformidad con el artículo 64 de la LGCP, la autoridad de gestión administrativa o el titular de la entidad, según corresponda, mediante resolución previa, puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales en las obras

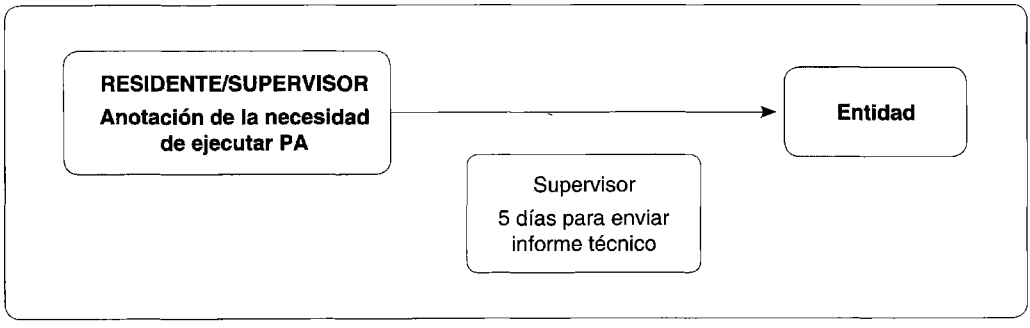
bajo el sistema de entrega de solo construcción, siempre que resulte indispensable debido a:

Deficiencias en el expediente técnico.

O por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista.

En cuanto al trámite, en el numeral 194.2 se establece que es el siguiente:

- La necesidad de ejecutar una prestación adicional es anotada en el cuaderno de incidencias por el contratista, a través del residente de obra o por la supervisión, según corresponda.
- En un plazo máximo de 5 días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el supervisor envía un informe técnico a la entidad contratante en el que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional y el riesgo que conlleva su aprobación respecto al plan de trabajo aprobado.



7.1. La elaboración del expediente técnico

Los aspectos referidos a la elaboración del expediente técnico se encuentran desarrollados en los literales c), d), e), y comienza estableciendo que la entidad contratante determina en las bases a quien le corresponde la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, que puede ser:

i) la entidad contratante a través de su órgano especializado en elaboración, conformidad o aprobación de expedientes técnicos,

ii) el contratista, o

iii) el supervisor.

En el caso de los numerales ii) y iii) el costo de la elaboración forma parte del presupuesto del adicional.

Luego de esta disposición, la norma reglamentaria aborda el plazo para la presentación para revisión de la supervisión y de la entidad contratante del expediente técnico del adicional de obra, indicando que es presentado por quien corresponda en un plazo de quince días contabilizados desde el día siguiente de la anotación en el cuaderno de incidencias, poniendo como condición de que el supervisor haya ratificado la necesidad de ejecutar la prestación adicional y el riesgo que conlleva su aprobación respecto del plan de trabajo aprobado, lo que queda plasmado en informe técnico.

7.2. Quiénes autorizan las prestaciones adicionales en el sistema de entrega solo construcción y la intervención de la CGR y los adicionales en caso de emergencia

Los numerales 64.2 al 64.4 del artículo 64 de la LGCP establecen los siguientes niveles de autorización de los adicionales de obra:

- La autoridad de la gestión administrativa puede autorizar la ejecución y el pago de prestaciones adicionales hasta por el 15 % del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.
- El titular de la entidad puede autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales de obras mayores al 15 % y hasta un máximo de 30 % del monto originalmente contratado, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que cuente con los recursos necesarios.
- El titular de la entidad podrá autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales mayores al 30 % hasta un máximo de 50 %, previa autorización de la CGR, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista.
- La CGR cuenta con un plazo máximo de 15 días hábiles en primera instancia y de 30 días hábiles para resolver el recurso de apelación, bajo responsabilidad, para emitir el pronunciamiento.

  En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previamente al pago.

7.3. Quiénes pueden elaborar el expediente técnico

El literal c) del numeral 194.2 establece que la entidad contratante determina en las bases a quien le corresponde la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, pudiendo ser:

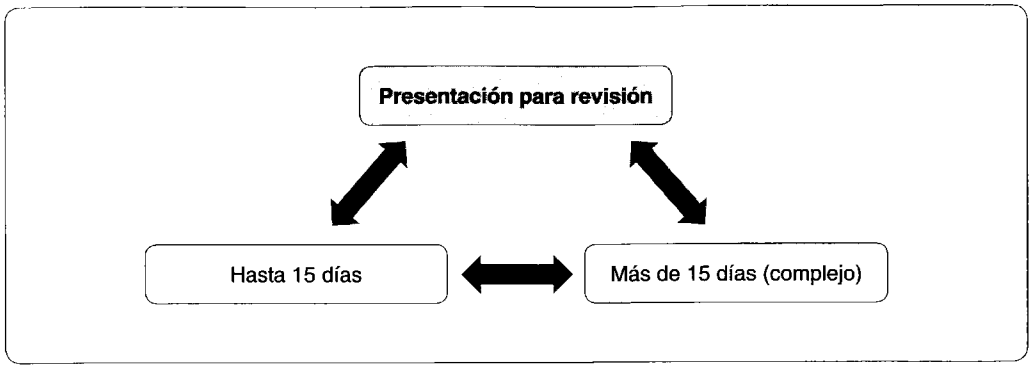
- La entidad contratante a través de su órgano especializado en elaboración, conformidad o aprobación de expedientes técnicos
- El contratista
- El supervisor

En los dos últimos el costo de la elaboración forma parte del presupuesto del adicional.

7.4. La revisión del expediente técnico del adicional

El expediente técnico del adicional de obra para revisión de la supervisión y de la entidad contratante, es presentado por quien corresponda en un plazo de quince días contabilizados desde el día siguiente de la anotación en el cuaderno de incidencias, siempre que el supervisor haya ratificado la necesidad de ejecutar la prestación adicional.

La situación sufre una ligera modificación cuando las prestaciones adicionales requieran estudios o ensayos especializado de alta complejidad, permisos o autorizaciones de terceros y/o el adicional involucre una sofisticación técnica, caso en el cual la entidad contratante puede otorgar un plazo adicional mínimo de quince días para la presentación del expediente técnico del adicional, por lo que se asume que puede ser más atendiendo la complejidad acotada.



7.5. Cuando el expediente técnico del adicional de obra no es elaborado por el supervisor

En el literal e) del numeral 194.2, se indica que en este caso el supervisor se pronuncia sobre el expediente técnico de la prestación adicional de obra[101] en un plazo máximo de diez días contabilizados desde el día siguiente de su presentación.

7.6. Aprobación por parte de la entidad

Los literales f) y g) tratan sobre la aprobación de los adicionales por parte de la entidad. Así, en el literal f) se indica que la entidad contratante notifica la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de la prestación adicional en un plazo máximo de doce días hábiles computados desde el día siguiente de recibida la opinión del supervisor o el expediente técnico elaborado por este, según corresponda.

Esta decisión de gestión debe contar previamente con la opinión técnica del órgano de la entidad contratante que tuviera como función la elaboración, conformidad o aprobación de los expedientes técnicos, o del proyectista, en caso no hubiera transcurrido más de un año de otorgada la conformidad de la elaboración del expediente técnico. Está opinión es emitida durante el plazo de 10 días.

Sobre este tema, ante la consulta donde se requería que se precisara "si la resolución del Titular de la entidad, que solamente aprueba el expediente técnico de la prestación adicional de obra, bastará para dar por autorizado

101 Definida en el anexo de definiciones del RLGCP como "aquella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional".

la ejecución de la prestación adicional de obra", se estableció, vinculando aprobación con presupuesto, que una condición adicional para la ejecución de una prestación adicional de obra es que la entidad le entregue al contratista el expediente técnico de la referida prestación adicional debidamente aprobado, pues es el documento que detalla los trabajos adicionales que deben realizarse, así como el presupuesto[102] o monto que implicará su ejecución.

Como puede apreciarse de las disposiciones citadas establecen las condiciones o requisitos que deben cumplirse para ejecutar una prestación adicional de obra (expediente técnico de la prestación adicional debidamente aprobado, certificación de crédito presupuestario y resolución aprobatoria de su titular), no establece una secuencia u orden imperativo en el que las entidades deban cumplir con dichas condiciones; razón por la cual corresponde a cada entidad evaluar el orden en que deberán cumplirse.

En virtud de lo expuesto, sería válido que una entidad apruebe, en primer lugar, el expediente técnico de la prestación adicional de obra; luego, obtenga la certificación de crédito presupuestario[103]; y, posteriormente, se pronuncie sobre la aprobación de la ejecución de la prestación adicional de obra.

Sin perjuicio de ello, es importante tener en consideración que, con la aprobación del expediente técnico de la prestación adicional de obra, se aprueba también su presupuesto, documento que detalla el monto o costo que implicará su ejecución.

En esa medida, resultaría razonable que, antes de solicitar la certificación de crédito presupuestario (acto de administración mediante el cual se garantiza que se cuenta con presupuesto disponible), se apruebe el expediente técnico de la prestación adicional de obra, ya que en dicho documento se detalla el monto o presupuesto que será necesario para la ejecución de

102 De conformidad con el numeral 41 del Anexo Único del derogado Reglamento, Anexo de Definiciones, el presupuesto adicional de obra *"Es la valoración económica de la prestación adicional de una obra* que debe ser aprobado por la Contraloría General de la República cuando el monto supere al que puede ser autorizado directamente por la entidad" (el resaltado es agregado).

103 En este punto, es importante señalar que el numeral 13.1 del artículo 13 de la Directiva N.° 005-2010-EF/76.01, Directiva para la Ejecución Presupuestaria, establece que la certificación de crédito presupuestario "constituye un acto de administración cuya finalidad es garantizar que se cuenta con el crédito presupuestario disponible y libre de afectación, para comprometer un gasto con cargo al presupuesto institucional autorizado para el año fiscal respectivo, en función a la PCA, previo cumplimiento de las disposiciones legales vigentes que regulen el objeto materia del compromiso. Dicha certificación implica la reserva del crédito presupuestario, hasta el perfeccionamiento del compromiso y la realización del correspondiente registro presupuestario".

dicha prestación y sobre el cual se podrá solicitar de manera sustentada la referida certificación[104].

> En consecuencia, se advierte que la aprobación del expediente técnico de la prestación adicional de obra no es suficiente para autorizar —por sí misma— la ejecución de prestaciones adicionales de obra, toda vez que, debe verificarse que la entidad cuenta con el crédito presupuestario suficiente a efectos que el titular de la entidad pueda emitir la resolución que autorice la ejecución de prestaciones adicionales. (Opinión N.° 005-2016/DTN)

A lo expuesto, el numeral 194.3 indica que no corresponde suscribir una adenda al contrato por la aprobación del adicional, bastando con su publicación en la Pladicop para que surta todos sus efectos.

7.7. Prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia

El numeral 194.4 establece como condición que su no ejecución pudiera afectar el ambiente o poner en peligro a la población, a los trabajadores o a la integridad de la misma obra; las partes coordinan a fin de agilizar el procedimiento.

El procedimiento que se establece en el mismo numeral es el siguiente:

- La entidad contratante autoriza a la supervisión para disponer la ejecución inmediata de las prestaciones adicionales, mientras que su regularización se da conforme al procedimiento establecido en el numeral 194.2.
- Una vez emitida la resolución correspondiente, se procede a la valorización del adicional.

Sobre la demora en la ejecución, en la Opinión N.° 083-2019/DTN se hizo referencia a la improcedencia de aprobación de adicionales de emergencia cuando el contratista no ha cumplido previamente, indicándose lo siguiente:

> [...] si las prestaciones adicionales de obra que habían sido autorizadas por la Entidad, no habían sido ejecutadas por el contratista oportunamente —en el momento en que se requerían dichas prestaciones adicionales de obra para evitar alguna de las circunstancias negativas [...]—, le Entidad no podía emitir posteriormente una resolución que las aprobara, puesto que dicho acto no guardaría coherencia con la realidad de las cosas. (Opinión N.° 083-2019/DTN)

104 Tal como se indicó en la Opinión N.° 111-2015/DTN.

7.8. Las prestaciones adicionales en obras bajo el sistema de entrega de solo construcción

Sobre el particular, el numeral 194.5 indica que, en conjunto, no pueden superar el 50 % del monto del contrato original, agregando que en caso de que superen este límite, se procederá a la resolución del contrato.

8. PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRA BAJO EL SISTEMA DE ENTREGA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El artículo 195 del RLGCP trata en extenso este tipo de prestaciones adicionales, reiterando que la entidad puede disponer la ejecución de estas siempre que resulten indispensables para el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación con base en el rigor técnico, para lo que se debe cumplir con los siguientes requisitos según cada tipo de componente.

8.1. Por el componente diseño

En este caso, se indica que la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar mediante resolución la ejecución y pago de prestaciones adicionales hasta un 25 % del monto contractual considerado para el referido componente.

8.2. Por el componente ejecución de la obra

La autorización se otorga en dos niveles de autoridad y por tres montos. Cuando se presenta esta circunstancia, se dispone que la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar mediante resolución la ejecución y pago de hasta un 20 % del monto de la obra considerado en el expediente técnico aprobado o del monto del presupuesto actualizado de la obra, en el caso de la ejecución mediante *fast track*.

El segundo párrafo del literal b) indica que el titular de la entidad, puede autorizar prestaciones adicionales hasta un 40 % con el debido sustento técnico y legal. Excepcionalmente, puede autorizar la ejecución de prestaciones adicionales hasta un 50 % previa autorización de la CGR, de conformidad a los numerales 64.4 y 64.5 del artículo 64 de la ley[105].

105 64.4. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince días hábiles en primera instancia y de treinta días hábiles para resolver el recurso de apelación, bajo responsabilidad, para emitir el pronunciamiento referido en el párrafo 64.3. En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previamente al pago.
64.5. En caso de aprobarse adicionales de obra por deficiencias en el expediente técnico, se debe informar al Tribunal de Contrataciones Públicas y a la Contraloría General de la Repú-

En ningún caso se aprueba el pago de adicionales de obra por deficiencias u omisiones en el expediente técnico aprobado, las cuales de ser necesarias son ejecutadas bajo responsabilidad exclusiva del contratista.

8.3. Causal de resolución del contrato

El literal c) se pone en el caso de que se supere el límite máximo de prestaciones adicionales precedentemente establecidos: 25 %, 20 %, 40 % y 50 %, según corresponda, situación ante la cual se debe optar por la resolución del contrato.

8.4. Por el componente diseño

Para la aprobación de adicionales, indica en numeral 195.2, se aplica el trámite establecido en el numeral 193.2 del RLGCP[106].

8.5. Por el componente ejecución de la obra

El numeral 195.3 refiere que, para la aprobación de adicionales en el componente de ejecución de la obra, se aplica el siguiente procedimiento para la aprobación de las prestaciones adicionales:

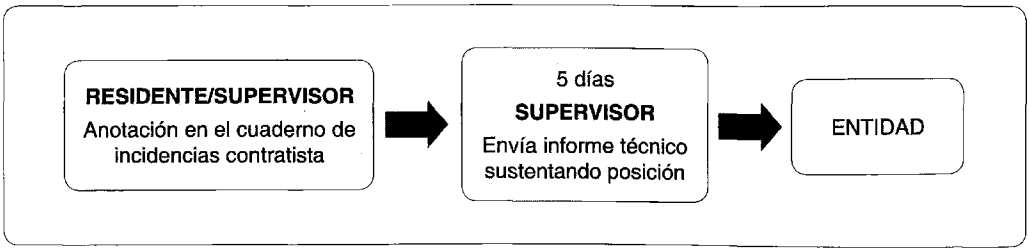
- La necesidad de ejecutar una prestación adicional es anotada en el cuaderno de incidencias por el contratista, a través del residente de obra o por la supervisión, según corresponda.
- En un plazo máximo de cinco días contabilizados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el supervisor envía un informe técnico a la entidad contratante en el que sustente su posición res-

blica, a fin de que inicien los procesos administrativos que correspondan de acuerdo con sus competencias.

106 193.2. En el caso de contratos para la supervisión de obra, la aprobación de las prestaciones adicionales por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintas a las derivadas por la aprobación de adicionales de obra y que sean indispensables para el cumplimiento de la finalidad pública del contrato y que no se encuentren bajo las mismas condiciones inicialmente pactadas, hasta por el 25 % del monto del contrato original, se realiza conforme a lo siguiente:

a) La necesidad de ejecutar una prestación adicional es anotada en el cuaderno de incidencias por el supervisor, según corresponda.
b) En un plazo máximo de cinco días contabilizados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el supervisor remite a la entidad contratante la estructura de costos de la prestación adicional y el sustento técnico correspondiente.
c) La entidad contratante notifica la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de la prestación adicional en un plazo máximo de cinco días hábiles contabilizados desde el día siguiente de recibido el sustento del supervisor, según corresponda.

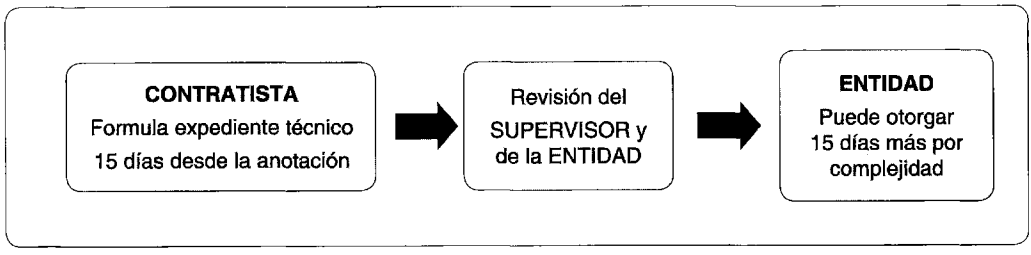
pecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional y el riesgo que conlleva su aprobación respecto al plan de trabajo aprobado.



Sobre este tema, la DTN en la Opinión N.° 009-2024/DTN se estableció que "el informe técnico sustentatorio de ratificación de la necesidad del adicional de obra, que emite el inspector o supervisor, sustenta su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional mas no determina alcances o condiciones para la elaboración del expediente técnico del adicional pues es al contratista a quien le corresponde proponer la solución técnica" (Opinión N.° 009-2024/DTN).

- ¿Quién formula el expediente técnico del adicional de obra? El literal c) del numeral 195.3 indica que este es elaborado por el contratista para revisión de la supervisión y de la entidad contratante, en un plazo de quince días contabilizados desde el día siguiente de la anotación en el cuaderno de incidencias, siempre que el supervisor haya ratificado la necesidad de ejecutar la prestación adicional.

  En caso de prestaciones adicionales que requieran estudios o ensayos especializado de alta complejidad, la entidad contratante puede otorgar un plazo adicional de quince días para la presentación del expediente técnico del adicional.



- El supervisor notifica al contratista y la entidad contratante su opinión sobre el expediente técnico de la prestación adicional de obra en un plazo máximo de diez días computados desde el día siguien-

te de su presentación, pudiendo solicitar precisiones o información adicional al contratista para emitir su opinión.

- Una vez que el supervisor notifica a las partes su opinión favorable de la ejecución del adicional, la entidad contratante notifica la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de la prestación adicional en un plazo máximo de diez días hábiles computados desde el día siguiente de recibida la opinión del supervisor.

8.6. Improcedencia de suscripción de adenda por adicional

El numeral 195.4 establece que no corresponde suscribir una adenda al contrato por la aprobación del adicional, bastando con su publicación en la Pladicop para que surta todos sus efectos.

8.7. Aplicación de adicionales de emergencia en el sistema de entrega de diseño y construcción

El numeral 195.5 dispone que en estos casos se procede de acuerdo con lo establecido en el numeral 194.4 del artículo 194 del RLGCP[107].

9. EL CÁLCULO DE PRESUPUESTO DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRAS Y CONSULTORÍAS DE OBRA

La formulación del presupuesto de las prestaciones adicionales se efectúa, según el numeral 196.1, aplicando las siguientes reglas:

- se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados, así como con los gastos generales fijos y variables propios del adicional, definidos, respectivamente, en el anexo de definiciones del RLGCP como "aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista", y como "aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista"; y
- se incluye la utilidad del presupuesto ofertado y el impuesto general a las ventas correspondiente.

107 194.4. En el caso de prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia, cuya falta de ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, a los trabajadores o a la integridad de la misma obra, las partes coordinan a fin de agilizar el procedimiento. La entidad contratante autoriza a la supervisión para disponer la ejecución inmediata de las prestaciones adicionales, mientras que su regularización se da conforme al procedimiento establecido en el numeral 194.2. Una vez emitida la resolución correspondiente, se procede a la valorización del adicional.

9.1. Cuando no existen precios unitarios de una determinada partida requerida en una prestación adicional

En este caso el numeral 196.2 indica que, de no existir precios unitarios de una determinada partida requerida en la prestación adicional, se acuerdan los precios entre el jefe de formulación, el jefe de elaboración del expediente técnico o el residente de obra del contratista, según corresponda, y el supervisor, para ello, se consideran los precios de los insumos, tarifas o jornales del presupuesto y, de no existir, se sustenta en precios del mercado debidamente sustentados.

En caso la entidad contratante realice el expediente técnico del adicional de obra, esta participa en los acuerdos de precios unitarios.

Si las partes citadas no llegaran a un acuerdo con el contratista, el numeral 196.3 dispone que, con la finalidad de no retrasar la aprobación y ejecución de la prestación adicional, el supervisor se encuentra facultado para fijar provisionalmente un precio, el cual se aplica sin perjuicio del derecho del contratista para someterlo al procedimiento de solución de controversias que corresponda.

9.2. Ensayos especializados y su inclusión en gastos generales

Al respecto, el numeral 196.4 indica que, cuando el contratista o el supervisor requiera realizar ensayos especializados de alta complejidad y/o la participación de algún especialista no contemplado en la relación de su personal clave para elaborar el expediente de la prestación adicional a su cargo, dichos costos se incluyen en los gastos generales propios del adicional o en la valorización de la supervisión de obra, según corresponda, tras la emisión de la resolución de la prestación adicional.

9.3. Criterios del fenecido OSCE

A efectos de ilustrar las distintas circunstancias que se pueden presentar en la formulación del presupuesto del adicional de obra o consultoría de obra, seguidamente citamos algunos criterios del fenecido OSCE:

9.3.1. Determinación del presupuesto adicional o deductivo en relación con el analítico y la prevalencia de los planos (Opinión N.º 021-2011/DTN)

En la Opinión N.º 021-2011/DTN, sobre en qué parte recaía la responsabilidad de determinar los metrados a ser ejecutados, se estableció:

> [...] es responsabilidad de la entidad determinar con precisión los metrados de las obras a ser ejecutadas, en el expediente técnico [...] cuando el sistema de contratación elegido por la entidad sea el sistema a suma alzada, al presentar su propuesta el postor se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra, conforme a los planos y especificaciones técnicas previstos en el expediente técnico, por el monto o precio ofertado en dicha propuesta [...] si durante la ejecución de una obra contratada bajo el sistema a suma alzada se advierte alguna discrepancia entre la información consignada en los planos y la información consignada en las especificaciones técnicas, memoria descriptiva o presupuesto de obra, serán los planos los que prevalezcan sobre los otros documentos [...] si bien es responsabilidad de la entidad la elaboración del expediente técnico, las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se encuentra obligado a ejecutar todos los trabajos que sean necesarios para la ejecución de la obra por el precio ofertado en su propuesta.
>
> Asimismo, de existir alguna discrepancia entre los documentos que integran el expediente técnico, la información de los planos prevalecerá sobre la información de los otros documentos [...]. (Opinión N.° 021-2011/DTN)

Este criterio es similar al establecido en la Opinión N.° 008-2012/DTN.

9.3.2. Adicionales de obra en precios unitarios (Opinión N.° 139-2009/DTN)

En la acotada opinión se agregó que "todos los adicionales de obra convocados bajo el sistema de precios unitarios deben contener dentro de su presupuesto la totalidad del costo que incurrirá el contratista para ejecutar el adicional de obra, lo que incluye los gastos generales que inciden en la ejecución del adicional" (Opinión N.° 139-2009/DTN).

10. MAYORES METRADOS EN OBRAS BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El artículo 197 del RLGCP establece el tratamiento que la administración debe dar cuando se trata de Mayores metrados en obras en los siguientes casos:

- Sistemas de entrega de solo construcción y diseño
- Sistema solo construcción

10.1. Contratos suscritos bajo la modalidad de pago de precios unitarios

En el caso de contratos suscritos bajo la modalidad de pago de precios unitarios, cuando se requiera ejecutar mayores metrados, el numeral 213.1 establece que el contratista solicita su ejecución mediante anotación en cuaderno de incidencias, siendo que estos son autorizados por el supervisor en el mismo medio siempre que no se supere el límite establecido para las prestaciones adicionales de obra, considerando el monto acumulado de los mayores metrados y las prestaciones adicionales de obras, restándole los presupuestos deductivos.

10.2. Aprobación de la entidad

El numeral 197.2 indica que no se requiere la aprobación previa de la entidad contratante para la ejecución de mayores metrados, pero sí para su pago.

El contratista presenta en su valorización los mayores metrados ejecutados durante el periodo valorizado, con la utilidad e IGV respectivos, y estos son autorizados para pago por la autoridad de la gestión administrativa. El procedimiento de pago se rige por lo señalado en el artículo 210 del RLGCP.

10.3. Ejecución de mayores metrados y ampliación de plazo

Cuando la ejecución de mayores metrados genere una ampliación de plazo, los mayores gastos generales se pagan de acuerdo con lo señalado en el artículo 201 del RLGCP.

10.4. En caso con la aprobación de los mayores metrados se supere el límite para prestaciones adicionales del 50 % del componente obra

En estos casos, indica el numeral 197.4, se procede a la resolución del contrato.

Capítulo XLI

LA OBRA PÚBLICA, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y LA CONSULTORÍA DE OBRA (IV)

SUMARIO: 1. La ampliación de plazo contractual en obras y la modificación de la ruta crítica. 2. La ampliación de plazo en consultoría de obras. 3. Evaluación de la solicitud de la ampliación de plazo. 4. La improcedencia de la suscripción de la adenda. 5. El procedimiento de ampliación de plazo en consultoría de obras. 6. Procedimiento de ampliación de plazo en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 6.1. Contenido de la solicitud y la prórroga para su presentación. 6.2. El rol de la supervisión y las implicancias de su silencio (el pronunciamiento de la entidad). 6.3. El pronunciamiento de la entidad contratante. El silencio positivo. 6.4. La ampliación de plazo parcial. 6.5. La ampliación de plazo en las obras bajo sistemas de entrega que incluyan el diseño 6.6. Ampliación de plazo a los contratos vinculados. 6.7. La ampliación por causales que no se sustenten en un mismo período de tiempo. 7. Efectos de la ampliación de plazo de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 7.1. Pagos de conceptos vinculados al período. 7.2. Valorización y reajustes. 8. Suspensión de plazo en ejecución de obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción 9. El plan de contingencia en el caso de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción. 10. La ejecución rápida (***fast track***) en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción. 11. Propuestas de cambio de ingeniería de valor (PCIV). 11.1. PCIV propuestas respecto de la ejecución de la obra. 11.2. PCIV y repartición de ahorros. 12. Actualización de programa de ejecución en consultoría de obras y en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 13. Monitoreo y control de obras y consultoría de obras. 14. La intervención económica de la obra. 14.1. El rol del contratista en la intervención económica de la obra. 15. Reajustes en obras y consultoría de obras. 15.1. En el caso de obras pactadas en moneda nacional o extranjera. 16. Recepción y liquidación de obras y consultoría de obras. 16.1. Recepción de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción. 16.2. Certificado de conformidad técnica y comité de recepción. 16.3. Verificación del cumplimiento contractual por parte del comité de recepción y el acta de recepción de obra. 16.4. Responsabilidad de la supervisión. 16.5. Observaciones y levantamiento de observaciones. 16.6. La recepción luego del levantamiento de observaciones. 16.7. Recepción y vicios ocultos. 16.8. Retraso en la recepción por causas ajenas al contratista

y reconocimiento de gastos generales. 16.9. Cuando la subsanación de las observaciones la hace la entidad y la no incurrencia en fraccionamiento. 16.10. La recepción parcial. 17. La liquidación del contrato de obra y de consultoría de obra y declaratoria de fábrica. 17.1. La liquidación parcial de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción. 17.2. La Declaratoria de fábrica en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y díseño y construcción. 17.3. La liquidación de obras y consultoría de obras. 17.4. Criterios del OSCE en la liquidación de obras y consultoría de obras. 17.4.1. Aprobación de la liquidación de obra. 17.4.2. ¿Qué se considera en la liquidación de obra? 17.4.3. ¿Quién presenta la liquidación? 17.4.4. Liquidación de contrato, acciones legales y arbitraje. 18. Vicios ocultos en la ejecución de obras. 18.1. En el caso de los componentes de mobiliario y equipamiento o contratos que correspondan sólo a la adquisición y entrega de mobiliario y/o equipamiento. 18.2. Los contratos de ejecución de obra o con componente de obra.

En atención a lo hasta aquí expuesto, la ejecución del contrato obra en general, y la de consultoría de obra, tienen como uno de sus aspectos esenciales al plazo, el que está condicionado no solo por el inicio de su cómputo a la firma del contrato, sino por el cumplimiento de los requisitos para su cómputo a pesar de haber suscrito el contrato, así como al cronograma de ejecución.

El cronograma, o calendario de ejecución, marca el detalle del avance ordenado de la obra dentro del plazo pactado. Pero la ejecución de obra pública no tiene tiempos perfectos, por cuanto este puede verse afectado por responsabilidad del contratista, de la entidad, o sin que sea responsabilidad de las partes. En el Perú el caso más notorio es el del clima, la carretera mal programada, la defensa ribereña iniciada cerca del inicio del periodo de lluvias pueden no solo afectar el plazo, sino toda la obra.

Ante esta situación se plantea la ampliación del plazo de ejecución del contrato, o ampliación del plazo contractual, así como la ampliación de plazo en el contrato de consultoría de obra, pero con la condición de que esta se deba a causas no atribuibles al contratista, sino estaríamos ante la figura de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones, la que puede terminar en aplicación de penalidades, intervención económica de la obra, o resolución de contrato.

Sobre este tema, el artículo 198 del RLGCP discrimina entre la ampliación de plazo en el contrato de obra, del de consultoría de obra. El primero es tratado en el numeral 198.1, mientras que el segundo en el 198.2.

1. LA AMPLIACIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL EN OBRAS Y LA MODIFICACIÓN DE LA RUTA CRÍTICA

En el caso de obras, el numeral 198.1 indica que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución vigente al momento de la solicitud:

a) Por atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

En relación con las paralizaciones de obra y el procedimiento para el reinicio, la DTN estableció:

> [...] la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento para el reinicio de la ejecución de una obra paralizada, por lo que, sin menoscabo de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, cada entidad podrá tomar las acciones que estime convenientes para cautelar el uso adecuado de los recursos públicos.
>
> En ese sentido, las paralizaciones[108] que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, ocasionadas por causas no atribuibles al contratista (lo que debe estar debidamente acreditado), constituyen una causal para que este solicite la ampliación del plazo de ejecución del contrato, debiendo dicha solicitud realizarse —previa anotación en el cuaderno de obra— antes del vencimiento del contrato. Vencido el referido plazo no resulta procedente efectuar la solicitud de ampliación de plazo, correspondiendo, ante la demora en la ejecución de la prestación, aplicar la penalidad [...]. (Opinión N.° 016-2016/DTN)

b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra.

c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.

2. LA AMPLIACIÓN DE PLAZO EN CONSULTORÍA DE OBRAS

Cuando se trata de consultorías de obra, la norma reglamentaria establece que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales:

- Cuando se aprueba una prestación adicional, siempre y cuando afecte el plazo de ejecución.
- Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.
- En el caso de los contratos de supervisión de obras o de elaboración de expedientes técnicos, cuando se aprueben modificaciones

108 Conforme a la Opinión N.° 017-2014/DTN, la "paralización" de obra se define como la detención de la ejecución de todas las actividades y/o partidas que forman parte de la misma, no siendo posible que el contratista valorice los mayores gastos generales incurridos en este periodo. La entidad es la única competente para aprobar una solicitud de ampliación del plazo de obra y, en esa medida, calificar los hechos o circunstancias que la sustentan como "paralización". En caso de controversia, el tribunal arbitral también sería competente para definir si los hechos o circunstancias que sostienen la ampliación del plazo constituyen o no una "paralización".

en el contrato supervisado que afecten el plazo de ejecución del contrato del supervisor.

3. EVALUACIÓN DE LA SOLICITUD DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO

Sobre la solicitud para la ampliación de plazo, se ha precisado a quien se dirige la solicitud, indicando que "la solicitud de ampliación de plazo que va a plantear el contratista, debe estar dirigida en forma directa al inspector o supervisor, según corresponda, con el fin de que pueda pronunciarse al respecto, ya que es este el que controla en nombre de la entidad los trabajos efectuados por el contratista, siendo el responsable de velar permanentemente por la correcta ejecución de la obra y el cumplimiento del contrato" (Opinión N.° 027-2012/DTN).

Sobre este tema, el numeral 198.3 establece que, en la evaluación de la solicitud de ampliación de plazo, el supervisor y la entidad contratante privilegian, para su pronunciamiento, por encima de las formalidades de la documentación presentada, dos aspectos:

- El criterio técnico
- El cumplimiento de la finalidad pública

En ambos casos procede siempre que el sustento otorgue certeza a la decisión.

4. LA IMPROCEDENCIA DE LA SUSCRIPCIÓN DE LA ADENDA

El numeral 198.4 dispone que no corresponde suscribir una adenda al contrato por la aprobación de una ampliación de plazo, bastando con su publicación en la Pladicop para que surta todos sus efectos.

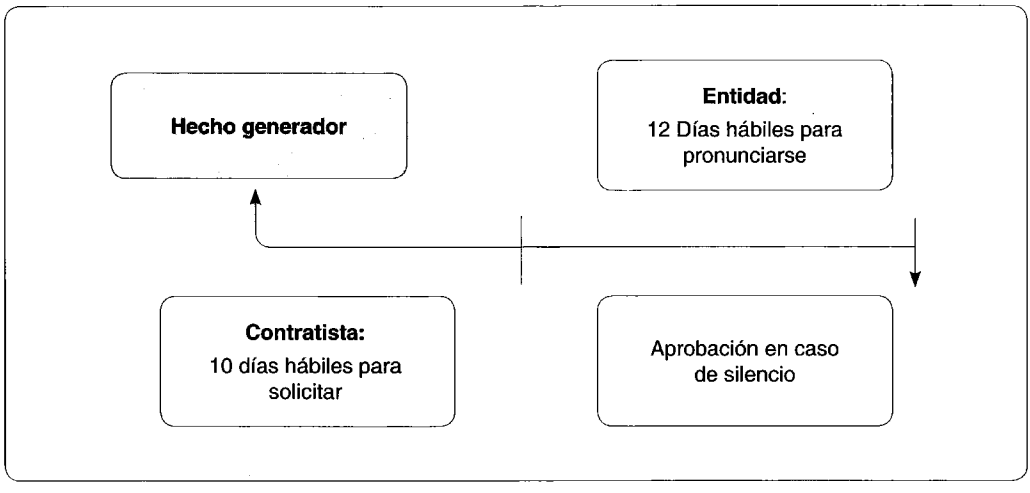
5. EL PROCEDIMIENTO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO EN CONSULTORÍA DE OBRAS

El artículo 199 del RLGCP indica que cuando se trate de consultoría de obras se sigue el siguiente procedimiento:

- El contratista solicita la ampliación de plazo dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación de la prestación adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.
- Dentro de dicho plazo, el contratista puede pedir una prórroga de hasta diez días hábiles adicionales para presentar la solicitud de

ampliación de plazo. Las solicitudes extemporáneas de ampliación de plazo se tienen por no presentadas.

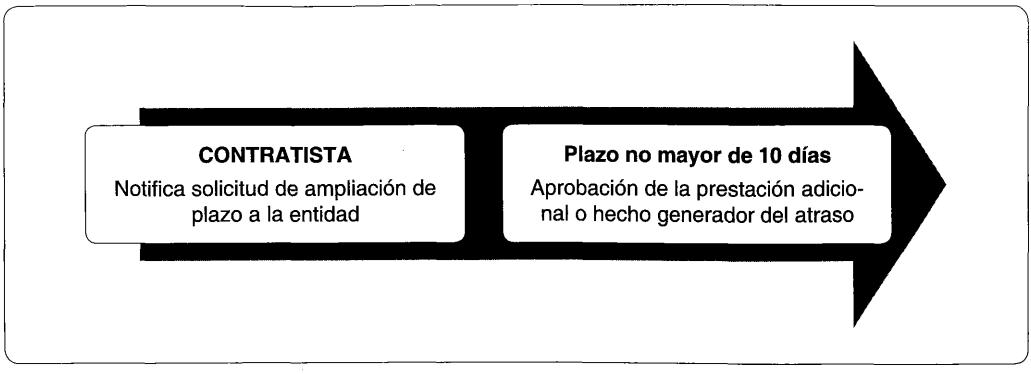
- La autoridad de la gestión administrativa resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista dentro de los doce días hábiles, contabilizados desde el día siguiente de recibida la solicitud, siendo que, de no existir pronunciamiento, se tiene por aprobada.
- La ampliación de plazo da lugar al pago según la tarifa contratada, o en el caso que se haya optado por otra modalidad de pago, se reconoce el gasto general y el costo directo debidamente acreditado, además de la utilidad del rubro correspondiente.



El numeral 199.2 agrega que, en el caso de contratos de supervisión de obras, en el mismo acto resolutivo que aprueba la ampliación de plazo de la obra, puede ampliarse el plazo de la supervisión.

6. PROCEDIMIENTO DE AMPLIACIÓN DE PLAZO EN OBRAS BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El artículo 200 establece el procedimiento a seguir en los pedidos de ampliación de plazo en los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción, desarrollando este trámite en los literales y numerales que lo integran. Así se indica que el contratista notifica su solicitud de ampliación de plazo a la entidad contratante y a la supervisión en un plazo no mayor de diez días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación de la prestación adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.



Dentro de dicho plazo, el contratista puede pedir una prórroga de hasta diez días hábiles adicionales para presentar la solicitud de ampliación de plazo. Las solicitudes extemporáneas de ampliación de plazo se tienen por no presentadas.

6.1. Contenido de la solicitud y la prórroga para su presentación

El literal a) del numeral 200.1 establece que la solicitud contiene:

- Los motivos que originan la ampliación.
- Detalla los días de inicio y fin de la causal.
- La cuantificación de los días de ampliación.
- Los riesgos asociados.
- Adjunta el programa de ejecución de obra actualizado, indicando todas las modificaciones que se derivan de la ampliación de plazo solicitada.
- Como parte del sustento, el contratista puede utilizar los asientos del cuaderno de incidencias, relacionados al inicio y fin de la causal.

6.2. El rol de la supervisión y las implicancias de su silencio (el pronunciamiento de la entidad)

El literal b) del numeral 200.1 establece que la supervisión revisa la solicitud del contratista y notifica su opinión técnica a la entidad contratante en un plazo no mayor de cinco días hábiles contabilizados desde el día siguiente de presentada la solicitud.

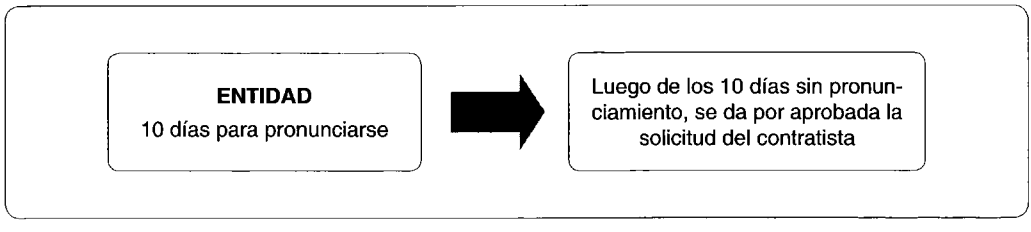
El supervisor puede sustentar el recalculo del plazo materia de ampliación, en cuyo caso indica expresamente los días aprobados.

El literal c) agrega que, si el supervisor no se pronuncia dentro del referido plazo, la entidad contratante da respuesta a la solicitud de ampliación de plazo sin dicho pronunciamiento, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan a la supervisión.

6.3. El pronunciamiento de la entidad contratante: el silencio positivo

El literal d) del numeral 200.1 indica que la entidad resuelve la solicitud de la ampliación de plazo y notifica su decisión al contratista, a través de la Pladicop, en un plazo no mayor de diez días hábiles contabilizados desde el día siguiente de recibida la opinión del supervisor o del vencimiento del plazo sin que haya emitido opinión.

Si la entidad contratante no se pronuncia dentro del plazo indicado, se tiene por aprobado lo informado por el supervisor, salvo que este no se haya pronunciado, caso en el cual se tiene por aprobado lo solicitado por el contratista.



En relación con la ampliación de plazo y el silencio administrativo positivo, la DTN estableció:

> [...] la ampliación del plazo contractual es automática y se produce por el solo transcurso o vencimiento del plazo concedido a la entidad para pronunciarse respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista.
>
> Así, la aprobación automática de la solicitud de ampliación del plazo contractual se convierte en una especie de sanción a la inacción de la entidad que persigue resolver una situación que no puede mantenerse en suspenso, pues ello podría evitar la oportuna ejecución de las prestaciones del contratista o que estas devengan en más onerosas para este. [...] En esa medida, si una entidad dejó transcurrir el plazo para pronunciarse respecto de la solicitud de ampliación del plazo contractual presentada por un contratista sin emitir y notificar la respectiva resolución, el plazo se entenderá ampliado, por lo que posteriormente no cabe la emisión de resolución alguna sobre el particular por parte de la entidad. (Opinión N.° 045-2011/DTN)

En este mismo sentido, en la Opinión N.° 063-2012/DTN referida al plazo que tiene la entidad para emitir la resolución pronunciándose sobre la solicitud de ampliación de plazo y ejecución de prestaciones adicionales en obras, ante la consulta "¿en caso que el contratista y/o el supervisor o inspector de la obra emitan su solicitud u opinión en un plazo inferior al límite máximo que establece la norma, la entidad podrá contar como días adicionales a su plazo para emitir pronunciamiento los días no utilizados por el contratista y/o supervisor?", la DTN estableció que "la entidad no puede computar como días adicionales al plazo que tiene para emitir y notificar la resolución pronunciándose sobre la solicitud de ampliación de plazo, los días no utilizados por el contratista o el supervisor para presentar la solicitud u opinar sobre esta, respectivamente" (Opinión N.° 063-2012/DTN).

Por otro lado, ante la consulta "¿el plazo con el que cuenta la entidad para emitir resolución respecto a la solicitud de ampliación de plazo, venza en día inhábil, se entenderá que dicho plazo vence el primer día hábil siguiente, por aplicación supletoria del numeral 5) del artículo 183 del Código Civil?", se indicó:

> [...] la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario y se computan desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las bases.
>
> Adicionalmente, el citado artículo señala que se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil. Al respecto, el numeral 5) del artículo 183 del Código Civil establece que 'el plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente'.
>
> En tal sentido, si el último día del plazo con el que cuenta la entidad para emitir la resolución respecto a la solicitud de ampliación de plazo, es un día inhábil, este vencerá el primer día hábil siguiente. (Opinión N.° 014-2011/DTN)

En cuanto a la emisión de la resolución y la notificación de la ampliación de plazo, ante la consulta "¿resulta de carácter obligatorio que las entidades públicas notifiquen sus resoluciones mediante las cuales se pronuncian sobre las solicitudes de ampliaciones de plazo y adicionales de obra, en el mismo plazo con el que cuentan para su emisión?", la opinión fue:

> [...] dicho plazo la entidad no solo debe emitir la respectiva resolución, sino también notificarla al contratista, ello resulta implícito, pues dicho plazo ha sido establecido con la finalidad de que, dentro de este, la entidad adopte una decisión y la comunique formalmente al contratista [...] plantearse una

> interpretación contraria [...] no se condice con la celeridad que la Administración pública debe observar al pronunciarse sobre las solicitudes planteadas por los contratistas, pues ello repercute de forma directa en la oportuna satisfacción del interés de la entidad en la contratación, que no es otro que la satisfacción del interés público. (Opinión N.° 051-2010/DTN)

6.4. La ampliación de plazo parcial

El numeral 200.2 establece que el contratista puede solicitar una ampliación de plazo parcial cuando se trate de circunstancias que no cuenten con fecha prevista de conclusión, siempre que no se hubiera suspendido el plazo contractual, para lo cual se aplica lo señalado el procedimiento señalado precedentemente.

6.5. La ampliación de plazo en las obras bajo sistemas de entrega que incluyan el diseño

En este caso, el numeral 200.3 indica que la ampliación de plazo del componente correspondiente al diseño se tramita conforme a lo dispuesto en el artículo 199[109].

6.6. Ampliación de plazo a los contratos vinculados

El numeral 200.4 regula lo referente a los contratos vinculados, indicando que, en virtud de la ampliación otorgada, la entidad contratante amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal, sin solicitud previa.

109 Artículo 199.- Procedimiento de ampliación de plazo en consultoría de obras

199.1. En el caso de consultoría de obras, se sigue el siguiente procedimiento:

a) El contratista solicita la ampliación de plazo dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación de la prestación adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. Dentro de dicho plazo, el contratista puede pedir una prórroga de hasta diez días hábiles adicionales para presentar la solicitud de ampliación de plazo. Las solicitudes extemporáneas de ampliación de plazo se tienen por no presentadas.

b) La autoridad de la gestión administrativa resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista dentro de los doce días hábiles, contabilizados desde el día siguiente de recibida la solicitud. De no existir pronunciamiento, se tiene por aprobada.

c) La ampliación de plazo da lugar al pago según la tarifa contratada, o en el caso que se haya optado por otra modalidad de pago, se reconoce el gasto general y el costo directo debidamente acreditado, además de la utilidad del rubro correspondiente.

199.2. En el caso de contratos de supervisión de obras, en el mismo acto resolutivo que aprueba la ampliación de plazo de la obra, puede ampliarse el plazo de la supervisión.

6.7. La ampliación por causales que no se sustenten en un mismo período de tiempo

En este caso, el numeral 200.5 establece que el pedido corresponda a una ampliación parcial o total, cada solicitud de ampliación de plazo se tramita y resuelve independientemente. Al respecto, en la Opinión N.° 024-2016/DTN se estableció:

> [...] estas disposiciones tenían por objeto que las entidades tramitaran y resolvieran cada solicitud de ampliación de plazo de manera independiente, con la excepción de aquellas que se sustentaran en hechos ocurridos en un mismo periodo de tiempo (sea este parcial o total), pues, de evaluarse independientemente, podrían aprobarse dos o más ampliaciones de plazo por eventos que afectaron un mismo periodo de tiempo.
>
> Esta situación podía ocurrir cuando la entidad se demoraba en aprobar una prestación adicional de obra que afectaba la ruta crítica y durante dicha demora se producía, de manera paralela, un evento que calificaba como caso fortuito o fuerza mayor (lluvias intensas). En este caso, el primer evento correspondía a la causal 'atrasos o paralizaciones por causas atribuibles a la entidad' y el segundo evento correspondía a la causal 'caso fortuito o fuerza mayor'. De no existir el segundo efecto del párrafo citado, ambas causales, de tramitarse independientemente, podían generar una doble ampliación de plazo por un mismo periodo de tiempo; situación que iría en contra de la finalidad de la ampliación del plazo que es equilibrar las condiciones inicialmente pactadas. (Opinión N.° 024-2016/DTN)

7. EFECTOS DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO DE OBRA BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN Y DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Los efectos de la ampliación de plazo en los sistemas de la referencia se describen en el artículo 201 del RLGCP, en los numerales 200.1 y 200.2, los que seguidamente citamos:

7.1. Pagos de conceptos vinculados al período

En numeral 200.1 se indica que las ampliaciones de plazo en el componente de ejecución de obras dan lugar al pago de los conceptos vinculados al periodo que originó la ampliación de plazo, los cuales deben ser acreditados por el contratista considerando el programa de ejecución de obra.

7.2. Valorización y reajustes

El numeral 200.2 precisa que los conceptos reconocidos por la entidad contratante son presentados en las valorizaciones y contemplan el reconocimiento de reajustes.

8. SUSPENSIÓN DE PLAZO EN EJECUCIÓN DE OBRAS BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El artículo 202 del RLGCP establece las reglas a aplicar en el caso se produzca la suspensión de plazo en la ejecución de obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción, el que se realiza de acuerdo con lo establecido en el artículo 107 del RLGCP[110], las que seguidamente glosamos:

- La suspensión de plazo de ejecución de obra no supone el reconocimiento de mayores gastos generales y/o costos directos, salvo los que sean necesarios para viabilizar la suspensión, lo que incluye la seguridad de la obra y la integridad de las personas, de acuerdo con los términos en los que se acuerda la suspensión.
- Reiniciado el plazo de ejecución del contrato, la entidad contratante comunica al contratista la modificación de las fechas del progra-

110 Artículo 107.- Suspensión del plazo de ejecución contractual

107.1. Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la interrupción de la ejecución de las prestaciones, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y/o costos directos; salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

107.2. Culminado el evento que produjo la interrupción de la ejecución de las prestaciones, las partes suscriben un acta, acordando la fecha de su reinicio. En caso no exista acuerdo, la entidad contratante determina la fecha de reinicio.

107.3. La entidad contratante suspende el plazo de ejecución de los contratos directamente vinculados al contrato suspendido, cuando corresponda. Culminado el plazo de suspensión se suscribe un acta en la que se indique la fecha de reinicio de la ejecución contractual.

107.4. Durante la suspensión del plazo de ejecución, no se realizan actividades del alcance del contrato; sin embargo, las partes pueden realizar trámites propios de la gestión de contrato, tales como aquellos destinados a la aprobación de prestaciones adicionales, valorizaciones pendientes u otro tipo de modificaciones contractuales, siempre que ello resulte posible y no contravenga otras disposiciones del Reglamento.

107.5. Previa autorización de la autoridad de la gestión administrativa, las partes pueden acordar la suspensión del plazo de ejecución, aun cuando el evento se deba a causa imputable a la entidad contratante, sin perjuicio de iniciarse el respectivo deslinde de responsabilidades.

ma de ejecución actualizado y de los calendarios correspondientes, respetando los términos en los que se acordó la suspensión.

- La falta de pago de dos valoraciones consecutivas ocasiona la suspensión del plazo de ejecución contractual, para lo cual el contratista requiere a la entidad contratante el pago de por lo menos una valorización pendiente en un plazo no mayor de diez días. Vencido el plazo otorgado por el contratista, el residente anota en el cuaderno de incidencias la suspensión, que inicia desde el día siguiente de realizada la anotación. En este caso, la entidad contratante reconoce al contratista los costos directos y/o mayores gastos generales vinculados y acreditados.
- En caso se resuelva un contrato principal, las partes pueden acordar suspender el plazo de ejecución del contrato directamente vinculado al contrato resuelto hasta que se suscriba un nuevo contrato principal para ejecutar la prestación.
- Cuando se resuelva un contrato directamente vinculado, las partes pueden acordar suspender el plazo de ejecución del contrato principal, hasta que se perfeccione un nuevo contrato directamente vinculado.

9. EL PLAN DE CONTINGENCIA EN EL CASO DE OBRAS BAJO EL SISTEMA DE ENTREGA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El artículo 203 del RLGCP regula lo referente al plan de contingencia tiene que ver con los problemas sociales que se pueden presentar en la ejecución de la obra, hecho que suele suceder en un país como el Perú, y ante lo cual el artículo 220 establece que en caso la obra lo requiera para reubicación de la población beneficiaria, este puede diseñarse y/o ejecutarse en paralelo al desarrollo del expediente técnico.

10. LA EJECUCIÓN RÁPIDA (*FAST TRACK*) EN OBRAS BAJO EL SISTEMA DE ENTREGA DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Sobre este tema, el numeral 204.1 del artículo 204 indica que, en las obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción, puede utilizarse la metodología ejecución rápida (*fast track*), la que permite la elaboración del expediente técnico en paralelo a la ejecución de obra, para lo que el numeral previamente deben darse las siguientes condiciones:

- En la estrategia de contratación se sustenta las ventajas y viabilidad técnica del uso de ejecución rápida en comparación con una meto-

dología secuencial de los componentes. Dicho sustento se adjunta al requerimiento de la contratación.

- Desde el inicio de elaboración del expediente técnico se consideran herramientas para la estimación de cantidades y costos.
- Se designa un coordinador de proyecto. Respecto de los requisitos del coordinador, el numeral 204.4 de la norma reglamentaria establece que el coordinador de una obra que se ejecute mediante ejecución rápida *(fast track)* cuenta con no menos de cinco años de experiencia como coordinador de obra, coordinador de proyecto, administrador de obra, administrador de proyecto y/o similares, así como capacitación no menor a cuarenta horas o estudios de especialización en gestión de proyectos y/o similares.
- A lo expuesto se agrega que la entidad contratante debe haber ejecutado al menos dos contratos mediante diseño y construcción correspondientes a la especialidad de la obra, en el que se hayan cumplido las siguientes características:
  - i) El monto del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico no haya superado el 30 % del monto del contrato original respecto a dicho componente.
  - ii) Que la entidad contratante haya realizado observaciones a los entregables y otorgado las conformidades dentro de los plazos correspondientes.

Además de lo indicado debe considerarse lo establecido en el numeral 204.3, el que refiere que desde el inicio de elaboración del expediente técnico se consideran herramientas para la estimación de cantidades y costos. En cada entregable se remite un cálculo de presupuesto actualizado de la obra.

11. PROPUESTAS DE CAMBIO DE INGENIERÍA DE VALOR (PCIV)

El anexo de definiciones del RLGCP establece que por ella se entiende "una metodología sistemática y estructurada utilizada para mejorar el valor de una edificación o infraestructura sin sacrificar la calidad, la seguridad o el rendimiento. Su objetivo es optimizar los costos, que pueden referirse tanto al costo de construcción como al de operación y mantenimiento, reducir los plazos de ejecución y/o mejorar la funcionalidad".

Normativamente tenemos que el numeral 205.1 del artículo 205 del RLGCP indica que independientemente de la modalidad de pago del contrato de obra y/o consultoría de obra, el contratista desarrolla y presenta

propuestas de cambio de ingeniería de valor (PCIV) de manera voluntaria, caso en el cual la supervisión:

- Emite pronunciamiento respecto de las propuestas de PCIV en un plazo máximo de diez días contabilizados desde el día siguiente de recibidas y, en el sistema de entrega de solo construcción, en caso de que no hubiera transcurrido más de un año de otorgada la conformidad de la elaboración del expediente técnico, las remite al proyectista en un plazo máximo de 10 días contabilizados desde el día siguiente de recibidas, y, en caso de que no hubiera transcurrido más de un año de otorgada la conformidad de la elaboración del expediente técnico, las remite al proyectista tiene un plazo máximo de diez días computado desde el día siguiente de notificado, para pronunciarse.
- La entidad contratante se pronuncia en un plazo máximo de diez días hábiles desde el día siguiente de recibido el pronunciamiento de la supervisión, o, de corresponder, de recibida la opinión del proyectista.

11.1. PCIV propuestas respecto de la ejecución de la obra

En numeral 205.3 se indica que, en el caso de PCIV propuestas respecto de la ejecución de obra, estas deben reducir el costo total del contrato o generar ahorros durante la operación y mantenimiento de la edificación o infraestructura sin perjudicar sus características esenciales o funciones.

11.2. PCIV y repartición de ahorros

Finalmente, el numeral 205.4 indica que si la entidad contratante acepta las PCIV los ahorros generados son repartidos entre las partes según los porcentajes estable cidos en las bases.

12. ACTUALIZACIÓN DE PROGRAMA DE EJECUCIÓN EN CONSULTORÍA DE OBRAS Y EN OBRAS BAJO LOS SISTEMAS DE ENTREGA DE SOLO CONSTRUCCIÓN, Y DE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

El artículo 206 del RLGCP trata sobre la actualización de programa de ejecución bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción, estableciendo que el contratista presenta el programa de ejecución y calendarios contractuales actualizados al supervisor en los siguientes casos:

- Cuando se presente el plan de trabajo de cada componente.

- Por la aprobación de modificaciones contractuales, cuando corresponda.
- Por solicitud de la entidad contratante previo sustento.

En estos casos, el numeral 206.2 indica que el supervisor evalúa y remite a la entidad contratante la versión definitiva del programa de ejecución y calendarios actualizados para su aprobación, de considerar que existen observaciones, el supervisor las comunica al contratista para que las subsane.

13. MONITOREO Y CONTROL DE OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

El artículo 207 establece, en los numerales 207.1 al 207.5, las reglas a aplicarse respecto del monitoreo y control de obras y consultoría de obras.

207.1. La supervisión emplea herramientas para realizar el monitoreo y control conforme al literal i) del numeral 187.3 del artículo 187[111].

En caso de retraso injustificado, en los avances parciales, cuando el supervisor verifique que la valorización acumulada ejecutada sea menor al 80 % de la valorización acumulada programada o exista atraso en la ruta crítica al momento de realizada dicha valorización, ordena la presentación de un nuevo programa de ejecución que contemple la aceleración de trabajos que garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando ese hecho en el cuaderno de incidencias.

207.2. El contratista debe presentar dentro de los siete días siguientes, el programa de ejecución para la revisión del supervisor de obra, quién a su vez en un plazo de tres días remite su pronunciamiento a la entidad contratante, que se reserva la posibilidad de observarlo dentro de los siguientes siete días hábiles, caso contrario se considera aprobado.

207.3. La falta de presentación de este programa de ejecución dentro del plazo señalado en el numeral precedente puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. El nuevo calendario no exime al contratista de la responsabilidad por demoras injustificadas, ni es aplicable para el cálculo y control de reajustes ni para sustentar las solicitudes de ampliaciones de plazo.

207.4. El nuevo programa de ejecución sólo se toma en cuenta para el 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.

207.5. Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al 80 % del monto acumulado programado del nuevo calendario, el supervisor anota el hecho en el cuaderno de incidencias e informa a la entidad contratante. Dicho retraso puede ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra.

111 187.3. La supervisión de obra en los casos de los sistemas de entrega de solo construcción y de diseño y construcción es responsable de:

14. LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA OBRA

En relación con la intervención económica de la obra tenemos que en la Opinión N.° 078-2015/DTN se indicaba respecto de su instrumentalización, que esta era "[...] una medida que le permite a las entidades participar directamente en el manejo económico de una obra a través de la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato" (Opinión N.° 078-2015/DTN)

Por otra parte, la DTN la referirse a la disyuntiva que tendría la entidad de elegir entre la nulidad de contrato o intervención económica de la obra se indicó que "[...] en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no existe un "orden de prioridad" para que las Entidades decidan optar entre la "*declaratoria de nulidad de oficio del contrato*" o la "*intervención económica de la obra*", toda vez que dichas figuras constituyen medidas distintas entre sí, que las Entidades *pueden* adoptar, o no —bajo una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad—, ante la configuración de alguno de los supuestos establecidos" (Opinión N.° 047-2019/DTN).

En la actual normativa, el artículo 208 del RLGCP se regula también la intervención económica de la obra, estableciendo en el numeral 208.1 que la entidad contratante puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en cuando se generen las siguientes 3 circunstancias:

a) Emitir conformidad sobre el programa de ejecución y calendarios conforme el artículo 206.
b) Revisar el plan de trabajo presentado por el contratista.
c) Verificar que cualquier información presentada por el contratista se ajuste al contrato bajo supervisión.
d) Ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que perjudiquen la buena marcha de la obra.
e) Gestionar la calidad de la obra pudiendo rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por no ajustarse al contrato bajo supervisión y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.
f) Probar, examinar y hacer ensayos con los equipos, equipamiento, sistemas y materiales, antes de su incorporación a la obra siempre que ello se haya establecido en el contrato del supervisor.
g) Suspender las actividades y/o prestaciones que, a su criterio, no cumplan con obligaciones establecidas en el contrato bajo supervisión.
h) Rechazar u objetar los trabajos o prestaciones presentados por el contratista, requiriendo su subsanación.
i) Realizar el monitoreo y control para evaluar el desempeño de la obra y/o consultoría de obra en términos de alcance, costo y tiempo.
j) Elaborar el informe respecto de la liquidación del contrato de obra, siempre que se haya establecido en el contrato del supervisor.

Caso fortuito

Fuerza mayor

Por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos

Desde esta perspectiva se entiende que la intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar a resolver el contrato.

¿Qué sucede si el contratista rechaza la intervención económica? En este caso la norma establece que el contrato es resuelto por incumplimiento.

14.1. El rol del contratista en la intervención económica de la obra

El numeral 208.3 indica que este proceso no deja al contratista al margen de su participación contractual, ni de sus obligaciones correspondientes; sin embargo, pierde el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

15. REAJUSTES EN OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

El fenecido OSCE estableció, en distintas opiniones, la finalidad del reajuste de las valorizaciones, así como los términos de su vinculación. Por otro lado, en el artículo 209 del RLGCP se regula lo referente a los reajustes en obras y consultoría de obras, indicando que estos se realizan aplicando lo dispuesto por la DGA respecto a las fórmulas polinómicas, después de lo cual viene el tratamiento específico a cada situación, precisándose en el numeral 209.4, que es potestad del contratista solicitar la aplicación y pago de los reajustes en las valorizaciones o en la liquidación.

En este contexto, en la Opinión N.° 188-2015/DTN se determinó:

> [...] la obligación de reajustar las valorizaciones tiene por objeto actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización —toda vez que su valor original

> puede haber variado desde que se contrajo la obligación— manteniendo —de esta manera— el equilibrio económico del contrato [...] la normativa de contrataciones del Estado no establece que el reajuste de las valorizaciones resulta aplicable solo a las obras que se ejecuten bajo un sistema de contratación en particular; por tanto —en los casos que corresponda— se debe calcular el reajuste de cada valorización a efectos de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra y de evitar la afectación del equilibrio económico del contrato, independientemente del sistema de contratación que haya sido empleado.

En esta misma línea, en la Opinión N.° 097-2019/DTN se estableció la relación entre valorizaciones y reajustes:

> [...] a efectos de aplicar la fórmula polinómica y efectuar el reajuste que contempla la normativa de contrataciones del Estado, es necesario identificar los índices unificados de precios que estuvieron vigentes al momento de la elaboración del presupuesto, para lo cual debe considerarse la fecha de determinación del presupuesto de obra consignada en el Expediente Técnico de Obra[112].

Por otro lado, en la Opinión N.° 007-2024/DTN se estableció respecto del reajuste y los precios consignados en el expediente técnico y la fórmula polinómica:

> A efectos de aplicar la fórmula polinómica y efectuar el reajuste que contempla la normativa de contrataciones del Estado, es necesario identificar los índices unificados de precios que estuvieron vigentes al momento de la elaboración del presupuesto de obra principal, para lo cual debe considerarse la fecha de determinación del mismo consignada en el expediente técnico.
>
> Independientemente de que se trate de precios previstos en el expediente técnico de la obra principal o de precios no previstos en este, a efectos de aplicar las fórmulas polinómicas del expediente técnico del adicional de obra y —en consecuencia— realizar los reajustes de las valorizaciones de los presupuestos adicionales, es necesario identificar —entre otros elementos— los índices unificados de precios que estuvieron vigentes al momento de la elaboración del presupuesto de obra principal.

15.1. En el caso de obras pactadas en moneda nacional o extranjera

El numeral 209.2 establece que, en el caso de obras pactadas en moneda nacional o extranjera, la entidad contratante aplica los reajustes para para las valorizaciones de acuerdo con las fórmulas polinómicas estableci-

112 En concordancia con el criterio contenido en la Opinión N.° 058-2016/DTN.

das en el expediente técnico aprobado y, en el caso de adicionales, con la fórmula polinómica del presupuesto del adicional.

El contratista calcula y consigna en su valorización el monto resultante de la aplicación de dichas fórmulas, cuyas variaciones son mensuales, hasta la fecha de pago prevista en el contrato respectivo, utilizando los Índices Unificados de Precios de la Construcción publicados por el INEI a la fecha de solicitud de pago.

Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan las regularizaciones necesarias.

15.2. En el caso de consultoría de obras pactados en moneda nacional o extranjera

En esta situación, el numeral 209.3 dispone que la entidad contratante aplica los reajustes que correspondan en los pagos de acuerdo con las fórmulas monómicas o polinómicas, según corresponda, previstas en las bases.

Los reajustes se calculan utilizando los Índices de Precios al Consumidor publicados por el INEI a la fecha de facturación. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan las regularizaciones necesarias.

16. RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

La recepción de obra implica la conformidad de la Administración con la obra realizada. Constituye el fin normal del contrato de obra pública, ya que este resulta de la ejecución integral por el contratista de sus obligaciones (Diez, 1979, p. 261); pero a la vez:

> [...] constituye también un acto de control que se produce con posterioridad a la culminación de la obra, pero previo a la liquidación de la obra, en el que se procede a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, y en el cual se efectúan las pruebas necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos, de ser necesario. (Opinión N.° 192-2015/DTN)

En cuanto a las limitaciones de esta, en la Opinión N.° 126-2019/DTN se hizo referencia a la improcedencia de la aprobación de prestaciones adicionales en la fase de recepción de obra:

> [...] la ejecución de prestaciones adicionales de obras se aprueba para cumplir con la finalidad del contrato, se entiende que aquellas solo pueden apro-

barse durante la ejecución de la obra, *hasta su efectiva conclusión*; es decir, en tanto la obra no haya culminado y no cumpla con la meta prevista.

En consecuencia, *considerando que la obra ha culminado*, no resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra cuando esta se encuentre en etapa de recepción [113].

Los artículos 212 al 216 del RLCP tratan en extenso este tema, tan importante para la contratación pública, ya que constituye la realización del fin de la gestión.

16.1. Recepción de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción

El numeral 212.1 del RLGCP indica que luego de culminada la ejecución de la obra, el contratista solicita al supervisor la recepción de la obra a través de una anotación en el cuaderno de incidencias, caso en el cual el supervisor corrobora el estricto cumplimiento de lo establecido en el expediente técnico y las modificaciones aprobadas por la entidad contratante.

Luego de concluido este trámite, en un plazo de 5 días contabilizados desde el día siguiente de efectuada la anotación, y de encontrarse conforme, el supervisor remite a la entidad contratante el certificado de conformidad técnica, caso contrario comunica sus observaciones a la entidad contratante y al contratista.

16.2. Certificado de conformidad técnica y comité de recepción

El numeral 212.2 establece que dentro de los 5 días hábiles siguientes de remitido el certificado de conformidad técnica, la entidad contratante designa un comité de recepción conformado por representantes de la entidad contratante de las carreras de ingeniería o arquitectura y/o expertos contratados para ese fin.

¿Quiénes no forman parte del comité de recepción?

La norma establece que no pueden integrarlo, el supervisor, haciendo la salvedad de que el Colegio de Ingenieros, el Colegio de Arquitectos o el representante del Órgano de Control Institucional de la entidad contratante no forma parte del comité, pero puede participar, en calidad de veedor, en la recepción de la obra.

113 En concordancia con los criterios vertidos a través de las opiniones N.° 151-2015/DTN y 108-2019/DTN.

16.3. Verificación del cumplimiento contractual por parte del comité de recepción y el acta de recepción de obra

En un plazo no mayor de 15 días, desde remitido el certificado de conformidad técnica, indica el numeral 212.3, el comité de recepción de obra verifica *in situ* el cumplimiento contractual, así como el correcto funcionamiento u operatividad de la edificación o infraestructura culminada y equipos, en caso corresponda.

De ser el caso, dispone las pruebas para corroborar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y/o las pruebas operativas que sean necesarias, siempre que estén dentro del alcance del contrato.

Culminada la verificación y de no existir observaciones, el contratista, el supervisor y el comité de recepción suscriben el acta de recepción de obra. De existir observaciones, el comité de recepción emite un pliego de observaciones y no recibe la obra, comunicando dicha situación al contratista y a la entidad contratante.

16.4. Responsabilidad de la supervisión

El numeral 62.6 del artículo 62 de la LGCP y el numeral 212.5 del artículo 212 del RLCP indican que la supervisión (o inspector) es responsable por los siguientes aspectos de la obra a recibir:

- Por la verificación de las especificaciones técnicas de los materiales admitidos en obra que el comité de recepción de obra encuentra instalados.
- Por cambios menores de ubicación en campo de algún punto de la instalación siempre que no afecte la cantidad, calidad, seguridad, ni el servicio que prestará la edificación o infraestructura.
- Son responsables civil o penalmente por los hechos de su autoría o acciones de inducción al error, conforme a la normativa especial.

En este extremo se hace la precisión que el comité de recepción de obra no comparte la responsabilidad por la calidad, durabilidad, ni otras especificaciones técnicas de los materiales empleados o instalados, ya que la verificación es de exclusiva responsabilidad de la supervisión, como parte de sus funciones durante la ejecución.

16.5. Observaciones y levantamiento de observaciones

La norma reglamentaria dispone en su numeral 212.6 que el contratista dispone de un décimo del plazo de ejecución vigente de la obra o 40 días,

el que resulte menor para subsanar las observaciones, plazo que se computa a partir del día siguiente de la fecha de emisión del pliego de observaciones.

El contratista puede presentar informes técnicos que sustenten las razones por las que no acoge una o más observaciones que consten en el pliego, con la finalidad de que sean dadas por subsanadas.

Las prestaciones que se ejecuten en dicho periodo no dan derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista, supervisor o inspector ni a la aplicación de penalidad alguna. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considera como demora para efectos de las penalidades que correspondan y puede dar lugar a que la entidad contratante resuelva el contrato por incumplimiento, previo apercibimiento.

El numeral 212.7, que se refiere a la culminación del levantamiento de las observaciones, indica que el contratista solicita la recepción de la obra, y dentro de los 5 días hábiles siguientes, el supervisor se pronuncia respecto al levantamiento de observaciones y solicita la recepción de obra a la entidad contratante.

16.6. La recepción luego del levantamiento de observaciones

Dentro de los 5 días hábiles siguientes de comunicado el levantamiento de las observaciones, el comité de recepción de obra verifica únicamente el levantamiento de las observaciones, no siendo posible formular nuevas observaciones, pero sí mantener las discrepancias, por lo que el numeral 212.9 dispone que de existir discrepancias sobre las observaciones realizadas, el contratista deja constancia de sus argumentos en el pliego de observaciones, el cual se eleva al titular de la entidad para su pronunciamiento sobre las mismas, facultad que es indelegable.

16.7. Recepción y vicios ocultos

El numeral 212.10 indica sobre este tema que, si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el acta de recepción de obra, informa a la entidad contratante para que solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

16.8. Retraso en la recepción por causas ajenas al contratista y reconocimiento de gastos generales

El numeral 212.11 establece que, si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retrasa, superando los plazos establecidos para tal

acto, el lapso de la demora se adiciona al plazo de ejecución y se reconoce al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

16.9. Cuando la subsanación de las observaciones la hace la entidad y la no incurrencia en fraccionamiento

La entidad contratante puede asumir la subsanación de las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o liquidación en los siguientes casos:

- Si vencido el 50 % del plazo establecido para la subsanación, el supervisor verifica que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, informa de inmediato a la entidad contratante quien da por vencido dicho plazo y notifica ello al contratista.
- Si el titular de la entidad ha definido que las observaciones del pliego son subsanables por la entidad contratante con cargo al contratista.

En la ejecución de la subsanación la entidad contratante no incurre en fraccionamiento por las contrataciones realizadas para la subsanación de observaciones con cargo al contratista, siempre que estas no superen en conjunto 16 UIT, tal como lo establece en numeral 212.13.

16.10. La recepción parcial

La normativa, en el numeral 212.14, permite la recepción parcial de secciones terminadas de las obras cuando así se hubiera previsto en las bases o forme parte del contrato, o se acuerde entre las partes durante el proceso de recepción referido, siendo que la recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; caso contrario, se aplican las penalidades correspondientes; disposiciones a la que se agrega que la recepción parcial se sujeta a los plazos y condiciones descritos.

17. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA Y DE CONSULTORÍA DE OBRA Y DECLARATORIA DE FÁBRICA

El proceso de liquidación del contrato de obra fue descrito en la resolución del TCP N.° 020-2016/DTN, en el que se indicaba que este:

> [...] consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar,

> principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la entidad (Salinas Seminario, 2003, p. 44), con lo que también se podría definir como "la diferencia entre el monto final del contrato y los montos a cuenta recibidos por el contratista durante la ejecución de la obra". (Resolución N.° 020-2016/DTN)

En ese sentido, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el *quantum* final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato.

Transcurrida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen. Esto sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato (Opinión N.° 104-2009/DTN).

Otro aspecto relevante es la motivación de la liquidación del contrato de obra, tema respecto del cual en la citada Opinión N.° 104-2009-DTN se determinó que la normativa de contratación pública "no ha previsto que la entidad contratante deba emitir un acto administrativo que disponga la aprobación de la liquidación de obra, entendido este acto como uno distinto y complementario al de su elaboración u observación, cuando corresponda" (Opinión N.° 104-2009/DTN); criterio similar al establecido por el TCP, el que hace referencia a la resolución administrativa que aprueba la liquidación final del contrato, indicando:

> [...] en la medida que dicha liquidación se haya producido con los requisitos de rigor, el medio para probar su existencia podrá recaer en todo aquel documento que acredite fehacientemente tal circunstancia. (Resolución N.° 153/2006/TC-SU)

Desde el ámbito normativo, tenemos que la liquidación regulada por el RLGCP comprende a la liquidación parcial, así como a la liquidación de obras y de consultoría de obras.

17.1. La liquidación parcial de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción

El artículo 213 del RLGCP regula la liquidación parcial en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción, estableciendo para tal efecto las siguientes pautas en sus numerales 213.1 al 213.3.

> 213.1. En el caso de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción, se realiza una liquidación parcial por cada componente.
>
> 213.2. El contenido y plazos de la liquidación parcial se ciñen a los de la liquidación, de acuerdo con el objeto de cada componente, en lo que corresponda.
>
> 213.3. En caso resulte un pago a favor del contratista o de la entidad contratante, este se sujeta al plazo dispuesto en el numeral 67.3 del artículo 67 de la LGCP[114].

17.2. La declaratoria de fábrica en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción

En los numerales 214.1 y 214.2 se establece la relación entre la declaratoria de fábrica, el contratista y la liquidación de obra. Al respecto, el numeral 214.1 indica que, con la liquidación, el contratista entrega a la entidad:

- Los planos posconstrucción que hayan sido actualizados durante la recepción de obra.
- La minuta de declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada según sea el caso.

En el numeral citado también se precisa que la entrega de dichos documentos constituye, además de una condición para el pago del monto de la liquidación a favor del contratista, una obligación contractual a su cargo.

En cuanto a las características de la minuta de la declaratoria de fábrica, el numeral 214.2 indica que esta se otorga conforme a lo dispuesto en la ley de la materia, siendo opcional la presentación de la declaratoria de fábrica mediante escritura pública.

114 67.3. El pago se realiza en un plazo máximo de diez días hábiles luego de otorgada la conformidad por parte del área usuaria y es prorrogable, previa justificación de la demora, por cinco días hábiles. En el caso de valorización de obra, el reglamento establece el plazo.

17.3. La liquidación de obras y consultoría de obras

¿En qué momento debe producirse la liquidación del contrato? Sobre el particular, en la Opinión N.° 101-2013/DTN, se precisó que el acto de liquidación debe producirse "una vez que los conceptos contractuales y normativos que la integran estén determinados, es decir, no se puede realizar la liquidación de un contrato de obra mientras existan prestaciones pendientes de ejecutar o controversias pendientes de resolver" (Opinión N.° 101-2013/DTN).

Normativamente tenemos que el artículo 215 del RLGCP establece para ambos casos el siguiente procedimiento.

a) Momento desde que el contratista debe presentar la liquidación

El contratista presenta la liquidación debidamente sustentada con los cálculos y adjuntando la documentación correspondiente en el plazo indicado en el cuadro que líneas abajo adjuntamos, y que se encuentra en el numeral 215.6, contado desde:

- El día siguiente de otorgada la conformidad de la última prestación;
- De la recepción de la obra; o
- Desde que la JPRD emite la última opinión vinculante sobre controversias generadas hasta la recepción de la obra, de consentida la resolución del contrato o de que haya quedado resuelta y consentida la última controversia, según sea el caso.
- En caso de declaración de nulidad del contrato por causa no atribuible al contratista, el plazo se cuenta desde la notificación de la declaración de nulidad.

b) Cuando el contratista no cumple con presentar la liquidación

En este caso, el numeral 215.2 precisa que, de no hacerlo, al día siguiente de vencido el plazo indicado, inicia el plazo de la entidad contratante para presentar la liquidación.

c) Cuando ninguna de las partes presenta la liquidación

Cuando concluya el plazo de cada una de las partes sin que ninguna haya presentado la liquidación, cualquiera de ellas puede presentarla sujetándose a los plazos indicados en el numeral 215.6.

d) El trámite cuando se presenta y el consentimiento de la liquidación

La parte que recibe la liquidación notifica su conformidad u observaciones, en el plazo indicado en el numeral 215.6. De no pronunciarse dentro del plazo, la liquidación se considera consentida o aprobada; por otro lado, el numeral 215.4 establece que la parte que presenta la liquidación y recibe observaciones dentro del plazo, subsana las mismas en el plazo indicado en el numeral 215.6. De no hacerlo, las observaciones formuladas.

Consentida la liquidación, indica el numeral 215.5, se realiza el pago final, la devolución de la garantía de fiel cumplimiento y se cierra el expediente de contratación respectivo.

e) Plazo para el procedimiento de liquidación

En el numeral 215.6 se hace referencia a los plazos máximos aplicables al procedimiento de liquidación:

Plazo de ejecución contractual	Plazo de presentación de la liquidación	Plazo para pronunciarse sobre la liquidación	Plazo para contestar el pronunciamiento
Consultoría de obra	Quince días	Treinta días calendario	Quince días
Ejecución de obra	Treinta días	Cincuenta días calendarios	Quince días

f) Presentación de cálculos por parte del supervisor

En caso el contrato principal cuente con supervisión, el numeral 215.7 establece que dentro del plazo de presentación de la liquidación del numeral anterior, el supervisor presenta a la entidad contratante sus propios cálculos sobre dicho contrato, excluyendo aquellos que se encuentran sometidos a un medio de solución de controversias. Si el contrato del supervisor incluye su participación en la liquidación de obra, la entidad contratante establece el alcance de su participación, en las bases.

g) Forma de pago del saldo

Finalmente, el numeral 215.8 indica que en caso resulte un pago a favor del contratista o de la entidad contratante, este se sujeta al plazo dispuesto en el numeral 67.3 del artículo 67 de la LGCP[115].

115 El pago se realiza en un plazo máximo de diez días hábiles luego de otorgada la conformidad por parte del área usuaria y es prorrogable, previa justificación de la demora, por cinco días hábiles. En el caso de valorización de obra, el reglamento establece el plazo.

17.4. Criterios del OSCE en la liquidación de obras y consultoría de obras

El fenecido OSCE se ha pronunciado en diversos documentos, sobre diversos aspectos de la liquidación de obra, algunos de los cuales seguidamente citamos.

17.4.1. Aprobación de la liquidación de obra

La liquidación de obra practicada por el contratista o la entidad contratante, según sea el caso, se entiende aprobada cuando no haya sido observada por la otra parte dentro de los plazos antes descritos o, a su vez, cuando la parte que considere afectados sus intereses no se haya iniciado el procedimiento de conciliación y/o arbitraje por las observaciones no acogidas (Opinión N.° 104-2009-DTN)[116]. Así, se entiende en la Opinión N.° 012-2016/DTN, que el hecho que una liquidación quede consentida

> [...] genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación quede firme; es decir, se presume[117] que su no observación dentro del plazo establecido implica su validez y aceptación. Los segundos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total del contrato y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la entidad, según corresponda.
>
> En esa medida, el consentimiento de la liquidación del contrato implica que se presuma su validez y aceptación por la parte que no la observo dentro del plazo establecido.

17.4.2. ¿Qué se considera en la liquidación de obra?

Así, en la liquidación del contrato de obra deben considerarse los elementos siguientes:

> [...] todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cum-

116 Opinión N.° 104-2009-DTN.

117 Según el *Diccionario de lengua española* (DLE), 23.ª ed., "presunción", en su segunda acepción, significa "hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad que sea probado". En: <http://dle.rae.es/?id=U7ZEVjW>.

> plirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes.
>
> En esa medida, la liquidación de obra solo puede incluir conceptos que forman parte del costo de la obra y otros que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. (Opiniones N.° 019-2013/DTN; N.° 104-2013/DTN; N.° 020-2016/DTN)

Así se precisa que el acto de liquidación debe producirse "una vez que los conceptos contractuales y normativos que la integran estén *determinados*, es decir, no se puede realizar la liquidación de un contrato de obra mientras existan prestaciones pendientes de ejecutar o controversias pendientes de resolver" (Opinión N.° 196-2015/DTN).

17.4.3. ¿Quién presenta la liquidación?

En la Opinión N.° 104-2013/DTN se estableció respecto de los intervinientes:

> [...] en el procedimiento de liquidación de un contrato de obra solo interviene el contratista y la entidad, no estando facultados el residente ni la supervisión para presentar y/o recibir la liquidación del contrato de obra elaborada por alguna de las partes [...] Excepcionalmente [...] de conformidad con lo indicado en el numeral 2.1.3 de la Opinión N.° 013-2013/DTN, cuando la entidad no cuente con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista, o elaborarla si este no la presentó, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede prever la participación del supervisor en la liquidación de la obra, —como una prestación más del contrato de supervisión— prestación que debe ser prevista en los términos de referencia del servicio de supervisión de obra [...].

17.4.4. Liquidación de contrato, acciones legales y arbitraje

El anexo de definiciones del RLGCP establece que por liquidación de contrato se entiende el "cálculo técnico financiero de las prestaciones ejecutadas, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico".

En relación con la liquidación de contrato y el arbitraje, de la revisión de las recientes opiniones de la Dirección Técnico Normativa hemos obtenido dos criterios interesantes, los que absuelven las consultas siguientes:

a) Reserva del trámite de liquidación hasta la finalización de las acciones legales

Ante la consulta de si "la entidad puede reservar el trámite de Liquidación de Contrato hasta que se culminen las acciones legales a efectos de conseguir el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados a la entidad", la DTN estableció:

> [...] la entidad no podía paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias que sean ajenas a los conceptos que la normativa de contrataciones del Estado estableció que deben integrar la liquidación de obra (como sería el caso de otros conceptos resarcitorios no señalados expresamente).
>
> Finalmente, debe indicarse que en caso la entidad considere que existen otros conceptos resarcitorios (los que deberán acreditarse según los criterios y elementos de la responsabilidad civil), estos se debían solicitar fuera del procedimiento de liquidación de obra, pudiendo requerirse antes, durante o con posterioridad a dicho procedimiento. (Opinión N.° 020-2016/DTN)

b) ¿El laudo arbitral constituye un supuesto de consentimiento de las liquidaciones?

Por su parte, en la Opinión N.° 012-2016/DTN, ante la formulación de la consulta de si "los laudos arbitrales que resuelven las controversias sobre liquidaciones de obra o de supervisión pueden considerarse como supuestos de consentimiento de las liquidaciones [...]", la DTN estableció que "el laudo emitido por el árbitro o tribunal arbitral debe contener las disposiciones necesarias que resuelvan la controversia en su totalidad, debiendo establecer claramente las condiciones u obligaciones que las partes deben cumplir para ello. Ello implica, de ser necesario, que en el laudo se definan los conceptos que deben incluirse en la liquidación de los respectivos contratos"[118] (Opinión N.° 012-2016/DTN).

c) Cuestionamiento de la liquidación en vía arbitral

En la misma Opinión N.° 012-2016/DTN, refiriéndose al cuestionamiento de la liquidación en la vía arbitral, se indicó:

> [...] si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consenti-

118 Luego de la liquidación final de obra, la entidad podría solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de vicios ocultos.

miento puedan ser sometidas a arbitraje; más aún cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros.

Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida es una presunción *iuris tantum*[119], en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, **de ser el caso**.

Lo contrario —es decir, equiparar el consentimiento de la liquidación con su validez e incuestionabilidad— implicaría que en determinadas situaciones como las descritas anteriormente alguna de las partes se perjudique en beneficio de la otra al asumir un mayor costo que el que contractualmente le corresponde, vulnerándose los principios de principios de equidad y moralidad, así como aquel que veda el enriquecimiento sin causa.

En consecuencia, el único supuesto de consentimiento de una liquidación contemplado en la normativa de contrataciones del Estado se produce cuando no es observada por la parte que no la elaboró.

18. VICIOS OCULTOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS

Corresponde al artículo 216 del RLGCP regular los vicios ocultos en la ejecución de obras, estableciendo para ello, como regla general, que la recepción conforme de la obra, otorgada por la entidad contratante no obsta su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, a partir de lo cual se ubica en situaciones particulares, como las siguientes.

18.1. En el caso de los componentes de mobiliario y equipamiento o contratos que correspondan solo a la adquisición y entrega de mobiliario y/o equipamiento

El contratista es responsable por la garantía del mobiliario y equipamiento implementado por un plazo que no puede ser superior a dos años.

18.2. Los contratos de ejecución de obra o con componente de obra

Pueden incluir límites a la indemnización derivados de la responsabilidad por vicios ocultos o de cualquier incumplimiento del contratista o de

119 Si se hubiese querido establecer que con el consentimiento de la liquidación esta sería inmodificable o incuestionable, pudo haberse optado por definir el plazo para cuestionar la liquidación como un plazo de prescripción o de caducidad.

la entidad contratante, de acuerdo con lo señalado literal f) del numeral 69.2 del artículo 69 de la LGCP[120], siempre que cumplan con los siguientes criterios:

- El monto del contrato original sea igual o mayor a S/ 50,000,000.00 y/o se trate de un contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional.
- El límite a la indemnización no puede ser menor al 20 % del valor del contrato actualizado. Los daños y perjuicios causados por dolo o culpa inexcusable no se consideran dentro de dicho límite.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de modificar el límite a la indemnización, el numeral 216.4 establece que esto es posible en la fase de selección, mediante el diálogo competitivo o la negociación.

120 Artículo 69. Responsabilidades relacionadas con la ejecución contractual

69.1. La entidad contratante y el contratista son responsables de ejecutar correcta y oportunamente la totalidad de las obligaciones asumidas en el contrato. Para ello, deben realizar todas las acciones a su alcance, empleando la debida diligencia, orientadas al logro de los resultados acordados.

69.2. Rigen las siguientes reglas en los supuestos que se detallan:

a) En los casos de subcontratación, el contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la entidad contratante.

b) En los contratos de ejecución de obra, se debe cumplir lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 1774 del Código Civil, que regulan las obligaciones del contratista. El plazo de responsabilidad por vicios ocultos no puede ser inferior a siete años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

c) En los contratos de bienes y servicios, el contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad contratante. El contrato puede establecer excepciones para bienes fungibles o perecibles, siempre que la naturaleza de estos no se adecue a este plazo, así se haya determinado en la estrategia de contratación.

d) En los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra, el contratista es responsable por errores, deficiencias o por vicios ocultos, los cuales pueden ser reclamados por la entidad contratante en un plazo no menor de tres años después de la conformidad de obra.

e) En los contratos de consultoría para la supervisión de obra, la responsabilidad por defectos en la prestación del servicio no puede ser inferior a la cantidad de años de responsabilidad para el contratista bajo el contrato de obra sobre el que se realizó la supervisión.

f) Para los contratos de ejecución de obra, los límites a la indemnización derivados de la responsabilidad por vicios ocultos o de cualquier incumplimiento del contratista o de la entidad contratante son establecidos en el contrato, en observancia de los documentos del procedimiento de selección y de la estrategia de contratación, conforme a los criterios señalados en el reglamento.

PARTE XI

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: EL CONFLICTO, LA CONCILIACIÓN, EL ARBITRAJE Y LA JUNTA DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Capítulo XLII

LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO EN LA FASE PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

SUMARIO: 1. El conflicto: definición y fuentes 2. Del conflicto a la solución del conflicto. De la autocomposición a la heterocomposición. 3. Las tradiciones jurídicas de Occidente: el derecho común y el derecho civil. 3.1. Las tradiciones jurídicas, el Estado absoluto y las opciones de tradiciones jurídicas. 3.2. El absolutismo y el derecho administrativo. 3.3. El derecho administrativo francés y la solución de controversias. 3.3.1. La justicia retenida: del Consejo del Rey al Consejo de Estado. 3.3.2. De la justicia retenida a la justicia delegada. 4. El derecho administrativo como producto de la Revolución francesa. 4.1. El principio de legalidad y derecho administrativo. 5. El derecho administrativo en el Perú en los siglos XIX y XX y la solución de controversias en las contrataciones públicas hasta antes de la Ley N.º 26850. 5.1. La solución de controversias en la contratación pública. 6. La solución de controversias luego de la promulgación de la Ley N.º 26850 hasta antes de la Ley General de Contrataciones Públicas. 7. La solución de controversias en el marco de la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento.

El camino hacia la consecución de los fines estatales constituye un proceso complejo, contradictorio y dialéctico, donde confluyen, por un lado, la voluntad estatal, animada por atender el interés general y parametrada por el principio de legalidad; y, por otro, la voluntad del primero participante, luego postor y después contratista, impulsado por su legítimo afán de lucro; y, agregado a ello, la sociedad toda, diversa y dinámica, preocupada porque sus necesidades sean atendidas con prontitud y calidad. Demasiados actores, con intereses diversos, tras un mismo fin.

En esta ruta, donde se encuentran además del poder, el interés y la legalidad, discurren las contrataciones estatales, que son el medio a través del cual el Estado atiende el interés general; siendo que en un escenario como el descrito, la controversia se encuentra garantizada, por lo que el problema consiste en ver cómo se resuelven.

En este orden, en el marco de las contrataciones estatales, tenemos que la LGCP ha mantenido la pauta que establecieran para la solución de controversias las normas precedentes, como son la Ley N.° 26850, el Decreto Legislativo N.° 1017 y la Ley N.° 30225; normas que definieron el tratamiento de los conflictos en la contratación pública en dos fases, la precontractual y la contractual. La primera se iniciaba desde la convocatoria y concluía con el otorgamiento de la buena pro; la segunda comenzaba con el perfeccionamiento del contrato, y finalizaba, según el tipo de contrato (bienes, servicios u obras), con la conformidad o recepción sin observaciones.

Si bien es cierto que a lo largo de los años y modificaciones se ha mantenido la estructura, algunos medios de solución de conflictos fueron cambiando, o terminaron desplazados por otros que adquirieron protagonismo.

Pero antes de entrar al tema específico, comencemos por el principio, ¿cómo se define el conflicto?, en particular el conflicto administrativo.

1. EL CONFLICTO: DEFINICIÓN Y FUENTES

El conflicto es consustancial a la naturaleza humana y, por ende, a la organización social que ella genera, así como a sus instituciones. No es posible que se pueda existir sin conflicto, por lo que este es funcional a la sociedad.

Las definiciones tienen distintas vertientes académicas. En este orden tenemos que es considerado un fenómeno social que se genera "cuando las partes se hallan en desacuerdo con respecto a la distribución de recursos materiales o simbólicos y actúan movidas por la incompatibilidad de metas o por una profunda divergencia de intereses" (Howard Ross, 1995, p. 38), por lo que se configura "en relación con los deseos o necesidades de las partes involucradas en el mismo" (Nicholson, 1974, p. 16). Así, necesidades, intereses, percepciones, se van constituyendo en las fuentes del conflicto, a los que se puede agregar otros, como el miedo, la fuerza, la justicia (De Bono, 1986), la competencia por recursos limitados, choques de valores, responsabilidades mal definidas, cambio, impulsos humanos hacia el reconocimiento, el poder y otros (Jandt, 1987, pp. 45-47), percepciones, ideologías, etc.

Estas perspectivas se modulan cuando se traslada al ámbito jurídico, donde se asume que la controversia jurídica "es un conflicto de intereses, pero no cualquier conflicto de intereses", sino uno que tiene implicancias jurídicas, y "cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes, un conflicto de intereses cualificados por la coincidencia por la contienda acerca de la tutela" (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 85).

¿Cuántas de estas fuentes se desenvuelven en la ejecución de los contratos administrativos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado? Además de las percepciones, pueden devenir en fuentes del conflicto, los temores del contratista de poder cumplir un contrato que consideran que rebaza su capacidad operativa, la percepción de los funcionarios respecto del contratista, la relación entre el residente y el supervisor de obra y las desavenencias en las valorizaciones, cambio de autoridades, la necesidad de la entidad de redireccionar los fondos comprometidos debido al surgimiento de nuevas prioridades, la falta de supervisión adecuada, el desconocimiento de la normativa, el temor a la CGR, etc., siendo todos ellos de carácter normativo, ya que se generan en la acción regulada por normas.

2. DEL CONFLICTO A LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO. DE LA AUTOCOMPOSICIÓN A LA HETEROCOMPOSICIÓN

El problema no es solamente reconocer la existencia del conflicto, sino también el cómo abordarlo y resolverlo; procedimiento en el que se ha jugado siempre la existencia de la humanidad, por cuanto estos pueden terminar siendo funcionales o disfuncionales a la sociedad y su devenir.

La primera opción a la solución de controversias en los albores de la humanidad fue la violencia, y específicamente la venganza. La afrenta a

un integrante de alguna horda, fratria o tribu era considerada, debido a los estados fuertes de conciencia colectiva, como un agravio al grupo; proceso que se realizó antes del surgimiento del Estado. La segunda fue la solución pacífica, la que surgió cuando se requirió fuerza de trabajo y guerreros, con lo que la vida del propio se revaloró, y ante la afrenta devino en necesario negociar y buscar otras vías que evitaran llegar a la muerte en forma rutinaria.

La solución pacífica también ha tenido sus fases. Inicialmente las partes interesadas trataron de resolverlo en forma directa, siendo esta la autocomposición de los conflictos; luego vino la heterocomposición, modalidad en la que se transitó de un tercero componedor, invitado por las partes, cuya decisión no era vinculante, a la de un tercero con decisión vinculante, denominado *arbiter*, el que actuaba sin regulación estatal.

Estos procesos de solución pacífica de conflictos se desenvolvieron en forma paralela al surgimiento del Estado, periodo durante el cual este también se propuso resolverlos en forma pacífica, para lo que designaba a un tercero investido de autoridad, con lo que se terminó de consolidar la vía heterocompositiva. Pero el Estado, vía regulación, avanzó hacia el control de la solución de conflictos que se daba en la sociedad en forma independiente a él mediante el *arbiter*.

En todos estos casos, bien sea a través de la actuación autocompositiva o heterocompositiva, el conflicto a resolver era entre partes ajenas al Estado, es decir, que pertenecían al ámbito privado, por lo que el rol del Estado estaba más vinculado al control del orden social; pero el arribo de la modernidad hizo que el conflicto también lo comprendiera como parte.

3. LAS TRADICIONES JURÍDICAS DE OCCIDENTE: EL DERECHO COMÚN Y EL DERECHO CIVIL

La juridificación de la solución de controversias se vincula a las tradiciones jurídicas que se generaron en la antigüedad, como es la del derecho romano, y la que emergió a finales de la Alta Edad Media. Así, a lo largo de la historia de Occidente se distinguen dos tradiciones jurídicas, tan distintas como influyentes, como son la del derecho civil y la del derecho común o *common law*.

La primera de ellas, la del derecho civil, surgió a partir de las XII Tablas (450 a. C.) cuyo contenido fue propagado por la expansión de la civilización romana; la segunda, apareció hacia el año 1066 de la mano de los normandos (liderados por Guillermo II tras vencer al rey Haroldo II en la batalla de

Hastings), quienes lograron un mayor dominio en las Islas Británicas debido al éxito de su campaña militar, lo que generó posteriormente la instauración de una matriz diferenciada respecto del derecho civil, estableciéndose así el *common law.*

Al interior de estas tradiciones jurídicas se han configurado sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, al interior de la tradición jurídica del derecho civil podemos referenciar sistemas jurídicos distintos como en el caso de Perú, Argentina o Francia; mientras que en la tradición del derecho común podemos citar los sistemas jurídicos de Inglaterra, Estados Unidos o Australia.

La tradición jurídica del derecho civil se configuró sobre la base de cuatro vertientes (Merryman *et al.,* 2015): la del derecho civil romano propiamente dicho, la del derecho canónico, la del derecho mercantil y la revolución de la ciencia jurídica. El derecho romano halló su codificación en el siglo VI bajo la Era Justiniana, donde los derechos de las personas, obligaciones y reales fueron tópicos relevantes en el Corpus Iuris Civilis[1], así como también la inclusión de temas referidos al poder del emperador y a la organización del imperio. La obra no solo se remitía al desarrollo de lo que conocemos hoy como derecho privado, sino que también abordaba temas relacionados al derecho público. Aunque las constantes invasiones al Imperio romano degradaron el uso del derecho romano, en el siglo XI tuvo un resurgimiento, para Occidente, con el redescubrimiento del Corpus Iuris Civilis, el que fue enseñado por Irnerio[2] en la Universidad de Bolonia en Italia[3], cátedra que dio origen a la Escuela de los Glosadores.

La vertiente del derecho canónico surgió a partir de la influencia cristiana, teniendo particular relevancia en áreas como el derecho familiar y el derecho sucesorio. La tercera es la del derecho comercial, el que cuenta con larga data y, a diferencia del derecho civil y el derecho canónico, posee un carácter más pragmático, por cuanto el convencionalismo adopta un mayor vigor, puesto que al ser un derecho pensado y practicado por comerciantes prima el principio de confianza, celeridad y la oralidad en su ejercicio; y la revolución de la ciencia jurídica, la que tuvo espacio a partir de los aportes de los jurisconsultos alemanes realizados hacia finales del siglo XIX, plan-

1 Recordemos que Justiniano prohibió obras paralelas al Corpus Iuris Civilis para así evitar fuentes diversas que puedan confundir a los jurisconsultos.

2 Jurista que destacó debido al trabajo enfocado a la explicación y aclaración de textos mediante sus comentarios y anotaciones.

3 Se buscaba una "vuelta a los clásicos", puesto que se contaba en el mayor genio de los antiguos, pero también se valoraba la obra codificada que se hallaba escrita, ya que otorgaba mayor certeza sobre las compilaciones realizadas por los bárbaros tras las invasiones.

teando la necesidad de sistematizar el ordenamiento jurídico[4], aporte novedoso que implicó entender el fenómeno jurídico como un proceso cognitivo con rigor científico, y una dimensión metodológica.

Por otro lado, en lo que respecta a la tradición jurídica del derecho común o *common law*, tenemos que, desde el ascenso al poder de Guillermo I en 1066, el primer rey de origen normando, se tuvo la necesidad de establecer un sistema jurídico que permitiera consensuar los intereses diversos de los señores feudales en territorio británico.

La apuesta no se reducía a la trasposición del sistema jurídico continental, sino que apuntaba a tomar como elemento medular la labor de los jueces reales, pues serían estos quienes se encargarían de enarbolar un sistema eficaz y eficiente. Así se establecieron en principio tres tribunales: Tribunal del Tesoro Público (materia fiscal), Tribunal del Banco del Rey (causas civiles y penales) y Tribunal de las Causas Comunes (solo materia civil) a los cuales se accedía de forma excepcional puesto que eran las cortes locales las encargadas de la administración de justicia.

La justicia adoptada desde los tribunales tomaba como referente lo ya dictaminado por otros jueces en casos similares, puesto que, ante una diversidad de señoríos feudales, se concebía a la costumbre como el elemento común y primario que debiera de orientar la práctica jurídica, convirtiendo de esa forma a la jurisprudencia como una fuente relevante del derecho.

Hacia finales del siglo XII, la forma de acceder a la justicia se encontraba condicionada por medio de los *writs*, que eran solicitudes que se otorgaban a los peticionantes, a manera de formato, para que estas pudieran ser llenadas con los datos del caso en particular. La crisis de esta forma de acceso se dio a causa de la excesiva formalidad y a la rigidez que se otorgaba el sistema jurídico, por lo que hacia el siglo XIV los particulares ya no acudían de forma ordinaria a los tribunales, sino que buscaban la asistencia directa del rey (Morineau, 2003).

El monarca no era capaz de asumir toda la carga procesal por lo que delegaba el poder de administrar justicia en la figura de los cancilleres, instituyéndose seguidamente el Tribunal de la Cancillería. La manera de administrar justicia en esta jurisdicción ponderaba de forma especial la particularidad y la urgencia del caso, adoptando así un mayor grado de

4 Si bien es cierto que el carácter sistemático, lo podemos rastrear desde la Digesto (publicado hacia el año 533), cabe precisar que el carácter sistemático introducido por los jurisconsultos alemanes hacia fines del siglo XIX ostenta un espíritu más científico.

discrecionalidad, denominándose *equity* a la actividad jurídica desarrollada por el Tribunal de la Cancillería.

Este dualismo (tribunales rígidos y formales orientados por el *common law* y el Tribunal de la Cancillería) configuraba la "existencia de dos jurisdicciones paralelas" (Morineau, 2003, pp. 7-19), lo cual fue superado por medio de la labor parlamentaria hacia finales del siglo XIX, puesto que se estableció la Suprema Corte de la Judicatura, al mando de diversos tribunales que se encontraban facultados tanto para aplicar los principios concernientes al *Common Law* como a la *equity*.

3.1. Las tradiciones jurídicas, el Estado absoluto y las opciones de tradiciones jurídicas

El Estado Absoluto fue la primera expresión del Estado Moderno, forma política que se generó en el contexto de transición, donde las relaciones sociales y políticas del feudalismo, que eran lo viejo, coexistían conflictivamente con la nueva economía y relaciones políticas que aparecían en Europa (Poulantzas, 1979, p. 197), pero, a la vez, estuvo vinculado al surgimiento de la burocracia, "en el sentido moderno de la palabra" (Poulantzas, 1979, p. 207), donde los cargos públicos ya no se articulaban a la "calidad de sus titulares en cuanto individuos de clases 'castas'", sino que revistieron "progresivamente el carácter de *funciones públicas* del Estado" (Poulantzas, 1979, p. 208), proceso en el que la competencia de los "órganos del poder" dejaba de depender de los "vínculos 'económico-políticos' con una parte del territorio" (Poulantzas, 1979, p. 208), para asumir el ejercicio del poder estatizado, por lo que la concretización de esas funciones dejaba de ser "una realización de los intereses económicos y políticos de sus titulares" (Poulantzas, 1979, p. 208) para convertirse en "ejercicio de las funciones del Estado que representa el interés general" (Poulantzas, 1979, p. 208); implicando también la liquidación de los rezagos feudales[5], como "el constitucionalismo feudal y las ciudades-estado libres" (Sabine, 1991, p. 250), proceso que se consolidó con la revolución inglesa y la Revolución francesa.

El sistema otorgaba al gobernante un poder absoluto e ilimitado sobre el reino que estaba a su cargo. Por ende, la monarquía absoluta no estaba sometida a ninguna ley, con excepción de las leyes divinas o morales, y

5 Características del Estado Absoluto: i) el titular del poder estatal es el monarca, fuertemente centralizado fuente de todo poder político; ii) vigencia de la noción de soberanía y falta de límites para su ejercicio; iii) expresa la unidad política del poder centralizado, y iv) autonomía respecto de lo económico.

tampoco reconoció otro poder más que el propio, lo que le permitió acordar y suprimir privilegios a discreción (Dreyfus, 2012, p. 24).

El fundamento de este poder inconmensurable tenía sus bases en la antigua creencia de que el monarca recibía la autoridad directamente de Dios y, por ende, sus decisiones y voluntad no podían someterse al juicio del pueblo ni ser pasibles de limitaciones jurídicas. Para el absolutismo la norma derivaba exclusivamente de la voluntad del gobernante. Este sistema de gobierno fue característico del antiguo régimen, época en la que proliferaba la centralización de los poderes y concentración del orden político y burocrático. Así, el gobernante, o aquel que ejerciera la función, ostentaba la facultad de promulgar leyes destinadas a preservar la armonía entre los súbditos, aunque carecía de la obligación de acatarlas personalmente.

En el contexto del desarrollo y consolidación del Estado Absoluto, se produjeron en Europa Occidental conflictos de índole religioso, políticos y económicos, donde, tanto España, como Inglaterra y Francia, optaron por determinadas tradiciones culturales que tuvieron implicancias en lo institucional y jurídico.

La elección española se concretó, en la primera mitad del siglo XVI, con el ascenso de Felipe II, miembro de la dinastía de los Habsburgo, quien confrontó la reforma religiosa; la inglesa se configuró en la segunda mitad del siglo XVII, iniciándose con la Reforma que dio origen a la Iglesia Anglicana, la revolución iniciada en 1642, y los aportes teóricos del Hobbes, Locke, el empirismo, la religión, la revolución científica y el mercantilismo; y la francesa se vinculó al racionalismo cartesiano, la ilustración, Descartes, Rousseau.

Estos procesos tuvieron repercusión en el ordenamiento jurídico, por cuanto en el caso de Inglaterra se mantuvieron las instituciones gestadas en los siglos precedentes, mientras que, en Europa continental, España y Francia, se mantuvieron en la heredad jurídica romano-germánica.

3.2. El absolutismo y el derecho administrativo

La participación del Estado en el conflicto con los actores sociales viene desde siempre, siendo que a lo largo de la historia ha adoptado distintas formas según la época y el tipo de organización social y política imperante. Al inicio no se aceptaba la posibilidad de que pudiera existir un conflicto entre los actores citados, ya que el Gobernante imponía su autoridad, situación que se mantuvo hasta el siglo XVII momento en el cual la historia comenzó a cambiar.

En Inglaterra el Absolutismo de Carlos I fue derrotado a través de la denominada Revolución inglesa, la que terminó por fortalecer al Parlamento frente a la Corona; derrota que se proyectó en el ámbito judicial, donde, en caso de controversias de la Corona con los ciudadanos, estas se tramitaban y procesaban en la vía ordinaria siendo de aplicación el derecho común; situación diferente de la que sucedió en Francia.

En Francia, la centralización del poder encuentra su génesis a partir de la dinastía de los Capeto, que se implantó entre los siglos X al XIV, la que al igual que la de los Valois[6], bregaron por la unidad monárquica en todo el territorio, pero delegaron poderes financieros y jurídicos a las provincias. Hacia 1491, año en el que Luis XI llegó al trono, no se evidenciaba aún el modelo absolutista consolidado, puesto que Francia se hallaba dividida en 12 gobernadurías (Ciaramitaro, 2008, p. 68) en donde los miembros de las aristocracias locales ejercieron "una amplia gama de derechos reales hasta el final del siglo y pudieron actuar en la práctica como potentados autónomos hasta bien entrado el siguiente" (Ciaramitaro, 2008, p. 66).

Fue recién durante el reinado de Enrique IV en donde el absolutismo fue tomado como modelo de organización política, puesto que buscaba superar la autonomía de las aristocracias locales presentes en los espacios rurales. Siguiendo esta línea, fue Richelieu, quien hacia 1624, introdujo un sistema de intendencias[7], que buscaba erradicar tanto la compraventa de cargos públicos como su naturaleza hereditaria, teniendo así, por medio de dichas intendencias la presencia del monarca en cada rincón del reino, además de menguar el poder y la autonomía local por parte de la aristocracia que se había asentado en las provincias. Seguidamente, durante el reinado de Luis XIV, hacia 1673, se adoptó la medida de silenciar los parlamentos[8], con la finalidad de obtener potestades absolutas en materia tributaria a efectos de incrementar la recaudación fiscal. Los recursos obtenidos eran destinados a solventar la expansión militar.

La principal característica de este tipo de gobierno estaba trazada por el ilimitado poder del soberano, quien tenía máximas potestades no sujetas a regulación, siendo por ello inmune al control. Luis XIV, con su célebre frase "El Estado soy yo y por encima de mí nada", reflejó acertadamente la

6 Dinastía francesa que reinó entre 1328 y 1589.

7 Dicho sistema comprendía áreas como las de justicia, seguridad y finanzas en donde por cada intendencia se contaba con funcionarios nombrados por la monarquía, los cuales podían ser revocados.

8 Cabe recordar que estas instituciones medievales eran la expresión del poder local, las cuales tenían potestades tanto jurídicas como administrativas.

concepción absolutista del poder que caracterizó no solo su propio reinado, sino la totalidad de los gobiernos por aquella época.

El absolutismo en Francia tuvo ciertos atributos distintivos. La consolidación de las estructuras estatales centralizadas, especialmente representadas por los comisarios reales, desempeñó un papel fundamental como instrumento del poder absolutista, mientras que el despliegue burocrático implicó una excesiva carga fiscal sobre la población[9].

Por último, cabe destacar el rol del Consejo de Estado, institución de suma relevancia que desempeñó, primordialmente, una función consultiva, actuando como un órgano encargado de proporcionar asesoramiento al gobernante, tanto en asuntos de índole política como administrativa. De hecho, la Monarquía dependía significativamente de esta institución, en vista de que únicamente a través del Consejo de Estado podía obtener recomendaciones y orientación para la toma de decisiones gubernamentales. La revolución de finales del siglo XVIII cambiaría en poco el sentido de la organización jurídico-administrativa.

3.3. El derecho administrativo francés y la solución de controversias

La Revolución francesa sucedida en las postrimerías del siglo XVIII constituyó un proceso político distinto al de la revolución inglesa, ya que produjo no solo una forma de gobierno diferente, sino que, además, fue un cambio político violento que generó el desplazamiento de grupos de poder.

La Revolución culminó la desintegración del Absolutismo, y la ascensión de las categorías políticas de la igualdad, la división de poderes, la democracia representativa, y de la ley como la máxima expresión de la revolución, siendo a través de ella que se manifestaba la voluntad general del proceso, que devendría en el Estado de derecho.

Estas ideas se encuentran consignadas en los artículos 1 y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecían, respectivamente, que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común", y que "una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Cons-

9 Particularmente a través de impuestos que gravaban las actividades de los campesinos, constituyendo así la fuente de financiamiento para los ambiciosos proyectos de los gobernantes, por cuanto no contaban con el apoyo económico de sus colonias, así, por ejemplo, los gravámenes resultaron indispensables para la edificación del Palacio de Versalles.

titución", así como los artículos 4 y 7[10]; valores ratificados en el artículo 11 de la Constitución de 1793, que hacía referencia a los actos ejercidos contra un hombre fuera de lo establecido en la ley, los que devenían en arbitrarios.

Socialmente, se tiene la asimilación de la tradición jurídico-administrativa del absolutismo a la República, tal como describe Alexis de Tocqueville en "el Antiguo Régimen", a lo que se sumó la desconfianza de los revolucionarios a los magistrados, lo que condujo a un derecho de la administración pública diferenciado del derecho civil, y también del Common Law, tal como seguidamente exponemos.

El profesor García-Trevijano (1974, pp. 399 y 400), en su obra *Tratado de derecho administrativo*, desarrolló las características del régimen administrativo francés durante la revolución, como fueron la centralización estatal, la jerarquización entre los distintos órganos gubernamentales, establecimiento de tribunales especializados para resolver las disputas entre la Administración y los individuos, reconocimiento de derechos a los funcionarios; institucionalización de principios específicos para la contratación y la responsabilidad de la Administración Pública.

En cuanto a la relación Administración-Poder Judicial, tal como hemos indicado, tenemos que los líderes revolucionarios manifestaron una profunda aprensión ante la posible injerencia de los jueces, en tanto que, en el ejercicio ordinario de sus atribuciones, podrían constituir un obstáculo para los objetivos perseguidos por la revolución, prejuicio que tenía su origen en la actuación de estos durante el Antiguo Régimen.

Ante esta incertidumbre, los revolucionarios promulgaron la Ley 16-24 de agosto de 1790, Ley de Separación de Poderes, la que estableció el principio de no injerencia. De acuerdo con este principio, los jueces de la República quedaban excluidos de intervenir en las decisiones adoptadas por la administración, prohibición que se extendía también a las decisiones emanadas de quien ostentara el poder. Contravenir tales decisiones se con-

10 Artículo 4: La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan solo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley.

Artículo 7: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia.

sideraría prevaricato, siendo inadmisible cualquier tipo de control posterior por parte de los jueces[11].

3.3.1. La justicia retenida: del Consejo del Rey al Consejo de Estado

En las vísperas de la Revolución, el Consejo del Rey gestionaba esta forma de justicia fuertemente controlada por el monarca. Este órgano tenía competencia sobre los recursos interpuestos contra las decisiones de los Parlamentos y los asuntos directamente atribuidos a la jurisdicción del Rey. El gobierno se arrogaba la facultad de ejercer la administración de justicia, ya sea a través de sus funcionarios o instituciones designadas, quienes, a su vez, invocaban la autoridad del soberano como fuente de legitimidad. Este respaldo se basaba en la premisa de que la misión fundamental del Consejo era brindar un apoyo o asesoramiento, especialmente para las decisiones en materia administrativa o de gobierno.

A pesar de las reformas que se iban implementando, persistía en la práctica una figura conocida como "justicia retenida", por lo que, en casos de reclamos contra la Administración, el jefe del Ejecutivo aún tenía la facultad de decidir la mejor resolución, sin menoscabo del análisis elaborado por el órgano asesor. De este modo, el Consejo de Rey, en sus inicios, participaba de la "omnipotencia del Gobernante", puesto que fue concebido para asistir al gobernante con sus consejos o pareceres en asuntos políticos, económicos, sociales y judiciales. En este contexto, carecía de autonomía y, esencialmente, se subordinaba a la voluntad del rey, encarnando así la esencia de la justicia retenida[12].

Les correspondió a los revolucionarios franceses cualificar el contenido de este órgano. El Consejo de Estado, concebido por Napoleón Bonaparte, se erigió como una institución directamente inspirada en el Consejo del Rey del Antiguo Régimen, adaptándose a las necesidades análogas de la nueva realidad política. En el ámbito constitucional, Napoleón se fundamentaba en la obra de Sieyés[13].

11 Por ese entonces, existía una jurisdicción común que servía para resolver las controversias de los particulares y entre particulares.

12 Continúa Penagos mencionando que, desde sus inicios, el Consejo del Rey —o de los príncipes— participaba de la omnipotencia del gobernante, siendo creado por el Príncipe Octavio Augusto como un organismo consultivo del gobierno y para el Estado.

13 Emmanuel Sieyès (1748-1836), clérigo y escritor político francés, desempeñó un papel destacado como uno de los impulsores intelectuales de la Revolución francesa. Su labor se centró en la concepción de una nueva constitución, caracterizada por la introducción de mecanismos de control y equilibrio que limitaran el poder de la autoridad centralizada.

Esta institución poseía una doble función: servir como órgano consultivo y, simultáneamente, contar con competencias para dirimir los conflictos entre la Administración y los particulares sin constituirse en Tribunal. Además, se le encomendaba la redacción de proyectos de ley y reglamentos para la Administración Pública.

Aunque originalmente el Consejo de Estado fue establecido para prestar servicio a la administración, su papel fue evolucionando con el tiempo, transformándose en un defensor de los derechos de los administrados. Así, a lo largo de los años, se produjo un cambio de roles, pasando de ser un simple colaborador o proyectista de las decisiones del gobernante a adquirir la capacidad jurídica de emitir decisiones en nombre del pueblo francés.

La especialización se instauró formalmente en 1806 con la creación de una comisión contenciosa dentro del Consejo de Estado, cuyo propósito era segregar sus servicios de asesoramiento a un sector o materia específica de conflictos, lo que facilitó la especialización de sus miembros. Este enfoque resultó ser ventajoso y altamente beneficioso para la sociedad. En contraste con la situación inicial, donde las decisiones del jefe del ejecutivo podían ser divergentes a la asesoría del Consejo de Estado, este órgano pasó a alcanzar una confianza tal que sus resoluciones solo requerían de la firma del jefe del Ejecutivo para ser formalmente expedidas.

En efecto, la sociedad francesa llegó a comprender y reconocer la seriedad e imparcialidad con la que el Consejo de Estado desempeñaba su función asesora (Rodríguez, 2005). Paralelamente, se pasó por alto el hecho teórico de que aún se encontraban bajo el esquema de una justicia retenida, dado que en la práctica era el Consejo de Estado el ente que tomaba las decisiones.

3.3.2. De la justicia retenida a la justicia delegada

A partir de 1872, el Consejo de Estado recibió del legislador la facultad de ejercer funciones judiciales en representación del pueblo, en una vía conocida como justicia delegada, con lo que sus competencias jurisdiccionales experimentaron un desarrollo notable que condujo al establecimiento de un régimen específico denominado régimen administrativo. Este régimen consistió en un conjunto de normas de fondo que regulaban la acción y la organización de la administración, instaurando el inicio de un progresivo abandono de la concepción de la administración-juez.

Con el abandono del paradigma de la administración-juez, los dictámenes pasaron a ser responsabilidad de un tercero ajeno a la controversia, es

decir, se despojó al jefe del Ejecutivo de su potestad para tomar decisiones en aras de resolver las disputas en donde la administración fuera una de las partes, terminando con el modelo de justicia retenida del antiguo régimen.

El Consejo de Estado, representando al Estado, sería el nuevo encargado de resolver las controversias; sin embargo, debido su falta de competencia para conocer determinados conflictos, fue imposible alcanzar un estado de justicia delegada propiamente dicho, en su lugar se obtuvo una "justicia delegada parcial", en tanto que ante la citada incompetencia era necesario recurrir al sistema anterior, devolviendo al jefe del Ejecutivo la facultad para emitir decisiones sobre controversias entre la propia Administración y los ciudadanos.

Adicionalmente, se le atribuye al Consejo de Estado la instauración del recurso por exceso de poder, una herramienta esencial, entre otras, para proporcionar al administrado una protección efectiva y adecuada destinada a supervisar de cerca las actividades de la Administración. Aunque en su origen no fuera el recurso más ampliamente utilizado, es innegable que, a través de este mecanismo, los administrados tenían la facultad de impugnar prácticamente cualquier acto administrativo, a excepción de los actos de gobierno o medidas de carácter interno.

4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO PRODUCTO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Históricamente, el derecho administrativo se originó en el año 1789 con la Revolución francesa, heredando elementos significativos, valores e instituciones del Estado absolutista previo el que se caracterizaba por su imponente aparato administrativo, principalmente dedicado a actividades de policía (Parejo, 2009, p. 41).

La existencia del derecho administrativo requiere de una distinción sustancial del conjunto normativo que regula las relaciones entre particulares, así como la obligatoriedad de estas normas para los gobernantes (Rodríguez, 2005, p. 294); atributos esenciales para delimitar y reconocer al derecho administrativo como una rama especializada e independiente dentro del ámbito jurídico.

La necesidad de establecer un nuevo marco jurídico que regulara las complejas relaciones inherentes a la administración estatal marcó el surgimiento de sus cimientos. Este proceso de consolidación se caracterizó por una adaptación gradual, notablemente respaldada por la labor jurisprudencial desempeñada por el Consejo de Estado. De manera significativa, la activi-

dad jurisprudencial no solo reflejó, sino que también contribuyó a la formulación de los primeros principios que se erigieron como fundamentos normativos para guiar y reglamentar la conducta de la administración pública, tal como fue el principio de legalidad.

4.1. El principio de legalidad y derecho administrativo

La Revolución francesa consagró de manera definitiva el principio de legalidad, exaltándolo y propiciando su desarrollo, hasta consolidarlo como uno de los principios rectores que marcarían el curso posterior de los acontecimientos. Este hecho representó un marcado contraste con el periodo anterior a la llegada de las ideas ilustradas que propiciaron la revolución. En aquel entonces, el poder emanaba de manera indiscutible del gobernante, al igual que el derecho, siendo el soberano la fuente primaria de las disposiciones que regían la sociedad de la época.

El principio de legalidad abarcaba tanto la legalidad interna, que implica la limitación de los poderes de la Administración, como la legalidad externa, relacionada con la regulación de los procedimientos administrativos, como consultas, argumentos, contradicción, entre otros. Sin embargo, esta formulación presentaba un alcance limitado al restringir el principio de legalidad exclusivamente a la ley, siguiendo la tradición intelectual del positivismo normativista. En la práctica, el sometimiento de la Administración al Derecho implica también el respeto de los principios establecidos por la jurisprudencia y las convenciones constitucionales y administrativas (Cassese, 2014, p. 74).

La transformación no se limitaba únicamente a transferir del Rey —o gobernante— al pueblo el origen del derecho y a reducir todos los actos singulares de mando a la mera particularización de las leyes generales, sino que todo este proceso estaba al servicio de una idea sustancial de derecho, que no buscaba la gloria del Estado ni la realización de una "orden moral" trascendental, sino más bien asegurar la libertad del ciudadano. De esta manera, se buscaba otorgar libertad a aquel que, hasta ese momento, se encontraba en la posición de un simple súbdito pasivo respecto a un poder ajeno y trascendente (García de Enterría *et al.*, 2001, p. 432).

La esencia del mecanismo radicaba en la justificación de toda acción específica del poder mediante una ley preexistente. La legitimidad del poder emana de la voluntad comunitaria, cuya manifestación característica es la ley. Ya no se admitían poderes personales en sí mismos, y no había ninguna entidad por encima de la comunidad que poseyera la facultad divina de dictar normas obligatorias para dicha comunidad. Todo el poder residía en

la ley, y la autoridad que puede ejercerse se limitaba a la autoridad propia de la ley.

El propósito de la actuación administrativa no consistía en la mera ejecución de la ley, sino en la consecución de objetivos generales, siempre y cuando esto se llevara a cabo dentro de los confines de la legalidad. El principio de legalidad en la Administración se manifestaba como una salvaguarda legal que abarcaba toda acción administrativa: la legitimidad de la actuación administrativa solo se establecía cuando esta contaba con una justificación legal previa (García de Enterría *et al.*, 2001, p. 436).

En este orden, con la introducción de este principio, las interacciones entre el gobernante, príncipe o soberano y sus súbditos quedaron subordinadas a lo establecido por la ley, en lugar de depender de la voluntad de los gobernantes, siendo el poder un atributo secular, un instrumento al servicio de los ciudadanos.

5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ EN LOS SIGLOS XIX Y XX Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS HASTA ANTES DE LA LEY N.º 26850

Los antecedentes del derecho administrativo peruano se inician luego de la crisis del dominio español, específicamente en el Reglamento Provisional promulgado el 12 de febrero de 1821, donde se estableció el tratamiento de los conflictos administrativos, reconociéndose en el artículo 3 de la norma la autoridad territorial del gobernador[14], mientras que por el artículo 5, se le otorgó la facultad de decidir sobre cuestiones civiles y criminales, mientras que en el artículo 6 se establecía: "Conocerá exclusivamente en las causas de Hacienda, sujetándose al dictamen de su asesor en los asuntos contenciosos". Es decir, el marco jurídico reconoce la necesidad de un tratamiento especial en los conflictos administrativos (Hacienda), puesto que conmina al gobernador sujetarse al dictamen provisto por un asesor técnico, esta misma preocupación por el conflicto administrativo la vemos plasmada en el artículo 8, que señala la posibilidad de acudir a un tribunal de apelaciones en los asuntos contenciosos de Hacienda[15].

Luego de este reglamento, se tiene el Decreto promulgado el 10 de abril de 1822, Reglamento Provisional de Tribunales y Juzgados, el que tuvo una vigencia de 23 años y además fue el primer intento de sistematizar de

14 Señala 4 presidentes de departamentos ubicados cada quien en Trujillo, Tarma, Huaraz y Huaura.

15 Según el artículo 10 dicho Tribunal de Apelaciones se establecería en Trujillo.

forma orgánica la administración de justicia en el Perú, donde el artículo 58 reconoció expresamente que los encargados de administrar justicia en primera instancia no solo eran los jueces de derecho, sino que además pueden serlo los presidentes de departamento y los alcaldes municipales[16]. El artículo 61 resulta relevante para el tratamiento de los conflictos administrativos:

> *Los presidentes,* los jueces de derecho y los gobernadores conocerán a prevención de todas las causas civiles del fueron común, en juicio verbal, o por escrito. *Conocerán privativamente los primeros de la hacienda pública, comisos, presas y policía*, y los jueces de derecho de las criminales graves, según el presente reglamento. (El énfasis es nuestro).

Al igual que en el Reglamento Provisional de 1821, la materia de hacienda fue abordada de forma especial, en el caso del presente Decreto de 1822 hallamos que el operador de justicia en materia administrativa no es un juez de derecho, sino que "de forma privativa" dicha funciona la ejecuta un presidente de departamento[17]. El interés público inmerso en esta controversia posibilitaba que, según el artículo 92, las causas de la hacienda pública, comiso, presas y minería tuvieran preferencia al momento de ser despachadas.

En este orden, también es preciso destacar que el desarrollo legislativo se complementa con la ley publicada el 21 de diciembre de 1839, que estableció juzgados privativos de hacienda en donde se estipulaba en el artículo 1:

> Se establecen juzgados y tribunales privativos de hacienda para que conozcan todas las causas en que el Estado sea demandante o demanda.

Dichas causas serán conocidas en primera instancia por un jefe de Hacienda y en segunda instancia por una Junta Superior de Hacienda[18],

16 Conforme al artículo 59 incluso o gobernadores, sus tenientes y los alcaldes pueden ser jueces provisionales en tanto se nombre a un juez de derecho.

17 Convengamos que estas dos primeras referencias legislativas se dieron en un contexto bélico de guerras independentistas, cabe resaltar además que el Congreso recién se instala el 20 de setiembre de 1822 con motivo de establecer la primera Constitución para el Perú, por lo cual resulta natural que los intentos de organizar la administración de justicia no hayan contado con sólidas instituciones republicanas, más aún si tenemos en cuenta que las fuerzas realistas recién fueron vencidas de forma definitiva a fines de 1824 en la Batalla de Ayacucho.

18 Según el artículo 3, dicha Junta está compuesta por el "vocal decano de la corte del distrito judicial, de un administrador del tesoro y de otro jefe de oficina que no hayan intervenido en la primera".

superada estas dos instancias, el artículo 4 reconocía una "tercera", la cual pondría fin de forma definitiva a la controversia[19].

Y, por último, tenemos el Reglamento de Juzgado que fue promulgado el 9 de diciembre de 1845, en donde, conforme a su artículo 71, reconocía lo dispuesto en la ley estableciendo juzgados privativos de hacienda de 1839, pero además, otorgó un nivel mayor de especialización a la administración de justicia administrativa, así por ejemplo: el comandante general de la Marina, con asesoría de su auditor, pasó a ser considerado como la primera instancia respecto de las causas de presas (artículo 73), lo mismo ocurría con el Tribunal de Minería, considerado como primera instancia, respecto de la materia minera, en el distrito judicial de Lima (artículo 76) y el juez de aguas, pasó a ser la primera instancia encargada de resolver conflictos derivados de las aguas de regadío, compostura de acequias, tomas, compuertas y demás (artículo 79).

El Reglamento de 1845 debe ser leído en consonancia con el ordenamiento constitucional vigente de aquel entonces, ya que la Constitución de 1839 estableció, en su artículo 122, los requisitos necesarios para ser considerado como un juez de primera instancia[20], y teniendo en cuenta ello notamos que lo dispuesto no comulga con el artículo 73 del citado Reglamento de 1845 ya que consideraba como juez de primera instancia al comandante general de la Marina.

Este tipo de inconsistencias en la norma fueron motivo de duras críticas como las que manifestó Francisco García Calderón al indicar que el Reglamento de Juzgado de 1845 es "sumamente inconexo, y tiene tanta confusión, oscuridad y desorden en sus disposiciones, que los estudiantes de Derecho consideraban su aprendizaje como la tarea más penosa a que podían entregarse" (García Calderón, 1879, p. 1649).

Por otro lado, para referirnos propiamente a una vía contencioso-administrativa en el caso peruano, tendríamos que remontarlos hacia el 29 de agosto 1867, año en que una novedosa Constitución estipuló lo siguiente en su artículo 130:

> La ley determinará la organización de los Tribunales contenciosos-administrativos, y lo relativo al nombramiento de sus miembros.

19 Artículo 4: En tercera conocerá otra junta superior compuesta del decano y subdecano de la Corte Suprema, del contador general de valores y del administrador general de hacienda.

20 Expresamente el numeral 4 del artículo 122 de la Constitución de 1839 requiere: "Ser abogado recibido en cualquier Tribunal de la República, y haber ejercido la profesión por cinco años cuando menos con reputación notoria".

Este dispositivo legal obligaba a un desarrollo legislativo para establecer un adecuado procedimiento contencioso administrativo, no obstante, dicho desarrollo no pudo materializarse debido a que el presidente Pedro Diez Canseco reestableció la Constitución de 1860[21], de esta forma lo dispuesto por el artículo 130 de la Constitución de 1867 no pudo desarrollar un cuerpo legislativo en los pocos meses que estuvo vigente[22].

Teniendo en cuenta ello, no resulta ajeno a la realidad el manifestar que durante "el siglo XIX no existió en el Perú mayor interés por crear un proceso especial para resolver controversias sobre materias administrativas" (Jiménez Vargas-Machuca, 2012, p. 21) ni mucho menos fomentar la especialización de jueces de derecho en materia administrativa. Aquella repentina ambición constitucional de 1867, que buscaba impulsar un contencioso administrativo "no volvería a expresarse normativamente sino hasta cuarenta y cinco años después" (Jiménez Vivas, 2020, p. 45), es decir, recién en los albores del siglo XX el Perú reformará el Poder Judicial para así normar de forma sistemática un adecuado control judicial de las funciones administrativas del Estado.

Así pues, tenemos que los conflictos administrativos en el Perú, durante el siglo XIX no fueron resueltos a través de un proceso contencioso-administrativo reconocidos a nivel constitucional, no obstante, el desarrollo legislativo hizo posible la resolución de conflicto a nivel administrativo.

En el Perú, el derecho administrativo comenzó a estructurarse formalmente el siglo XX, particularmente durante el gobierno militar en los años 60. Este periodo fue crucial para el desarrollo de esta rama del derecho debido a la promulgación de diversas normas y reglamentos que buscaban organizar y regular la actividad administrativa del Estado.

Uno de los hitos fundamentales en la consolidación del derecho administrativo fue la emisión del Reglamento de Procedimientos Administrativos en 1967. Esta normativa buscaba sistematizar los procedimientos administrativos, proporcionando un marco legal que regulara las actuaciones de la administración pública. Antes de esta regulación, las normas administrativas

21 Resulta necesario indicar que el artículo 124 de la Constitución de 1860 indica expresamente: "La justicia será administrada por los tribunales y los juzgados, en el modo y la forma que las leyes determinen". Esto implica que, al no contar con una vía administrativa especializada e independiente reconocida a nivel constitucional, los conflictos administrativos seguirían siendo resueltos de la misma forma en que se resuelven desde los albores de la república.

22 Para autores como Ugarte del Pino, la vigencia de la Constitución de 1867 se extendió hasta el 7 de julio de 1868 (es decir, 11 meses), mientras que para autores como Pareja dicha Constitución tuvo vigencia solo hasta el 6 de enero de 1968 (es decir, 5 meses). En términos prácticos, ambos escenarios presentan un tiempo acotado en donde no resulta posible sistematizar de forma idónea un procedimiento contencioso-administrativo.

eran dispersas y carecían de un orden coherente, lo cual generaba incertidumbre y falta de uniformidad en su aplicación.

Durante los años subsiguientes, la promulgación de normas administrativas continuó de manera desordenada, reflejando la falta de una política coherente en materia de derecho administrativo. Este periodo se caracterizó por una proliferación normativa que, aunque intentaba regular la actuación de la administración, no lograba ofrecer un marco integral y cohesionado.

A partir de la década de los 90, con la influencia de la globalización y las reformas estructurales en el Estado peruano, el derecho administrativo comenzó a experimentar una etapa de consolidación y modernización. Se introdujeron reformas orientadas a mejorar la eficiencia y transparencia de la administración pública, destacando la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General en el año 2001, la cual estableció un marco normativo más claro y coherente para la gestión administrativa.

5.1. La solución de controversias en la contratación pública

La historia de la solución de controversias en las contrataciones públicas, previa a la promulgación de la derogada Ley N.° 26850, difiere sustancialmente de las vías del presente, pero demás, esta se vincula a la vía ordinaria, tal como nos refiere Jiménez Vivas, cuyo texto nos sirve de guía (Jiménez Vivas, 2020).

En el artículo 94 de la Ley N.° 1510, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1912, se establecía respecto a las controversias que con particulares pudiera tener la administración pública:

> Corresponde a los jueces de primera instancia de Lima, conocer, en primera instancia, de los despojos que infiera el Gobierno, y de las demandas que contra él se interpongan sobre derechos que hubiese violado o desconocido ejerciendo funciones administrativas.

Criterio que fue ampliado y precisado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, Ley N.° 14605, en cuyo artículo 11 se estableció la obligación del agotamiento previo de la vía administrativa, mientras que en el artículo 12 se dispuso, en vía de control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública, lo siguiente:

> Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituya despojo, desconocimiento y violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes.

Algunos años después, por Decreto Ley N.° 18060, de 23 de diciembre de 1969, se creó en la Corte Suprema del Poder Judicial, la Sala encargada de ver asuntos contencioso-administrativos; luego, en la Constitución Política de 1979, en su artículo 240, se estableció:

> Artículo 240.-
>
> Las acciones contencioso-administrativas se interponen contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado. La ley regula su ejercicio. Precisa los casos en que las Cortes superiores conocen en primera instancia, y la Corte Suprema en primera y segunda y última instancia.

En este orden, se continuaron publicando normas que regulaban la vía contencioso-administrativa, como el Decreto Legislativo N.° 612, de 1990, por el que aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se consideraba la Sala Contencioso-Administrativa; el Decreto Legislativo N.° 768, de 4 de marzo de 1992, por el que se aprobó el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 540 se estableció:

> La demanda contencioso-administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia. Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa.

Este fue el gran escenario legal en el que se desenvolvieron los conflictos en las contrataciones públicas, las que se caracterizaban, en un inicio por la dispersión normativa, en el que "la mayor parte de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de adquisiciones" (Danós Ordóñez, 2006, p. 10), situación que cambió a partir del año 1980, cuando mediante Decreto Supremo N.° 034-80-VC, se aprobó el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (en adelante, RULCOP), el que tuvo fuerza de ley de acuerdo con lo establecido en la Ley N.° 23350, de 29 de diciembre de 1981; norma a la que se agregó el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales (en adelante, RUA), aprobado Decreto Supremo N.° 065-85-PCM.

Ambas normas establecían, en síntesis, que para recurrir a la vía judicial previamente se debía agotar la administrativa, tal como se puede apreciar en el artículo 10 de la Ley N.° 26143, Ley del Consejo de Licitaciones

y Contratos de Obras Públicas[23]; por su parte, en las Normas Generales del Proceso de Licitación del RULCOP, en el numeral 4.3.15, se establecía que cualquier postor no conforme con el otorgamiento de la buena pro podía solicitar reconsideración ante la entidad licitante, después de lo cual podía recurrir al Consejo Superior; en caso la decisión de la entidad afectara la buena pro otorgada. Por su parte, en el numeral 7.1.1 del RUA se estableció que las reclamaciones generales y las impugnaciones se tramitaban conforme a las normas generales de procedimientos administrativos.

En ambos casos, el afectado postor ganador podía recurrir en vía de revisión ante el citado consejo, después de lo cual era viable acudir al Poder Judicial en los términos precedentemente reseñados.

6. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LUEGO DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY N.° 26850 HASTA ANTES DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

El periodo previo terminó con la solución de controversias, en la fase de selección y ejecución contractual, aplicando las normas del procedimiento administrativo, constituyendo la vía previa para la acción correspondiente ante el órgano jurisdiccional; y, además, estableciendo el arbitraje como opción voluntaria, tal como se cita en el último párrafo del artículo 10 de la Ley N.° 26143, Ley del Consejo de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

Este panorama cambió sustancialmente desde la promulgación de la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, efectuada el 9 de julio de 1997, y modificada, seguidamente, por Ley N.° 27330.

A diferencia de la legislación previa, la nueva normativa distinguió dos momentos de la controversia en el proceso de contratación pública. El primero, que iba desde la convocatoria hasta el perfeccionamiento del contrato, y el segundo, durante la ejecución de este, espacio en la cual se establecían mecanismos y vías concretas, las que fueron variando con el devenir del tiempo y la gestión de intereses que se generaron entorno al arbitraje.

En cuanto a la primera fase, en el artículo 53 de la Ley N.° 26850 se estableció que en la fase de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores, mientras

23 Artículo 10.- En los asuntos de competencia del CONSULCOP, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa, esto, es cuando el Tribunal Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas emita la resolución respectiva. Sin embargo, *en cualquier estado de procedimiento, las partes podrán someter la controversia a arbitraje.*

que respecto del TCE indicaba que constituía la última instancia administrativa; precisando en el artículo 54 de la Ley N.° 27330, que las discrepancias relacionadas con actos administrativos producidos desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, solo podían dar lugar a la interposición de los recursos de apelación y revisión. La apelación la resolvía el titular de la entidad, mientras que la revisión estaba a cargo del Tribunal; criterio que se mantuvo en los reglamentos aprobados por Decretos Supremos N.° 039-98-PCM, N.° 013-2001-PCM, y N.° 084-2004-PCM.

Respecto de las controversias en la fase de ejecución contractual, el literal "b" del artículo 41 de la Ley N.° 26850 establecía que la conciliación y/o el arbitraje eran las vías para resolver estas en la fase de ejecución contractual, medios que no tuvieron la condición de obligatorios hasta la promulgación de la Ley N.° 27330. Por otro lado, en el Reglamento de la Ley N.° 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), aprobado por Decreto Supremo N.° 039-98-PCM, en los artículos 158 y 159, y en el escenario de desarrollo del arbitraje, se estableció la posibilidad de instrumentalizar el peritaje previo y la negociación asistida, los que en la práctica devenían en medios de solución de controversia. Así, en el artículo 158 indicaba que, en cualquier estado de la controversia, y antes de la instalación del arbitraje, las partes podían someter la solución de la controversia a un peritaje técnico; mientras que el artículo 159 refería que hasta antes de la designación de los árbitros las partes podían recurrir a un tercero especializado "que contribuya a lograr una solución negociada de la controversia"; posibilidad que desapareció con el nuevo reglamento aprobado con Decreto Supremo N.° 013-2001-PCM, y que se mantuvo en los que vinieron luego.

El 4 de junio del 2008, se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1017, el que eliminó el recurso de reconsideración en la fase precontractual, estableciendo, además en su artículo 53, algunas reglas que restringían el derecho a impugnar las decisiones administrativas. Así, se dispuso que la apelación solo se podría interponer luego del otorgamiento de la buena pro, distinguiendo según cuantía del proceso, de las apelaciones que resolvía el titular de la entidad y el Tribunal, y estableciendo la garantía del 3 % del valor referencial. El Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 184-2008-PCM, mantuvo, amplió y precisó lo establecido en el decreto legislativo acotado.

En cuanto al arbitraje y conciliación, estos se mantuvieron como mecanismos de solución de controversias en la fase de ejecución contractual, ampliándose la regulación sobre los mismos.

Esta forma de abordar la solución de controversias cambió en parte con la Ley N.° 30225, promulgada el 11 de julio del 2014. En principio se

mantuvo el criterio ya establecido para resolver los recursos impugnativos, pero se amplió hasta 65 UIT la posibilidad para que sea resuelto por la entidad, monto después del cual era responsabilidad del Tribunal.

El cambio sustancial se produjo en la fase contractual, ya que por un lado se desplazó al arbitraje *ad hoc* en favor del arbitraje institucional y, por el otro, se incorporó la Junta de Resolución de Disputas como medio para resolver las controversias en la fase de ejecución de obras. En cuanto a la conciliación esta se mantuvo, al igual que en el periodo anterior, como vía mediatizada.

Este periodo terminó en junio del 2024, cuando el 24 de dicho mes se promulgó la Ley N.° 32069, LGCP, la que también modificaría las vías de solución de controversias en las contrataciones públicas.

7. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MARCO DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO

El panorama de los medios de solución de controversias volvió a modificarse con la promulgación de la Ley N.° 32069, LGCP, en particular en la fase de ejecución contractual, debido a que la norma busca adecuarse a los requerimientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), lo que implica una fuerte vinculación en la contratación pública con empresas transnacionales, gobiernos y organismos supranacionales, operando lo que se conoce como el derecho administrativo global.

La LGCE mantiene la diferenciación respecto de las fases, tal como se establece en el Título V, bajo el título general de solución de controversias. En cuanto a la primera fase, que es de selección, en los artículos 72, 73 y 74, se refiere a la oportunidad de su interposición, la que se efectivizaría luego de otorgada la buena pro, de la declaratoria de desierto, de la publicación de los resultados de la adjudicación en el catálogo electrónico de convenio marco, estableciéndose como garantía el 0.5 % de la cuantía del procedimiento de selección, y diferenciando entre los que corresponden resolver al Tribunal y a la autoridad de gestión administrativa, siendo el umbral 50 UIT, correspondiendo al reglamento la precisión del trámite.

Para la solución de controversias en la fase de ejecución contractual, en el artículo 76 se establecen los siguientes mecanismos: Junta de Prevención y Resolución de Disputas; Conciliación; Arbitraje y otros que se prevean en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional. Los tres primeros vienen de la legislación anterior, pero se abre la puerta a otros que no están delimitados, tal como se refiere en el literal "e"

del numeral 7.1 del artículo 7 de la LGCP, donde se menciona, además de conciliadores, adjudicadores y árbitros, a los peritos, amigable componedor, y otros; con lo que se ha ampliado el espacio de los mecanismos de solución de controversias.

Este hecho es el que marca la nota distintita en la nueva legislación. Se mantienen los mecanismos establecidos en la Ley N.° 30225, y se incorporan otros; pero, además, se amplía la actuación de los existentes, fortaleciendo en esa vía la administración de las instituciones arbitrales y centros de prevención y juntas de resolución de disputas, en detrimento del fenecido OSCE, hoy OECE.

Capítulo XLIII

LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL CONFORME A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Sumario: 1. La negociación y la mediación. 2. La conciliación. 2.1. Modalidades de conciliación. 3. La Junta de prevención y resolución de disputas. 3.1. Antecedentes. 3.2. Definiciones y tipos. 3.3. La función de la DAB/DBR. 3.4. La DAB/DBR en el ámbito del derecho administrativo. 3.5. De la Junta de Resolución de Disputas en la Ley N.º 30225 a la Junta de Prevención y de Resolución de Disputas en la LGCP. 4. El arbitraje y el arbitraje administrativo. 4.1. Antecedentes del arbitraje. 4.1.1. Roma: la autonomía de la voluntad y la jurisdicción del Estado en la solución de controversias. 4.1.2. La solución de controversias en la Edad Media: derecho canónico y arbitraje laico. 4.1.3. Modernidad y arbitraje. 4.1.4. A manera de conclusión: el fin de la autonomía de la voluntad en el arbitraje. 4.2. Definiciones. 4.3. La naturaleza jurídica del arbitraje. 4.3.1. Teoría contractualista o privatista. 4.3.2. La teoría jurisdiccionalista o procesalista. 4.3.3. La teoría mixta o ecléctica. 4.4. El arbitraje administrativo. 5. Antecedentes del arbitraje en el Perú. 5.1. El arbitraje en normas de rango inferior a la Constitución. 5.2. El arbitraje administrativo. 5.3. El arbitraje en las contrataciones del Estado.

La solución de controversias en la fase de ejecución contractual en las contrataciones públicas constituye, quizás, uno de los aspectos más complejos de la misma, no solo por los distintos objetos que la componen, como son bienes, servicios y obras, sino también por la singularidad que ostenta el Perú respecto de la aplicación de medios propios del ámbito privado, como es el arbitraje, al ámbito público, a los que se le agregan la conciliación y la Junta de Resolución de Disputas, hoy denominada Junta de Prevención y de Resolución de Disputas (en adelante, JPRD).

En este escenario, la LGCP, en la búsqueda de adecuarse a los requerimientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha consolidado y ampliado las vías de solución de controversias, tal como se puede apreciar en su artículo 76 de la LGCP, en el que se establecen como mecanismos a la JPRD; a la Conciliación; y al Arbitraje, mencionando además a otros que se prevean en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

Los tres primeros vienen de la legislación anterior, abriéndose la puerta a otros que no están delimitados, mencionándose solo a los actores u operadores, tal como se refiere en el literal "e" del numeral 7.1 del artículo 7 de la citada norma, donde se indican, además de conciliadores, adjudicadores y árbitros, a los peritos, al amigable componedor, y otros; con lo que en términos reales se ha ampliado el espacio de los mecanismos de solución de controversias, en particular en la esfera de la JPRD.

Este hecho es el que marca la nota distinta en la nueva legislación. Se mantienen los mecanismos establecidos en la derogada Ley N.° 30225, y se incorporan otros; pero, además, se amplía la actuación de los existentes, fortaleciendo en esa vía la administración de las instituciones arbitrales y centros de prevención y juntas de resolución de disputas, a los cuales, a la vez, se les aplican mecanismos de control y selectividad.

Estando a ello, antes del análisis de la normativa respecto de cada uno de estos medios de solución de conflictos, corresponde determinar el marco conceptual y la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

1. LA NEGOCIACIÓN Y LA MEDIACIÓN

La negociación como mecanismo de solución de controversias tiene múltiples definiciones, las que se formulan desde diversos ámbitos académicos. Así tenemos que puede ser definida como "un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos o más partes tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción" (Flint, 1993, p. 23); o, como el medio básico "para lograr lo que queremos de otros", siendo una comunicación de doble vía "para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común, pero también algunos intereses opuestos" (Fisher *et al.*, 1985).

Las diferencias e intereses que se desenvuelven en la negociación pueden conducir a que cualquiera de las partes pueda tener alguna de las siguientes actitudes: competir, que supone tratar de convencer al otro de que acepte nuestros intereses; ceder, donde una de las partes ayuda a la otra a conseguir sus objetivos; compromiso, "cuando las partes se dividen las diferencias, ninguna gana, ninguna pierde"; colaborar, que supone el trabajo conjunto "para maximizar las ganancias conjuntas"; evitar, donde las partes "deciden evitar el conflicto y retirarse de la situación conflictiva postergándola" (Flint, 1993, p. 25).

Estas actitudes van a conducir a modelos de negociación, los que poseen sus respectivas tácticas negociadoras. Por un lado, tenemos el modelo distributivo, posicional o de suma cero, donde "el beneficio de una parte se traduce inmediatamente en pérdida para la otra" (Flint, 1993, p. 41); y por el otro, el modelo integrativo, donde "las partes buscan, en forma conjunta, una solución al problema que los aqueja. En vez de aproximarse al problema de modo competitivo, fijando puntos de resistencia y metas, las partes desarrollan una aproximación que se orienta a resolver el problema que ambas comparten" (Flint, 1993, p. 85), a efectos de obtener "un acuerdo razonablemente aceptable", por lo que los objetivos de la negociación deben basarse "en la realidad de lo que se posee como mejor alternativa" (Ogliastri, 1992, p. 6).

La mediación también constituye un mecanismo de solución de controversias, siendo definida por Cabanellas como la "Facilitación de un contrato, presentando a las partes u opinando acerca de alguno de sus aspectos" (Cabanellas, 1994, p. 363), por lo que es distinta de la negociación, ya que implica la participación de un tercero diferente de ellas, teniendo como características en ser "un proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes" (Schiffrin), constando de un procedimiento determinado que es dirigido por el denominado mediador.

Tanto la negociación como la mediación, operarían en el desenvolvimiento de la JPRD, por lo que estaríamos ante la instrumentalización de medios de solución de controversias al interior de otro más complejo.

2. LA CONCILIACIÓN

El otro medio de solución de conflictos en la fase de ejecución contractual considerado en la normativa de contrataciones del Estado es la conciliación, respecto de la cual existen también diversas definiciones, todas similares entre sí.

La peculiaridad de la conciliación a la que nos referimos es que esta tiene como una de las partes a la Administración Pública, la que desenvuelve su actividad en el marco del principio de legalidad, condición que afecta su capacidad de negociación y disposición.

En cuanto a las definiciones tenemos, que, desde el ámbito jurídico, la conciliación se asume como "la avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito" y tiene como objeto "la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar [...] sus efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia, y, en este sentido, puede pedirse judicialmente la ejecución de los convenios" (Cabanellas, 1989, p. 349).

Para otros, es "un mecanismo de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que estas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable", siendo "un procedimiento no formal, voluntario y bajo condiciones de confidencialidad, conducido por un tercero imparcial y aceptado por las partes de una disputa, que facilita el diálogo entre las mismas haciendo posible un acuerdo convenido con aquellas" (Caivano *et al.*, 1998, p. 130).

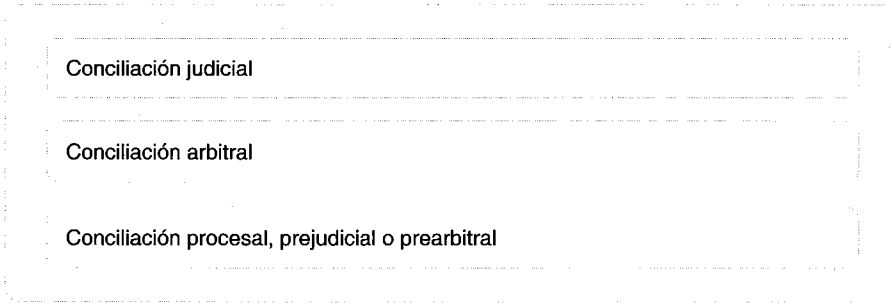
También se la define como un "proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales —conciliador o conciliadores— asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos" (Ormachea, 1999, p. 4).

En relación con la existencia del conflicto, tal como hemos referido, las partes construyen percepciones diferentes para abordarlo y resolverlo en el marco de garantizar sus propios intereses; el problema es cómo articular satisfactoriamente las percepciones y los intereses. La labor del conciliador se verá facilitada o afectada en función de la citada actitud, pero independientemente

de ello se debe tener presente que la negociación en general debe cumplir con tres criterios: conducir a un acuerdo sensato, ser eficiente; y debe mejorar o no deteriorar la relación entre las partes (Fisher *et al.*, 1985, p. 4).

2.1. Modalidades de conciliación

Existen tres modalidades de conciliación. La procesal que se desenvuelve al interior del proceso judicial constituyendo una etapa de este, no constituyendo objeto del presente trabajo; la arbitral que se propone en la etapa de determinación de puntos controvertidos y que puede darse en cualquier etapa del proceso, pudiendo los árbitros protocolizar el acuerdo; y la prejudicial, que es ejecutada fuera del ámbito judicial, es prejudicial o prearbitral, que constituye nuestro objeto de estudio.



En la conciliación judicial o procesal se busca resolver la controversia planteada en el contexto del derecho procesal y de un litigio establecido ante el órgano jurisdiccional, y tiene como objetivo evitar la prolongación del conflicto litigioso. En esta modalidad, además de la intervención de las partes está la del juez, quien brinda el consejo oportuno, propone, de ser necesario, los términos de la conciliación, los que pueden ser aceptados o rechazados por las partes, hecho que conduce a la prolongación del proceso hasta la sentencia definitiva. Esta forma de conclusión del proceso se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento procesal civil en los artículos 323 al 329.

La conciliación prejudicial o pre arbitral supone que el proceso se encuentra a cargo de las partes, que son quienes designan al conciliador, y tiene como objeto encaminar la solución de la controversia evitando en lo posible llegar a la vía judicial. El conciliador interviene según acuerdo de las partes y no por mandato del Estado, y la solución al diferendo "solo será posible mientras las dos partes lo acepten por acuerdo voluntario y no por imposición del conciliador" (Goziani Alfredo, 1995, p. 30). Esta conciliación se encuentra regulada en el Perú por el Texto Único Ordenado de la

Ley N.° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por Decreto Supremo N.° 017-2021-JUS, así como por el Texto Único Ordenado de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 017-2021-JUS; normativa que orienta a la conciliación establecida en la LCE y en el RLCE.

Finalmente, tenemos la conciliación en el arbitraje, la que se desenvuelve en la fase de determinación de puntos controvertidos, siendo también bienvenida en cualquiera de sus otras etapas. La conciliación es invocada directamente por el árbitro o tribunal arbitral en la audiencia de determinación de puntos controvertidos, siendo que, de no prosperar, las partes, en cualquier estado del proceso, pueden hacer llegar una propuesta de conciliación al árbitro único o tribunal.

3. LA JUNTA DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

En la anteriormente denominada JRD se presenta un interesante problema teórico, como es el de la asimilación de una institución surgida en el ámbito de la tradición jurídica del *Common Law* al ordenamiento jurídico administrativo de países vinculados al *Civil Law,* ya que se origina en Estados Unidos, en la década del 60, cuando se aplicaron en los casos Boundary Dam y Powerhouse Projet subterráneo de Washington (Freitas *et al.*, 2020).

La otra característica es que no es una institución que provenga del derecho, en particular del derecho administrativo, sino de un procedimiento de ingeniería constructiva, siendo su antecedente el Engineer, a lo que se agrega el hecho de que no existe un solo tipo de JRD, sino que se diferencian en función de la obligatoriedad de cumplimiento de sus recomendaciones.

Comencemos el tema desarrollando los antecedentes de esta peculiar forma de resolución de controversias en la fase de ejecución contractual.

3.1. Antecedentes

El inicio, como hemos indicado, se encuentra en los Estados Unidos, en el mundo anglosajón, específicamente en la ejecución de los contratos de obra, donde sustituyó a otra modalidad de solución de controversias, como fue la figura del Engineer, la que había sido utilizada en los contratos de construcción desde antes de la Segunda Guerra Mundial, y que tenía una condición de "cuasi árbitro".

El Enginner podía ser un profesional o una empresa, "contratada por el dueño de la obra (a veces el Poder Público) para acompañamiento técnico o gerencia", así como "para el encaminamiento y/o solución de las

controversias, quedando el propietario como autoridad superior" (Vaz *et al.*, 2014, p. 102), configurándose en un cuasi árbitro, tal como sucedió en los casos Paweley contra Turbull, en 1861; Sharpe contra Sao Paulo Railway Co.; Chambers contra Goldthorpe (1901); Bolam contra Frien Hospital Management (1957) (Freitas *et al.*, 2020), siendo este hecho su lado débil por cuanto afectaba la imparcialidad al momento de resolver las controversias.

> Tradicionalmente se facultaba a nivel contractual al ingeniero de la obra para que emitiera recomendaciones vinculantes respecto a los conflictos que podían surgir durante la ejecución del proyecto de construcción. No obstante, preocupaciones entorno a su independencia e imparcialidad, basadas en su vinculación con el dueño de la obra, sus múltiples actividades y responsabilidades durante la ejecución del proyecto, motivaron a los usuarios e instituciones internacionales a migrar al modelo de las juntas de controversias. (Castagnino, 2020, p. 44)

Es el agotamiento de esta modalidad la que abrió paso a la JRD, pero no en la forma en que hoy conocemos, pero si con la idea del Panel. Luego del éxito de los 60, en la ejecución de grandes obras se conformaron "paneles de expertos, a los cuales se les pidió emitir decisiones técnicas respecto a los conflictos sobre disputas en estas obras" (Freitas *et al.*, 2020), siendo que entre los años 1972 y 1974, se realizó un estudio elaborado por el "National Committee on Tunnelling", del que se publicó, en 1974, "Better Contracting for Underground Contruction".

En 1975, en Estados Unidos se aplicó en la construcción del segundo conducto del túnel Eisenhower, estableciéndose el primer Dispute Review Board, después de lo cual se utilizó en otros proyectos de envergadura, como fueron: La Central Hidroeléctrica "El Cajón" en Honduras, financiado por el Banco Mundial; el proyecto Boston Central Artery Tunnel en Estados Unidos, etc.

Lo que vino después fue el desarrollo de esta modalidad por parte de los organismos financieros internacionales y la International Federation of Consulting Engineers (en adelante, FIDIC) y por la American Society of Civil Engineers (en adelante, ASCE), siendo esta última la que en 1989 publicó los primeros estándares de la JRD. En 1990, el Banco Mundial publicó sus "Normas para Adquisiciones", las que estaban basadas en los contratos FIDIC, en los que se establecía la posibilidad de recurrir a las JRD, con lo que las recomendaciones se convertían en vinculantes. Luego, en 1995, en la condiciones de FIDIC para proyectos llave en mano, contenidas en el "Libro Naranja", "se estableció que el DAB tendría competencia para emitir resoluciones obligatorias y vinculantes para las partes [...]" (Freitas *et al.*, 2020) y,

en 1995, el Banco Mundial aprobó, para el caso de financiamiento de obras superiores a 50 millones de dólares, el Standard Bidding Documents for Procurement of Work, por el cual impuso las denominadas juntas de controversias, mientras que, en 1996, el ASCE publicó el texto "Dispute Review Board Manual" (Castagnino, 2020, p. 44).

En el mismo año, 1996, se publicó el Suplemento de FIDIC a las Condiciones de Contrato para Obras de Construcción de Ingeniería Civil, denominado "Libro Rojo", y las Condiciones FIDIC para Trabajos Eléctricos y Mecánicos, "Libro Amarillo", en el que se establecieron los DAB, y se creó la Dispute Resolution Board Foundation, la que contaba con el apoyo de la Cámara de Comercio Internacional. Posteriormente, en 1999, en la publicación del "Libro Rojo" de FIDIC se estableció "en la sub-cláusula 20, un sistema escalonado de resolución de controversias", el DAB sería el órgano decisorio en vez del Engineer (Freitas *et al.*, 2020).

Las disposiciones de la FIDIC de 1999 fueron tomadas e incorporadas por el Banco Mundial incluyendo en sus contratos modelo, la figura de la junta de controversias como principal medio de resolución de conflictos, disposición que fue tomada como ejemplo en las Normas para Adquisiciones de obras del año 2000, "Procurement of Works", emitidas por el Banco Mundial, donde estableció como mecanismo idóneo el DAB.

El año 2004, la Cámara de Comercio Internacional de París publicó el reglamento de los Dispute Boards (se actualizó el año 2015), mientras que en el 2005 la Institution of Civil Engineers publicó el texto "ICE Dispute Resolution Procedure", mientras que el Banco Mundial y la FIDIC aprobaron una edición concordada de las Normas para Adquisiciones del Obras y las DRB/DAB, la que fue incorporada por los Bancos Multilaterales de Desarrollo, mientras que el 2008 la FIDIC publicó el "libro dorado", denominado "Condiciones de Contratación para el Diseño, Construcción y Operación", en el que se ratificó el uso de las juntas de controversias (Castagnino, 2020, p. 45).

3.2. Definiciones y tipos

Como se podrá apreciar de la evolución expuesta, la vía que sustituyó al Engineer como mecanismo de solución de controversias en la ejecución de obras ha tenido distintas denominaciones, cada una con connotaciones diferentes, las que han estado en relación directa con el rol que se le ha querido otorgar en la ejecución de la obra y como vía pre arbitral, siendo la definición base la de Dispute Boards Resolution o Junta de Resolución de Controversias.

¿Cómo se define una Dispute Boards Resolution (DBR) o JRD? Hernández García define a las Dispute Boards como un medio de solución de controversias:

> [...] tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo in dependiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contra tantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta in formal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (ii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta. (Hernández García, 2014, p. 27)

Las definiciones revisadas sobre los DB son similares, tal como se puede apreciar en la cita de Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli en "Los Dispute Boards y los contratos administrativos: ¿Son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?", donde se indican su función en relación con el tipo de estas "son paneles, comités o consejos para la solución de litigios cuyos miembros son nombrados en ocasión de la celebración del contrato y que acompañan a su ejecución hasta el fin, pudiendo, conforme el caso, hacer recomendaciones (en el caso de los Dispute Review Boards- DRB) o tomar decisiones (Dispute Adjudication Boards-DAB) o hasta teniendo ambas funciones (Combined Dispute Boards-CDB), conforme el caso, y dependiendo de los poderes que les fueran otorgados por las partes" (Wald, 2005, p. 18)

Por otro lado, en el reglamento de la CCI, se define a DB como "un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato" (Castagnino, 2020, p. 46).

En cuanto a los tipos, tenemos que estos se diferencian en función de la obligatoriedad de sus recomendaciones. Así, tenemos entre los tipos de DB a:

- Las Dispute Review Board (DRB), se caracteriza por emitir recomendaciones, las que carecen de fuerza vinculante.
- El Dispute Adjudication Board (DAB)/Dispute Board Resolution (DBR), que emite decisiones vinculantes para las partes, por lo que, si alguna de ellas no se encontrara conforme con la decisión, tendrá la vía expedita para recurrir al arbitraje.

- El Combined Dispute Board, que es una combinación del DRB y DAB, en el que la junta puede emitir recomendaciones y decisiones obligatorias, capacidad que deberá estar debidamente establecida, así como las situaciones en la que operaría.

3.3. La función de la DAB/DBR

Las DAB/DBR carecen de la condición jurídica que caracteriza al arbitraje, como es la de ser jurisdiccional, a pesar de que resuelven controversias contractuales, siendo ese procedimiento una condición para la arbitrabilidad de estas, así como una vía para evitar que toda controversia llegue a arbitraje.

En este orden, su labor es de índole preventiva respecto de un conflicto mayor, ya que permite a los adjudicadores "identificar tempranamente la aparición de un conflicto, capturándolo al tiempo en que aparecen (*on time*), recomendando o decidiendo su solución durante la ejecución de una obra (*on site*) sobre la base en un procedimiento contractual" (Paredes Carbajal, 2014, p. 154)

3.4. La DAB/DBR en el ámbito del derecho administrativo

Las DAB/DBR tienen una doble limitación en relación con su incorporación a los contratos administrativos que suscriben los países de América Latina, que se encuentran vinculados a la tradición jurídica francesa del derecho administrativo, y a la tradición romano-germánica en general, el *civil law*. Por un lado, nace en el ámbito privado; y, por el otro, se origina en el mundo contractual anglosajón, *common law*.

Tal como hemos expuesto, la instauración de las DAB/DBR se origina en un contrato que suscriben los integrantes de la junta con las partes del contrato, en el marco de ejecución de un contrato de obra pública, el que se caracteriza por la diferencia entre sus integrantes, donde una, la Administración Pública, se presenta como representante del bienestar general o interés público, situación que le permite establecer cláusulas exorbitantes, así como relativizar su autonomía en virtud del principio de legalidad.

A pesar de esta aparente limitación de una de las partes, no se ha detenido el avance del uso de este medio de solución de controversias contractuales en el ámbito administrativo, y, por el contrario, se ha convertido en una vía previa al arbitraje, tal como sucede en el caso peruano, o en el de la acción contencioso administrativo, en el resto de países.

Finalmente, en cuanto a las limitaciones en la implementación de la DAB/DBR en la ejecución de obra pública, coincidimos con la observación

que hacen Vaz y Gravatá, cuando dicen que este régimen jurídico especial "orientado por el principio de la legalidad y por la supremacía del interés público, contempla desdoblamientos normativos que pueden generar potenciales incompatibilidades (o al menos cuestionamientos) con el modelo de los Dispute Boards, sobre todo en las versiones que agregan obligatoriedad y carácter definitivo a las manifestaciones de las juntas" ((Vaz y Gravatá, 2014, p. 106).

3.5. De la Junta de Resolución de Disputas en la Ley N.° 30225 a la Junta de Prevención y de Resolución de Disputas en la LGCP

La Junta de Resolución de Disputas se integró a la normativa nacional desde la promulgación de la Ley N.° 30225, promulgada el 11 de julio del 2014, norma en cuya exposición de motivos no se hacía mayor fundamentación de la decisión adoptada, aunque en algunos párrafos se formulan decisiones relevantes.

Así se indica que la incorporación se consideraba conveniente, por cuanto mediante ella se buscaba "lograr la pronta y óptima solución de controversias, en las mejores condiciones de oportunidad y costo", a lo que agregaba que la finalidad de su incorporación era "diversificar la disponibilidad de medios de solución de controversias [...] acorde a la especial naturaleza de los contratos y de los posibles conflictos que se puedan presentar, aspecto que afianza la posibilidad de establecer mecanismos de solución de controversias adicionales, por vía reglamentaria" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 59 de 152]).

Con el paso de los años, la JRD fue ganando presencia en los contratos de obra, estableciéndose montos para su incorporación en estos, y la condición de vinculante a sus recomendaciones; proceso al que se fueron sumando adjudicadores y centros de administración de JRD, tal como se describe en la exposición de motivos de la Ley N.° 32069, LGCP, donde se hace referencia a la inclusión de esta modalidad en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

Finalmente, en la nueva ley ya no se hace referencia a la JRD, sino a la JPRD, denominación que implica la posibilidad de agregar a esta otros medios de solución de controversias, como la negociación y la medicación.

4. EL ARBITRAJE Y EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

El arbitraje en general, y el arbitraje administrativo en particular, es la institución que mayor nivel de desarrollo normativo y doctrinario ha alcan-

zado en los últimos años en el Perú. ¿El motivo? La participación del Estado, en los contratos internos en condiciones de igualdad que el contratista, ha significado que desde la década del 90 del siglo pasado cada vez más abogados, ingenieros y otros profesionales se interesen por el tema, lo que ha ido a la par de la difusión de la institución mediante cursos, seminarios, posgrados, etc.; así como al establecimiento de mayores exigencias para participar en él.

En este orden, atendiendo al mayor desarrollo de la institución, y por ende a su significancia académica, hemos optado por dedicar las líneas que siguen al arbitraje en general, y luego al arbitraje administrativo en particular.

4.1. Antecedentes del arbitraje

La primera opción a la solución de controversias en los albores de la humanidad fue la violencia, y específicamente la venganza, la que dio paso a la solución pacífica de controversias mediante el trato directo de las partes involucradas, la autocomposición, proceso que se produjo antes de que surgiera el Estado, y que convivió con él; luego vino la resolución heterocompositiva entre privados, donde como tercero podía intervenir el jefe de la tribu, el sacerdote o el anciano, pero siempre ajeno al Estado, situación que cambió cualitativamente en los siglos venideros.

En relación con la historia del arbitraje, además de lo que a continuación expondremos brevemente, remitimos al lector a las investigaciones desarrolladas por Castillo Freyre (2007) y Montoya Alberti (2003), autores que consensuan en afirmar que el arbitraje tiene antecedentes remotos, que se pierden en la historia de la humanidad, citando para ello a referentes bíblicos, así como a Grecia, Roma y de otras regiones y culturas. Con seguridad se podría señalar épocas anteriores, pero para la historia de Occidente, Grecia y Roma son sustanciales.

Los registros históricos se refieren a sociedades organizadas, es decir con presencia del Estado y con resolución heterocompositiva del conflicto, los que se muestran en pasajes bíblicos, como la crisis suscitada entre Jacob y Labán; al conflicto que se produjo por la sucesión del trono de Darío, que fuera resuelto por Artabanes en favor de Jerjes; la controversia entre Ciro y el rey de Asiria decidida, según Jenofonte por la India (Castillo Freyre, 2007); el de los dioses griegos al designar a París para resolver sobre la belleza de Venus, Juno y Minerva.

Por otro lado, tenemos que Grecia se vincula en sus orígenes a la civilización cretense y aquea, la que data del siglo XV a. C., habiendo transitado por los periodos aqueo, homérico, arcaico, clásico, y helenístico; evolución en la que se articuló, mediante el comercio, guerras, y otros, a distintas civilizaciones, como los dorios, los fenicios, los macedonios, egipcios, y, en general, a las civilizaciones del Mediterráneo y Mesopotamia. Este proceso de formación y desarrollo cultural se diferenció de otras culturas de su tiempo en que, en ella, se llegó a teorizar sobre la comprensión del mundo a través de la filosofía, estando como testigos, entre otros, la obra de Platón y Aristóteles; pero, además, en cuanto a organización institucional de la democracia, en el siglo VI a. C., mediante las Leyes de Solón, se planteó en tema de los arbitrajes privados y públicos, mecanismo que sería desarrollado por el derecho romano.

4.1.1. Roma: la autonomía de la voluntad y la jurisdicción del Estado en la solución de controversias

El criterio común en la bibliografía revisada es que fue en Roma donde el arbitraje alcanzó "la categoría de institución, manteniendo el carácter voluntario y privado de la justicia, limitándose a controlarla y encauzarla" (Montoya Alberti, 2003); adquiriendo "raíces propias" (Castillo Freyre, 2007). Pero ¿cómo llegó a institucionalizarse o a sentar las bases de lo que sería a futuro?

El desarrollo se encuentra vinculado al proceso cultural y jurídico que generó la helenización, así como a la concepción iusnaturalista, a la filosofía estoica y al proceso político romano. En cuanto a su devenir político y jurídico tenemos que Roma pasó por la Monarquía (753 a 510 a. C.), la República (509-27 a. C.) y el Imperio (27 a. C.-395 d. C,) mientras que el derecho transitó del *Ius Quiritum al Ius Novum*, pasando por el *Ius Civile*, el *Ius Gentium* y el *Ius Civile Novum*.

En el libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Federico Engels (1971) destacó el rol que el *pater familias* cumplía en la *gens*, y en la sociedad romana, así como la importancia de las solemnidades religiosas; escenario en el que el tercero componedor, o quien resolvía la controversia, era el *pater familias* o los sacerdotes conocedores de la tradición y de las costumbres (las mores).

Este es el periodo de las *legis actionis*, las que se originan en el derecho quiritario, constituyendo "la forma más antigua de enjuiciar en el derecho romano" representando el imperio de la forma, del rito y de la solemnidad (la forma sacra y formal de presentar la controversia a resolver). Aquí tene-

mos dos cosas, autonomía de la voluntad, por cuanto no hay Estado que interviene, sino decisión de las partes; derecho natural panteísta y procedimiento para comunicarse con los dioses, el que solo era conocido por algunos. Finalmente, "se aceptó que las partes eligieran libremente al tercero imparcial que resolvería las discrepancias" (Castillo Freyre, 2007).

Esta fue la primera forma de resolver la controversia en la heterocomposición, sin Estado u órgano jurisdiccional. Al finalizar la Monarquía y en los albores de la República, periodo en que el Estado se consolidó, aparecieron normas sustantivas que se refirieron al arbitraje, el *Foedus Casianum*, que es un tratado comercial y de renovación de la Liga Latina, donde se hacía referencia a árbitros, y la *Ley de las XII Tablas,* "cuya función era impedir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un arbitraje que se pronuncia sobre la justicia o injusticia [...]" (Castillo Freyre, 2007).

En este periodo, el Estado comenzó a organizar la administración de justicia recogiendo las costumbres vigentes, por lo que se mantuvieron dos vías para la solución de controversias, la privada heterocompositiva, donde prevalecía la autonomía de la voluntad y se desenvolvía ajena a los canales formales de administración de justicia, y la que se desarrolló dentro de estos canales, respetando la autonomía de la voluntad de las partes. ¿Cuál es la diferencia? La primera se desarrolló ajena al Estado, la segunda fue ordenada por el Estado o se desenvolvió dentro de él.

Lo que vino después fue la continuidad de la segunda opción. Las *legis actionis* primero convivieron con el procedimiento ordinario y después cedieron su lugar, lo que fue a la par de la consolidación del Estado. El procedimiento ordinario se dividía en público y privado (*ordo iudiciorum privatorum*), y este a su vez se subdividía en las *legis actionis*, a las cuales nos hemos referido, y el procedimiento formulario, "siendo una de las características esenciales su división en dos etapas, la primera *in iure*, ante el magistrado, y la segunda *apud iudicem*, ante el juez privado romano designado por las partes, cuya actuación se basaba en la voluntad de las partes y en el juramento hecho al ser nombrados, por el que prometen fallar de acuerdo a las normas del derecho positivo" (Montoya Alberti, 2003).

En el Imperio apareció la extraordinaria *cognitio*, que sustituyó al *ordo iudiciorum privatorum*, estableciendo que el procedimiento "está basado en el *imperium* del magistrado, que ya no se limita a encauzar y dirigir el proceso, sino que es quien contrasta por sí mismo el derecho alegado y emite el

fallo que estime adecuado" (Montoya Alberti, 2003), disposición con la cual el Estado se hacía cargo de la administración de justicia.

Finalmente, tenemos que durante este periodo se consolidó el arbitraje dentro del Estado, acabando la libertad y la autonomía de la voluntad en este extremo, que había caracterizado a las etapas pretéritas y a los albores de la civilización romana. Arbitraje sí, pero arbitraje reglado, tendencia que marcaría el devenir de la institución.

4.1.2. La solución de controversias en la Edad Media: derecho canónico y arbitraje laico

La caída del Imperio romano de Occidente significó el fin de la antigüedad, y el inicio de la Edad Media, proceso que vino precedido de las invasiones bárbaras, y del colonato que dio origen al feudalismo. La Edad Media tuvo dos fases. La primera denominada la Alta Edad Media que va desde del siglo V al X, y la Baja Edad Media que comprende de los siglos XI al XV, debiendo considerarse que, como en toda delimitación histórica, las fechas son referenciales, por cuanto existen los periodos de transición; contexto en el que se desenvuelven dos poderes que colisionarán en la Baja Edad Media, el poder sacro y el poder laico.

Por el lado del poder sacro, tenemos que el periodo significó la hegemonía cultural de la Iglesia Católica, la que otorgó unidad y concepción del mundo a Occidente. El derecho canónico se sustentaba en los documentos fundamentales de la Iglesia católica, como la Biblia, los cánones (reglas) y decretos de concilios y sínodos eclesiásticos, decretos y decisiones personales de los obispos y leyes de emperadores y reyes cristianos, además de las penitenciales, descripciones de pecados y castigos. Todas las leyes quedaban subordinadas a los preceptos de la Biblia y a los escritos de los padres de la Iglesia. En un escenario donde la Iglesia era la dueña espiritual del mundo, que se sustentaba en un derecho natural trascendente, con un dios único, las controversias que surgían entre los feligreses, y a nivel político, se sometían a la autoridad del obispo de la jurisdicción o papa, en una suerte de dirimencia o arbitraje, donde la solución siempre tenía el referente trascendental de un ser supremo y su dogma.

El otro poder que se alzaba en Occidente era el de los pueblos bárbaros, lo que tenían órdenes jurídicos similares (derecho consuetudinario), a diferencia de los romanos que poseían un derecho codificado. Estos pueblos constituían unidades jurídicas territoriales e, inicialmente, prevalecía entre ellos la venganza como mecanismo de solución de controversias, procedimiento que después cedió su lugar a las penas pecuniarias (Lex Salica,

del Rey Franco Clodoveo, 496 d. C.; Leyes de Etelberto, compilación anglosajona del año 600 d. C.; Edicto del Rey Lombardo Rotaris 643 d.C.), mientras que en el ámbito probatorio tenían a las ordalías, las que comenzaron como invocaciones a los dioses del fuego y del agua, para pasar luego a Dios (prueba del fuego, prueba del agua, prueba del bocado) (Berman, 1966, pp. 59-79).

En cuanto a la creación de derecho, contaban con la asamblea del pueblo germánico que emitía juicios y decretos generales (afirmaciones de costumbres antiguas), siendo estas normas de carácter obligatorio, donde la ley se configuró como un atributo personal. La limitación venía por el lado de la carencia de jueces y jurisdicción, así como de una concepción o doctrina del derecho, por cuanto no podía recurrirse a la jurisprudencia romana ya que solo sobrevivía el derecho romano vulgar.

Esta situación cambió cuando terminaron las guerras surgidas como consecuencia de las invasiones y de la búsqueda de la delimitación de los dominios. Jurídicamente se presentaban un conjunto de derechos diversos en los distintos pueblos bárbaros que invadieron Occidente, a lo que se sumó el derecho romano vulgar que quedó como práctica, y la propuesta de la Iglesia. Por lo tanto, podríamos hablar, en principio, de dos derechos el canónico y el laico, y dentro de este el germánico y el romano residual.

Uno de los pueblos bárbaros que se vincula a la tradición jurídica de España y, en consecuencia, de América Latina, es el de los visigodos, quienes se establecieron en la península ibérica, que requería codificar su derecho a efectos de administrar mejor sus dominios en un escenario donde las leyes de los bárbaros coexistían con las de los romanos. En este proceso, el rey Eurico realizó la primera codificación de las normas consuetudinarias vigentes, luego el rey Alarico II buscó superar la situación mediante la fusión del derecho romano con el germánico, mandando a codificar el derecho romano que regía en las provincias eliminando de ellos lo anticuado e inaplicable, designando a Goyarico para que redacte una ley que tenga vigencia para romanos y germanos, la *Lex Romana Wisigothorum* o *Brevarium de Alaricum*, después vino el *Liber Iudicirum*.

El Brevario de Alaricum que data del año 506, no consideraba el arbitraje, a diferencia del *Liber Iudicirum* (650), que es posterior al Brevario, el que establecía la equivalencia entre árbitros y jueces, "en lo que respecta al ámbito de la responsabilidad", sentando las bases de la "tendencia que concibe al arbitraje desde la perspectiva judicial" (Castillo Freyre, 2007).

En la Baja Edad Media, luego del fin de las guerras, la seguridad de los caminos y el surgimiento del comercio, se abrió la posibilidad de desarrollo

del arbitraje. Así, se produjeron dos documentos relevantes, el Fuero Juzgo (1241) y el Fuero Real (1255), los que consideraron el arbitraje, refiriéndose a jueces avenidores, arbitradores, componedores, mientras que las Siete Partidas (1280) consolidaron la función judicialista del arbitraje, homologando el fallo arbitral con el del juez.

El periodo terminó con la inclusión del arbitraje dentro de la norma y del órgano jurisdiccional, es decir, concluyó como había terminado en la antigüedad, pero esta vez, con un contexto diferente, como es el desarrollo de la economía mercantil propia del capitalismo que obligará a la incipiente burguesía a resolver sus controversias en los distintos gremios que la agrupaban.

4.1.3. Modernidad y arbitraje

La modernidad comenzó a forjarse en la Baja Edad Media, pero se considera que va desde el siglo XV, e implica, entre otras cosas, el fin de la explicación del mundo con referencia a fuerzas sobrenaturales o metafísicas, para dar paso a las explicaciones racionales. En términos políticos se comenzó a explicar el poder a partir de las teorías pactistas o contractualistas, las que se oponían a las que justificaban el poder sacro y el derecho divino de los reyes a gobernar.

Por el lado económico, implicó, por la quiebra del feudo, el desplazamiento de la población del campo a la ciudad, el surgimiento de ciudades, la colonización, el desarrollo de nuevos instrumentos de comercio como la letra de cambio negociables, el surgimiento de las sociedades de responsabilidad limitada, los tribunales mercantiles, y el derecho mercantil. Es el auge del capitalismo mercantil, que luego cederá ante el capitalismo industrial que fue de la mano con las dos revoluciones industriales.

¿Cómo se reflejó este proceso en el arbitraje? Ulises Montoya cita al Edicto de Francisco II de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins (Francia), por el que se impuso el arbitraje forzado "en la diferencia entre mercaderes, las demandas de participación entre parientes próximos, y las cuentas de tutela y administración. En estos casos se preveía que debían ser resueltas, sumariamente, por tres o más personas, elegidas por las partes, o en caso de no hacerlo, elegidas por el juez" (Montoya Alberti, 2003); en el derecho anglosajón, en el año 1657, se hizo referencia al arbitraje "A Grand Abridgment of the Common and Statute Law of England", publicándose luego el "Act for determining Differences by Arbitration" (Freitas *et al.*, 2020).

El desarrollo económico condujo a otra fase la orientación jurídica, ya no bastaba la autonomía de la voluntad y la libertad, se requería además de seguridad jurídica, perspectiva que dio paso al surgimiento de los códigos. Así, entre finales del siglo XVIII y principios del XIX los Estados europeos se dieron códigos en el sentido moderno:

> [...] un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado), dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar por mucho tiempo. (Tarello, 1995, p. 39)

Así, se promulgaron códigos civiles, penales, comerciales, de procedimiento civil y de procedimiento penal, los que habían sido concebidos, previamente, a nivel ideológico. Pero el surgimiento de los códigos terminó por normativizar el arbitraje. En Francia, la violenta confrontación con el Antiguo Régimen que significó la Revolución francesa implicó, en lo jurídico, que este se erija como "una reacción contra lo que significaba la administración de justicia del antiguo régimen" (Castillo Freyre, 2007).

La Asamblea Constituyente consagró en el artículo 1 del Título I de la Ley 16 y 24 de agosto de 1790 que "el arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos", mientras que el artículo 4 proscribía "que las partes apelen de la sentencia arbitral", creando para tal efecto un Tribunal Arbitral particular que resolvía controversias de familia. En la Constitución de 1791, "se reconoció como derecho natural el derecho a comprometerse, de tal forma que este derecho no podía ser restringido por el Poder Legislativo", con lo que el arbitraje terminó imponiéndose en todos los negocios "razón por la cual los jueces llegaron a ser árbitros públicos" (Castillo Freyre, 2007).

Después de la Revolución francesa y del proceso jurídico-político indicado, lo que vino fue la institucionalización normativa del arbitraje. A pesar del reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la época en que esta se podía desenvolver fuera del Estado, o del reconocimiento de él, había terminado definitivamente. El proceso iniciado a fines de la República romana había adquirido reconocimiento institucional, con lo que la autonomía de la voluntad solo terminó existiendo dentro del Estado.

4.1.4. A manera de conclusión: el fin de la autonomía de la voluntad en el arbitraje

Una de las conclusiones que se desprende del proceso descrito es que el arbitraje, como tal, hace mucho tiempo dejo de depender de la autonomía de la voluntad, por lo que no cabe explicarlo con base en ella.

La evolución, como consecuencia del proceso de racionalización, implicó que la autonomía de la voluntad se entendiera y desenvolviera en el contexto del Estado, razón por la cual hay quienes asumen que el arbitraje "existe por obra y gracia del Estado. El Estado es el que permite la sustracción de los particulares a su jurisdicción y es el que determina a través de la ley las hipótesis bajo las que esa sustracción es válida, así como las hipótesis en aquella que no lo es" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 74), por lo que no es posible una definición "que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 37).

Esta comprensión del arbitraje en el marco estatal, es reconocida también cuando se afirma, desde una perspectiva crítica:

> [...] "la justicia no nació como una institución pública o estatal, sino como una institución privada, que fue posteriormente estatizada a través del ejercicio del poder estatal", proceso que se exteriorizó "en una continua competencia entre los mecanismos públicos y los privados de solución de conflictos, competencia en la que, en un verdadero acto de competencia desleal, la justicia estatal usó la ventaja de poder cambiar reglas de juego, reducir la arbitrabilidad de controversias, y pretender hacer aparecer al arbitraje, la mediación y a la conciliación, como formas derivadas de justicia, existentes solo porque el Estado otorgaba graciosamente una suerte de concesión a los particulares" (Bullard González, 2006).

En este escenario, las consecuencias de la relación arbitraje-Estado, son dos. La primera, es la de articular el arbitraje al derecho positivo, donde es este quien le da existencia y otorga los parámetros del desenvolvimiento; y la segunda, de vincularlo a la Constitución y a los derechos fundamentales por lo que el arbitraje "no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, a riesgo de que sea declarado inconstitucional; puesto que no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de conformidad con la Carta Magna" (Landa Arroyo, 2008, p. 106), con lo que la autonomía de la voluntad termina siendo entendida como "la facultad

conferida a las partes [...]" (Landa Arroyo, 2008, p. 108), la que es otorgada por la ley y, en consecuencia, por el Estado.

4.2. Definiciones

Las definiciones del arbitraje pueden venir desde la teoría del conflicto y de los medios alternativos a la solución de controversias, hasta de la propia doctrina jurídica sobre esta institución. Desde estas perspectivas tenemos que las definiciones brindadas por diversos autores respecto al arbitraje son similares. Así, para algunos el arbitraje es un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero para que las resuelva y ponga fin a la contienda; para otros, es "el producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Dentro de su esfera de libertad, las partes también pueden pactar las normas por las que tramitará el proceso, sea en forma directa mediante el dictado de las reglas a las que deberán ceñirse los árbitros" (Caivano *et al.*, 1998, p. 130).

En el caso de la doctrina sobre arbitraje nos hemos permitido citar a Munné Catarina (Frederic, 2020), quien reúne en su texto algunas definiciones sobre arbitraje. Así, al arbitraje se le puede entender como "una institución de solución privada de conflicto de intereses" (Díez-Picazo, 1954, p. 1160); o, como una "*iuris dictio* convencional" (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991); o "una institución mediante la cual un tercero resuelve una controversia que enfrenta a dos o más partes, ejerciendo una función jurisdiccional que le ha sido confiada por aquellas" (Jarroson); o como la que plantea Fouchard, para quien "se trata de una verdadera jurisdicción convencional, que a diferencia de la jurisdicción estatal no obedece a una organización estable de un servicio público permanente, sino que es necesario constituirla en cada caso concreto designando a los árbitros que serán investidos de la potestad de juzgar" (Fouchard, 1996, p. 465).

Finalmente, tenemos la definición elaborada por el propio Munné, para quien el arbitraje "es una institución jurídica que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes que se someten a él y que constituye una alternativa a la Jurisdicción, como forma hetocompositiva de resolución de conflictos. Por tanto, es una estructura alternativa, voluntaria y excluyente de la Jurisdicción Ordinaria establecida por el Estado para la coyuntural resolución heterocompositiova y vinculante de litigios predeterminados" (Frederic, 2020, p. 19).

Lo común en todas estas definiciones es el origen ajeno al Estado del arbitraje, situación que reviste de singularidad a la forma en que se desa-

rrolla el proceso, que es sustancialmente diferente al proceso judicial que se desenvuelve en la vía ordinaria, que es regulado por las normas contenidas en el respectivo Código Procesal.

4.3. La naturaleza jurídica del arbitraje

Plantearse el tema de la naturaleza jurídica de alguna institución del derecho implica definir "cuál es su ser jurídico", determinación que permitirá ubicarla en su desenvolvimiento doctrinario y normativo, siendo este un terreno fértil para el debate, por cuanto para algunos el arbitraje tendrá una "esencia privada", mientras que para otros será de "esencia pública", y, finalmente, aparecerán aquellos que consideran que el arbitraje tiene de ambos. Los primeros serán los privatistas o contractualistas, los segundos los publicitas o procesalistas o jurisdiccionalistas, y los terceros los eclécticos. Veamos cada una de ellas.

4.3.1. Teoría contractualista o privatista

Entre lo público y lo privado, esta teoría opta en su conceptualización y razonamiento, por lo segundo. Al respecto, Roque Caivano (como se citó en Puglianini Guerra, 2012, p. 32), al momento de explicitar esta teoría, indica que estas "ponen el acento en el carácter privado del instituto, tanto a lo que se refiere al origen, cuanto respecto de la calidad de los árbitros. Se señala que estos no son jueces, sino particulares que no revisten, por lo tanto, la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia a nombre del Estado, sino por voluntad de las partes".

La razón de ser de esta posición es la autonomía de la voluntad, en la medida en que no se afecten los intereses, ni el orden público, y lógicamente los de terceros, por lo que se le equipara con el contrato privado. Las partes son libres de disponer, de vincularse, y de someter sus diferencias a un proceso que generará una decisión vinculante para ellas, siendo esta vinculación el convenio arbitral.

Establecido el marco general, y a efectos de resumir el tema que abordamos, seguidamente exponemos las características de las teorías privatistas, conforme a Vargas García y a Merino Merchán *et al.* (2006), quienes, respectivamente, determinan que la perspectiva privatista se caracteriza en síntesis por considerar los siguientes argumentos:

- El arbitramiento tiene una naturaleza privada. Deriva de un acuerdo de voluntades entre las partes, que convienen someter su diferencia a la decisión de los árbitros.

- Los árbitros son particulares designados por las partes, que igualmente son personas privadas. El vínculo entre árbitros y las partes, es privado y contractual.
- El árbitro en consecuencia, no ejercita acto jurisdiccional alguno, deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene poder de acción, es remunerado por las partes y, en fin, no es funcionario, sino un individuo privado.
- El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad misma de las partes que han querido someterse a ella. Es, pues, obligatorio por sí mismo, como son obligatorios los contratos (Vargas García, Fernando, 1964, p. 35; Puglianini Guerra, 2012, p. 32).

4.3.2. La teoría jurisdiccionalista o procesalista

Esta teoría razona en sentido contrario a la privatista, y lo hace desde la noción de soberanía. En este caso se entiende que la capacidad de los árbitros para resolver controversias deriva de la jurisdicción estatal. Así, se indica "que los árbitros son verdaderos jueces y desempeñan una función pública que la ley les encomienda", el fundamento de dicha apreciación es que, más allá de la designación efectuada por las partes, el poder de juzgar se deriva de la ley (Puglianini Guerra, 2012, p. 25).

Por otro lado, se refiere que los árbitros son jueces:

> [...] pero no solamente porque las partes se los hayan nombrado como tales, sino porque el Estado ha consentido en reconocerles ese carácter. No es solo la voluntad de las partes la que atribuye jurisdicción a los árbitros. Es también el Estado, como titular de esa jurisdicción, quien lo posibilita a través de ordenamiento jurídico, bajo ciertas condiciones. El acuerdo arbitral opera, así como el elemento a través del cual actúa la disposición legal que permite en forma general desplazar esa potestad, asignándola en forma específica a determinadas personas. (Puglianini Guerra, 2012, p. 29)

En este contexto se afirma, como exteriorización de la realización de la esencia procesalista del arbitraje, que cuando las partes designan un árbitro o árbitros. Estos deciden "someterse a su decisión", admitiendo la obligatoriedad del cumplimiento de esta, por lo que la solución de la controversia "en la misma forma y con los mismos caracteres que el juez en la sentencia, o sea, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena.

Por tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada solo puede venirles a los árbitros del Estado, y que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional" (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991, p. 225).

En síntesis, las características de la concepción publicista del arbitraje, tenemos que esta considera:

1. Los árbitros son jueces que realmente ejercitan actividad jurisdiccional del Estado [...].
2. Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha conferido a las partes la facultad de colocar en cabeza de ellos, y por mientras desempeñen sus funciones, una parte de la soberanía del Estado para que en desarrollo de esta decidan obligatoria y definitivamente el conflicto que se ventila [...].
3. El Laudo es una verdadera sentencia.
4. La responsabilidad de los árbitros es idéntica a la que pesa sobre los Jueces del Estado [...]. (Vargas García, 1964, p. 35)[24]

Pero, así como hay quienes la sustentan, existen los detractores de esta. Una primera diferencia es aquella que indica que el proceso es de naturaleza absoluta, por cuanto se sustrae "a la esfera de acción de los particulares. No cabe en él una regulación dejada a la autonomía de la voluntad privada", criterio que es criticado afirmando que "el arbitraje privado no es de naturaleza absoluta, sino de naturaleza dispositiva [...]" (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991, p. 228). Otra diferencia es que se asume que los árbitros "son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 45), olvidándose del contrato y del convenio arbitral.

Finalmente, debemos indicar que es esta teoría la que subyace en el artículo 63 de la Constitución Política de 1993, tal como fluye de la parte final del articulado que seguidamente citamos, referencia a la que también hace mención Castillo Freyre y Vásquez Kunze, con quienes coincidimos en su apreciación.

> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

24 Citado por: Puglianini Guerra, p. 25.

4.3.3. La teoría mixta o ecléctica

Para esta teoría, la institución arbitral articula caracteres del derecho privado que provienen de su origen contractual privado y otros propios del derecho procesal, de orden público, donde el nacimiento del arbitraje es contractual, y su desarrollo y eficacia es de índole jurisdiccional, como refieren Chillón Medina y Merino Merchán, es una "institución desgajada del derecho contractual, aunque unido a él parcialmente gracias a la cláusula compromisoria y al compromiso, y desgajado también del derecho procesal, aunque unido a él por razón de sus propios efectos" (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991, p. 231), agregando que la jurisdicción convencional se produce en tres momentos diferentes "aquel en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es negocio de derecho privado; aquel otro en que esa voluntad cristaliza en un documento y se endereza a lograr un acto de marcada condición recepticia (la aceptación), engendrador de un vínculo que surge entre litigantes y árbitro y que se asemeja un mandato, aquel otro momento, finalmente, en que investidos los árbitros de un poder que se traduce por obra del compromiso, ejercen una actividad pública, la de juzgar" (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991, p. 233).

Esta posición también es asumida por autores nacionales, para quienes la naturaleza jurídica del arbitraje involucra tanto a la perspectiva contractualista como procesalista, y la contractual, indicando que la contractual se realiza "en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por ley, para el propósito *ad hoc* requerido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 47).

4.4. El arbitraje administrativo

Si lo descrito pasa con el arbitraje en general, en el caso del arbitraje administrativo la situación se agrava. El arbitraje administrativo se halla directamente vinculado al contrato administrativo, por lo que la comprensión que se tenga de este influirá directamente en el concepto de arbitraje. Sobre el segundo tema, el contrato administrativo, la igualdad del Estado, sobre la base de la autonomía de la voluntad se debía más a orientaciones de política económica, que, a doctrina jurídica, por lo que al modificarse la orientación política esta se proyectaba en la esfera jurídica. Consecuentes con esta interpretación, el arbitraje administrativo ha seguido y sigue la misma suerte del contrato administrativo.

> El arbitraje administrativo se define como el mecanismo mediante el cual la Administración Pública, en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competente (Herrera Mercado, [2017], [p. 3]).

¿Por qué cambió de posición el Estado? La respuesta la hemos explorado: política económica y nuevos términos de la relación Estado-ciudadano. No consideramos que se trate de una mengua de la posición jurídica del Estado, la que podría ser consecuencia de la relativización de la soberanía, sino que esta (la afectación de la posición jurídica y la relativización de la soberanía) es consecuencia del nuevo rol que el Consenso de Washington y la hegemonía del liberalismo económico le asignaron al Estado a finales del siglo pasado.

Una de las características del arbitraje administrativo es la insuficiencia de las teorías legalistas e *ius* naturalistas para explicarlo. Si bien es cierto que está atrapado por la legalidad, no se puede afirmar que solo ella es relevante, ya que siempre queda un espacio a la autonomía de la voluntad; y viceversa. En este contexto coincidimos con quienes se aproximan a él desde la teoría ecléctica. El otro factor que denota la singularidad de este tipo de arbitraje es el alcance del objeto de la controversia y los intereses en juego. Mientras que, por un lado, lo que constituye objeto de la controversia se encuentra vinculado a bienes, servicios u obras conectados a una necesidad de orden público pendiente de atender, por el otro, confrontan el interés general y el interés particular animado por el legítimo afán de lucro del contratista.

Finalmente, tenemos la peculiar condición jurídica de los árbitros, respecto de los cuales el Estado viene promoviendo un mayor control, estableciendo requisitos para el ejercicio de la actividad y para la emisión del laudo arbitral, disponiendo como coacción la amenaza de sanción administrativa; criterios que afectan la autonomía que se enarbola en la teoría y en la Ley de Arbitraje.

5. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

En el Perú, las referencias normativas sobre el arbitraje se vinculan al Fuero Juzgo de 1241, Fuero Real de 1255 y las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484 y la Ordenanza de Bilbao de 1737, la Constitución de Cádiz de 1812 que en sus artículos 280 y 281 reconocía la solución de controversias

mediante el arbitraje (jueces árbitros), los que precisaban, respectivamente, que "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes"; "la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar".

En la República tenemos un reconocimiento constitucional y legal del arbitraje, aunque con algunas variantes. Así, en la Constitución de 1823 no se hacía referencia al arbitraje propiamente dicho, sino a la conciliación, indicándose en el artículo 120 que "no podrá entablarse demanda alguna civil, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz"; criterio que fue reiterado en la Constitución Política de 1826 y en la de 1828. La Constitución Política de 1834 no hizo referencia a la conciliación, ni al arbitraje, pero en la de 1839 por primera vez se le cita en forma expresa en el artículo 164:

> Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

La Constitución Política de 1856 omitió la referencia al arbitraje, como lo hacía la de 1839, situación similar se repitió en la de 1860, 1867 y 1920 (Solo se refería a los conflictos entre capital y trabajo, indicando que estos "serán sometidos a arbitraje obligatorio" (art. 48), la Constitución de 1933 también hizo lo mismo.

Correspondió a las constituciones de 1979 y 1993 poner nuevamente el reconocimiento constitucional del arbitraje. Al respecto, el artículo 233 de la Constitución Política de 1979 indicaba que son garantías de la administración de justicia: "la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar"; mientras que la de 1993 va más allá al establecer en el artículo 62, referido a la libertad de contratar, que "los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley"; a lo que se agregaría lo consignado en el artículo 139 donde se estableció como principio de la administración de justicia que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".

Sin embargo, a pesar de que antes de 1979 el arbitraje no estuvo considerado en diversas constituciones políticas, sí fue considerado dentro del ordenamiento jurídico mediante normas de menor jerarquía que la Constitución, tal como seguidamente reseñamos.

5.1. El arbitraje en normas de rango inferior a la Constitución

La primera norma, distinta de las vinculadas a la heredada española, que trató sobre el arbitraje fue el Código de Procedimientos Judiciales del Estado Norperuano —Código de Santa Cruz— de 1836, el que regulaba el arbitraje entre los numerales 28 al 47, y que recogía mucho de la legislación hispana. El Código hacía referencia a los juicios por arbitramiento[25], al que tenía derecho toda persona como mecanismo para resolver sus controversias, clasificando a los jueces árbitros en árbitros *iuris*[26], árbitros arbitradores[27], y amigables componedores. En esta norma se sustraía del arbitraje "las causas de hacienda, las de beneficencia, las de establecimientos públicos" (numeral 37), que eran temas administrativos, y se mencionaba al tercero en discordia, que era el árbitro que participaba en caso no hubiese acuerdo entre los árbitros designados (es la figura actual donde el Tribunal es de 3).

En el Código de Enjuiciamiento Civil de 1852 también se reguló lo referente al arbitraje. Así, en los numerales 57 y 58 se establecía la voluntad de las partes y la diferenciación entre árbitros *iuris* y árbitros arbitradores:

> 57. Pueden decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias (sic) de los litigantes que la ley no excluye expresamente.
>
> 58. Los interesados someten sus diferencias a la decisión de árbitros, o facultándolos para que sustancien las causas con sujeción a este código, y las sentencien conforme a las leyes; o para que, averiguada la verdad, y guardando solo la buena fe, determinen las cuestiones, como amigables componedores.
>
> Los primeros son árbitros *juris*, los segundos árbitros arbitradores.

El Código regulaba en extenso a los árbitros componedores y *juris* en los artículos 1552 al 1557. Se mantenía el nombramiento del tercero en caso de discordia, y al igual que el Código de Santa Cruz, se les nombraba por escritura pública. Asimismo, se reiteraba que no podía someterse a arbitraje las causas pertenecientes a la hacienda nacional, las de la beneficencia y la de los establecimientos públicos (numeral 63).

Ya en el siglo XX, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que estuvo vigente hasta 1992 reguló el arbitraje en sus artículos 548 al 582. En este código, se estableció el juicio arbitral como el único procedimiento para

25 "28. Son juicios por arbitramiento los que se someten a jueces árbitros, que, en su nombramiento y ejercicio, dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes".

26 Debían resolver conforme a las leyes vigentes.

27 Debían resolver según su conciencia.

los árbitros y para los componedores; perspectiva desde la cual el arbitraje se hallaba judicializado "se podían interponer los mismos recursos que ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, salvo que las partes los hubiesen renunciado en el compromiso, renuncia que no obstaba para interponer recurso de apelación y recurso de nulidad [...]" (Montoya Alberti, 2003).

Posteriormente se promulgó el Código Civil de 1984, el que varió la concepción del arbitraje, trayendo como consecuencia la modificación sustancial de lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. El nuevo Código Civil incorporó el reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en el extranjero, también distinguió entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, estableciendo en el artículo 1906 que "las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje"

Seguidamente, en el artículo 1909, se dispuso que, "por el compromiso arbitral, dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente".

Siguiendo con esta trayectoria normativa, en marzo de 1992 se promulgó el Código Procesal Civil[28], que reguló la parte procesal del arbitraje denominándolo juicio arbitral en la parte correspondiente a la justicia arbitral (Montoya Alberti, 2003), siendo este la última exteriorización de la dispersión normativa del arbitraje.

Luego, en noviembre de 1992, después del golpe de Estado, se promulgó el Decreto Ley N.° 25935, Ley General de Arbitraje, norma que derogó los artículos 1906 al 1922 del Código Civil, el Libro II del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N.° 768 y las referencias al "Libro primero de justicia civil" en dicho código, así como la vigésima, vigésimo primera y vigésima segunda disposiciones finales de este; con lo que reunía en un solo cuerpo normativo al arbitraje.

Desde este momento normativo, hasta la fecha el arbitraje no ha dejado de tener especificidad normativa. Así, la Ley N.° 26572, Ley General de Arbitraje, derogó al Decreto Ley N.° 25935, siendo esta a su vez derogada por el Decreto Legislativo N.° 1071, vigente a la fecha.

28 Decreto Legislativo N.° 768.

5.2. El arbitraje administrativo

A lo largo de nuestra historia normativa, el arbitraje se ha desenvuelto en el ámbito privado, es más, existía prohibición expresa de arbitrar temas públicos, tal como se puede apreciar en las normas del siglo XIX y XX que hemos glosado. Dejando constancia de esta salvedad, solo haremos referencia normativa al arbitraje administrativo.

¿Qué dicen al respecto las constituciones de 1979 y 1993?

Constitución Política de 1979	Constitución Política de 1993
Artículo 136.- [...] **El Estado y las personas de derecho público** pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.	**Artículo 63.-** **El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual** a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. **Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.**

Como se puede apreciar, es la Constitución Política de 1979 la que abrió la posibilidad de que el Estado someta sus controversias a tribunales arbitrales, pero solo en el caso de los contratos o convenios internacionales, situación que era inevitable reconocer debido a los tratados o convenios que suscribía el Perú a nivel internacional; habiendo sido la Constitución Política de 1993 la que fue más allá, al establecer que también se podía acudir al arbitraje nacional, remitiendo a la ley especial la regulación del mismo.

En este contexto normativo, en noviembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley N.° 25935, Ley General de Arbitraje (norma anterior a la Constitución de 1993, y donde la aplicación de la Constitución de 1979 se encontraba suspendida), el que establecía sobre el rol del Estado en el arbitraje, lo siguiente:

> Artículo 1.- [...]
>
> Pueden igualmente someterse a arbitraje [...] las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de Derecho Público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho.

En el marco de la Constitución Política de 1993, en diciembre de 1995 se promulgó la Ley N.° 26572, Ley General de Arbitraje, la que disponía respecto del arbitraje lo siguiente:

> Artículo 2.- Arbitraje del Estado
>
> Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes [...].

Esta disposición avanzó respecto de la anterior en lo referente a precisar que no se necesitaba autorización previa, y la mención genérica a contratos, por lo que podía ser cualquier tipo de contratos.

Luego, en junio del 2008, se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1071, Ley de Arbitraje, el que ampliaba el arbitraje estatal, precisando al respecto lo siguiente:

> Artículo 4.- Arbitraje del Estado peruano. [...]
>
> 2. **Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.**
> 3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
> 4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, **las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.**
> 5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

5.3. El arbitraje en las contrataciones del Estado

El antecedente de la actual Ley de Contrataciones del Estado es el Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales (RUA), aprobado por Decreto Supremo N.° 065-85-PCM y el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Rulcop), no consideraron el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos del Estado. Correspondió a la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, promulgada en julio de 1997, incorporar el arbitraje en las contrataciones públicas, dando origen a lo hoy se denomina arbitraje administrativo, el que se mantuvo en el Decreto Legislativo N.° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en la Ley N.° 30225, y su norma modificatoria, el Decreto Legislativo N.° 1341, y la reciente LGCP, siendo este su presente.

Capítulo XLIV

LA CONCILIACIÓN EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SUMARIO: 1. La conciliación en la LC. 1.1. La autonomía de la voluntad, acuerdo conciliatorio y los principios. 1.2. Tipos de conciliación: presencial y electrónica 1.3. La confidencialidad y la falta de valor probatorio. 1.4. Las materias conciliables y no conciliables. 1.5. El procedimiento y la audiencia única. 1.6. La petición conciliatoria. 1.7. Conclusión del procedimiento conciliatorio. 1.8. Acta de conciliación y la rectificación. 1.9. El mérito y ejecución del acta de conciliación. 2. La conciliación administrativa en la LGCP y el RLCE. El nuevo rol de la conciliación. 2.1. Antecedentes de la conciliación en contrataciones públicas. 2.2. De la Ley N.º 30225 a la Ley N.º 32069. 3. Cuadro comparativo de la evolución de la conciliación. 4. La conciliación en la RLGCP. 4.1. Lo que no puede y puede ser objeto de conciliación. 4.2. El procedimiento. La conciliación facultativa. 4.2.1. La resolución autoritativa. 4.3. El acuerdo conciliatorio, la caducidad de las pretensiones y el registro de las actas.

Establecido el marco histórico y teórico de la conciliación, corresponde determinar ¿cómo se desenvuelve normativa general, así como la establecida para las contrataciones públicas? En este contexto, tenemos que esta se encuentra regulada por la Ley N.° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial (LC), modificada por Decreto Legislativo N.° 1070, la Ley N.° 29876 y la N.° 31165, y por su reglamento, cuyo Texto Único Ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo N.° 017-2021-JUS (TUO del Reglamento).

En principio, y a efectos de diferenciarla sustancialmente del arbitraje, tenemos que esta no constituye un acto jurisdiccional, tal como lo establece la LC al indicar en ella:

> [...] no hay acción ni defensa de derechos, ni intereses de la parte invitante ni de la parte invitada; no hay contestación por escrito a la solicitud de conciliación ni proveídos a escritos presentados posteriormente por las partes; a la conciliación acuden principalmente las partes para que un conciliador extrajudicial los ayude a solucionar armoniosa y beneficiosamente sus diferencias en la mayor medida posible, evitando que dichas divergencias se agudicen y por ende se judicialicen o se lleve a arbitraje las mismas, con lo cual ambas partes pierden tiempo e incurren en costos innecesarios cuando pueden solucionar todas sus diferencias o parte de las mismas de manera definitiva con un acuerdo conciliatorio satisfactorio para ambas partes, propiciándose así una cultura de paz (4).

En este escenario, ¿qué debería entenderse normativamente por conciliación? Al respecto, el artículo 5 indica que esta "es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos", la que se instrumentaliza en un centro de conciliación extrajudicial, institución que asiste a las partes en la búsqueda de una solución consensual al conflicto, pudiendo ser presencial o electrónica.

Las disposiciones glosadas se desenvuelven en dos planos. El primero, en la norma general (LC), y el segundo, en el ámbito específico de las contrataciones públicas (LGCP), por lo que corresponde comenzar por la LC.

1. LA CONCILIACIÓN EN LA LC

La regulación de la conciliación comprende diversos aspectos, siendo relevantes, para nuestro tema, la autonomía de la voluntad, los principios que la orientan, y el procedimiento respectivo.

1.1. La autonomía de la voluntad, acuerdo conciliatorio y los principios

La LC establece que esta es una institución consensual, por lo que los acuerdos que vayan a adoptar las partes responden "única y exclusivamente" a la voluntad de estas, situación que, como veremos más adelante, se modula cuando se desenvuelve en las contrataciones públicas; autonomía que no es absoluta tal como se establece en el artículo 5 del TUO del Reglamento, el que refiere que "no se ejerce irrestrictamente", ya que las partes "pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no sean contrarias a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

El desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad es la vía para generar consensos entorno a una controversia, los que se plasman en el acuerdo conciliatorio, que se consigna en el acta de conciliación, documento que debe cumplir con las formalidades exigidas en la norma.

En cuanto a los principios que orientan su accionar, tenemos que tanto la LC, como el TUO del Reglamento, los establecen, siendo que la primera los enuncia, el segundo los define. Así, tenemos que el artículo 2 de la LC consigna a los principios de principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía[29], los que son definidos en el artículo 2 del TUO del Reglamento en los siguientes términos:

Principio de equidad	• En el procedimiento conciliatorio se vela por el respeto del sentido de la Justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación. El conciliador está obligado a generar condiciones de igualdad para que los conciliantes puedan lograr acuerdos mutuamente beneficiosos.
Principio de veracidad	• La veracidad está dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes. • El conciliador está prohibido de alterar el sentido o significado de los hechos, temas, intereses o acuerdos a que arriben las partes conciliantes en el procedimiento conciliatorio. • Los operadores del sistema conciliatorio deben remitir información veraz y auténtica a la DCMA en los plazos establecidos en este reglamento, así como cuando la misma le requiera para los fines de su competencia. En caso de detectarse falsedad o información inexacta en la información y/o documentación remitida, los operadores asumen las responsabilidades que ello les acarree, lo que se encuentra establecido por las normas legales correspondientes.

29 Artículo 2 de la LCE.

Principio de buena fe	• La buena fe se entiende como la necesidad de que las partes conciliantes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa sea la conducta a seguir en el procedimiento conciliatorio. • Cuando el conciliador tenga duda de la viabilidad de un acuerdo, tiene conocimiento o al menos un indicio de que está basado en información falsa o de mala fe, debe recomendar a los conciliantes que se apoyen en expertos en la materia relacionada con dicho acuerdo antes de finalizarlo, cuidando de que tal intervención no perjudique o entorpezca el procedimiento de conciliación o, en su caso, a alguno de los conciliantes.
Principio de confidencialidad	• La información derivada del procedimiento conciliatorio es confidencial y no debe ser revelada a persona ajena a las negociaciones, sin el consentimiento de quien proporciona dicha información. • La confidencialidad involucra al conciliador, a las partes invitadas, así como a toda persona que participe en el procedimiento conciliatorio, salvo las excepciones establecidas en este reglamento.
Principio de imparcialidad	• El conciliador no debe identificarse con las posiciones de las partes. El conciliador tiene el deber de ayudar a las partes conciliantes a que identifiquen sus intereses comunes por encima de sus posiciones propiciando el diálogo y comunicación entre ellas, generando confianza entre las mismas, sin imponer propuesta de solución alguna. La conciliación se ejerce sin discriminar a las personas y sin realizar diferencias.
Principio de neutralidad	• El conciliador debe, en principio, abstenerse de conocer los casos en los que participan personas vinculadas a él o su entorno familiar, al personal del centro de conciliación, o en los que participen conciliantes con los cuales lo vincule parentesco, salvo que las partes soliciten expresamente la intervención de aquel.
Principio de legalidad	• La actividad conciliatoria se enmarca dentro de lo establecido en la Ley y Reglamento, en concordancia con el ordenamiento jurídico que también resulte aplicable y con los principios y valores constitucionales.
Principio de celeridad	• La función conciliatoria debe ejercerse permitiendo a las partes la solución pronta y rápida de su conflicto, con lo cual dicha función conciliatoria contribuye a una cultura de paz entre las partes conciliantes.
Principio de economía	• El procedimiento conciliatorio está orientado a que las partes ahorren tiempo y dinero evitándose los costos que acarrea involucrarse en un proceso judicial o arbitral.

1.2. Tipos de conciliación: presencial y electrónica

Acorde con las nuevas exigencias, la conciliación puede ser presencial o electrónica, debiendo llevarse a cabo en un centro debidamente acreditado, siendo que la última, la electrónica, posee, por su propia condición, un trámite diferente, ya que las audiencias se desarrollan a través de videoconferencia, "utilizándose para tal efecto los softwares, aplicativos webs, equipos informáticos y tecnológicos que garanticen la integridad, la confidencialidad y la grabación de las audiencias de conciliación y otros"[30].

Los medios electrónicos a utilizar deberán cumplir con exigencias como: la transmisión nítida del sonido e imagen en tiempo real o sincróni-

30 Artículo 6 del TUO del Reglamento

ca, debiendo regirse bajo los estándares del principio de claridad digital, y cumplir con los parámetros de "claridad, accesibilidad e integridad", siendo todos ellos indispensables para continuar con la conciliación.

El trámite específico se encuentra establecido en los artículos 8 al 11 del TUO del Reglamento, como son los requisitos para participar en audiencia, el desarrollo de la audiencia de conciliación, la presunción de autorización para las grabaciones, entre otras.

1.3. La confidencialidad y la falta de valor probatorio

En cuanto a la confidencialidad, tenemos que la regla general es que quienes participan en la audiencia de conciliación deben guardar reserva sobre lo ahí tratado, salvo cuando se trate de la comisión de un delito o falta; disposición respecto de la cual el reglamento se explaya, precisando, al igual que la LC, que todo lo actuado en la audiencia, sea presencial o electrónica, carece de valor probatorio.

Se exceptúa de la regla de confidencialidad el conocimiento de hechos que conduzcan a establecer indicios razonables de la comisión de un delito o falta.

1.4. Las materias conciliables y no conciliables

El artículo 7 y 7A de la LC, así como los artículos 13 y 14 del TUO del Reglamento, establecen lo que puede o no ser objeto de conciliación entre las partes, escenario donde la legalidad le pone limitaciones a la autonomía de la voluntad. Así tenemos que se consideran materias conciliables:

Las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

En materia de familia, las pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, y otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición.

En materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley.

En materia contractual relativa a las contrataciones y adquisiciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la ley de la materia.

Como se podrá apreciar, la LC se convierte en una norma remisiva en lo referente a contrataciones públicas, cuyas pautas de tratamiento se establecen en la Ley General de Contratos Púbicos (LGCP).

Pero, así como hay materias conciliables, la norma cita cuáles son los supuestos y materias no conciliables. Así, el artículo 7-A de la LC indica que no puede ser objeto de conciliación:

Cuando se desconoce el domicilio de la parte invitada.

Cuando la parte invitada domiciliada en el extranjero, salvo que el apoderado cuente con poder expreso para ser invitado a un centro de conciliación.

Cuando se trate de derechos y bienes de incapaces a que se refieren los artículos 43 y 44 del Código Civil.

En los procesos cautelosos.

En los procesos de garantías constitucionales.

En los procesos de nulidad, ineficacia y anulabilidad de acto jurídico.

En la petición de herencia, cuando en la demanda se incluye la solicitud de declaración de heredero.

En los casos de violencia familiar.

En los casos de desalojo.

En las demás pretensiones que no sean de libre disposición por las partes conciliantes.

1.5. El procedimiento y la audiencia única

Los artículos 10 al 14 de la LC, así como el 12 y siguientes del TUO del Reglamento, regulan la audiencia única y el procedimiento de la conciliación extrajudicial, respecto de las cuales establecen las siguientes reglas:

- La Audiencia de Conciliación es única y se realizará en el local del Centro de Conciliación autorizado en presencia del conciliador y

de las partes, pudiendo comprender la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines.

- La audiencia de conciliación en un local distinto, para lo que se requiere la autorización del Ministerio de Justicia.
- El plazo de la Audiencia Única podrá ser de hasta 30 días calendarios contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada; pudiendo ser prorrogado por acuerdo de las partes.
- Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo este dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.
- Las partes pueden solicitar la Conciliación Extrajudicial en forma conjunta o individual, con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil.
- La concurrencia a la audiencia de conciliación es personal; salvo las personas que conforme a Ley deban actuar a través de representante legal, como es el caso de las entidades públicas.
- En el caso de personas domiciliadas en el extranjero o en distintos distritos conciliatorios o que domiciliando en el mismo distrito conciliatorio se encuentren impedidas de trasladarse al centro de conciliación, se admitirá excepcionalmente su apersonamiento a la audiencia de conciliación a través de apoderado. Para tales casos, el poder deberá ser extendido mediante escritura pública y con facultades expresamente otorgadas para conciliar, no requerirá inscripción registral en el caso de haber sido otorgado con posterioridad a la invitación a conciliar.
- En el caso que una de las partes esté conformada por cinco o más personas, podrán ser representadas por un apoderado común. En el caso, que las facultades hayan sido otorgadas con anterioridad a la invitación el poder deberá además contar con facultades para que el apoderado pueda ser invitado a un proceso conciliatorio.
- Es responsabilidad del centro de conciliación verificar la autenticidad de los documentos presentados al procedimiento conciliatorio y la vigencia de los poderes, en su caso.
- Si la parte invitada a la audiencia de conciliación a realizarse por medios electrónicos u otros de naturaleza similar no cuenta con los medios tecnológicos para participar, debe asistir presencialmente a la audiencia a realizarse en el Centro de Conciliación Extrajudicial.

- De haberse realizado la audiencia por medios electrónicos u otros de naturaleza similar y las partes o algunas de ellas no cuenten con firma digital, se suspende la audiencia, señalando una nueva fecha para la suscripción del acta de conciliación.
- En el supuesto en que alguna de las partes no pueda desplazarse al local del Centro de Conciliación para llevar a cabo la audiencia por motivos debidamente acreditados, esta podrá realizarse en el lugar donde se encuentre la parte impedida, siempre y cuando pueda manifestar su voluntad en forma indubitable. Para tal efecto, el conciliador señalará nuevo día y hora para la realización de la audiencia, observando los plazos previstos en el artículo 12 de la LC[31].

1.6. La petición conciliatoria

La petición conciliatoria, que constituye el inicio del proceso, se encuentra regulada en el artículo 13-A de la LC y en el 12 del TUO del Reglamento; requerimiento que puede ser solicitado por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, a través de su representante legal o apoderado, antes o durante un proceso judicial o arbitral.

La solicitud tiene como objetivo que un tercero imparcial, denominado conciliador extrajudicial, asista a las partes en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. En cuanto a las reglas del trámite, los articulados citados establecen que la solicitud de conciliación extrajudicial se tramita de acuerdo con las reglas generales de competencia territorial y convencional establecidas en el Código Procesal Civil.

Cuando la solicitud sea presentada en forma conjunta, la competencia territorial queda prorrogada quedando ambas partes en libertad de asistir en forma conjunta a una conciliación en un distrito conciliatorio distinto al de sus domicilios; en los casos en que las personas domicilien en el extranjero o en distintos distritos conciliatorios o domiciliando en el mismo distrito conciliatorio se encuentren impedidas de trasladarse al centro de conciliación o

31 Artículo 12.- Procedimiento y plazos para la convocatoria
Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo este dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.
El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles. De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia notificando en el acto a la parte asistente, respetando los plazos señalados en el párrafo anterior.

no teniendo impedimento alguno para trasladarse al centro de conciliación desean hacerlo por el medio virtual, pueden solicitar al centro de conciliación que la audiencia de conciliación presencial se realice por medios electrónicos y otros de naturaleza similar. El centro de conciliación admite el pedido y, de ser el caso, reprograma la fecha de la audiencia para dicho efecto.

Cuando se trate de alguna conciliación por medios electrónicos, la recepción de la petición se realiza obligatoriamente mediante mesa de partes virtual o un correo electrónico exclusivo que cumpla tal función, la cual publica en su página web, en sus redes sociales.

1.7. Conclusión del procedimiento conciliatorio

Los artículos 15, 16 y 16-A de la LC regulan los distintos aspectos referidos a la conclusión del procedimiento conciliatorio, así como del acta respectiva. Así tenemos que el artículo 15 establece que se da por concluido el procedimiento conciliatorio por la materialización de cualquiera de las causales siguientes:

- Acuerdo total de las partes.
- Acuerdo parcial de las partes.
- Falta de acuerdo entre las partes.
- Inasistencia de una parte a 2 sesiones.
- Inasistencia de ambas partes a una (1) sesión.
- Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la audiencia o por negarse a firmar el acta de conciliación.

1.8. El acta de conciliación y la rectificación

En cuanto a la naturaleza jurídica del acta, el artículo 40 del TUO del Reglamento establece que es un documento privado que posee la condición jurídica de prueba, agregando que el acuerdo subsiste así el acta sea decla-

rada nula. En relación con los requisitos que debe cumplir, en el artículo 16 de la LC se establece que estos son los siguientes:

- Número correlativo.
- Número de expediente.
- Lugar y fecha en la que se suscribe.
- Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, del testigo a ruego.
- Nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador.
- Número de registro y, de ser el caso, registro de especialidad del conciliador.
- Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos. Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante del acta.
- El acuerdo conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la Audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador.
- Firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.
- Huella digital del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso.
- El nombre, registro de colegiatura, firma y huella del abogado del centro de conciliación extrajudicial, quien verificará la legalidad de los acuerdos adoptados, tratándose del acta con acuerdo sea este total o parcial.

La norma también regula la rectificación del acta, lo que se encuentra establecido en el artículo 16-A de la LC, estableciendo, para tal efecto, las siguientes reglas:

- En los casos que se haya omitido alguno o algunos de los requisitos establecidos en los literales "c", "d", "e", "g", "h", e "i" del artículo

16 de la LCE[32], el centro de conciliación de oficio o a pedido de parte deberá convocar a las partes para informarles el defecto de forma que contiene el acta, y expedir una nueva que sustituya a la anterior con las formalidades de ley.

- De no producirse la rectificación del acta por inasistencia de la parte invitada, el centro de conciliación expedirá nueva acta por falta de acuerdo.
- En caso de conclusión del procedimiento conciliatorio sin acuerdo, si dicha acta hubiese sido presentada en proceso judicial, y no se haya cuestionado la nulidad formal en la primera oportunidad que tiene para hacerlo, se produce la convalidación tácita de la misma.
- De haberse producido cuestionamiento por la parte contraria o haber sido advertida por el juez al calificar la demanda dará lugar a la devolución del acta, concediendo un plazo de 15 días para la subsanación.
- El acto jurídico contenido en el acta de conciliación solo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial.

1.9. El mérito y ejecución del acta de conciliación

El artículo 18 establece que el acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución, por lo que los "derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales".

32 "c. Lugar y fecha en la que se suscribe.
d. Nombres, número del documento oficial de identidad y domicilio de las partes o de sus representantes y, de ser el caso, del testigo a ruego.
e. Nombre y número del documento oficial de identidad del conciliador.
[...]
g. Los hechos expuestos en la solicitud de conciliación y, en su caso, los hechos expuestos por el invitado como sustento de su probable reconvención, así como la descripción de la o las controversias correspondientes en ambos casos. Para estos efectos, se podrá adjuntar la solicitud de conciliación, la que formará parte integrante del Acta, en el modo que establezca el Reglamento.
h. El Acuerdo Conciliatorio, sea total o parcial, consignándose de manera clara y precisa los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles acordadas por las partes; o, en su caso, la falta de acuerdo, la inasistencia de una o ambas partes a la Audiencia o la decisión debidamente motivada de la conclusión del procedimiento por parte del conciliador.
i. Firma del conciliador, de las partes intervinientes o de sus representantes legales, de ser el caso".

2. LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LGCP Y EL RLCE: EL NUEVO ROL DE LA CONCILIACIÓN

Establecido a grandes trazos la configuración normativa de la conciliación en general, corresponde determinar el marco normativo específico de esta en la LGCP y su reglamento.

2.1. Antecedentes de la conciliación en contrataciones públicas

El presente es consecuencia de la sumatoria de procesos previos, por lo que antes de tratar la actual regulación, revisaremos la evolución que esta ha tenido. La historia comienza a finales de la década de los noventa del siglo pasado, específicamente el 9 de julio de 1997, fecha en la cual se promulgó la Ley N.° 26850, norma que inicialmente no consideraba a la conciliación como medio de solución de controversias, ya que en el literal "b" del artículo 41 solo se hacía referencia al arbitraje:

> b) Cláusula de solución de controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública o Concurso Público, surge entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante arbitraje [...]

Pero la historia no quedó ahí. El 28 de julio del año 2000 se promulgó la Ley N.° 27330, que modificó la Ley N.° 26850, y en cuyo literal "b" del artículo 41 agregó en la cláusula obligatoria, a la conciliación como vía para resolver las controversias, así como en el artículo 53.

> b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

La contrastación entre ambas normas nos permite concluir en que, inicialmente, el legislador consideró para la solución de controversias en contrataciones públicas, que solo se podía recurrir al arbitraje en los procesos de mayor envergadura, como son la licitación pública y el concurso público, omitiendo pronunciarse del trámite a seguir en los menores; limitación que condujo a la modificación, ampliando esta posibilidad a todos los procesos, agregando además a la conciliación como otro medio para resolver las controversias.

Esta disposición se ampliaba en el artículo 53 ya que este establecía lo que podía ser objeto de conciliación, como eran las controversias que sur-

gieran sobre la ejecución o interpretación del contrato, determinando también su condición de vía previa al arbitraje.

> Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.

En el Reglamento de la Ley N.° 26850, aprobado por Decreto Supremo N.° 039-98-PCM, de 28 de setiembre de 1998, se consideró a la conciliación dentro del proceso arbitral, tal como se disponía en el artículo 172, situación singular, a lo que se agregaba lo consignado en el artículo 174, donde se estableció, por única vez, las facultades del conciliador en contrataciones del Estado.

- Conducir reuniones conjuntas o separadas con las partes.
- Efectuar recomendaciones a las partes a fin de obtener un acuerdo consensual que ponga fin al conflicto.
- Disponer la actuación de las pruebas que considere necesarias para el adecuado desarrollo de la conciliación.
- Concluir la conciliación cuando, a su solo juicio, determine que será infructuoso continuar con los esfuerzos para lograr un acuerdo.
- Interpretar las reglas presentes en caso de duda o vacío.

De este modo el conciliador tenía un rol protagónico, lo que le demandaba tener conocimiento de esta legislación especializada, pero, además, significaba disminuir la posibilidad de desarrollo del arbitraje, ya que en la práctica su dinámico rol lo convertía en un componedor de la controversia.

La modificación efectuada por la Ley N.° 27330 condujo a la promulgación de un nuevo reglamento, el que se aprobó por Decreto Supremo N.° 013-2001-PCM, norma que suprimió las facultades que anteriormente se habían establecido para el conciliador finalizando así su breve rol protagónico, después de lo cual se le relegó a una labor mediatizada.

En este caso, el artículo 185 del reglamento mantuvo que la conciliación se debía llevar a cabo en un centro de conciliación, así como la dispo-

sición de que podían someterse a ella las controversias surgidas respecto de la interpretación y ejecución del contrato, agregando el plazo de caducidad especial en el caso de liquidación del contrato de bienes, servicios y obras.

Posteriormente, mediante Ley N.° 28267, de julio del 2004, nuevamente se modificó la Ley N.° 26850, significando, entre otros aspectos, la ampliación de lo que podía ser objeto de conciliación, indicándose en el numeral 53.2 que estas eran las controversias referidas a:

- Suscripción del contrato
- Ejecución
- Interpretación
- Resolución
- Inexistencia
- Ineficacia
- Invalidez del contrato

Por otro lado, se establecía que la solitud de conciliación debía presentarse en cualquier momento hasta antes de la finalización del contrato. Un hecho interesante fue el intento de convertir al Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE) en un centro de conciliación, tal como se estableció en el artículo 272 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 084-2004-PCM, en el que se establecía que se podía solicitar la conciliación a un centro de conciliación o al CONSUCODE, eliminando las facultades del conciliador.

El 3 de junio del 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1017, Ley de Contrataciones del Estado que derogó a la Ley N.° 26850, norma en cuyo artículo 52 se mantuvo lo establecido en el numeral 53.2 de la ley derogada, respecto de lo que podía ser objeto de conciliación, salvo la suscripción del contrato, la que fue eliminada, mientras que el artículo 214 del Reglamento se dispuso que las actas de conciliación debían remitirse al Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE), lo que constituía un mecanismo de control sobre las actuaciones en esta vía.

2.2. De la Ley N.º 30225 a la Ley N.º 32069

La Ley N.º 30225, promulgada en enero del 2016, modificó el enfoque de las contrataciones públicas, lo que significó que se decidiera impulsar la conciliación, a efectos de dotar a los funcionarios y servidores públicos de mayores elementos "para poder realizar una conciliación efectiva reduciendo el temor que se tienen a las acciones de control" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 61 de 152]).

Esta visión se proyectó en la legislación. Inicialmente, mantenía las controversias que podían ser objeto de la conciliación, indicando que esta se realizaría en una institución acreditada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, siendo que los cambios se dieron en el reglamento, el que comenzó agregando una controversia más a dirimirse en la conciliación, siendo esta la referida al incumplimiento del pago final.

Seguidamente, en el artículo 224 del Reglamento de la Ley N.º 30225, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, se abrió la posibilidad de desarrollo de la conciliación, tal como se citaba en la exposición de motivos de la Ley N.º 30225. Así, en el numeral 224.2 del mencionado Reglamento se establecía que luego de presentada la solicitud de conciliación, el titular de la entidad o el servidor en quien este hubiera delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de:

- Costo beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral.
- La expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.
- Los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.

Finalmente, se indicaba que la evaluación debía estar contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado.

Posteriormente, en el numeral 224.3, se hacía referencia a la resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, la que durante su emisión podía dar lugar a la suspensión del procedimiento conciliatorio, siendo que su no emisión debía entenderse como inexistencia de acuerdo.

3. CUADRO COMPARATIVO DE LA EVOLUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN

La revisión de las distintas normas que han regulado las contrataciones públicas, hasta la vigente, nos permite constatar que desde la promulgación

de la Ley N.° 26850, la conciliación ha venido avanzando respecto de posibilidades de su uso, lo que no se ha ampliado quizás a los temores que genera en los funcionarios y servidores públicos el criterio del SNC.

A efectos de tener una visión panorámica de la evolución de la conciliación en las contrataciones públicas, seguidamente presentamos un cuadro comparativo del tratamiento que le han dado las distintas normas de contratación pública.

	Ley N.º 26850	**Decreto Legislativo N.º 1017**	**Ley N.º 30225**	**Ley N.º 32069**
Responsabilidad de la evaluación de la procedencia	No se hace referencia.	No se hace referencia.	Titular de la entidad/servidor en quien se haya delegado	La autoridad de la gestión administrativa
Criterios de evaluación	No se hace referencia.	No se hace referencia.	• Expectativa de éxito en el arbitraje a seguir • Riesgos de la controversia en la ejecución contractual	• Se realiza al amparo del principio de eficacia y eficiencia. • Deben considerarse los criterios de costo-beneficio. • Se deben ponderar los costos en tiempo y recursos de un eventual proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación. • Se deben considerar los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.
Documento que se emite	No hace referencia a este procedimiento.	No hace referencia a este procedimiento.	Informe técnico legal	La decisión de conciliar o no se materializa en un informe que es parte del expediente e integra el sustento de los criterios evaluados.
Controversias que pueden ser objeto de conciliación	• Suscripción • Ejecución • Interpretación • Resolución • Inexistencia • Ineficacia • Invalidez del contrato	• Suscripción del contrato • Ejecución • Interpretación • Resolución • Inexistencia • Ineficacia • Invalidez del contrato	• Ejecución • Interpretación • Resolución • Inexistencia • Ineficacia • Invalidez	• Resolución de contrato. • Ampliación de plazo contractual. • Recepción y conformidad de la prestación. • Valorizaciones o metrados. • Liquidación de contrato. • Los que versen respecto de las obligaciones de las partes durante la ejecución del contrato. • Indemnización por daños y perjuicios surgidas durante la ejecución contractual, prestaciones accesorias, vicios ocultos y otras obligaciones que se deben cumplir con posterioridad a la culminación de la ejecución de la prestación principal del contrato. • Todas las controversias que surjan entre las partes sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución, terminación o eficacia de los contratos menores (artículo 81 de la LGCP, numeral 81.1).

	Ley N.º 26850	Decreto Legislativo N.º 1017	Ley N.º 30225	Ley N.º 32069
Controversias que no se someten a la conciliación	No se hace referencia.	No se hace referencia.	• Nulidad de contrato • Aprobación o desaprobación de prestaciones adicionales	• Enriquecimiento sin causa o indebido. • Pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. • La nulidad del contrato.

4. LA CONCILIACIÓN EN LA LGCP Y EN EL RLGCP

El 24 de junio del 2024, se promulgó la Ley N.° 32069, LGCP, la que sigue la ruta trazada por la derogada Ley N.° 30225, con algunas modulaciones, precisando, por ejemplo, que la conciliación puede ser pactada por las partes, de forma previa al inicio del arbitraje, e incorporando, además, la posibilidad de aplicarla para contratos menores.

4.1. Lo que no puede y puede ser objeto de conciliación

Por otro lado, en los numerales 76.3 y 81.1 de la reciente norma se reduce y amplía, respectivamente, el universo de las controversias que no pueden ser llevadas conciliación, y las que si pueden. Así, en el numeral 76.3 se establece como limite a la conciliación, que no pueden ser sometidas a esta las pretensiones referidas a:

Enriquecimiento sin causa o indebido

Pago de indemnizaciones o cualquier otra de naturaleza similar que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República

La nulidad del contrato

Por su parte, el numeral 81.1 del artículo 81 de la LGCP, y el 330 del RLGCP establecen las controversias que pueden ser objeto de conciliación, siendo estas las siguientes:

- Resolución de contrato.
- Ampliación de plazo contractual.
- Recepción y conformidad de la prestación.
- Valorizaciones o metrados.
- Liquidación de contrato.
- Los que versen respecto de las obligaciones de las partes durante la ejecución del contrato.
- Las controversias sobre indemnización por daños y perjuicios surgidas durante la ejecución contractual.
- Prestaciones accesorias.
- Vicios ocultos.
- Otras obligaciones que se deben cumplir con posterioridad a la culminación de la ejecución de la prestación principal del contrato.
- Las controversias sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución, terminación o eficacia de los contratos menores se resuelven mediante conciliación, siendo esta una excepción a lo dispuesto en el numeral 81.2 de la LGCP.

4.2. El procedimiento de la conciliación facultativa

La conciliación se rige por el procedimiento establecido en la LC y su reglamento, siendo afectado por disposiciones específicas cuando opera en el ámbito de las contrataciones públicas.

Al respecto, en la Opinión N.° 115-2023/DTN, se estableció respecto de la condición facultativa de la conciliación:

> En el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, acudir a la conciliación como mecanismo de solución de controversias previo al inicio del arbitraje constituye una facultad de las partes, quienes pueden decidir —o no— establecerlo así en el contrato; en ese contexto, dicha normativa no establece que sea obligatorio para las partes recurrir al mecanismo de conciliación para resolver las controversias de la ejecución contractual (Opinión N.° 115-2023/DTN).

En cuanto al procedimiento, tenemos que el artículo 82 de la LGCP, así como el numeral 330.2 del artículo 330 del RLCGP, regulan el siguiente trámite:

- La conciliación se solicita ante un centro de conciliación acreditado por el MINJUS.
- La solicitud de efectúa dentro de los plazos de caducidad establecidos en el artículo 84 de la LGCP[33].

> En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la conciliación solo puede iniciarse dentro del plazo de caducidad correspondiente; vencido este, no es posible recurrir a dicho mecanismo de solución de controversias. Así, una vez iniciado el arbitraje institucional, no resulta posible "volver" a recurrir al mecanismo de conciliación para someter una controversia que está siendo objeto de arbitraje y cuyo plazo de caducidad para someterla a conciliación hubiese vencido. (Opinión N.° 115-2023/DTN)

- La conciliación es llevada a cabo por un conciliador certificado por dicho ministerio.

---

33 84.4. El arbitraje que verse sobre las controversias respecto de la validez, nulidad, resolución, terminación o ineficacia del contrato es solicitado en un plazo máximo de treinta días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

84.5. En todas las demás controversias, cualquiera de las partes da inicio al arbitraje, como máximo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a estas acciones:

a) La entrega del bien final, en el caso de los contratos de adquisición de bienes.
b) La presentación del entregable final, en el caso de los contratos de prestación de servicios.
c) La entrega de la obra, en el caso de los contratos de obra.

84.6. El cómputo del plazo regulado en los párrafos 84.4 y 84.5 del presente artículo tiene las siguientes excepciones:

a) Cuando con posterioridad a las actuaciones señaladas en los párrafos 84.4 y 84.5 aún se encuentre pendiente la decisión de la junta de prevención y resolución de disputas, el plazo se computa desde la fecha en que se emita la decisión de dicha junta o en la fecha en que esta quede disuelta.
b) En las controversias referidas a la conformidad del bien, servicio u obra, el plazo se computa desde la negativa de esta o desde el vencimiento del plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.
c) En las controversias referidas a la liquidación del contrato de obra, el plazo se computa desde la culminación del procedimiento de liquidación.
d) En las controversias referidas al pago final o prestaciones pospago de bienes y servicios, que se produce el pago final, o desde el vencimiento del plazo para realizar el pago final, o la prestación pospago que es materia de controversia.
e) En las controversias referidas a defectos o vicios ocultos, el plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la entidad hasta sesenta días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en la ley.

84.7. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, el plazo es de diez días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

84.8. Los plazos señalados en los párrafos 84.4, 84.5, 84.6 y 84.7 del presente artículo son de caducidad.

En relación con la decisión de conciliar, el numeral 82.2 establece las siguientes reglas a aplicar por parte de la administración:

- La decisión corresponde a la autoridad de la gestión administrativa.
- Se realiza al amparo del principio de eficacia y eficiencia.
- Deben considerarse los criterios de costo-beneficio.
- Se deben ponderar los costos en tiempo y recursos de un eventual proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.
- Se deben considerar los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.
- La decisión de conciliar o no se materializa en un informe que es parte del expediente e integra el sustento de los criterios evaluados.

4.2.1. La resolución autoritativa

El numeral 330.2 refiere un trámite relevante en la conciliación, y que se vincula al proceso de toma de decisiones y el control que ejerce la CGR sobre dichas acciones, nos referimos al aval legal que debería tener el representante legal de la entidad, el procurador, para conciliar.

Al respecto, el citado numeral indica que de ser necesario contar con una resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta días hábiles.

Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por 30 días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos señalados la entidad contratante no presenta la resolución autoritativa ante el centro de conciliación, se entiende que no existe acuerdo y se concluye el procedimiento conciliatorio, agregando que en el caso de las contrataciones menores los indicados plazos se reducen a 15 días hábiles.

4.3. El acuerdo conciliatorio, la caducidad de las pretensiones y el registro de las actas

Un aspecto relevante en la nueva normativa son los requisitos que debe cumplir el acuerdo conciliatorio, disposición que se vincula a la evaluación previa que debe hacer la entidad antes de atender la solicitud conciliatoria.

Así, el numeral 82.3 de la LGCP hace referencia al acuerdo conciliatorio, el que debe ser consecuencia del rigor técnico establecido en el artículo 27 de la citada norma, donde se dispone que la decisión debe estar debidamente sustentada, a efectos de cumplir con la finalidad pública, garantizando, entre otros, el cumplimiento del principio de valor por dinero, y los criterios para el ejercicio del control de las decisiones discrecionales establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley N.° 29622, Ley que modificó la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en la que se estableció que cuando la norma disponga algún margen de discrecionalidad en el actuar de los funcionarios y servidores públicos, los órganos conformantes del SNC no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta, dejando abierta la posibilidad de observar la decisión, si esta fue adoptada "sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la norma permita varias interpretaciones, la decisión de aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia".

En relación con este extremo, el numeral 27.3 de la LGCP limita a la actividad de control al establecer que este "se concentrará en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan".

Por otro lado, el numeral 82.4 de la LGCP se refiere a un aspecto relevante para la caducidad de las pretensiones de las partes cuando se ha recurrido a la vía conciliatoria, al indica que, si se ha seguido previamente un procedimiento de conciliación, y no se ha llegado a un acuerdo, o se ha llegado a un acuerdo parcial, "el plazo para acudir al arbitraje respecto de las materias no conciliadas se computa a partir del día hábil siguiente de concluida la conciliación".

Finalmente, en el numeral 330.3 del RLGCP se establece que la DEC, previa comunicación de la Procuraduría Pública o quien haga sus veces, registra las actas de conciliación con acuerdo total o parcial o sin acuerdo en la Pladicop, dentro del plazo de 10 días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad.

Capítulo XLV

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (I)

Los principios arbitrales. Los deberes de los árbitros. La recusación. El procedimiento sancionador. El Código de Ética

SUMARIO: 1. Los principios en el arbitraje en general y en el arbitraje administrativo-Código de Ética. 1.1. Principio de igualdad. 1.2. Principio de libertad de regulación. 1.3. Principio de contradicción. 1.4. Principio de independencia e imparcialidad. 1.4.1. Los principios de independencia e imparcial en la esfera judicial. 1.4.2. Los principios de independencia e imparcial en la Ley de Arbitraje (LA), en la LGCP y en el Código de Ética. 1.5. Principio de impulso oficial y el abandono. 1.6. Principio de buena fe. 1.6.1. La buena fe en la LA y en la LGCP. 1.7. Principio de confidencialidad. 1.8. Principios de temporalidad, dispositivo y preclusivo. 1.9. Principio competencia-competencia (*kompetenz-kompetenz) (competence-competence*). 1.9.1. El Kompetenz-Kompetenz en la LA. 1.10. Principio de oportunidad. 1.11. Principio de flexibilidad. 1.12. Principios del debido proceso. 1.13. Principio de revisión judicial. 1.14. Principio de integridad. 1.15. Principio de idoneidad. 1.16. La debida conducta procesal. 1.17. Transparencia. 2. Las reglas generales de conducta. 3. Los deberes de los árbitros y la recusación. 3.1. El deber de revelación. 3.2. Fundamento del deber de revelación. 3.3. El contenido de la revelación. 3.4. El deber de revelación en la LA. 3.5. El deber de revelación en la LGCP y en el Código de Ética. 4. El conflicto de intereses. 5. Las clases de infracciones y los supuestos de infracción. 6. La recusación. 6.1. La recusación en la LA. 6.1.1. La dispensa. 6.1.2. Improcedencia de la recusación y la renuncia. 6.1.3. Trámite de recusación y actuaciones arbitrales. 6.2. La recusación en la LGCP y su Reglamento. 6.2.1. Las causales de recusación. 6.2.2. El trámite de la recusación en los arbitrajes institucionales y *ad hoc*. 6.2.3. Recusación y arbitraje. 6.2.4. La recusación temeraria y el límite de las recusaciones. 7. Las infracciones y el procedimiento sancionador en el Código de Ética.

Los principios del arbitraje deben ser comprendidos en un escenario mayor, como es el de la ética profesional, la que surge específicamente, en este ámbito, desde el momento en que el árbitro acepta la designación, por cuanto recién en esa fase tiene conocimiento de la controversia, así como de las partes involucradas, por lo que la dimensión ética que previamente lo acompañaba adquiere su concretización en ese instante y va con él a lo largo del proceso.

Esta relación, en un inicio subjetiva, que se configura inicialmente en la doctrina, tiene una dimensión normativa, en la que los principios no son solo definidos, sino también especificados en cuanto a la conducta reñida con ellos (tipicidad y subsunción), momento en el cual, respecto de los árbitros, estos se convierten en una obligación legal de conducta a observar.

En el caso de las contrataciones públicas, tenemos que el documento que recoge esta ética arbitral, es el "Código de Ética para el arbitraje en contrataciones públicas"[34], en adelante Código de Ética, al que se hace referencia en el artículo 324 del RLGCP, y que ha sido aprobado en el marco de la nueva normativa, el que es de observancia y aplicación obligatoria en los arbitrajes *ad hoc*, y por los árbitros que participan en dicho tipo de arbitrajes, por lo que actuar en contrario constituye un incumplimiento al encargo del árbitro, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione por dolo o culpa inexcusable.

En cuanto a los arbitrajes institucionales y JPRD, se indica que las instituciones vinculadas aprueban sus propios códigos de ética, observando los contenidos mínimos contenidos en el numeral 324.2, donde se indica que las partes, los árbitros, los adjudicadores, y los órganos respectivos de la IA o CAJPRD deben observar el Código de Ética que emita dicha institución, el mismo que debe contener, como mínimo, los principios y deberes éticos que deben observar los árbitros, los adjudicadores, las inconductas e infracciones en las cuales puede incurrir un árbitro o un adjudicador en el ejercicio de su función, el órgano sancionatorio de seguirse y las medidas correctivas y sanciones aplicables a los árbitros.

34 Aprobado por Resolución N.° 000058-2025-OSCE-PRE.

En este contexto, la aplicación del Código de Ética recientemente aprobado constituye norma supletoria, tal como lo disponen el numeral 84.13 del artículo 84 de la LGCP y el numeral 324.3 del artículo 324 del RLGCP.

1. LOS PRINCIPIOS EN EL ARBITRAJE EN GENERAL Y EN EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO: CÓDIGO DE ÉTICA

En este orden, y en relación con el tema que nos concita, tenemos, inicialmente, dos niveles de principios: los establecidos en la doctrina y en la normativa, la que, a su vez, tiene tres niveles, los consignados en normativa supranacional, los establecidos en el Decreto Legislativo N.° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA), en la especial, la LGCP, en su Reglamento, y particular en el Código de Ética, perspectiva desde la cual el panorama de los principios termina ampliándose.

En atención a las múltiples fuentes, el problema que se presenta es el de la articulación de estos principios en el campo específico del arbitraje en las contrataciones públicas, así como los deberes que generan en los árbitros; reto que nos impone un tratamiento de conjunto, por lo que seguidamente los presentaremos en los términos indicados.

1.1. Principio de igualdad

Este principio es básico en todo proceso de solución de controversias, por cuanto en él las partes se confrontan como pares, en "igualdad de armas", no pudiendo un tercero (componedor, árbitro o conciliador) afectar dicha condición sin atentar contra el ejercicio de los derechos de defensa y debido proceso reconocidos en el incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, teniendo vinculación directa con los principios de audiencia y contradicción (Chipana Catalán, 2013, p. 60).

En el ámbito legislativo tenemos que el numeral 34.2 del artículo 34 de la (LA) establece, como obligación para el Tribunal Arbitral, el tratar a las partes con igualdad a efectos de que puedan ejercer sus derechos sin privilegios para alguna de ellas. El incumplimiento de dicho principio abre las puertas a la anulación del laudo[35].

Por su parte, el Código de Ética equipara al principio de igualdad con el de equidad, al establecer que "los árbitros, durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben otorgar un trato justo a las partes en igualdad

35 Literal "b" del numeral 1 del artículo 63, y artículo 26 de la LA.

de condiciones, brindándoles las mismas oportunidades para el ejercicio de sus derechos".

1.2. Principio de libertad de regulación

Los principios de libertad e igualdad se encuentran vinculados. El principio de libertad permite que las partes determinen libremente las reglas del procedimiento arbitral, así como las que se sujetará el tribunal en sus actuaciones, fundándose en la voluntad y acuerdo de las partes para pactar el arbitraje como medio de solución de controversias, fundamento que les permite determinar, "de común acuerdo, las reglas a las que se sujetará el procedimiento" (Rivera, 2007, p. 314), situación que se modifica sustancialmente cuando se trata del arbitraje administrativo en sede institucional, donde se aplican las reglas establecidas en la ley y su reglamento, así como las que se indican en las directivas que pudiera aprobar el organismo supervisor.

Sobre este tema, el artículo 34 de la LA se refiere a la libertad de regulación en el arbitraje en general, disponiendo que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones, siendo que a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, situación que operaría en el caso de las instituciones arbitrales, "el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

En los casos de vacío normativo, el numeral 3 dispone que, si no existiera disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de la LA, y si tampoco existiera en esta norma la disposición pertinente al caso, el tribunal queda habilitado para "recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral".

De acuerdo con el tenor de este numeral, se tiene una prelación normativa, la que establecería el siguiente orden de aplicación: la LA, los principios arbitrales, los usos y costumbres.

1.3. Principio de contradicción

El arbitraje gira en torno a la controversia, la que se encuentra debidamente determinada en los escritos que presentan las partes. Sin controversia no puede haber arbitraje válido, por lo que el desenvolvimiento de este principio en el proceso significa que "todos los actos del arbitraje deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente se

quiera decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria", estando vinculado "al derecho de defensa, oferta a las partes la posibilidad de rebatir, recíprocamente, lo alegado y probado por la otra parte" (Chipana Catalán, 2013, p. 60).

Planteada la contradicción, los árbitros o los árbitros tienen ante sí el doble discurso argumentativo respecto de un mismo hecho, a lo que se agregan los medios probatorios, las pericias, inspecciones oculares, informes de expertos, etc., situación que le permite al tribunal analizar de mejor forma la controversia, para lo que previamente deberá correr traslado a la otra parte, tal como lo dispone el numeral 42.2 del artículo 42 de la LA, el que establece:

> [...] todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrán en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión.

Esta disposición complementa el principio de contradicción garantizando, a la vez, el derecho de defensa de las partes.

1.4. Principio de independencia e imparcialidad

La independencia y la imparcialidad constituyen no solo principios de la administración de justicia en el Estado de derecho, sino también garantías para quienes de una u otra forma acuden a los tribunales ordinarios y arbitrales, los que se encuentran consagrados en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

> Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie,* la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión. (Sentencia N.° 004-2006-AI/TC, fundamento 23)

1.4.1. Los principios de independencia e imparcialidad en la esfera judicial

Estos principios tienen la peculiaridad de poseer una sustantividad ética, por lo que vincula a otros, como el de neutralidad e integridad. Desde el ámbito doctrinario y jurisprudencial judicial, tenemos que en la Senten-

cia STC N.° 023-2003-AI/TC se definió a la independencia judicial como "aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional" (STC N.° 023-2003 AI/TC)

En cuanto a la imparcialidad judicial, en el fundamento 15 de la citada Sentencia N.° 023-2003 AI/TC, el Tribunal Constitucional precisó que este se encontraba vinculado, en el caso de análisis, a la imparcialidad judicial, por lo que se vinculaba a exigencias tales como:

> [...] la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable. (STC N.° 023-2003 AI/TC, fundamento 15)

La imparcialidad, en su desenvolvimiento, posee dos dimensiones, la objetiva y la subjetiva. En cuanto a la primera, en las sentencias (STC N.° 00197-2010-PA/TC, fundamento 17). (STC N.° 2851-2010-AA/TC, fundamentos 15, 20, 21, 22), el TC estableció que la dimensión objetiva esta referida "a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable" (STC N.° 00197-2010-PA/TC, fundamento 17) (STC N.° 2851-2010-AA/TC, fundamentos 15, 20, 21, 22).

Por otro lado, sobre la dimensión subjetiva, el TC establece que ella se refiere:

> [...] a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo. (STC N.° 00197-2010-PA/TC, fundamento 16).

1.4.2. Los principios de independencia e imparcialidad en la LA, en la LGCP y en el Código de Ética

Estos principios tienen su correlato en el arbitraje, siendo esenciales en la labor arbitral, tanto para los árbitros como, para en el caso del Perú,

las IA, presentándose además como fundamento en algunas recusaciones de árbitros, ya que por ellos se exige que estos árbitros actúen "con extrema prudencia evitando vestigio alguno de duda" (Fernández Rosas, 2010, p. 6), siendo el primero de carácter objetivo, y el segundo, de orden subjetivo.

> El cuestionamiento acerca de si el derecho a ser juzgado por un juez imparcial también puede titularizarse en el ámbito de un procedimiento arbitral ha sido resuelto afirmativamente por este Colegiado. Así, en la STC N.° 3361-2004 AA/TC se afirmó que "el derecho a la tutela procesal efectiva no solo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten. (STC N.° 2851-2010-AA/TC) (Sentencia Expediente 3361-2004-AA/TC)

Conceptualmente ha correspondido a la doctrina definirlos en este campo específico del derecho, como es el arbitral, donde en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 00155-2024-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, se cita a Gonzales de Cossío (2002, p. 2), quien indica que tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia arbitral, se ha establecido en los siguientes términos un contenido a ambos principios:

> Independencia: es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados". Claro está, que el quid reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado carente de independencia.
>
> Imparcialidad: es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude a un estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.

En relación con la independencia e imparcialidad, Lorenzo Zolezzi (2010, pp. 19-21) cita a la Guía de Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional de la International Bar Association (IBA), del 2004, la que considera que son de aplicación al ámbito nacional, y que contienen siete estándares generales vinculados a la imparcialidad e independencia, indi-

cando que en función de la gravedad existe la lista roja, la lista naranja y la lista verde[36].

La independencia e imparcialidad se exteriorizan también cuando se trata del arbitraje, y en particular en el arbitraje administrativo, en las dimensiones objetiva y subjetiva, correspondiendo la primera a la independencia, y la segunda a la imparcialidad. En cuanto a la condición objetiva, tenemos que esta "importa una situación de no dependencia, factual o jurídica, en relación con los sujetos parciales del arbitraje" (Matheus López, 2007,

36 "La lista roja se divide, a su vez, en dos categorías: i) la no excusable, que incluye situaciones que se derivan del principio según el cual ninguna persona puede ser su propio juez. Por ello, la revelación de tales circunstancias no puede remediar el conflicto; ii) la lista roja excusable comprende situaciones que son serias, pero no tan severas; pueden ser excusadas cuando las partes, plenamente conscientes del conflicto de interés, expresamente manifiestan su voluntad de que tal persona actúe como árbitro. Un segundo nivel de gravedad está comprendido en la lista naranja, y responde más bien a un criterio subjetivo que depende del juicio que realizan las propias partes. Se trata de situaciones que deben ser reveladas por los árbitros y que las partes pueden convalidar o utilizar para efectos de una recusación. Finalmente, existe la lista verde, que contiene situaciones que no sugieren la existencia de un conflicto de intereses desde un punto de vista objetivo, de manera que el árbitro no tiene el deber de revelar. Las situaciones contempladas en la lista roja no excusable son las siguientes: i) el árbitro es el representante legal de una entidad que es parte en el proceso; ii) el árbitro es gerente, director o tiene una capacidad de control sobre una de las partes; iii) el árbitro tiene un interés financiero significativo en una de las partes o en el resultado del proceso; iv) el árbitro asesora regularmente a la parte que lo ha designado, y el árbitro o su estudio derivan de dicho asesoramiento un ingreso financiero significativo. En la lista roja que contiene situaciones excusables o dispensables se mencionan, en una lista que es simplemente enunciativa, situaciones como las siguientes: i) el árbitro posee acciones, directa o indirectamente en una de las partes o en una entidad asociada a una de las partes; ii) un miembro cercano de la familia de un árbitro tiene un interés financiero significativo en el resultado del proceso; iii) el árbitro es abogado en el mismo Estudio que asesora a una de las partes; iv) el Estudio de Abogados del árbitro ha tenido que ver en el pasado con el caso, pero dicha relación ha terminado y el árbitro no tuvo ninguna participación.

La lista naranja, como se ha visto, se refiere a situaciones también vinculadas con el concepto de independencia, que el árbitro debe revelar, pero que las partes pueden dejar pasar si no recusan en el término previsto. Es interesante puntualizar que las revelaciones, especialmente en la lista naranja, no presuponen una descalificación por haberse incurrido en los hechos que se declaran. 'El propósito de la revelación es informar a las partes de una situación que ellas quisieran explorar con más detenimiento para determinar si objetivamente, es decir, desde el punto de vista de una tercera persona razonable, pueden abrigarse dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro' [...]

La última de sus listas, la verde, contiene situaciones referidas tanto a la independencia como a la imparcialidad, en los términos que yo he definido, pero que no es preciso que sean reveladas por parte de los árbitros. Por ejemplo, i) el árbitro ha publicado previamente una opinión general (como un artículo en una revista jurídica o dado una conferencia pública) relativa a un tema que surge en el arbitraje, pero que no se focaliza en el caso; ii) el árbitro tiene una relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes a través de la membresía en la misma asociación profesional u organización social; iii) el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han actuado juntos como árbitros o abogados". Ídem.

p. 67), siendo que para su interpretación se tiene una perspectiva doctrinaria y legal. En el primer caso, la independencia del árbitro se asume como una garantía esencial del arbitraje, constituyendo, a la vez, un derecho de las partes, por cuanto se le entiende como la ausencia de control externo respecto de los árbitros, las que se pueden generar por las posibles vinculaciones de estos con las partes, o entre ellos "la independencia requiere que todo árbitro divulgue toda circunstancia o hecho que pueda ser constitutivo de conflicto de interés ya sea con las partes en litigios o con terceros" (Febles Pozo, 2019, p. 146).

Este principio tiene su desenvolvimiento normativo en el literal 2 del artículo 3 de la LA, el que establece que el tribunal arbitral tiene plena independencia en el ejercicio de sus funciones, "no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones", a lo que se agrega lo establecido respecto de ellos en los numerales 3.2; 25.5; 28.1; 28.3, y 29.3.

a) La no interferencia judicial

Pero la LA considera la independencia del arbitraje también en relación con el Poder Judicial, lo que constituiría el principio de no interferencia judicial, principio de favor *arbitri* o favor *arbitralis,* tal como se indica en el numeral 1 del artículo 3: "En los asuntos que se rijan por este decreto legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga".

Desde esta perspectiva, tenemos que este principio protege al arbitraje de cualquier intervención de la justicia ordinaria, con lo que las partes, desde que acuerdan que sus diferencias contractuales, serán resueltas vía arbitraje, asumen que deberán acatar la decisión que sobre ella adopte el árbitro o Tribunal Arbitral, independientemente de que estén de acuerdo o en desacuerdo con la decisión.

La autonomía glosada encuentra limitaciones en el propio dispositivo, ya que en él también se indica:

> Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo [...] Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

¿Por qué convertir en principio un limitante de la potestad jurisdiccional estatal? La respuesta podría ser que, con ello, se buscaría garantizar la

decisión de las partes (autonomía de la voluntad) respecto de la forma de resolver las controversias fuera del ámbito judicial, situación que colisionaría con el reconocimiento estatal de la jurisdicción arbitral, generándose así una relación contradictoria, donde la potestad estatal buscaría alguna vía para controlar esta forma de justicia heterónoma.

En este orden, tendríamos que el objetivo de este principio de no interferencia sería el de evitar que las decisiones judiciales "perturben la eficacia de los acuerdos arbitrales y de los eventuales procesos arbitrales y laudos que tales convenios puedan generar" (Velásquez *et al.*, 2021, p. 183), reconociendo la "interacción limitada y excepcional entre las vías arbitrales y judiciales de tutela de derechos" (Velásquez *et al.*, 2021, p. 183).

En el caso peruano, el control o interferencia judicial se produce en el marco de la acción de anulación de laudo, la que tiene causales expresas, siendo que en cuanto a los términos de la no interferencia, el Tribunal Constitucional ha establecido su criterio en distintas sentencias, como el establecido en el Expediente N.° 06167-2005-PHC/TC-Lima: caso Cantuarias[37]; el referido al ejercicio del control difuso por los árbitros, consignado en el Expediente N.° 00142-2011-PA/TC)[38] (Ledesma Narváez, 2020); Expedientes N.° 1567-2006-PA/TC, N.° 7532-2006-PA/TC, N.° 4195-2006-AA/TC (Castillo Freyre *et al.*, 2015).

b) La probanza de la condición subjetiva

En cuanto al principio de imparcialidad, que se relaciona con el desarrollo del proceso, tenemos que este es una condición de índole subjetiva que, para su probanza, deberá exteriorizarse en determinados actos u omisiones:

37 "La naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139.1 de la propia Constitución".

38 "El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes".

> [...] solo puede ser identificada desde el punto de vista práctico, es decir basándose en situaciones de hechos objetivos que demuestren los vínculos del árbitro con algunas de las partes que den indicios al cuestionamiento de la imparcialidad y, por supuesto, al desarrollo de un procedimiento arbitral justo. Por lo tanto, se establece una relación de complementariedad entre el aspecto subjetivo, el estado mental del árbitro y la evaluación objetiva, mediante la cual es posible vincular la falta de imparcialidad del árbitro, lo que trae como consecuencia que la imparcialidad y la independencia tengan un marcado carácter subjetivo, de ahí su vaguedad. (Febles Pozo, 2019, p. 148)

La condición subjetiva conduce, respecto de las partes, a la noción de duda justificada, siendo la limitación de esta la necesidad de justificarla, lo que nos remite a la esfera objetiva, el de las circunstancias que podrían generar la misma.

En doctrina se hace referencia a la duda, siendo la Ley de Arbitraje y la normativa de contrataciones, las que mencionan la "duda justificada". La primera se define como la "incertidumbre sobre la verdad de un hecho" (Cabanellas, 1989, p. 339), mientras que la segunda, la duda, a la que se agrega la condición de justificada, sería la que se fundamentaría en un hecho concreto, fáctico, a partir del cual tendría sustento la percepción inicial, la que al desenvolverse en el ámbito administrativo tiene la exigencia de la certeza legal previa (*lex certa*) en el marco del principio de legalidad.

Normativamente tenemos que el numeral 3 del artículo 28 de la LA hace referencia a la independencia e imparcialidad cuando se refiere a la recusación de la que pueden ser objeto los árbitros, mientras que el numeral 339.1 del RLGCP establece a la imparcialidad, así como a la independencia, como la obligación legal de no mantener con las partes "relaciones personales, profesionales o comerciales", disposición a la que el numeral 339.2 agrega que deben informar a estas "sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco años anteriores a su nombramiento, que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia", deber que también comprende a los hechos posteriores a su aceptación.

Finalmente, la duda de la independencia e imparcialidad de alguno de los árbitros se puede manifestar de diversas formas, siendo una de ellas la designación constante por alguna de las partes, tema respecto del cual se debe precisar que ello no significa "vinculación alguna respecto de ella" (Fernández Rosas, 2010, p. 6); criterio que también ha sido recogido por la Dirección de Arbitraje del OSCE, la que estableció en la Resolución N.° D000008-2022-OSCE-DAR y en la Resolución N.° D000059-2023-OSCE-DAR:

> La designación reiterada de un árbitro por una entidad, no podría constituir por su solo mérito un estándar definido para justificar su apartamiento automático del proceso, en tanto no se contrasten, o se expongan circunstancias relevantes que permitan inferir su falta de independencia, o imparcialidad, o cualquier circunstancia susceptible de afectar, o tener incidencia en relación al caso concreto que deba resolver.

c) La independencia e imparcialidad en la LGCP y en el Código de Ética

En el numeral 339.1 del artículo 339 del RLGCP se indica, respecto de los árbitros, que estos "son y permanecen durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales"; disposición que es ratificada en el Código de Ética, donde, respecto del principio de independencia se indica que los árbitros "deben ejercer sus respectivas funciones con plena libertad y autonomía, debiendo evitar cualquier tipo de relación, sea personal, profesional y/o comercial, que pueda tener coincidencia o afectar directa o indirectamente el desarrollo o resultado del arbitraje".

Respecto del principio de imparcialidad, y siempre en el marco doctrinario referenciado, el literal "b" del numeral 4.1 del artículo 4 del Código de Ética establece que los árbitros "deben evitar situaciones, conductas o juicios subjetivos que afecten neutralidad y objetividad respecto de las partes o del objeto de la controversia".

1.5. Principio de impulso oficial y el abandono

Este principio significa que los árbitros, o árbitro, tienen a su cargo la ejecución y dirección del proceso, pudiendo disponer en la búsqueda de la verdad material, las actuaciones que considere conveniente, manteniendo activo el proceso, debiendo hacerse la distinción entre el sistema dispositivo y el sistema inquisitivo, "si el arbitraje ha de estar sometido al libre juego de los intereses de los compromitentes, cuya voluntad será decisiva para el desarrollo y nacimiento arbitral, estaremos en presencia del sistema dispositivo; si en el arbitraje domina la iniciativa del árbitro, se está ante el sistema inquisitivo" (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 617).

En la legislación nacional, tanto en la general como en la especial referida a las contrataciones públicas, se considera el primer sistema, el dispositivo, razón por la cual son las partes las responsables de impulsar el proceso; regla que tiene como excepción la figura de abandono establecida para el arbitraje en contrataciones públicas, donde estos pueden archivarse

por inacción de las partes, figura jurídica distinta a la de caducidad para interponer el arbitraje.

La figura del abandono ha sido establecida expresamente para el arbitraje en contrataciones del Estado mediante el artículo 2 del Decreto de Urgencia N.° 20-2020, que modificó la LA incorporando a esta el artículo 50-A, referido al abandono, en que se dispone:

> En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte.
>
> Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es *ad hoc*, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral. La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

La norma glosada establece un procedimiento para el abandono, así como para la caducidad. En principio, solo se aplica a los casos de los arbitrajes administrativos, luego la inacción debe ser de 4 meses, pudiendo ser declarado a pedido de parte o de oficio, fase en la que la dinámica corre a cargo de los actores del proceso, la que se amplía según se trate de arbitraje institucional o *ad hoc*.

En los casos del arbitraje institucional, el abandono es declarado por la Secretaría General de la institución arbitral; y si el arbitraje es *ad hoc*, la declaratoria corre a cargo del árbitro único, o del presidente del tribunal arbitral, según sea el caso.

La norma establece como regla que la declaratoria de abandono opera, en forma definitiva, a la segunda vez, por cuanto en el primer pronunciamiento genera el impedimento de presentar en otro arbitraje la misma pretensión durante 6 meses, después de lo cual, si en caso se volviera a recaer en el abandono, el segundo pronunciamiento será definitivo, lo que significa la aplicación de la figura de caducidad del derecho a interponer un nuevo arbitraje.

La decisión del legislador ha podido deberse a que, en algunos casos, el arbitraje es dilatado por ciertos contratistas, a través de la inacción, para evitar el inicio del procedimiento sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

1.6. Principio de buena fe

La buena fe del arbitraje tiene su fundamento en el origen de este, el que es de naturaleza contractual, donde las partes, en el convenio arbitral, "acuerdan libre y espontáneamente sus voluntades para llegar a un determinado fin satisfactorio para ambos" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 217). Sin buena fe, esta decisión no sería viable.

En cuanto a su configuración, tenemos que esta se desenvuelve luego en el proceso arbitral, por lo que estamos ante dos momentos de realización. El primero al momento de la suscripción del contrato que contiene el convenio arbitral, y el segundo, cuando surge la controversia y se inicia el proceso arbitral, teniendo en este caso la naturaleza jurídica adjetiva, comprendiendo en todos los casos dos ámbitos, el subjetivo y el objetivo.

> Por la primera, fuente subjetiva, se asimila a la "actitud mental" de la persona, esto es, el convencimiento o al menos el asumir íntimamente que su conducta es acorde con la conducta esperada respecto a su accionar y circunstancias; y en la fuente objetiva, se determina la buena fe según sea la conducta asumida en la situación requerida. En esta se privilegia la acción objetiva [...] sobre el convencimiento íntimo del accionante. (Rodríguez Ardiles, 2021, p. 128)

Al articular el factor subjetivo con el objetivo, con ausencia de tipicidad, ubica a la buena fe entre los conceptos jurídicos de definición incierta o indeterminados, ya que pueden ser abordados de distintas perspectivas desde lo sustantivo, teniendo la limitación de la determinación material, ya que esta requiere la concreción de determinadas conductas.

En el caso del arbitraje, resulta relevante determinar las situaciones en que esta se materializaría, como serían "la lealtad y probidad en: i. la formación (negociación), integración e interpretación de textos jurídicos (tratados, leyes y contratos —incluyendo acuerdos de arbitraje—); y ii. la conclusión y la ejecución de actos con trascendencia jurídica" (Díaz-Candia, 2020, p. 47).

En este contexto general de lo que se entendería por una conducta orientada por la buena fe, en el arbitraje en contratación pública se establece como regla general el cumplimiento de esta, pero se avanza en la determinación de las conductas que significarían su negación, como pueden ser:

- La prueba "sorpresa": mantener oculta una prueba y ofrecerla de manera extemporánea afectando la igualdad en el proceso arbitral y el derecho de defensa y así pretender modificar el objeto del proceso ya fijado.

- Salir de "pesca" en materia probatoria: por ejemplo, pedir la exhibición de documentos de manera indiscriminada y abstracta.
- Interrogatorios maliciosos: esto puede manifestarse de diversas maneras: excesivo número de preguntas, preguntas insidiosas, ataques al testigo o declarante, preguntas sobre hechos inexistentes para descalificar al declarante.
- Pericias "bambas o truchas": uso de expertos que carecen de los conocimientos o calificaciones requeridos para emitir opinión sobre una determinada rama científica o artística.
- Obtención de pruebas violando derechos fundamentales. Por ejemplo: interceptaciones telefónicas.
- Solicitud de pruebas imposibles o "diabólicas".
- Pedir acreditar hechos negativos.
- Cuestionamiento de prueba documental por falsedad sin contraprueba.
- Cuestionar la copia de un documento solo por carecer del original.
- Ofrecimiento de prueba abundante no relevante.
- Uso de prueba no idónea. Por ejemplo, pretender acreditar la lucidez de una persona con una declaración testimonial. (Simons Pino, p. 132).

1.6.1. La buena fe en la LA y en la LGCP

Desde la esfera normativa, tenemos que el artículo 38 de la LA establece como obligación para las partes el "observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje", disposición general que se recoge en el Código de Ética, específicamente en el literal "e" del numeral 4.1 del citado código, en el que se establece que "los árbitros y las partes están obligados a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el correcto desarrollo del arbitraje".

1.7. Principio de confidencialidad

La confidencialidad se encuentra en el origen del arbitraje, en su esencialidad privatista, por lo que su configuración como principio deviene de su ser. El proceso arbitral está compuesto por una serie de actuaciones, en las que además del contenido de la propia audiencia, participan las partes, los

secretarios, peritos, los miembros del tribunal, testigos y cualquier otra persona que tenga algo que decir respecto de la controversia que será materia de análisis, las que tienen la obligación de guardar reserva sobre lo actuado.

Más que definición, la confidencialidad se refiere a actos, o actuaciones procesales y medios probatorios de los que tienen conocimiento las partes a lo largo del proceso arbitral, por lo que esta referida a la "obligación que tienen las partes de no hacer pública, de no revelar a terceros, la información generada durante el procedimiento" (Febles Pozo, 2021, p. 468).

Desde el ámbito normativo tenemos que el artículo 51 de la LA, modificado por el Decreto de Urgencia N.° 020-2020, regula la confidencialidad, así como la publicidad en el arbitraje, estableciendo para tal efecto reglas de confidencialidad y publicidad para el arbitraje entre privados, y en los que interviene el Estado:

- Salvo pacto en contrario, todos los intervinientes en el arbitraje tienen la obligación de guardar confidencialidad respecto de lo actuado, el laudo, y sobre cualquier información que pudieran conocer como consecuencia de las actuaciones procesales.
- En cuanto a las partes, sus representantes y asesores legales, la prohibición se flexibiliza "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".
- El numeral 3 establece la excepción para el caso de los arbitrajes administrativos, indicando que en estos casos "las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes *ad hoc* asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte".

Esta disposición es concordante con el principio de transparencia establecido en el Código de Ética, donde se dispone respecto de los árbitros lo siguiente:

> [...] deben observar las reglas sobre difusión de información arbitral en materia de contrataciones del Estado. En ese sentido, deben cumplir con hacer pública, a través de los mecanismos que prevé la normativa de contrataciones del Estado, aquella información de obligatorio registro. Asimismo, deben proporcionar al OSCE la información sobre el ejercicio de sus funciones y

> acerca de los arbitrajes en contrataciones con el Estado en los que participan, a requerimiento de dicho organismo supervisor.
>
> Sin perjuicio de lo señalado, los árbitros y todos aquellos que participan en arbitrajes en contrataciones con el Estado deben mantener reserva respecto a las actuaciones arbitrales durante el desarrollo del arbitraje.

En este contexto, cuando estamos ante el arbitraje administrativo la confidencialidad se relativiza para dar paso a la publicidad, toda vez que, a diferencia del que se realiza entre privados, en este interviene un actor ajeno a todos, pero que a la vez los comprende, como es el interés general.

1.8. Principios de temporalidad, dispositivo y preclusivo

Estos son principios vinculados. El arbitraje no puede tardarse tanto como un proceso ordinario, es más por el principio dispositivo se les permite a las partes marcar el inicio y final del proceso, siendo que el plazo se suspende en el caso de demoras por culpa de alguna de ellas.

Por su parte, la preclusión va marcando las distintas fases del arbitraje y la oportunidad que brinda cada una de ellas para el ejercicio del derecho de las partes, materializándose en cada acto, el que se realiza en un espacio de tiempo (término) y en cada serie de actos (periodo) (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 620).

1.9. Principio competencia-competencia (*kompetenz-kompetenz*) (*competence-competence*)

El principio *kompetenz-kompetenz* permite darle viabilidad al arbitraje en un escenario en el que ponga en cuestión la capacidad o competencia de los árbitros o de la IA, para abocarse al conocimiento y solución de la controversia, implicando, a la vez, una revisión de la esencialidad del convenio arbitral, por lo que "implica que el tribunal arbitral tiene la atribución de analizar y decidir si el convenio arbitral que se invoca existe y es válido, si es oponible a todas las partes del proceso, si las cuestiones incluidas en él son arbitrables y si las que se le someten a su decisión son aquellas comprendidas en ese acuerdo" (Caivano *et al.*, 2020, p. 16).

En este contexto, constituye "la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral" (Rubio Guerrero, 2011, p. 471).

Estando a las definiciones expuestas, el principio glosado se vincula al de independencia, en particular, respecto de la posibilidad de cuestionamiento a través de la vía judicial, por cuanto este es autónomo respecto del contrato. Así, se evita que alguna de las partes recurra al Poder Judicial argumentando nulidad del contrato o de la cláusula compromisoria, a efectos de detener el procedimiento arbitral, y consiste.

La regulación de este principio se encuentra establecida en distintitos tratados, leyes y reglamentos internacionales, tales como el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmado en Nueva York en 1958; el artículo V.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 1961; los artículos 1458 y 1466 del Código de Procedimiento Civil Francés de 1981; la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985 y su Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976; así como las leyes de arbitraje de distintos países, como Holanda (1986), Suiza (1987), Inglaterra (1996), Alemania (1998), Bélgica (1998), Suecia (1999) y España (2003) (Rubio Guerrero, 2010, pp. 103 y 104).

En materia de jurisprudencia, tenemos la dictada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 6167-2005-PHC/TC, en cuyos fundamentos se estableció la postura del máximo órgano constitucional respecto de este principio.

> 12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluida autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.
>
> 13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la "Kompetenz-kompetenz" [...] que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia,

> y [...] que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promueven durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales yo a la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. (Sentencia, 2005)

1.9.1. El *kompetenz-kompetenz* en la LA

Al respecto, el artículo 41 de la LA regula la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia, disponiendo para tal efecto lo siguiente:

- El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
- El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.
- Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal ar-

bitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

- Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa, o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
- Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Las disposiciones glosadas atraviesan al proceso arbitral, garantizando con ello la autonomía del Tribunal para decidir sobre las diversas cuestiones que se pudieran presentar durante el arbitraje, vinculándose también a los demás principios que hemos venido analizando.

1.10. Principio de oportunidad

En relación con este principio, se indica que tiene como fundamento a la ley y al juicio de valor. La ley, por cuanto "es esta la que sanciona la oportunidad de elegir entre la jurisdicción estatal o la justicia privada representada por la institución del arbitraje"; juicio de valor, en razón de que "autorizados y en libertad de elegir entre dos medios de solución jurídica de controversias, quien padece la controversia tendrá que realizar un juicio de valor entre las bondades de la jurisdicción estatal y las del arbitraje para determinar cuál es el medio más idóneo" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 268).

1.11. Principio de flexibilidad

El principio de flexibilidad se formula en oposición a la rigidez que existe en la justicia ordinaria, y se relaciona con las facultades que tienen las partes y los árbitros para ir "amoldando el proceso de manera que con-

sideren más conveniente para el esclarecimiento de los hechos [...] sin contravenir el debido proceso, ni afectar la equidad en el trato de las partes" (Castillo Freyre, 2010, p. 97), lo que involucra la facultad de los árbitros para complementar las reglas del proceso; situación que debe considerar que esta posibilidad debe tener siempre presente el "garantizar el desarrollo adecuado y equitativo de las actuaciones arbitrales y la observancia del derecho al debido proceso y derecho de defensa" ((Nakaya, 2021, p. 71).

1.12. Principios del debido proceso

La noción del debido proceso surgió en la modernidad en oposición a la arbitrariedad judicial que caracterizaba al Antiguo Régimen, donde el suplicio y la tortura, como mecanismos para obtener la verdad, eran asumidos como para parte del procedimiento sancionador aplicado en plaza pública por el soberano, tal como se describe en los libros *De los delitos y las penas* de Beccaria y en *Vigilar y Castigar* de Foucault; criterios que fueron consagrados en los artículos 7, 8, 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Seguidamente, el principio acotado se incorporó a los ordenamientos jurídicos, de la tradición del *civil law*, de los emergentes Estados de derecho, quedando consagrado en las distintas constituciones políticas, de las que las que no fueron excepción las que se promulgaron en el Perú.

Pero, en relación con el arbitraje, ese no era el problema, pero se configuraría a partir de dicho momento. El arbitraje como institución jurídica para resolver controversias es mucho más antiguo que el debido proceso. El primero se pierde en la historia, al segundo se le encuentra en el surgimiento del Estado de derecho.

Los reformadores del siglo XVIII se plantearon el debido proceso respecto de la administración de justicia en la vía ordinaria, que es la justicia que administra el Estado a través de los tribunales comunes, en un periodo en que el arbitraje era reconocido constitucionalmente, tal como quedó establecido en el numeral 5 del artículo primero del capítulo V de la Constitución francesa de 1791, por lo que el problema se planteaba respecto de si el debido proceso establecido en la justicia ordinaria alcanzaba en todos sus términos al proceso arbitral que se sustentaba en la autonomía de la voluntad, siendo esta la reflexión de la que parte Santistevan de Noriega (2008) para reflexionar sobre la relación y aplicación del principio del debido proceso en sede arbitral:

> [...] de pretender aplicarse el más amplio contenido del debido proceso a las actuaciones ante los árbitros, las cosas pueden complicarse mucho en el mundo del arbitraje que es, antes que nada, un mecanismo para resolver

> controversias patrimoniales o contractuales (u otras que autorice la ley), en el que la voluntad de las partes predomina por su intención de excluirse de la jurisdicción estatal para buscar una solución eficaz a las controversias jurídicas suscitadas a través de un método caracterizado por su flexibilidad. Esto último -solución eficaz, flexibilidad, neutralidad y confidencialidad- es lo que las partes buscan y por ello recurren a la sede arbitral excluyéndose voluntariamente del Poder Judicial. (p. 41)

Planteado el problema, viene la forma de abordarlo a efectos de que no afecte al proceso arbitral, el que descansa sobre una racionalidad distinta. La constatación inicial es que la LA no hace referencia al debido proceso, por lo que solo queda la que consta en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, el que se refiere a los principios de la función jurisdiccional, sin distinguir entre justicia ordinaria y arbitral, por lo que se entiende que la aplicación es para ambas formas de solucionar conflictos. Los principios del debido proceso, que se encuentran consignados en la Constitución, como garantía (derecho) de los ciudadanos, y que se integrarían al proceso arbitral serían los siguientes:

- Derecho de acceso a la jurisdicción arbitral. El antecedente de este derecho se encuentra en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, por la que "los particulares están facultados para suscribir un convenio arbitral con el objeto de sustraer sus diferencias de la justicia ordinaria y someterlas a la jurisdicción arbitral [...]" (Landa Arroyo, 2008, pp. 131-136).
- Derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro único o Tribunal Arbitral imparcial.
- Derecho a la igualdad sustancial en un proceso.
- Derecho de defensa.
- Derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales.
- Derecho a la ejecución de laudos arbitrales.
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (Landa Arroyo, 2008, pp. 131-136).

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 7289-2005-PA/TC, de 3 de mayo del 2006, citada por Santistevan de Noriega (2008):

> 4. Está consolidada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito

> de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. Así, por ejemplo, hemos subrayado que su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), tribunales arbitrales, etc.

Establecidos el alcance de las Constitución, y los de la Sentencia, esta misma establece los límites de aplicación del principio cuando se trata del arbitraje, indicando:

> 5. [...] Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, tout court, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia.

Esta última decisión del Tribunal Constitucional establece la salida y le da viabilidad a la aplicación del principio del debido proceso al arbitraje, la misma que sistematiza Santistevan de Noriega (2008):

> (i) se puede admitir que los árbitros, al ejercer sus funciones reconocidas constitucionalmente como funciones jurisdiccionales por el Tribunal Constitucional, se deben sujetar a las exigencias del debido proceso aplicable al arbitraje; (ii) la vocación expansiva de la que goza el derecho al debido proceso en la perspectiva constitucional no significa que todas las posibles expresiones que se puedan integrar maximalistamente al derecho-continente del debido proceso vayan a ser aplicables a todos los procesos o procedimientos, pues, (iii) el debido proceso, como principio regulador de la función jurisdiccional, debe responder a las necesidades y características de cada sociedad en un momento histórico. (p. 44)

En este orden, la aplicación del principio del debido proceso en el arbitraje significará encontrar "un balance entre la eficiencia y la celeridad —que obliga a suprimir en el arbitraje la doble instancia y las nulidades contra resoluciones interlocutorias— y el estándar mínimo del debido proceso arbitral que se resume en el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes" (Santistevan de Noriega, 2008, p. 41).

1.13. Principio de revisión judicial

Este principio se vincula a los de independencia, el que establece como excepción la revisión judicial. Así, el laudo arbitral puede ser objeto de revisión por parte del Poder Judicial, en lo que se denomina revisión judicial (revisión estatal), la que responde a determinados parámetros normativos.

La posibilidad de actuación judicial en el extremo acotado no es amplia, sino que orienta también por determinados principios, como el de irrevisabilidad del criterio arbitral, el que orienta a la revisión judicial y al control constitucional del mismo, en mérito del cual se tiene que, si la voluntad de las partes ha sido la de renunciar a la justicia ordinaria para buscar una vía más expeditiva a la solución de las controversias, carecería de sentido que, si después de dictado el laudo "se permitiera que, al conocer el recurso de anulación, los jueces pudieran analizar el fondo de la controversia resuelta en el arbitraje" (Alva Navarro *et al.*, 2011, p. 69).

Otro principio que opera en este caso es el de legalidad, por el cual las causales de anulación, que conducirán a la intervención del Poder Judicial, deberán estar debidamente establecidas en la norma respectiva, la que se ejecuta a iniciativa de parte, la que debe acreditar las causales de anulación; principio al que se le agrega el del reclamo previo, el que se vincula al de buena fe, "en el sentido de no permitir a las partes demorar maliciosamente el efecto nulificante de los vicios ocurridos durante el procedimiento arbitral, por la búsqueda del beneficio propio al plantearlos recién cuando conocen el sentido de la decisión arbitral desfavorable a ellos" (Alva Navarro *et al.*, 2011, p. 99).

En el caso peruano, la intervención judicial en el arbitraje se origina en la condición de jurisdicción que le otorga la Constitución, tal como hemos expuesto precedentemente, pero esta no es absoluta, sino de acuerdo con lo establecido en distintos artículos de la subsidiaria, siendo destacado su actuar en los casos de anulación de laudo arbitral.

1.14. Principio de integridad

El literal "a" del numeral 4.1 del artículo 4 del Código de Ética establece que los árbitros y todos aquellos que participan en arbitrajes en contrataciones públicas deben conducirse con honestidad y veracidad, evitando prácticas indebidas y actuando en todo momento con transparencia.

1.15. Principio de idoneidad

Por el principio de idoneidad, indica el literal "d", los árbitros, para decidir si aceptan una designación, deben evaluar si cuentan con la capaci-

dad y pericia necesaria para el desarrollo del arbitraje, y si cumplen con las exigencias y calificaciones pactadas en el convenio arbitral, o establecidas por ley, para el ejercicio del cargo, verificando que no se encuentren incursos en supuestos de inhabilitación o impedimento. Asimismo, deben evaluar si cuentan con disponibilidad de tiempo para asumir con eficiencia el encargo que se les confiere.

1.16. La debida conducta procesal

Por este principio los árbitros deben conducir el arbitraje con diligencia y celeridad, así como en observancia de los principios establecidos en el Código, sin que ello enerve las garantías fundamentales del debido proceso. Asimismo, todos los partícipes del arbitraje durante el desarrollo del proceso deben actuar guiados por el respeto mutuo, veracidad y lealtad procesal, evitando cualquier conducta ilícita o dilatoria injustificada.

1.17. Transparencia

En el ámbito de las contrataciones públicas, por tratarse de fondos públicos, la transparencia es fundamental, siendo que en el arbitraje es modulado por el literal "h" del numeral 4.1, en el que se dispone los árbitros deben cumplir la normativa sobre difusión de información arbitral en materia de contrataciones públicas. El árbitro es responsable del tratamiento de la información sensible contenida en el expediente arbitral, de acuerdo a la normativa de la materia; y debe proporcionar al OECE la información requerida y necesaria, cuando este lo requiera.

2. LAS REGLAS GENERALES DE CONDUCTA

El artículo 5 del Código de Ética establece un conjunto de pautas de conducta para los árbitros, denominas reglas generales de conducta.

a) Cuando el árbitro sea contactado por alguna de las partes, para efectos de ser propuesto para su designación, evalúa su disponibilidad de tiempo y su conocimiento sobre la materia que será sometida a arbitraje. El árbitro debe evitar recibir detalles del caso, solo debe ser informado de aspectos generales para definir su aceptación. El árbitro debe procurar informarse de datos relevantes que le permitan, oportunamente, identificar y declarar potenciales situaciones que pueden afectar su independencia o imparcialidad. Ningún árbitro debe proponer su designación de manera directa o indirecta.

b) El árbitro propuesto debe rechazar su designación si tiene dudas justificadas acerca de su independencia o imparcialidad.

c) Al dar a conocer su aceptación a las partes, a sus co-árbitros o a la institución arbitral, según corresponda, el árbitro debe declarar los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, según lo establecido en el artículo 6 del Código.

d) Durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben actuar con imparcialidad e independencia.

e) Una vez aceptado el encargo, los árbitros deben ejercer sus funciones hasta concluirlas. Excepcionalmente, solo cabe la renuncia por causas sobrevinientes que comprometan su independencia, imparcialidad o por motivos de salud. La renuncia debe responder a razones sustentadas y justificadas, ante las partes o la institución arbitral. En caso de renuncia, deben devolver la documentación presentada por las partes que tengan en su poder, respetando y asegurando la confidencialidad de la información y la documentación.

f) Durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben procurar, razonablemente, impedir acciones dilatorias injustificadas, de mala fe o de similar índole, de las partes o de cualquier otra persona que participe directa o indirectamente en el arbitraje, destinadas a retardar o dificultar su normal desarrollo. Los árbitros deben conducir el arbitraje con celeridad, actuando bajo los parámetros del principio de debida conducta procesal.

g) Los árbitros deben tratar con respeto a las partes y demás partícipes del arbitraje, así como exigir de estos el mismo trato para ellos, entre ellos y para los demás intervinientes en el arbitraje. Los árbitros deben evitar el uso de calificaciones o acciones peyorativas u ofensivas en contra de las partes y los demás partícipes del arbitraje.

h) Los árbitros no deben utilizar, en su propio beneficio o de un tercero, la información obtenida en un arbitraje, salvo para fines académicos y conforme la normativa de la materia.

i) Durante el ejercicio de sus funciones, los árbitros deben evitar discutir sobre la materia sometida a arbitraje con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores, salvo en las actuaciones arbitrales. Igualmente, no deben informar a ninguna de las partes, de manera anticipada, las decisiones que puedan emitir o hayan sido emitidas en el ejercicio regular de sus funciones.

j) Los árbitros no deben directa o indirectamente, solicitar o aceptar favores, dádivas o atenciones de alguna de las partes, sus representantes, abogados y/o asesores ni, solicitar o recibir algún tipo de beneficio económico u otro diferente al que corresponda a sus honorarios.

k) El árbitro que se aparta del arbitraje debe devolver los honorarios abonados a su favor en el porcentaje que se determine.

l) Los árbitros y todos aquellos que participan en arbitrajes en contrataciones públicas deben mantener reserva respecto a las actuaciones durante todo el desarrollo del arbitraje.

3. LOS DEBERES DE LOS ÁRBITROS Y LA RECUSACIÓN

Los deberes de los árbitros son de índole legal y la obligación se inicia, respecto del arbitraje, desde el momento en que aceptan la designación formulada por alguna de las partes, o en el caso del presidente, cuando acepta la formulada por sus co-árbitros, es en este espacio donde los principios se convierten en deberes.

La LGCP no hace referencia expresa a los deberes de los árbitros, pero el reglamento si lo hace, estableciendo que estos tienen la obligación de mantenerse independientes, ser imparciales y de informar cualquier circunstancia que pueda afectar su desenvolvimiento, la que se presenta como deber de revelación; disposición que es complementada por el Código de Ética.

En relación con la independencia e imparcialidad, nos hemos referido en extenso cuando hemos tratado los principios, por lo que sugerimos al lector revisar lo ahí tratado, por lo que solo nos abocaremos al deber de revelación.

3.1. El deber de revelación

El deber de revelación se encuentra consagrado en las legislaciones nacionales que regulan el arbitraje, así como en las internacionales, dándole con ello la connotación del deber de mayor significación. En el primer caso tenemos las establecidas en la LA y en el reglamento de la LGCP y en el Código de Ética, y en los reglamentos de diversas IA, mientras que en el segundo están, entre otras, las directrices de la International Bar Association (IBA), la Ley Modelo de UNCITRAL.

3.2. Fundamento del deber de revelación

Del deber de revelación se desprende la necesidad de imparcialidad e independencia que debe acompañar al actuar de los árbitros, constituyendo una garantía de estas. Así, la obligación de revelar se enfoca "a todo aquello que por vínculo o relación humana, o por estado mental, puede influir. Hay que informar todo lo precedente y lo que sobrevenga [...]" (Lohmann, 2010, p. 50), razón por la cual el cumplimiento de este deber es de alta significación "es el más importante de cuantos tiene el árbitro y, por ello, debe ser interpretado por él mismo de forma amplia. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral" (Alonso Puig, 2008, p. 234).

Sobre este tema, en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 00155-2024-0-1817-SP-CO-01 de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima, se estableció respecto del deber de revelación:

> [...] es una figura fundamental en el arbitraje, pues al imponer a los árbitros la obligación de poner en conocimiento de las partes toda circunstancia que pudiera configurar un conflicto de intereses, les posibilita a estas desplegar su autonomía de la voluntad y decidir la permanencia o no del árbitro, de modo que se preserve la confianza en el órgano resolutor, indispensable para la legitimidad de la institución arbitral. Así, el deber de revelación proyecta en sede arbitral, el principio de la buena fe.

La sentencia acotada agrega que la expresión toda o cualquier circunstancia supone una apreciación fáctica, por lo que precisa que la valoración que genere:

> [...] debe ser efectuada en orden a la finalidad del deber de revelación, como medio de defensa del derecho de las partes a conocer aquellas circunstancias que a ojos de un observador imparcial y objetivo, pudiera aparecer como un conflicto de interés que razonablemente comprometa la imparcialidad e independencia del árbitro; vale decir, no se trata de aquello que el árbitro considere que debe revelar, sino lo que per se, objetivamente, aparezca necesario de ser revelado, independientemente de la valoración personal del árbitro, quien, incluso en el supuesto de no sentir afectada o comprometida su imparcialidad por una situación concreta, es decir, no sentirse incurso en una situación de conflicto, debe, sin embargo, cumplir con revelar la circunstancia concreta, para que ello -la existencia o no del conflicto de interés- sea valorado por las partes [...] en caso de duda acerca de la necesidad de revelar o no una circunstancia específica, debe el árbitro proceder a la revelación.

Seguidamente, se indica que la línea jurisprudencial de las salas comerciales de Lima ha asumido:

> [...] lo propuesto por las Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, de la International Bar Association (IBA), que es un documento de soft law cuyo esquema conceptual resulta plausible en tanto que refleja la consolidación del conocimiento y la práctica arbitral más autorizada, cuyos estándares resultan razonables de ser asumidos también como referente en el análisis y resolución el caso concreto, sin perjuicio de reconocer que no se trata de Derecho nacional, ni siquiera propiamente Derecho, por lo que su aplicación como criterio orientador debe modularse en la casuística, en orden a la vigencia efectiva de la garantía de la imparcialidad e independencia arbitral como principios del orden público constitucional [...]

En este orden, se cita como fuente específica la Norma General 2, literal c), las Directrices perfilan un catálogo de supuestos fácticos de situaciones conflictuales que según su intensidad generatriz de duda, y por ende de la necesidad de su revelación, son clasificadas en cuatro listados: el denominado "Listado rojo irrenunciable" incluye situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez; por consiguiente, ni siquiera la aceptación de dicha situación por las partes evita el conflicto de intereses que a la postre vicia el laudo; el "Listado rojo renunciable" incluye situaciones serias, pero de menor gravedad, que deben considerarse renunciables, pero solo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro, en cuyo caso no podrán pretender luego la nulidad del laudo.

El "Listado naranja", que contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro; no obstante, la menor gravedad de estas situaciones, están comprendidas en el deber de revelación por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas; y, el "Listado verde" que contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses; por ello, el árbitro no tiene el deber de revelarlas (Sentencia, 2024).

3.3. El contenido de la revelación

En cuanto al contenido de la revelación, que es la información que el árbitro designado brinda a las partes a efectos de que esta no solo tenga conocimiento, sino para que efectúe la evaluación correspondiente, tenemos que esta "no debe limitarse a decidir/juzgar sobre lo que él entiende que podría comprometer su imparcialidad e independencia. Lo que debe hacer el árbitro nombrado es colocarse en el lugar de las partes [...] y ponderar cuales serían, bajo el punto de vista de estas, los hechos que pueden calificarse de importante conocimiento en aquel momento o posteriormente" (Dalmaso Marques, 2014, p. 66).

En relación con este tema, tenemos que en las Resoluciones N.° D000025-2022-OSCE-DAR y N.° D000064-2023-OSCE-DAR, la Dirección de Arbitraje, al momento de resolver la recusación, estableció:

> La declaración de un árbitro al momento de cumplir con el deber de revelación, deberá ser lo suficientemente precisa para que pueda servir de base a las partes, a efectos de ponderar su incidencia en el arbitraje.

Apreciación que fue desarrollada en los párrafos siguientes de la misma, en los que sistematizaba los principales criterios que al respecto se han formulado en la doctrina, indicando que no solo debía revelarse lo que uno considerara que pudiera generar dudas (criterio subjetivo), sino todo lo que crea que a los ojos de las partes pudiera ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo); nivel del contenido: informar lo relevante y razonable; extensión: amplia visión para revelar hechos o supuestos, en equilibrio con el criterio de relevancia; *in dubio pro declaratione*: en toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración; y oportunidad de la revelación (Resolución N.° D000064-2023-OSCE-DAR, 2023, p. 13).

La normativa hace referencia sobre el periodo de tiempo de las circunstancias a revelar, estableciendo como límite de tiempo los 5 años anteriores, siempre y cuando pudieran "afectar su imparcialidad e independencia", las que deben ser ponderadas al momento de efectuar la revelación, siendo "aquellas que resulten relevantes al punto que pueden tener alguna incidencia en la actuación independiente e imparcial del juzgador al momento de resolver la controversia sometida a su conocimiento, siendo por esa misma razón, que tales circunstancias no pueden desligarse del caso concreto a resolver" (Resolución N.° D000064-2023-OSCE-DAR, 2023, p. 13).

3.4. El deber de revelación en la LA

¿Desde qué momento el árbitro tiene la obligación de revelar? La obligación debe cumplirse desde que toma conocimiento de que ha sido designado por alguna de las partes, o por sus co-árbitros, y se mantiene durante todo el proceso arbitral.

En cuanto a los términos en que la legislación plantea esta obligación, tenemos que el artículo 28 de la LA, que recoge lo establecido en la doctrina, establece en los dos primeros numerales:

- Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
- El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3.5. El deber de revelación en la LGCP y en el Código de Ética

Los numerales 84.12 y 84.13 de la LGCP se refieren al Código de Ética, por lo que ha correspondido a este ampliarse sobre el sentido del deber de revelación en las contrataciones públicas, lo que se hace en el artículo 6 del Código de Ética, comenzando por definirlo como el deber ético de informar, de revelar o declarar, cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con el arbitraje, el que se mantiene durante todo el proceso de arbitraje.

En cuanto a las circunstancias a revelar, el numeral 6.2 establece que el árbitro tiene el deber de revelación, para lo que debe cumplir con lo siguiente:

a) El árbitro que considera que cuenta con la capacidad, conocimiento y disponibilidad de tiempo suficiente, y carece de circunstancias que originen dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia, procede a aceptar, por escrito, el cargo de árbitro que le ha sido encomendado, cumpliendo en ese mismo acto con el deber de revelación.

b) El árbitro que tenga conocimiento de alguna circunstancia que razonablemente afecte o pueda afectar su imparcialidad e independencia, debe rechazar su designación como árbitro. Si asumido el cargo, toma conocimiento de tales hechos, debe renunciar, explicando los motivos que ameritan tal decisión.

c) El árbitro debe revelar por escrito todos los hechos o circunstancias acaecidas dentro de los 5 años anteriores a su nombramiento que, desde el punto de vista de las partes, puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

d) Previamente a la declaración, el posible árbitro debe realizar una labor de verificación razonable para identificar potenciales conflictos de interés, con la diligencia ordinaria, por lo que la omisión de revelar tales circunstancias no puede ser excusada con la ignorancia de su existencia.

e) El deber de revelación no se agota con la revelación hecha por el árbitro al momento de aceptar el cargo, sino que permanece durante todo el arbitraje.

f) En caso de duda sobre revelar determinada circunstancia, el posible árbitro, o el árbitro, según sea el caso, debe optar por la revelación.

g) Las partes pueden solicitar, en cualquier momento del arbitraje, aclaraciones, precisiones o ampliaciones, respecto de los hechos o circunstancias declarados por el árbitro.

Además de lo indicado, el numeral 6.3 establece, como novedad, que un árbitro debe ponderar la revelación de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.

b) Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este código.

c) Si es o ha sido representante, abogado, asesor, funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores o con los otros árbitros en los últimos 5 años.

d) Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores o con los otros árbitros.

e) Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.

f) Si existe cualquier otro hecho o circunstancia, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su independencia.

g) Otras circunstancias previstas en la normativa de contrataciones públicas como supuestos de afectación de los principios de independencia e imparcialidad.

La consecuencia de omitir el deber de revelación por parte del árbitro, indica en numeral 6.4, configura la apariencia de parcialidad, pudiendo las partes solicitar la recusación del árbitro, sin perjuicio de que la institución arbitral, en arbitrajes institucionales, tramite la sanción respectiva, de ser el caso.

4. EL CONFLICTO DE INTERESES

El Código de Ética trata el tema del conflicto de intereses, tan recurrente en las contrataciones públicas, definiéndolo como aquella situación o circunstancia que afecta o puede afectar seriamente la independencia o imparcialidad del árbitro con relación a un arbitraje. Frente a un conflicto de interés, el árbitro debe apartarse del arbitraje, sin perjuicio de que las partes puedan cuestionar legítimamente su designación o continuidad en el cargo.

5. LAS CLASES DE INFRACCIONES Y LOS SUPUESTOS DE INFRACCIÓN

El artículo 8 del Código de Ética define a las infracciones como acciones u omisiones contra los principios, deberes y obligaciones establecidos en el Código, pudiendo ser según su gravedad:

- Leves.
- Graves.
- Muy graves.

El artículo 8 hace referencia al incumplimiento de los principios, deberes y obligaciones, los que hemos glosado precedentemente, mientras que el artículo 9 trata sobre los supuestos de infracción, clasificándolos en infracciones al principio de independencia, al principio de imparcialidad, al principio de transparencia y al principio de debida conducta, los que tienen su desenvolvimiento específico en los siguientes supuestos:

9.1. Infracciones al principio de independencia

9.1.1. Incurrir en los supuestos de conflicto de intereses que se señalan a continuación:

a) Que exista identidad entre el árbitro y una de las partes del proceso.
b) El árbitro es o ha sido gerente, administrador, directivo o funcionario, representante legal, o ejerce un control similar, sobre una de las partes en el arbitraje o sobre su filial, dependencia o similar y, en general, cualquier otro cargo similar que denote un control y poder de decisión dentro de la estructura de la persona jurídica, del árbitro sobre una de las partes, en los cinco (5) años previos a la aceptación de su designación como árbitro.
c) El árbitro es asesor o forma parte de una persona jurídica que preste asesoramiento regular a una de las partes, sus abogados, asesores o representantes, percibiendo ingresos de esta actividad.
d) El árbitro tiene o ha tenido relación o forma parte de una persona jurídica que mantuvo o mantiene una relación personal, comercial, de dependencia o profesional con una de las partes, sus abogados, asesores, representantes o con los otros árbitros que puede afectar su desempeño en el arbitraje, en los cinco (5) años previos a la aceptación de su designación como árbitro.
e) El árbitro forma parte del mismo estudio de abogados al que pertenece el abogado, asesor o representante de una de las partes, o mantienen, de hecho o de derecho, colaboración empresarial o alianzas estratégicas.

9.1.2. Fuera de los supuestos señalados en el numeral 9.1.1, mantener o haber mantenido cualquier otro tipo de relación directa o indirecta con las partes, los árbitros y con cualquier persona vinculada al arbitraje, que por su relevancia puede afectar su desempeño independiente en el proceso.

9.1.3. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación al momento de su aceptación al cargo por circunstancias acaecidas con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellas ocurridas de modo sobreviniente, respecto de los siguientes supuestos:

a) El árbitro como profesional o a través de la empresa o estudio de abogados al que pertenezca o en el que participe, con anterioridad a su designación o en la actualidad, representa, asesora o, mantiene algún tipo de vínculo relevante con alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes, o con los otros árbitros.
b) El árbitro fue designado como tal por una de las partes, sus filiales o empresas vinculadas.
c) La empresa o estudio de abogados al que pertenezca o en el que participe o patrocine con anterioridad a su designación o en la actualidad, presta servicios profesionales a una de las partes, sin la intervención del árbitro.
d) Los árbitros que conforman el tribunal arbitral son o han sido abogados del mismo estudio de abogados.
e) El árbitro es o ha sido socio o asociado con otro árbitro o abogado de una parte, que interviene en el mismo arbitraje.
f) Un abogado del estudio de abogados del árbitro ejerce función arbitral en otro proceso donde participa una de las partes.
g) Un pariente del árbitro, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, es socio, asociado o empleado del estudio de abogados que representa a una de las partes, sin que intervenga en el arbitraje.
h) El árbitro, en su condición pasada de juez, funcionario u otro cargo, conoció y resolvió, sobre una disputa importante, pero no relacionada a la controversia actual, en la que intervino una parte.
i) El árbitro tiene o ha tenido un cargo de dirección, gerencia, vigilancia, y en general cualquier otro similar, que denote un control y poder de decisión en una empresa filial o vinculada a una de las partes.
j) El árbitro tiene una relación de carácter personal o social estrecha con una de las partes, sus abogados, asesores o representantes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y las citadas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.
k) El árbitro mantuvo o mantiene otros arbitrajes donde también ejerce el cargo de árbitro y donde participa alguna de las partes.

9.1. Infracciones al principio de independencia

9.1.4. Fuera de los supuestos indicados en el numeral 9.1.3, haber incumplido o cumplido defectuosamente con su deber de revelación respecto de cualquier otra circunstancia que podían haber generado dudas razonables de su independencia, al momento de aceptar el cargo por hechos acaecidos con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellos ocurridos de modo sobreviniente.

9.2. Infracciones al principio de imparcialidad

9.2.1. Incurrir en los supuestos de conflicto de intereses que se señalan a continuación:

a) El interés económico del árbitro o sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, respecto de una de las partes.

b) El árbitro o la empresa o estudio de abogados al que pertenezca o en el que participe emitió informe, opinión, dictamen o recomendación, o asesoró a una de las partes, acerca de la controversia objeto del arbitraje.

c) El árbitro o la empresa o estudio de abogados al que pertenezca o en el que participe o patrocina, mantiene controversias relevantes con alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes.

9.2.2. Fuera de los supuestos señalados en el rubro anterior, haber asumido o generado cualquier tipo de situación o actuación que, en base a elementos razonables y probados, permitan evidenciar un tratamiento diferenciado, posición, interés, predisposición, hostilidad y cualquier actitud subjetiva del árbitro hacia las partes, el desarrollo del proceso o la materia de la controversia, que puede afectar su desempeño imparcial en el proceso.

9.2.3. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación al momento de su aceptación al cargo por circunstancias acaecidas con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellas ocurridas de modo sobreviniente, respecto de los siguientes supuestos (9.2.3.):

a) El árbitro ha manifestado previamente y de forma pública su posición respecto de algún tema relacionado directamente y que forma parte de la materia controvertida en el arbitraje donde va a participar, a través de una publicación, ponencia u otro medio.

b) El árbitro o la empresa o estudio de abogados al que pertenezca o en el que participe ha mantenido controversias relevantes con alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes.

c) El árbitro y alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes, u otro árbitro, desempeñaron o desempeñan conjuntamente funciones de árbitros, en asuntos que no guarden relación con la controversia.

9.2.4. Fuera de los supuestos indicados en el numeral 9.2.3, haber incumplido o cumplido defectuosamente con su deber de revelación respecto de cualquier otro tipo de circunstancias que podían haber generado dudas razonables de su imparcialidad, al momento de aceptar el cargo por hechos acaecidos con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellos ocurridos de modo sobreviniente.

9.3. Infracciones al principio de transparencia

a) Registrar el laudo en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado de la Plataforma Digital para las Contrataciones Públicas - Pladicop (en adelante, SEACE de la Pladicop) de forma íntegra y fidedigna, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, en los casos que corresponda.

b) Registrar en el SEACE de la Pladicop la información y/o documentación que se establece en el Reglamento y la que el OECE le requiera sobre los arbitrajes en contrataciones del Estado en que se desempeñan como árbitros.

c) Custodiar los expedientes arbitrales y garantizar su integridad conforme las normas aplicables.

d) Registrar en el SEACE de la Pladicop las decisiones que ponen fin al arbitraje distintas al laudo, por parte del árbitro *ad hoc* en los casos que participe.

e) El árbitro *ad hoc* sustituto debe registrar su nombre y apellidos en el SEACE de la Pladicop, así como del secretario arbitral sustituto, de ser el caso.

f) El árbitro *ad hoc* debe registrar el acta de instalación o el documento que haga sus veces.

g) Cumplir con la presentación de la Declaración Jurada de Intereses aplicable a los árbitros, de acuerdo con los plazos establecidos por la Ley N.º 31227, Ley que transfiere a la Contraloría General de la República la competencia para recibir y ejercer el control, fiscalización y sanción respecto a la declaración jurada de intereses de autoridades, servidores y candidatos a cargos públicos y su reglamento aprobado por la Resolución de Contraloría N.º 158-2021-CG y sus modificatorias.

9.4. Infracciones al principio de debida conducta procesal

a) Evitar utilizar en beneficio propio o de un tercero, la información que, en el ejercicio de sus funciones, haya obtenido de un arbitraje, salvo para fines académicos y conforme la normativa de la materia.

b) Abstenerse de agredir física o verbalmente a las partes, abogados, secretarios arbitrales, representantes o asesores y demás personal administrativo involucrados en el proceso arbitral.

c) Abstenerse de sostener reuniones o comunicación, con una sola parte, sus abogados, representantes o asesores. Reviste especial gravedad que la reunión o comunicación sea utilizada para informar, de manera anticipada, sobre las deliberaciones o las decisiones que puedan emitirse o hayan sido emitidas en el ejercicio de la función arbitral.

d) Abstenerse de sostener reuniones o comunicación, con una sola parte, sus abogados, representantes o asesores con la finalidad de informar, de manera anticipada, sobre las deliberaciones o las decisiones que puedan emitirse o hayan sido emitidas en el ejercicio de la función arbitral.

e) Evitar incurrir, sin que exista causa justificada, en una paralización irrazonable del proceso arbitral.

f) Evitar participar en arbitrajes estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 327 del Reglamento[39].

g) Evitar participar en arbitrajes sin cumplir con los requisitos mínimos establecidos en el numeral 77.7 del artículo 77 de la Ley[40].

9.5. Los supuestos descritos no desconocen, ni condicionan la potestad de las instituciones arbitrales de sancionar otras conductas no descritas en el presente artículo que a su juicio y conforme a sus instrumentos normativos constituyan conductas no éticas.

39 Artículo 327. Impedimentos para ser árbitro o adjudicador. Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro o adjudicador:

a) Las autoridades Tipo 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E referidos en el inciso 1 del numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.

b) Los impedidos para contratar con el Estado de tipo 4.B y 4.D referidos en el inciso 4 del numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.

c) Los fiscales y los magistrados, con excepción de los jueces de paz.

d) Los ejecutores coactivos.

e) Los procuradores públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.

f) El personal militar y policial en situación de actividad.

g) Los funcionarios y servidores del OECE hasta seis meses después de haber dejado la institución.

h) Los funcionarios y servidores públicos, en las controversias que tengan relación directa con la entidad contratante o el sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.

i) Las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, o en cualquier registro de los colegios profesionales que impida el ejercicio de la profesión.

j) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

k) Aquellos que tengan antecedentes penales.

l) Aquellos árbitros o adjudicadores sancionados con suspensión o exclusión vigente por faltas al Código de Ética de cualquier Institución Arbitral o Centro de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas, en tanto dure dicha suspensión o exclusión.

m) Aquellos árbitros o adjudicadores que cuenten con más de tres recusaciones fundadas resueltas en arbitrajes sobre contrataciones públicas, en los dos últimos años.

40 77.7. Los profesionales deben cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos:

a) Contar con título profesional o equivalente, registrado en la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - Sunedu.

6. LA RECUSACIÓN

La recusación tiene su origen en la justicia ordinaria y es de antigua data (Alsina, 1941, p. 464)[41], siendo su objetivo el obtener un fallo imparcial, sustrayendo al juez "a la influencia de otros poderes o del medio en que deba actuar" (Alsina, 1941, p. 464), deviniendo, en general, en una garantía de la administración de justicia. La expectativa del buen obrar genera confianza en las partes y fortalece el sistema, lo contrario lo debilita y deslegitima.

En este contexto, el ordenamiento jurídico-procesal, entendiendo que a pesar del cuidado que pueda tener el sistema para designar a magistrados competentes y con ética, dispone que, si se presentara el hecho de que las partes o alguna de ellas pusiera en duda la imparcialidad de quien va a resolver la controversia, esta podrá actuar la recusación como medio y garantía para "prevenir esa situación que puede tornarse irremediable", permitiendo así a los litigantes "eliminar al juez sospechoso" (Alsina, 1941, p. 464).

Pero ¿cómo se define la recusación? Al respecto, tenemos que Cabanellas la define como "el acto por el cual se excepciona o rechaza a un juez para que entienda o conozca la causa, cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivadas dudas" (Cabanellas, 1989, p. 67).

La recusación es, a la vez, un mecanismo de control y una sanción que se deriva como consecuencia de la infracción a un deber legal por parte de los árbitros luego de haber aceptado la designación, y se origina en las "posibles relaciones entre el árbitro y los compromitentes (por unión o por enemistad), o entre árbitro con el objeto del proceso de arbitraje" (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 264), en este orden, la recusación se encuentra vinculada a los principios que orientan la función arbitral y a los deberes de los árbitros, ya que determinado actuar hay generado duda en

b) Para ser árbitro, experiencia no menor de tres años según las siguientes condiciones: i) en el sector público desempeñándose en materia de contratación pública, o ii) en el sector privado como árbitro o secretario arbitral de la presente Ley o profesional con experiencia en contratación pública.

c) En caso de árbitro único o presidente del tribunal arbitral, ser profesional en derecho con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones públicas.

d) Para ser adjudicador, experiencia no menor de dos años como adjudicador o como supervisor de obras, o cumplir con los requisitos para ser árbitro conforme al literal b) del presente párrafo.

41 Hugo Alsina (1941, p. 464, T. I), cita a las siete partidas "es mucho peligrosa cosa de *haver ome* su pleito delante del judjador sospechoso" (Partida III, tít. IV, Ley N.° 22), en: Alsina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo I

la idoneidad, imparcialidad o independencia o por no haber revelado o revelado en forma parcial.

La recusación afecta a todos los árbitros, pudiendo las partes recusar a los árbitros que han designado, siendo el procedimiento el establecido en la LA.

6.6. La recusación en la LA

La facticidad es el dato de la realidad, es el hecho social con implicancias jurídicas que existe independientemente de la voluntad de las partes, con suficiente significación para el derecho como para poder ser imputado, a partir del riesgo, como una conducta potencialmente contraria a él, siendo con ello lo suficientemente capaz como para generar la duda justificada. En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 28 y 29 de la LA establecen los motivos de abstención y de recusación de los árbitros, así como el procedimiento a seguir. Así, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 28 los artículos indican que las causales a invocar son los siguientes:

> Cuando concurran circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
>
> Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Como se podrá deducir de la lectura, la incertidumbre de las partes respecto de la independencia e imparcialidad de cualquiera de los árbitros genera la recusación del mismo, o del tribunal en pleno, por lo que existe relación directa entre independencia, imparcialidad y recusación, de ahí su importancia, ya que con ella se busca "mantener la imparcialidad de los fallos, sobre todo en aquellos casos en que a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia" (Castillo Freyre *et al.*, 2015, p. 189).

La facultad que tienen las partes para ejercer el derecho de recusación, el que alcanza, como hemos indicado, hasta su propio árbitro, tiene la posibilidad de no ser ejercida, cuando, según el artículo citado, las partes

decidieran dispensar los motivos de la recusación, siendo que "en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos".

Por su parte, el artículo 29 de la LA, cuando trata el procedimiento de recusación, establece tres situaciones: las partes pueden establecer libremente el procedimiento de recusación; pueden someterse al Reglamento; o a falta de acuerdo, aplicar las reglas siguientes:

a) La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

b) El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los 10 días siguientes de notificados con la recusación.

c) Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

d) Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

   i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23.

   ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d) y e) del artículo 23.

   iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a este resolver la recusación.

6.6.1. La dispensa

De existir alguna de estas causales, luego de efectuada la información respectiva, las partes pueden dispensarlas de manera expresa, "pudiendo constar en comunicación escrita o en el contenido de un acta, debidamente firmada por las partes y levantada durante la tramitación del arbitraje", después de lo cual ya no podrá ser motivo de recusación ni de sanción.

En relación con la dispensa, ante la consulta de si legalmente, la negativa de dispensa (manifestada expresamente) ante la revelación de un árbitro por solo una de las partes implica una recusación contra este; ¿o la parte que no otorgó la dispensa debe interponer de manera paralela el procedimiento de recusación? La opinión fue:

> [...] que no hay una regulación específica para las consecuencias de la manifestación expresa de una parte de no dispensar a un árbitro. Ello debido a que, *a contrario sensu* a lo antes señalado, la no dispensa implica que el hecho o circunstancia que podría configurar una causal de recusación podría ser invocado por la parte afectada para promover un procedimiento de recusación de conformidad con las reglas específicas que las partes hayan podido pactar [...] En ese sentido, debe quedar claro que la negativa de dispensa expresa de un árbitro no implica la recusación automática de este y, mucho menos, que la causal no dispensada sea necesariamente fundada. De este modo, para que la negativa de dispensa cumpla el propósito perseguido, la parte afectada podrá promover, dentro de los plazos correspondientes, el respectivo procedimiento de recusación. (Opinión N.° 005-2014/DAA, 2014)

6.6.2. Improcedencia de la recusación y la renuncia

¿En qué casos la recusación es inviable? En la LA se establecen dos posibilidades de improcedencia de la recusación:

- Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, "es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia".
- Tampoco procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados.

6.6.3. Trámite de recusación y actuaciones arbitrales

El inicio del trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros; por otro lado, del artículo glosado se pueden establecer, además, las reglas siguientes:

- Cuando corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
- La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable.
- Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

6.7. La recusación en la LGCP y su reglamento

La recusación se encuentra regulada en el artículo 340 del RLCP, el que establece aspectos relacionados a las causales, las que deben ser comprendidas en el contexto de lo precedentemente expuesto, el trámite de recusación ante las instituciones arbitrales, y la acumulación de recusaciones.

6.7.1. Las causales de recusación

El numeral 340.1 del artículo 340 del RLCP establece que los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas:

- Cuando se encuentren impedidos para actuar como tales conforme al artículo 327[42].

42 Artículo 327. Impedimentos para ser árbitro o adjudicador. Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro o adjudicador:

a) Las autoridades Tipo 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E referidos en el inciso 1 del numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.

b) Los impedidos para contratar con el Estado de tipo 4.B y 4.D referidos en el inciso 4 del numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.

c) Los fiscales y los magistrados, con excepción de los jueces de paz.

d) Los ejecutores coactivos.

e) Los procuradores públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.

f) El personal militar y policial en situación de actividad.

g) Los funcionarios y servidores del OECE hasta seis meses después de haber dejado la institución.

h) Los funcionarios y servidores públicos, en las controversias que tengan relación directa con la entidad contratante o el sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.

- Cuando incumplan con su deber de revelación, los requisitos y la disponibilidad de tiempo a que se hace referencia en el artículo 339[43].
- Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral.
- En los arbitrajes *ad hoc,* cuando incumpla con las disposiciones del Código de Ética para el arbitraje en contrataciones públicas que aprueba el OECE.
- Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.

6.7.2. El trámite de la recusación en los arbitrajes institucionales y ad hoc

El numeral 340.2 se refiere al trámite de las recusaciones en los arbitrajes institucionales, para lo cual establece las siguientes reglas:

---

i) Las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, o en cualquier registro de los colegios profesionales que impida el ejercicio de la profesión.

j) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

k) Aquellos que tengan antecedentes penales.

l) Aquellos árbitros o adjudicadores sancionados con suspensión o exclusión vigente por faltas al Código de Ética de cualquier Institución Arbitral o Centro de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas, en tanto dure dicha suspensión o exclusión.

m) Aquellos árbitros o adjudicadores que cuenten con más de tres recusaciones fundadas resueltas en arbitrajes sobre contrataciones públicas, en los dos últimos años.

43 Artículo 339. Independencia, imparcialidad y deber de información

339.1. Los árbitros son y permanecen durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

339.2. Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, informa sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco años anteriores a su nombramiento, que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende, además, la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

339.3. El árbitro designado presenta una declaración jurada expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento, para poder ejercer como tal, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

- Las recusaciones son resueltas por el órgano competente de la institución elegida, de acuerdo con su Reglamento interno.
- Cuando se trate de arbitrajes *ad hoc*, y las partes cuando de mutuo acuerdo las partes hayan establecido una institución arbitral registrada que resuelve las recusaciones, las partes deben recurrir directamente a la institución para tramitar sus solicitudes; si tal acuerdo no existiera o existan dudas sobre la institución arbitral elegida, la solicitud de recusación en arbitrajes *ad hoc* es resuelta por una institución arbitral incorporada en el REGAJU de la región donde se encuentra el domicilio de la entidad contratante.
- Sobre este último extremo, el numeral 340.3 indica que en caso no hubiera una institución arbitral en el ámbito de la región donde se encuentra el domicilio de la entidad contratante las partes recurren a cualquier institución registrada ubicada en alguna de las regiones contiguas.
- En cuanto a la competencia para la recusación, el numeral 340.4 dispone que la institución arbitral que conoció la primera solicitud de recusación es la competente para resolver aquellas que se planteen con posterioridad durante el proceso arbitral.

6.7.3. Recusación y arbitraje

Sobre la continuidad del arbitraje cuando se presenta una recusación, el numeral 340.5 establece que el trámite de esta no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos o tres árbitros.

6.7.4. La recusación temeraria y el límite de las recusaciones

La tutela de la buena fe procesal es tratada en el numeral 340.6, en el que se dispone que las instituciones arbitrales que resuelven recusaciones, manifiestamente temerarias o de mala fe, formuladas por funcionarios o profesionales que ejercen la defensa de alguna de las partes, comunican de tales hechos a las instituciones públicas o colegios profesionales respectivos, para que adopten las medidas a que hubiere lugar en el ámbito de su competencia; sin perjuicio, de las actuaciones previstas en los reglamentos internos de las Instituciones.

En este extremo, el rol de los colegios profesionales devendrá en relevante para detener la práctica de utilizar la recusación como medida dilatoria.

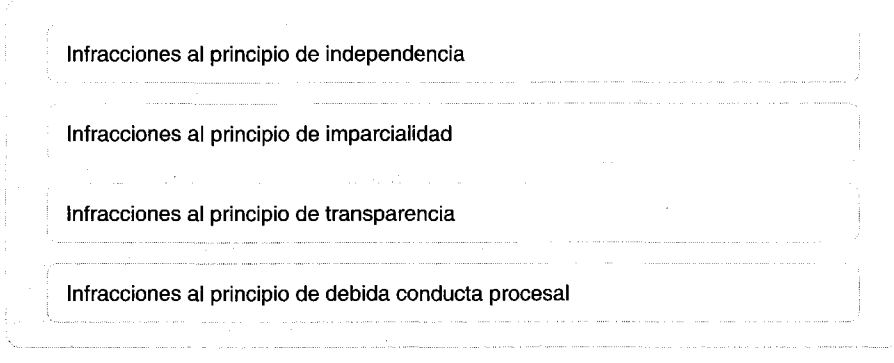
Finalmente, el numeral 340.7 agrega que, si una parte acumula 3 recusaciones que se declaran infundadas en un mismo arbitraje, sean continuas o no, ya no puede interponer una nueva recusación en dicho arbitraje.

7. LAS INFRACCIONES Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL CÓDIGO DE ÉTICA

El artículo 8 del Código establece como tipificación general que las infracciones son acciones u omisiones contra los principios, deberes y obligaciones establecidos, la que, según la gravedad, pueden ser:

- Leves
- Graves
- Muy graves.

El Código establece 4 supuestos de infracción, los que no desconocen, ni condicionan la potestad de las instituciones arbitrales de sancionar otras conductas no descritas en el presente artículo que, a su juicio y conforme a sus instrumentos normativos, constituyan conductas no éticas.



Todos estos supuestos son desarrollados en forma específica en el Código de Ética, así como el procedimiento sancionador, por lo que remitimos al lector a los numerales 9 y siguientes.

Capítulo XLVI

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (II)

Tipos de arbitraje. Proceso arbitral. Debido proceso. Laudo arbitral. Anulación de laudo. Medidas cautelares y el control difuso

SUMARIO: 1. Tipos de arbitraje y las reglas generales del arbitraje en la LA. 1.1. El arbitraje de equidad y de derecho. 1.2. El arbitraje obligatorio y facultativo. 1.3. El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. 2. Reglas generales del arbitraje *ad hoc* e institucional en la LA. 3. Las reglas especiales del arbitraje en la LGCP. 3.1. El arbitraje puede ser de derecho nacional o internacional. 3.2. Arbitraje *ad hoc* y el institucional. 3.2.1. El arbitraje *ad hoc:* viabilidad y trámite de la solicitud. 3.2.2. El arbitraje institucional. 3.2.3. Cuando se ha seguido la conciliación. 4. La prelación normativa. 5. La excepción y oposiciones al arbitraje. 5.1. El plazo de caducidad. 5.2. El plazo de caducidad en la LGCP. casos nominados e innominados. 5.3. Excepciones a la regla para el cómputo de los plazos. 6. El debido proceso y el proceso arbitral en la LA y en la LGCP. 6.1. El debido proceso arbitral. 6.2. La debida motivación y la irrevisibilidad del laudo. 7. La pericia en el proceso arbitral. 8. Subterfugios para la revisión del laudo. 9. El laudo arbitral en la LA y en la LGCP. 9.1. El laudo en la LA y en la LGCP. 9.1.1. Las reglas para el proceso de toma de decisiones. 9.1.2. Estructura y contenido del laudo en la LA. 9.1.3. El plazo para laudar, la notificación del laudo y el tratamiento de la información sensible en la LA y en la LGCP. 10. Rectificación, aclaración/interpretación, integración y excusión. 10.1. Reglas en la LA sobre interpretación, integración y excusión. 11. La condición jurídica del laudo. 12. Anulación del laudo, el principio de irrevisibilidad y el orden público. 12.1. El principio de irrevisibilidad. 12.2. El objeto y las causales de la anulación del laudo en la LA y en la LGCP. 12.3. Desenvolvimiento de las causales de anulación. 12.4. El reclamo previo, posibilidad de separación de materias no sometidas a arbitraje y la anulación total en la LA y en la LGCP. 12.5. Trámite del recurso de anulación en la LA y en la LGCP. Las reglas especiales. 12.6. Consecuencias de la anulación de laudo y las pruebas. 12.7. La garantía de cumplimiento y la carta fianza. 12.8. Ejecución del laudo y el pago en la LA y en la LGCP. 12.8.1. Cuando los árbitros ejecutan el laudo. 12.8.2. Cuando se requiere la participación del órgano jurisdiccional. 12.8.3. Requisitos para la ejecución del laudo. 12.9. El pago y la transparencia. 13. Las medidas cautelares en la LA y en la LGCP. 13.1. Reglas de las medidas cautelares en la LGCP. 13.2. La contracautela y el control difuso en los arbitrajes en contrataciones públicas. 13.3. El árbitro de emergencia en la LGCP. 14. La transacción y el abandono en la LA y en la LGCP. 14.1. El abandono.

En principio, cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente, tal como establece el numeral 331.1 del artículo 331 del RLGCP, por lo que, al existir el derecho, corresponde determinar la forma en que este se instrumentaliza.

En este orden, tenemos que el arbitraje no tiene una única forma de presentarse, sino que, en atención a las circunstancias y decisión de las partes, este puede adquirir formas diversas, como son las que seguidamente indicamos. Así, en términos generales, y tal como hemos indicado, cuando se suscitan controversias en la etapa de ejecución de un contrato, las partes tienen la posibilidad, en caso decidan recurrir al arbitraje como mecanismo para dirimir sus diferencias, distintas posibilidades de arbitraje, como pueden ser, de equidad, de derecho, obligatorio, facultativo, *ad hoc* e institucional, los que seguidamente tratamos.

1. TIPOS DE ARBITRAJE Y LAS REGLAS GENERALES DEL ARBITRAJE EN LA LA

1.1. El arbitraje de equidad y de derecho

El arbitraje en equidad o de conciencia es el espacio jurídico donde los árbitros resuelven según su leal saber y entender, constituyéndose en amigables componedores, no requiriendo la condición de ser abogados para poder ejercer (Montoya, 1988, p. 19); modalidad que no es contemplada en la LA, ni en la LGCP, situación distinta a la que sucede en el arbitraje de derecho.

Este tipo de arbitraje, el de derecho, constituye una modalidad en la cual existe la obligación de los árbitros de emitir un laudo "conforme a las disposiciones legales de fondo y ciertas mínimas de forma, teniendo incluso presentes la jurisprudencia, la costumbre y los usos", siendo en este caso jueces privados, a pesar de lo cual no se tiene permitido prescindir de la ley, siendo que en caso de falta de norma expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto los principios generales del derecho" (Lohmann,1988, p. 69).

Este es el arbitraje regulado por la LA y la LGCP, tal como se indica en el numeral 84.1 del artículo 84, el que se caracteriza por los mayores niveles de formalidad y de exigencia para actuar como árbitros e instituciones arbitrales.

1.2. El arbitraje obligatorio y facultativo

Además de poder ser de conciencia y/o de derecho, también puede ser obligatorio o facultativo. El arbitraje será obligatorio cuando el proceso arbitral es "impuesto imperativamente por una Ley como Único Procedimiento para Resolver Determinados Litigios" (Montoya, 1988, p. 41), siendo esta la modalidad establecida en la LGCP; y será facultativo cuando las partes puedan, en ejercicio de su autonomía, decidir libremente si la controversia que se pueda suscitar en la ejecución del contrato será resuelta vía arbitraje o recurriendo al Poder Judicial.

1.3. El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional

Conjuntamente con estos tipos de arbitraje también existen el *ad hoc* y el institucional, los que se diferencian en función de la forma convencional o reglada de designar a los árbitros, y en la administración del proceso arbitral. Si la esencia del arbitraje es la libertad que se concede a las partes para resolver sus controversias al amparo de la decisión de un tercero ajeno al órgano jurisdiccional, estos, en ejercicio de dicha autonomía, pueden decidir acudir a un arbitraje ajeno a una en adelante IA o a una institución para que resuelva esta, decisión que queda plasmada en el convenio arbitral.

La primera alternativa se refiere a la recurrencia al arbitraje *ad hoc*; y la segunda, al arbitraje institucional. En relación con la segunda modalidad, el del arbitraje administrado por una IA, lo que marca la diferencia es el sometimiento de las partes a estas instituciones, así como a sus reglamentos, siendo algunas de estas la que "administra u organiza el arbitraje" (Munné, 2002, p. 21).

La administración y organización del arbitraje impone a las IA el cumplimiento de algunas obligaciones (funciones) como son el de designar a los árbitros y resolver cualquier controversia planteada en relación a su participación, proveer de reglas al proceso, así como facilitar los medios necesarios para ejecutar el fin encomendado de dar una solución final a la controversia" (Rodríguez Vásquez, 2010, p. 247), asumiendo también la regulación, la gestión, el control y garantía, así como el de proporcionar la información correspondiente (Rodríguez Vásquez, 2010, pp. 247 y 248).

2. REGLAS GENERALES DEL ARBITRAJE *AD HOC* E INSTITUCIONAL EN LA LA

En atención al objeto del presente texto, solo nos abocaremos a los tipos de arbitraje regulados en la LGCP, como son el *ad hoc* y el institucional, sobre los cuales se puede afirmar que tienen un sustrato doctrinario común, como es la doctrina general del arbitraje, así como normativo, establecido por la LA, pero, a la vez, poseen sus propias especificidades en la doctrina y normativa especial en razón del ámbito en el que se desenvuelven.

Desde la dimensión normativa tenemos que el artículo 7 de la LA, modificado por el Decreto de Urgencia N.° 020-2020 (D. U. N.° 020-2020), establece que el arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional, precisando que, en el primer caso, será conducido por un Tribunal Arbitral directamente, y en el segundo será organizado y administrado por una IA, disposición general que se proyecta en la LGCP.

En relación con estos tipos de arbitrajes, ¿cómo se determinan o se llega a ellos por defecto? Tenemos que el modificado artículo 7 de la LA establece las siguientes reglas para la definición de si un arbitraje es *ad hoc* o institucional, las que se modulan cuando se trata de arbitrajes en contrataciones del Estado.

Reglas de la ley de arbitraje

1. El arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.
3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. La misma regla se aplica cuando existe designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.
4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.
5. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

3. LAS REGLAS ESPECIALES DEL ARBITRAJE EN LA LGCP

Tal como hemos indicado, las reglas generales de la LA se modulan cuando se trata del arbitraje administrativo, en particular en el regulado por la LGCP, en cuyo artículo 84 se establecen las reglas aplicables al arbitraje

en contrataciones públicas, las que son desarrolladas en los artículos 311 y siguientes del RLGCP.

3.1. El arbitraje puede ser de derecho nacional o internacional

El numeral 84.1 de la LGCP distingue en el arbitraje es de derecho, entre el nacional y el internacional, a lo que se debe agregar la exigencia de que se desarrolle en idioma español; disposición concordante con el segundo párrafo del numeral 331.1 del artículo 331 del RLGCP.

En el caso del arbitraje nacional, el trámite es regulado por las disposiciones contenidas en las normas que venimos citando, mientras que en el internacional se podrá acudir a cortes arbitrales en otros países o foros de reputación reconocidos internacionalmente, sin necesidad de que se encuentren inscritos en el registro de IA peruano, disposición acorde con la corriente del derecho administrativo global y la relativización de la soberanía; tema sobre el cual el artículo 333 del RLGCP establece las reglas para que las partes puedan incluirlo en el convenio arbitral.

> 333.1. Las partes pueden acordar someter sus controversias a arbitraje internacional solo cuando el contratista sea un extranjero no domiciliado y cuando el monto del contrato original supere las 20 000 UIT.
>
> 333.2. El arbitraje es de derecho y en atención a la aplicación de la normativa, así como las normas técnicas que regulen el objeto de la contratación. Las instituciones que administren este tipo de arbitrajes son cortes arbitrales constituidas en otros países o foros de reputación reconocida internacionalmente, sin necesidad que estos se encuentren inscritos en el REGAJU.
>
> 333.3. Para acudir al arbitraje internacional, las entidades contratantes efectúan el análisis jurídico y económico que sustente su necesidad y conveniencia, el cual es aprobado por la autoridad de la gestión administrativa. Dicha facultad es indelegable.

Lo dispuesto por la norma especial debe ser concordado con lo que regula la norma general (LA) sobre el arbitraje internacional, la que en el artículo 5 establece que el arbitraje tendrá carácter de internacional cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias:

Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.

Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

3.2. Arbitraje *ad hoc* y el institucional

El citado numeral 84.1 de la LGCP establece los requisitos para la procedencia de uno u otro, y recoge lo establecido en el modificado artículo 7 de la LA, disposición que es ampliada en los artículos 335 y 336 del RLGCP, estableciéndose para su determinación una regla general, como es la cuantía de la controversia.

3.2.1. El arbitraje *ad hoc*: viabilidad y trámite de la solicitud

En el caso del arbitraje *ad hoc*, el citado numeral 84.1 indica que este solo podrá concretarse en los casos en los que el monto de la controversia no supere las 10 UIT; decisión que reduce a su mínima expresión dicha forma de arbitraje.

Los artículos 335 y 336 regulan el trámite de la solicitud y la respuesta a esta. Así, el numeral 335.1 establece que este se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, al último domicilio válidamente señalado para efectos de la ejecución contractual, en el que se debe consignar:

- El convenio arbitral.
- Un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía.
- La propuesta del árbitro, que debe formar parte de una nómina de las instituciones arbitrales inscritas en el REGAJU.

En cuanto a los aranceles, el numeral 335.3 indica que el OECE aprueba mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que resulta aplicable a los arbitrajes *ad hoc*, no pudiéndose pactar en contrario.

Por otro lado, el artículo 336 regula la respuesta a la solicitud de arbitraje *ad hoc*, indicando que la parte que reciba una solicitud de arbitraje *ad hoc*, la responde por escrito dentro del plazo de 10 días hábiles, contabilizados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, incluyendo su posición respecto a la propuesta de árbitro único, la controversia y su cuantía.

En caso la solicitud no fuera respondida, o si se planteara alguna oposición, el numeral 336.2 dispone que esta situación no interrumpe su desarrollo, ni de los respectivos procedimientos para que se lleve a cabo la conformación del tribunal arbitral o árbitro único y la tramitación del arbitraje, ya que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 331.2, el arbitraje se inicia cuando la parte interesada notifica a la otra la solicitud de inicio de arbitraje por escrito.

3.2.2. El arbitraje institucional

Pero si esto sucede con el *ad hoc*, cosa distinta pasa con el institucional, ya que en los demás casos siempre tendrá esta condición, a lo que se agrega la posibilidad de que en el convenio arbitral se pueda identificar la IA que administrará el arbitraje, la cual debe encontrarse en el registro de instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas, siendo nulo todo pacto en contrario.

Este punto de la norma es relevante, ya que la búsqueda de eficiencia en el servicio arbitral, a través de la simplificación en la definición del tipo de arbitraje, puede conducir a la concentración del mercado en pocas IA, tal como sucedió hace algunos años; lo que se agrava si se constata que vulnera las condiciones de igualdad en el mercado.

A lo expuesto, el numeral 331.2 del RLGCP agrega que de haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, el arbitraje se inicia con la solicitud a la IA elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional.

3.2.3. Cuando se ha seguido la conciliación

En este caso, el numeral 331.3 establece que haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, sin acuerdo o con acuerdo parcial, el arbitraje respecto de las materias no conciliadas se inicia dentro de los plazos de caducidad contemplados en los numerales 84.4, 84.5, 84.6 y 84.7 del artículo 84 de la LGCP[44], en concordancia con lo establecido en el numeral 82.4[45], los cuales se computan a partir del día hábil siguiente de la suscripción del acta por el conciliador y las partes asistentes.

4. LA PRELACIÓN NORMATIVA

Al estar de por medio el interés colectivo y los fondos públicos, la legislación arbitral especial ha ido relegando el uso del derecho privado en la

44 84.4. El arbitraje que verse sobre las controversias respecto de la validez, nulidad, resolución, terminación o ineficacia del contrato es solicitado en un plazo máximo de treinta días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

84.5. En todas las demás controversias, cualquiera de las partes da inicio al arbitraje, como máximo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a estas acciones:

a) La entrega del bien final, en el caso de los contratos de adquisición de bienes.
b) La presentación del entregable final, en el caso de los contratos de prestación de servicios.
c) La entrega de la obra, en el caso de los contratos de obra.

84.6. El cómputo del plazo regulado en los párrafos 84.4 y 84.5 del presente artículo tiene las siguientes excepciones:

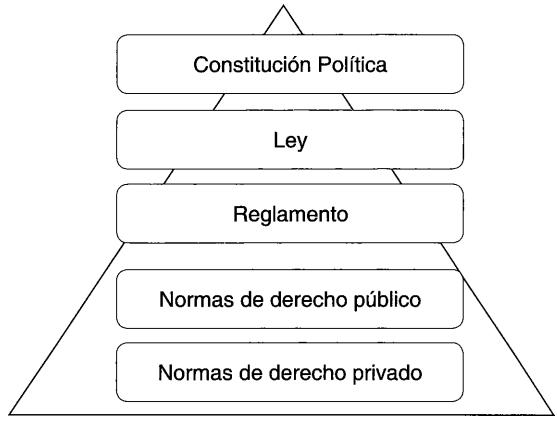
a) Cuando con posterioridad a las actuaciones señaladas en los párrafos 84.4 y 84.5 aún se encuentre pendiente la decisión de la junta de prevención y resolución de disputas, el plazo se computa desde la fecha en que se emita la decisión de dicha junta o en la fecha en que esta quede disuelta.
b) En las controversias referidas a la conformidad del bien, servicio u obra, el plazo se computa desde la negativa de esta o desde el vencimiento del plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.
c) En las controversias referidas a la liquidación del contrato de obra, el plazo se computa desde la culminación del procedimiento de liquidación.
d) En las controversias referidas al pago final o prestaciones pospago de bienes y servicios, el plazo se computa desde la fecha en que se produce el pago final, o desde el vencimiento del plazo para realizar el pago final, o la prestación pospago que es materia de controversia.
e) En las controversias referidas a defectos o vicios ocultos, el plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la entidad hasta sesenta días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en la ley.

84.7. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, el plazo es de diez días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

45 82.4. En caso de haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación sin acuerdo o con acuerdo parcial, el plazo para acudir al arbitraje respecto de las materias no conciliadas se computa a partir del día hábil siguiente de concluida la conciliación.

solución de controversias, proceso que el numeral 76.2 reitera al establecer la prelación normativa a aplicar en el caso de los arbitrajes en contrataciones del Estado y específicamente en el marco de la LGCP, disposición que es de orden público, a lo que el numeral 2 de la primera disposición complementaria de la LGCP agrega que la conciliación y el arbitraje se regulan especialmente por lo dispuesto en ella y su reglamento, sujetándose supletoriamente a la ley de la materia.

A tenor de lo dispuesto, los árbitros al momento de resolver la controversia deberán seguir el siguiente orden:



5. LA EXCEPCIÓN Y OPOSICIONES AL ARBITRAJE

Cabanellas define a las excepciones procesales como el "título o motivo que, como medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o demanda del actor" (Cabanellas, 1989, p. 616); por su parte, Devis Echeandía considera que la excepción "es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones propias de hecho, que persiguen destruirla o modificarla o aplazar sus efectos" (Devis Echeandía, 1984, p. 264).

Estas definiciones se han ido precisando debido a los aportes que han venido brindando las distintas salas de las cortes superiores del Poder Judicial, tal como sucedió en la sentencia recaída en el Expediente N.° 00074-2011-0-2001-SP-CI-02, de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Piura, en la que se estableció que las excepciones constituyen:

> [...] un medio de defensa que denuncian la ausencia de un presupuesto procesal (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda) o una condición de la acción (también llamados presupuestos materiales: voluntad de la ley, interés para obrar y legitimidad para obrar), que determinarían la invalidez de una relación jurídico procesal o la imposibilidad de un pronunciamiento válido sobre el fondo, pudiendo —por lo tanto— ser propuestas en todo proceso en que puedan existir tales vicios. (Sentencia, 2001)

Pero la sentencia no solo abordaba la excepción en general, sino que también trataba sobre una excepción específica y relevante en las contrataciones públicas, como es la excepción de caducidad, estableciendo que esta constituye:

> [...] un medio de extinción de la pretensión, se materializa por la pérdida del derecho a interponer una demanda o continuarla, al no haberse presentado dentro del plazo señalado por ley, que el transcurso del tiempo desde que se produce el evento que la Ley considera como inicio del plazo de caducidad hasta que se interpone la demanda trae consigo la extinción del derecho. (Sentencia, 2001)

Normativamente tenemos que el artículo 337 del RLGCP refiere a las excepciones u objeciones en el arbitraje *ad hoc*, indicando que el siguiente procedimiento para resolverlas:

- Cuando se traten de excepciones u objeciones al arbitraje *ad hoc* cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia es resuelta al finalizar la etapa postulatoria y antes que se fijen los puntos controvertidos del proceso.
- En este caso, el árbitro único o tribunal arbitral, bajo responsabilidad, verifica de oficio y emite pronunciamiento respecto a los plazos de caducidad, antes de la fijación de los puntos controvertidos, debiendo declarar la conclusión del proceso, de ser el caso.

5.1. El plazo de caducidad

Desde la perspectiva expuesta, existe una relación entre el tiempo transcurrido y la pérdida del derecho. En este orden el plazo, es definido como el tiempo o lapso fijado para una acción (Cabanellas, 1989, p. 269), y la caducidad se entiende como "el medio por el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente en razón de la inacción de su titular durante el plazo fijado por la ley o la voluntad de las partes" (Torres Vásquez, 1996, p. 677).

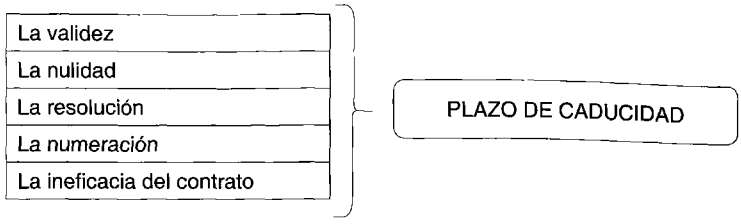
En el artículo 12 de la LA se regula el régimen de notificaciones y plazos en los siguientes términos, salvo que las partes acuerden en contrario, por lo que debe entenderse como un régimen general:

1. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.
2. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.
3. Los plazos [...] se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados, así como los días no laborables declarados oficialmente.

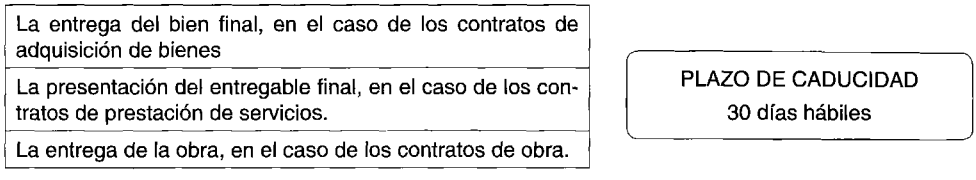
5.2. El plazo de caducidad en la LGCP: casos nominados e innominados

La caducidad también se desenvuelve en las contrataciones públicas, siendo invocada por las partes en los procesos arbitrales bajo la figura de excepción de caducidad, la que posee reglas especiales de aplicación, las que se encuentran establecidas en los numerales 84.4 y 84.8 de la LGCP, norma concordante con los numerales 331.1 y 331.3 del artículo 331 del RLGCP.

La regla general de la caducidad es que la solicitud de solución de controversias debe plantearse a la otra parte en un plazo máximo de 30 días hábiles (plazo de caducidad), desde la notificación de los actos que son materia de controversia, en los casos cuya materia controvertida sea:



Pero la norma no se queda en las controversias nominadas, sino que avanza sobre las innominadas al indicar en el numeral 84.5 que cuando se trate de controversias distintas a las indicadas, cualquiera de las partes podrá dar inicio al arbitraje, dentro de los 30 días hábiles siguientes a estas acciones:



El plazo se mantiene, los hechos o situaciones se modifican.

5.3. Excepciones a la regla para el cómputo de los plazos

Los numerales 84.6 y 84.7 de la LGCP establecen las siguientes excepciones a las reglas especiales respecto del cómputo de plazo de caducidad para las controversias citadas en los numerales 84.4 y 84.5, para lo que hace referencia a las siguientes situaciones:

- Cuando con posterioridad a las actuaciones señaladas en los párrafos 84.4 y 84.5 aún se encuentre pendiente la decisión de la JPRD (a)

  En este caso el plazo se computa desde la fecha en que se emita la decisión de la JPRD o en la fecha en que esta quede disuelta.

- En las controversias referidas a la conformidad del bien, servicio u obra (b)

  El plazo se computa desde la negativa de esta o desde el vencimiento del plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

- En las controversias referidas a la liquidación del contrato de obra (c)

El plazo se computa desde la culminación del procedimiento de liquidación.

- En las controversias referidas al pago final o prestaciones pospago de bienes y servicios (d)

  El plazo se computa desde la fecha en que se produce el pago final, o desde el vencimiento del plazo para realizar el pago final, o la prestación pospago que es materia de controversia.

- En las controversias referidas a defectos o vicios ocultos (e)

  El plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la entidad hasta sesenta días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en la LGCP.

- Contrataciones realizadas a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco (84.7)

  El plazo es de 10 días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

La excepción de caducidad, como límite del derecho a cuestionar una decisión de la otra parte contractual, tienen un escenario complejo, debido a las múltiples situaciones que se describen en la norma.

6. EL DEBIDO PROCESO Y EL PROCESO ARBITRAL EN LA LA Y EN LA LGCP

El origen del debido proceso se encuentra en los fundamentos del Estado Moderno, ya que al acto arbitrario del monarca absoluto se oponía el principio de legalidad sustantiva y procesal, deviniendo así en el sustento del Estado de derecho, tema al que el arbitraje no fue ajeno.

Pero no solo han sido los procesos políticos y el derecho positivo quienes los han consagrado como un principio fundamental del Estado de derecho, ya que la jurisprudencia de los distintos tribunales le ha otorgado no solo ese nivel, sino que la han desarrollado a partir de su consagración en el inciso "2" del artículo 139 de la Constitución Política de 1993 como garantía (derecho) de los ciudadanos, los que se integran también al proceso arbitral.

Respecto de los alcances del glosado derecho fundamental, tenemos que en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 2851-2010-AA/TC, cuyo criterio venía siendo expuesto en distintas sentencias del TC, se determinó que este era un derecho que comprendía "di-

versos derechos fundamentales de orden procesal", por lo que se trataba de "un derecho "continente" cuyo contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona pueda considerarse como justo (STC N.° 2851-2010-AA/TC) (STC. N.° 10490-2006-AA/TC).

6.1. El debido proceso arbitral

El Tribunal Constitucional abordó el tema del debido proceso en el caso *María Julia*, en cuya sentencia estableció:

> 12. de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, "la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. (STC N.° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9)

La noción de derecho continente establecida en la sentencia del TC STC N.° 2851-2010-AA/TC y STC. N.° 10490-2006-AA/TC, nos remite a los principios (derechos) que se desenvolverían en el ámbito arbitral, siendo estos los siguientes:

- Derecho de acceso a la jurisdicción arbitral. El antecedente de este derecho se encuentra en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, por la que "los particulares están facultados para suscribir un convenio arbitral con el objeto de sustraer sus diferencias de la justicia ordinaria y someterlas a la jurisdicción arbitral [...]" (Landa Arroyo, 2008, pp. 131-136).
- Derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro único o Tribunal Arbitral imparcial.
- Derecho a la igualdad sustancial en un proceso.
- Derecho de defensa.

- Derecho a la prueba y a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales (Sentencia Resolución N.° 11, 2021).
- Derecho a la ejecución de laudos arbitrales.
- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (Landa Arroyo, 2008, pp. 131-136).
- La independencia e imparcialidad (STC N.° 004-2006-AI/TC; STC N.° 2851-2010-AA/TC; STC N.° 023-2003 AI/TC; STC N.° 00197-2010-PA/TC).

6.2. La debida motivación y la irrevisibilidad del laudo

El problema que se presenta en el debido proceso arbitral es el de articular, sin exceso, la relación entre el derecho a la debida motivación, la irreversibilidad del laudo y el control judicial de este; tema sobre el cual el TC ha establecido:

> [...] el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, más no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional, no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos. (Sentencia. Resolución N.° 11, 2021).

En cuanto a la extensión de la motivación, que también puede ser relevante cuando se trata de impugnar un laudo, en la Sentencia 432/2023, el Tribunal Constitucional estableció:

> [...] el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta prima facie: a) siempre que exista fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) siempre que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) siempre que por sí misma exprese una suficiente

> justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión (cfr. STC 4348-2005-PA, fundamento 2). (Sentencia 432/2023, 2022)

En este orden, en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 00667-2023-0-1817-SP-CO-01, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima estableció:

> 6.1. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica que toda decisión expresada en el fallo o resolución debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, como la contenida en el Expediente N.° 06712-2005HC/TC, donde ha señalado: "10. Según el artículo 139, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva.
>
> La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva. (Sentencia, 2023)

7. LA PERICIA EN EL PROCESO ARBITRAL

Una de las fases más importantes del proceso arbitral es la referida a la actuación de pruebas, dentro de las cuales posee singular importancia la prueba pericial, ya que mediante ella, a través de la intervención de un tercero denominado perito, una de las partes pretenderá sustentar su pretensión, si se tratara de una pericia ofrecida por alguna de las partes, o, en el otro caso, en la pericia de oficio que es planteada por el árbitro a efectos de llegar a un grado de certeza respecto de los dichos por las partes, siendo que

en ambos casos, y a pesar del debate pericial, el gran evaluador es el árbitro o el Tribunal Arbitral, lo que nos conduce a la evaluación de la pericia.

En relación con este tema, en la Resolución N.° 08 recaída en el Expediente N.° 00567-2023-0-1817-SP-CO-02 de la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, se establecieron pautas para la evaluación de la pericia. Así, en el numeral 1.3 se indica, respecto de la deficiencia en la evaluación que había hecho el árbitro único, que este concurría a lo expuesto por el perito de oficio afectando con ello a la motivación del laudo, ya que:

> [...] no explicita un razonamiento propio, solo intenta dar un cumplimiento formal a su obligación de motivación remitiéndose a dicho profesional e indicando que a través de la pericia de oficio ha quedado acreditado, empero, no realiza argumentación alguna respecto a cómo el citado medio probatorio le genera convicción frente a las pericias de parte presentadas ni cómo la conclusión a la que arriban se contradice con el propio contenido de la pericia de oficio y lo expuesto por el perito de oficio en la audiencia de exposición pericial, es decir, no existe un desarrollo o contraste respecto de los argumentos y los medios probatorios -incluso respecto de otros extremos de la propia pericia de oficio- para arribar a la decisión de validar la resolución del contrato efectuada por el Contratista, por tanto, el laudo adolece de inexistente y/o aparente motivación y contradicción en la misma.
>
> Tampoco existe argumentación alguna respecto a la expresa conclusión del perito de oficio quien señaló que la Entidad se encontraba tramitando las prestaciones adicionales de obra, incluso que no existía respuesta por parte del Contratista a las propuestas requeridas por la Entidad ante su negativa de ejecutar la obra y a pesar de ello resolvió el contrato, es decir, las prestaciones adicionales se encontraban en trámite y faltaba su aprobación mediante resolución. Dicho argumento y el material probatorio (pericia de parte e incluso las conclusiones de la pericia de oficio) no han merecido análisis por parte del Árbitro Único, siendo que se ha verificado una ausencia de motivación y valoración de la prueba que no permite que la nulidiscente pueda comprobar si el mérito de los medios probatorios presentados ha sido efectiva y adecuadamente realizados para llegar a la decisión arribada, incurriendo en una motivación deficiente. (Resolución N.° 08)

8. SUBTERFUGIOS PARA LA REVISIÓN DEL LAUDO

La revisión del laudo no solo es utilizada para cuestionar los excesos arbitrales, sino también como un medio para intentar llevara a anulación abordando los temas que han sido objeto de la controversia y que han sido resueltos en su oportunidad. Así, la invocación a la indebida motivación

plantea, en realidad, la posibilidad de revisión, por el órgano jurisdiccional, del laudo arbitral.

Pero esta incorrecta pretensión podría ser consecuencia de lo regulado por la LA, en cuyo artículo 56 obliga a motivar las resoluciones, mientras que en el 62 prohíbe al magistrado revisar la motivación. Así, "cuando del recurso de anulación se advierta un cuestionamiento al razonamiento decisorio del Tribunal Arbitral con el cual se ha resuelto el fondo de la controversia, dicha pretensión de nulidad será desestimada [...]" (Sentencia. Resolución N.° 11, 2021),

9. EL LAUDO ARBITRAL EN LA LA Y EN LA LGCP

El laudo arbitral es el producto final del proceso arbitral, y se le define:

> [...] el acto del árbitro por el cual emite un juicio vinculante para las partes en el proceso y resolutorio para el conflicto residenciado en él', esto es, el lado arbitral es la expresión formal de la decisión adoptada por el árbitro para resolver la cuestión litigiosa y que los litigantes vienen obligados a aceptar mor del pacto arbitral que las vincula, o dicho de otra forma, el laudo es el acto del árbitro en el que se decide sobre la cuestión de fondo sometida. (Merino Merchán, 2006, p. 648)

En doctrina se ha efectuado una tipología referida a los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales, pudiendo asumir cualquiera de las siguientes:

- Laudo conciliatorio (García, 2011, pp. 703-707), consistente en llegar a un acuerdo conciliatorio de las partes sobre la pretensión que ejercitaron en su momento y que ahora ambos acuerdan finalizar de común arreglo.
- Laudo inhibitorio, comprendido como, aquella decisión por medio del cual "el árbitro podrá decidir, en cualquier momento, sobre la continuidad o no del procedimiento, pudiendo dictar ese laudo inhibitorio en una fase muy inicial del mismo, o en el laudo definitivo. No obstante, la propia naturaleza del laudo, como expresión característica que afecta a la imposibilidad de continuar el procedimiento por cuestiones de fondo, hace recomendable que se dicte en un momento inicial o con posterioridad a la excepción expuesta por el demandado" (Roldán, 2011, p. 708).
- Laudo parcial (Claros Alegría *et al.*, 2011, p. 709), entendido como aquella decisión por medio del cual el Tribunal Arbitral resuelve de forma individualizada una cuestión concreta dentro de las que se

han sometido a arbitraje, como, por ejemplo, aquellas relativas a su propia competencia, existencia o no del convenio arbitral, así como, la validez o invalidez de la cláusula de sometimiento a arbitraje.

- Laudo final, que es el que resuelve la controversia planteada a los árbitros en mérito del convenio arbitral.

9.1. El laudo en la LA y en la LGCP

La LA se refiere al laudo arbitral en los artículos 52 al 61, pero para efectos del presente texto, solo nos referiremos a los que van del 52 al 56. Por otro lado, en el numeral 344.2 del artículo 344 del RLGCP se establece que el laudo vincula a las partes del arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso, disposición a la que se debe agregar lo establecido en el numeral 84.9 del artículo 84 de la LGCP, el que dispone que el laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación y se debe notificar a las partes a través de la Pladicop.

9.1.1. Las reglas para el proceso de toma de decisiones

Los artículos 54 y 55 de la LA se refieren específicamente al laudo. En este orden, el artículo 54 trata sobre la posibilidad de que se emita más de un laudo, disponiendo que "salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios".

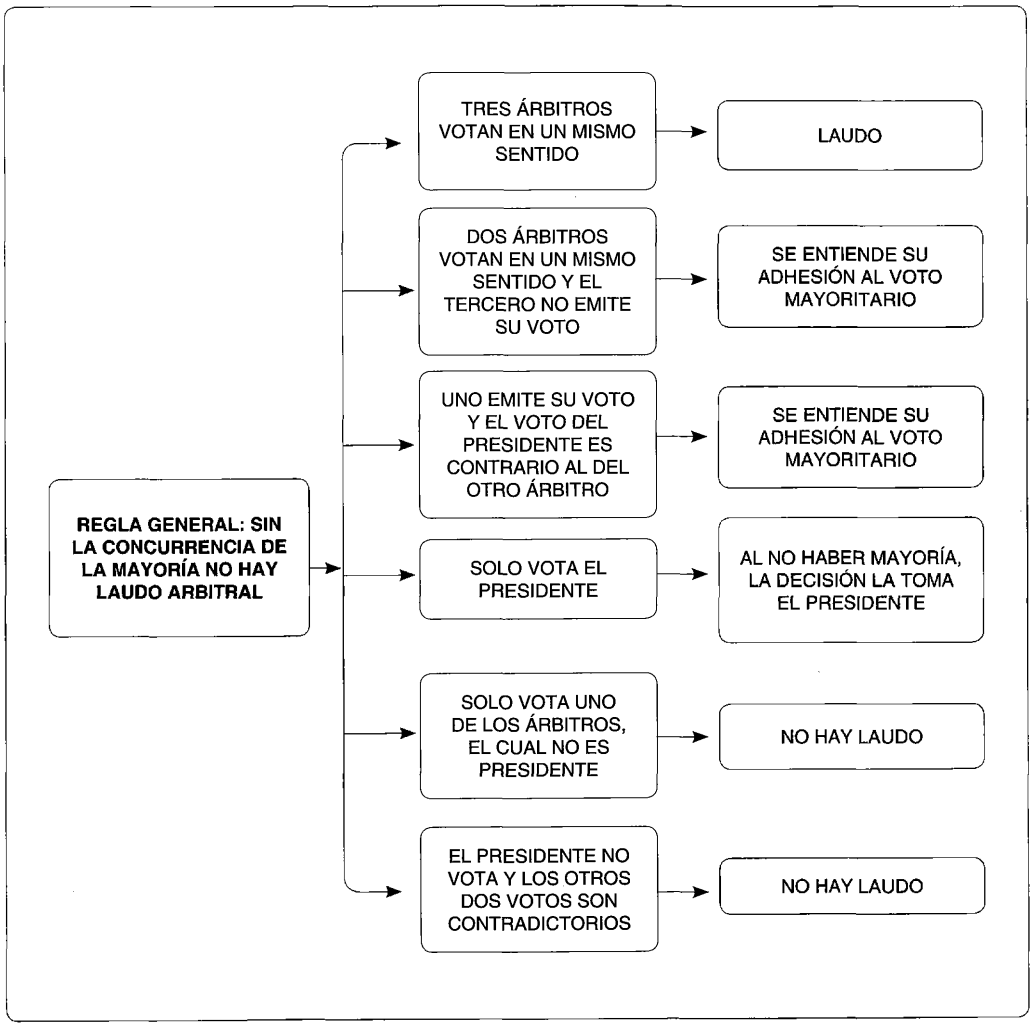
Por su parte, el artículo 55 se refiere a la formalidad que este deberá presentar, más aún si se trata de un arbitraje de derecho, indicando que constará por escrito, debiendo ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante se entenderá que el laudo consta por escrito "cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo".

Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o solo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas". El árbitro que no emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente.

En el artículo 52 trata sobre las incidencias que pudieran ocurrir durante el proceso de toma de decisiones y la suscripción del laudo por parte de los árbitros, el mismo que también es tratado en el artículo 55.

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieran dispuesto algo distinto. Si no hubiera mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión que en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Seguidamente y a efectos de graficar las reglas en el proceso de toma de decisiones, presentamos el siguiente gráfico (Castillo Freyre *et al.*, 2009, p. 223):



9.1.2. Estructura y contenido del laudo en la LA

El laudo arbitral posee los siguientes caracteres: es decisorio, formal, motivado, congruente, que no tenga más ni menos de lo pedido por las partes, que no contenga algo distinto a lo pedido y que sea notificado (Merino Merchán, 2006, pp. 650-653), a lo que se debe agregar dos elementos fundamentales en cuanto a su estructura, cuya deficiencia puede dar lugar a la anulación del laudo, como son la parte expositiva, que constituye la motivación, y la resolutiva.

a) Parte expositiva

En esta parte se indican los antecedentes, un resumen de las alegaciones y posiciones de las partes y la determinación de los puntos controvertidos; una parte considerativa, en la que se desarrolla el análisis de cada uno de los puntos controvertidos, la evaluación y valoración de los medios probatorios en que se sustente la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y defensas de las partes.

b) Parte resolutiva

En ella que se expone la decisión del tribunal respecto de cada uno de los extremos del petitorio y donde se detallará, de ser pertinente, lo que las partes deben hacer o dejar de hacer para cumplir con el laudo en todos sus extremos.

Normativamente tenemos que el artículo 56 de la LA, modificado por el Decreto Legislativo N.° 020-2020, regula el contenido del laudo, disponiendo que debe contener lo siguiente:

- Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50[46];

46 Artículo 50.- Transacción.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.
2. Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

- Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 3547. El laudo se considera dictado en ese lugar.
- El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 7348.
- En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.
- Para que se inscriba en los Registros Públicos el laudo que comprenda a una parte no signataria, de acuerdo a lo regulado por el artículo 1449 de la LA, la decisión arbitral deberá encontrarse motivada de manera expresa.

9.1.3. El plazo para laudar, la notificación del laudo y el tratamiento de la información sensible en la LA y en la LGCP

El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, de ahí la importancia de esta. En cuanto al plazo para laudar, el artículo 53 establece que debe notificarse dentro del plazo establecido para las partes, el que puede estar consignado en cualquiera de las siguientes formas:

47 Artículo 35.- Lugar del arbitraje
1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

48 Artículo 73.- Asunción o distribución de costos
1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.
3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

49 Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral
El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

- El reglamento arbitral aplicable; o
- El que fije el tribunal arbitral.

Por su parte, el numeral 344.1 del artículo 344 del RLGCP refiere respecto de la notificación del laudo que este, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, es notificado a las partes a través de la Pladicop.

La notificación corre a cargo del árbitro único o del presidente del Tribunal Arbitral, quien tiene la responsabilidad de registrar correctamente dichas decisiones en la referida plataforma, dentro de los 10 días hábiles siguientes de haberse emitido dichas decisiones, constituyendo lo contrario, un incumplimiento al encargo como árbitro, a lo que agrega que la Pladicop no verifica ni aprueba la legalidad de los actos y actuaciones expedidos ni de la información registrada por los árbitros, siendo estos los únicos responsables de velar porque los mismos se sujeten a la normativa vigente y de la exactitud y veracidad de la información.

Finalmente, el numeral 84.11 de la LGCP aborda un tema nuevo en las contrataciones públicas, como es el referido al tratamiento de la información sensible, indicando que el árbitro *ad hoc* o el tribunal arbitral es responsable de cuidar la información sensible contenida en el laudo, de acuerdo con la Ley N.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y al Decreto Supremo N.° 030-2019-PCM, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, entre otras normas.

10. RECTIFICACIÓN, ACLARACIÓN/INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCUSIÓN

La rectificación o corrección, interpretación, integración y excusión del laudo constituyen acciones poslaudo, y se ejecutan a pedido expreso de alguna de las partes, teniendo cada una de ellas significación diferente. No pueden significar, en cualquiera de los casos, "una modificación al contenido de la decisión del Tribunal Arbitral, sino que debe dirigirse meramente a la corrección de errores materiales en el laudo que requieran ser corregidos" (Castillo Freyre, 2009, p. 234).

a) La interpretación

Mediante la interpretación del laudo una de las partes solicita al tribunal arbitral o al árbitro único, que se aclaren " aquellos extremos de la parte resolutiva del laudo que resulten obscuros o que resulten dudosos, o aque-

llos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser obscuros o dudoso, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio de laudo, vale decir, aquello que declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje", solo cabe interpretar "la parte decisoria del laudo y solo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella. Es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos" (Castillo Freyre *et al.*, 2009, p. 235). No cabe solicitar la alteración del contenido o los fundamentos de la decisión, o confundirlo con algún recurso impugnativo.

El propósito de lo dispuesto en la normativa es "*permitir la interpretación de un laudo para su correcta ejecución*. Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral" (Castillo Freyre *et al.*, 2009, p. 236).

En este orden, una solicitud de interpretación procederá únicamente ante dos circunstancias: (i) cuando la parte resolutiva del laudo —o excepcionalmente la cadena explicativa del mismo para llegar a la resolución final— sea imprecisa o dudosa y por tanto se preste a dos interpretaciones distintas; o (ii) cuando dicha parte resolutiva —o excepcionalmente— la aplicación de la misma sea oscura y no se logre entender cuál es el mandato ordenado.

b) La integración de laudo

A través de la integración del laudo se "busca salvar la posible deficiencia del laudo respecto de la omisión de algunos de los puntos sometidos a decisión del Tribunal Arbitral" (Castillo Freyre *et al.*, 2009, p. 237), no pudiendo implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el Tribunal Arbitral o el árbitro único.

c) La excusión

Se encuentra consignada en el artículo 58 de la LA, y mediante ella, "las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que había sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral o que no sea susceptible de arbitraje" (Castillo Freyre *et al.*, 2009, p. 237).

Así, la exclusión permite que, a pedido de alguna de las partes, el Tribunal Arbitral excluya determinada materia resuelta en el laudo arbitral que no haya sido facultada por las partes, a ser resuelta por el árbitro, es decir, que no constituya materia controvertida y, por ende, puede ser considerada *ultra petita:*

> Como se puede apreciar, este recurso sirve para corregir algún exceso que pudiera haber cometido el tribunal arbitral, y ese modo permite que sea el propio tribunal arbitral quien elimine, retire o excluya del laudo aquello resuelto que no fue solicitado por las partes [...]. (Diego Aramburú, 2011, p. 663)

10.1. Reglas en la interpretación, integración y excusión

Desde la perspectiva normativista, tenemos que el artículo 58 de la LA establece que la rectificación, interpretación, integración y exclusión formarán parte del laudo; decisión contra la cual no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en el citado artículo.

Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en el artículo glosado, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

Sobre estos aspectos, el artículo 58 de la LA ha establecido las siguientes reglas procesales, indicando que salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

a) Rectificación

Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.

b) Interpretación

Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

c) Integración

Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

d) Exclusión

Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

En este contexto, el literal "e" del artículo 58 de la LA dispone que el tribunal arbitral o árbitro único pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por 15 días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el Tribunal Arbitral resolverá la solicitud en un plazo de 15 días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal por 15 días adicionales.

Finalmente, el artículo en mención abre la posibilidad de que sea el propio tribunal quien por iniciativa propia procesa a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo.

11. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL LAUDO

El artículo 59 de la LA establece los efectos del laudo, indicando:

- Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
- El laudo produce efectos de cosa juzgada.
- Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los 15 días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67[50].

50 Artículo 67.- Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

Este criterio es recogido en el numeral 84.9 de la LGCP, tema sobre el cual hace las siguientes precisiones atendiendo el ámbito especial en que se desenvuelve. Así, se indica que tiene la condición de inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a ellas a través de la Pladicop.

En la Sentencia N.° 432/2023 del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 00607-2022-PA/TC, se establecieron criterios respecto a la cosa juzgada regulada en el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política, indicando:

> Este Tribunal Constitucional ha precisado que mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictaron (cfr. sentencia emitida en el Expediente 04587-2004-AA, de fecha 29 de noviembre del 2005, fundamento 38). (Sentencia 432/2023, 2022)

12. ANULACIÓN DEL LAUDO, EL PRINCIPIO DE IRREVISIBILIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO

La anulación del laudo es consecuencia de una relación dialéctica entre el debido proceso y el principio de irrevisibilidad, por cuanto la doctrina y la normativa aceptan que en el ámbito judicial exista una forma de control de la actividad arbitral, mediante el cual se busque evitar un posible exceso por parte de los árbitros, escenario en el que corresponde interrogarse sobre qué debe entenderse por recurso de anulación del laudo:

> [...] el recurso de anulación de laudo no es una instancia, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral, no debiendo perderse de vista que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

> arbitral que resuelve la controversia de modo exclusivo y excluyente; por lo que, la función de este Colegiado no es la de revisar la valoración probatoria ni corregir los errores *in iudicando* que se pudieran haber producido al emitirse el laudo. Por tanto, este Colegiado tiene claro que la función de control judicial que le ha sido encomendada por la ley, según el diseño normativo del arbitraje y su interrelación con el sistema de justicia a cargo del Estado, no equivale a una función revisora propia de una instancia de grado. (Sentencia, 2023)

En este orden, el recurso de anulación no debe ser entendido como aquel control respecto al fondo de la controversia por cuanto se estaría desnaturalizando su ser jurídico, "ya que, con ello, se estaría transformando al arbitraje como una primera instancia y al Poder Judicial en una segunda instancia"[51]. La impugnación de un laudo arbitral en vía judicial no se encuentra dirigido a revisar el fondo de la controversia, debido a que este tiene la calidad jurídica de cosa juzgada. Así, vía este recurso no sería posible ingresar a discutir los fundamentos del laudo ni las decisiones que se tomen al respecto independientemente sean buenas o malas (Ledesma Narváez, 2005) [52], ya que por autonomía de las partes son estas las que han decidido optar por este medio de solución de controversias, con lo cual resulta inconcebible transferir a la vía judicial una facultad para su revisión del fondo.

12.1. El principio de irrevisibilidad

Sobre este extremo, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 00155-2024-1887-SP-CO-01, de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, se reiteraron algunos

51 "Las legislaciones latinoamericanas sobre la materia, siguen muy de cerca estos principios. A título de ejemplo la Ley de Arbitraje de Bolivia, al tratar del "recurso de anulación" del laudo arbitral dice textualmente en su artículo 62: "Contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral, debe fundamentarse y basarse exclusivamente en las causales señaladas en el siguiente artículo". Y el artículo 63 no hace otra cosa que, con ligeras variantes, repetir las "causales de anulación", previstas por la Ley Modelo UNCITRAL [...] a Ley de Arbitraje de Chile, fiel reflejo de la Ley Modelo UNCITRAL, empleando su mismo lenguaje, dispone en su artículo 34 que: "Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad". En esta misma onda, la Ley peruana de Arbitraje dispone en su artículo 62 que "contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63"; y la venezolana, que "contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad".

52 "Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse".

criterios respecto del recurso de anulación de laudo, indicado que "este constituye un mecanismo de interrelación del ámbito arbitral con el ámbito jurisdiccional judicial, en virtud del cual las partes incoan la función de control judicial de la validez del laudo" (Resolución N.° 09), mientras que respecto del principio de irrevisibiidad se indicó:

> Este principio de irrevisabilidad constituye punto fundamental del diseño legal del arbitraje como fuero independiente con base en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado, pues siendo que el arbitraje entraña el ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes de sustraer su controversia a la competencia de los órganos de justicia ordinarios, sometiéndola a una procedimiento decisorio configurado por las mismas partes, resulta que el reconocimiento estatal de la fuerza jurígena de dicha autonomía privada pasa por retraer la competencia judicial, a fin de respetar la voluntad de los sujetos de derecho, lo que da lugar al principio de no interferencia o mínima intervención y el consecuente control ex post, en función de lo cual no puede la judicatura estatal inmiscuirse en el decurso del arbitraje sino solo ejercer una función de control de las condiciones de validez del laudo, con posterioridad a la emisión de este, verificando por acción de parte la concurrencia de alguna de las causales tasadas por la ley que pudieran invalidar el laudo sub materia. Pero sin que en ningún caso pueda sustituirse o subrogarse en la función de juzgamiento que las partes decidieron -en ejercicio válido de su derecho- atribuir única y exclusivamente a los árbitros. (Resolución N.° 09)

Este criterio fue reiterado por la Primera Sala Civil Subespecializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que estableció en el Expediente N.° 00667-2023-0-1817-SP-CO-01:

> Esto debido a que, conforme los esclarece la doctrina nacional: "Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales, intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse. (Sentencia, 2023).

A lo indicado, se puede agregar lo establecido por la Corte Suprema respecto al tema de la anulación, instancia superior que estableció que esta vía:

> [...] no permite directa o indirectamente analizar la corrección en la aplicación de la ley hecho por los árbitros, pues el control jurisdiccional se refiere solo a la actuación de los árbitros *in procedendo*. Por lo que se tiene que por vía del recurso de anulación no se crea una instancia para examinar el

> fondo del asunto, sino una vía para comprobar el que laudo no colisiona con el orden público, y que lo decidido se ajusta a las reglas básicas por las que se rige esta institución y a las materias que se sometió su competencia. (Casación, 2015)

En esta misma línea de establecer el control judicial de las decisiones que pongan en cuestión el orden constitucional y legal, en la Resolución N.° 06 del Expediente N.° 00091-2024-0-1866-SP-CO-01, se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N.° 000142-2011-AA/TC, en la que se estableció:

> [...] la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (Sentencia).

En materia de arbitraje en contrataciones con el Estado en el marco de lo establecido en la LGCP, tenemos que, contra el laudo, solo cabe interponer recurso de anulación, la que solo puede ser iniciada, en el caso de las entidades contratantes, previa autorización del titular de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.

En este caso, se establece la obligación de realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación; actuar en contrario genera responsabilidad funcional, en particular cuando el análisis costo-beneficio determine que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida.

La excepción es el caso de presunción de delito, donde la decisión de impugnar un laudo arbitral es objeto de control por parte de la Contraloría General de la República.

12.2. El objeto y las causales de la anulación del laudo en la LA y en la LGCP

La razón de ser de la intervención judicial sería que vía el recurso de anulación se procura:

> [...] invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y, en consecuencia, los medios de impugnación no resultan [...] en principio disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público [...] se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión [...]. (Caivano, 1994, p. 10)

Razón por la cual, siendo taxativas las causas de anulación las mismas que se encuentran enmarcadas en un control de legalidad externa (Vélez Fraga y Gómez-Iglesias, 2016)[53], se deduce claramente que la revisión de fondo no se encuentra permitida, por lo que el recurso de anulación solo tiene por finalidad "evitar un posible exceso por parte de los árbitros", siendo su objeto "la revisión de la validez formal de los laudos", siendo que también cuenta con el correspondiente desarrollo normativo.

Sobre este tema, en la Casación N.° 2880-2015 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, se precisó la finalidad del recurso de anulación en relación con el debido proceso, indicándose que esta era "que el Poder Judicial ejerza función de garantizar la vigencia del derecho fundamental a un debido proceso arbitral, realizando un último y posterior control de legalidad" (Casación, 2015).

La competencia del Poder Judicial para conocer los recursos de impugnación contra el laudo se encuentra establecidos en el numeral 4 del artículo 8 de la LA, mientras que los artículos 62 y 63 tratan sobre el objeto de la anulación, y las causales de este. Así, el artículo 62 aborda el tema de los alcances del recurso de anulación respecto del laudo, precisando en el numeral 1 que es "la única vía de impugnación del laudo", y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, por lo que se establece la relación anulación-validez como eje de la argumentación para pretender una posible anulación.

En este orden, las causales de anulación se encuentran consignadas en el artículo 63 de la LA, indicándose en lo que pueda corresponder a las contrataciones públicas, que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

53 Vélez Fraga y Gómez-Iglesias (2016, p. 86) expresan: "La acción de anulación se configura, en ese contexto, como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Como indicó el Tribunal Constitucional en relación con la entonces vigente Ley 36/1988 de Arbitraje, 'al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo' (SSTC de 23 de noviembre de 1995 y de 30 de abril de 1996)".

Causales de anulación cuando se trate de contrataciones del estado	
a)	Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
b)	Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
c)	Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de la LA del que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la LA.
d)	Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
e)	Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
f)	Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
g)	Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

12.3. Desenvolvimiento de las causales de anulación

La forma en que se desenvuelven algunas de estas causales han sido desarrolladas por la jurisprudencia nacional, a través de diversas resoluciones de las salas comerciales y del Tribunal Constitucional, por lo que presentamos los criterios establecidos respecto de alguna de ellas.

a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, invalido o ineficaz

Este supuesto implica que las partes, en ejercicio de su voluntad libre y autónoma, pueden establecer, de modo consensuado, las reglas procedimentales a que sometan la solución de la controversia contractual "las cuales deberán ser acatadas por el tribunal, el mismo que no tiene capacidad para modificarlas, salvo con la anuencia de ambas partes (lo contrario sería equivalente a considerar que un tercero puede alterar el contenido de un contrato" (Sentencia), siendo esta una de las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y arbitral, ya que en esta última las partes se encuentran con reglas de procedimiento prefijadas a las que se someten todos los intervinientes. Solo en falta de acuerdo entre las partes, el tribunal podrá imponer las reglas pertinentes.

> Dicha configuración procedimental acordada (directamente o por remisión, o aquella derivada supletoriamente del Reglamento Arbitral o la ley) es vinculante para el Tribunal Arbitral, en el marco de su relación contractual con las partes que cimenta la competencia que estas le han atribuido para resolver su conflicto. De modo que cuando el Tribunal Arbitral incumple tales reglas, en realidad está incumpliendo su contrato con las partes, por lo que su competencia para resolver válidamente el conflicto decae, deviniendo el laudo así emitido con omisión o violación de dichas reglas, en nulo (Sentencia).

b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos

Esta causal es de alcance constitucional, por cuanto se refiere a la vulneración del debido proceso, respecto del cual se ha precisado:

> [...] al referirse a la imposibilidad de alguna de las partes de hacer valer sus derechos como causal de anulación del laudo arbitral, enmarca el cuestionamiento nulidiscente dentro de la protección de derechos constitucionales, particularmente el derecho al debido proceso, cuya pertinencia en el arbitraje ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional consolidad en el caso María Julia. (Resolución N.° 09)

En esta causal también está comprendida la vulneración del derecho a la defensa, respecto de la cual en la Sentencia recaída en el Expediente N.° 00636-2023-0-1817-JR-CO-02, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima estableció en un caso en que no se había cumplido con notificar al procurador público:

> En el proceso arbitral cuya nulidad ha sido invocada se verifica que se efectuó un inadecuado emplazamiento a la Municipalidad Distrital Distrital de Santa María de Chicmo a través de la defensa técnica legal Página 4 de 5 propuesta por el alcalde municipal; por lo que, la Municipalidad como entidad de Estado debió comparecer y ejercer su derecho de defensa representada por el procurado municipal respectivo; por lo que su defensa en el proceso arbitral no estuvo garantiza. (Sentencia. Resolución 08, 2023)

c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de la LA del que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la LA

Esta causal de anulación de laudo arbitral nos pone ante dos supuestos, como son la composición del tribunal arbitral, y las actuaciones arbitrales, exigiéndose la afectación del acuerdo que asumieron las partes en el convenio arbitral, o las establecidas en el reglamento aplicable o en la LA, ya que "supone la violación del acuerdo de las partes respecto a la forma en que debe tramitarse el arbitraje al que se han sometido para la solución de su controversia; conceptualmente se sustenta dicha causal en el carácter jurígeno de la autonomía de voluntad de las partes en la configuración pro-

cedimental del arbitraje, según está reconocido en el artículo 34 del D. Leg. 1071"[54] (Sentencia).

Las dos últimas causales revisadas, "b" y "c", pueden ser utilizadas para denunciar la afectación del derecho a la motivación del laudo (Sentencia. Resolución N.° 11, 2021).

d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional

Un caso típico es cuando el laudo resuelve favorablemente respecto de prestaciones de los adicionales de obra o enriquecimiento sin causa o la indemnización basada en dichos conceptos. Al respecto, tenemos que en la Casación N.° 500-2007, citada en la Resolución N.° 08 recaída en la Expediente N.° 00074-2011-SP-CI-02, de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Piura, se estableció en el vigésimo sexto considerando:

> El convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquel se colige que las materias que podrían someter a arbitraje son las relacionadas directamente con el contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al contrato que unió a las partes no se encontraba inmersa dentro del Convenio Arbitral celebrado (Casación)

Esta causal, la "e", se enmarca dentro de lo que denomina arbitrabilidad objetiva de las materias sometidas a conocimiento arbitral, ya que se refiere a la propia competencia del Tribunal Arbitral.

> Siendo tal la trascendencia de esta causal, que resulta ser la única susceptible de ser conocida de oficio, como excepción a los principios dispositivo y de congruencia procesal. Por tanto, de determinarse que en el laudo arbitral se ha decidido sobre materias no susceptibles de arbitraje, carecerá de objeto ingresar a conocer la causal b) de anulación invocada. (Resolución N.° 08)

e) Controversia decidida fuera de plazo

En cuanto al literal "g", se indica que solo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribu-

54 "Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones
1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones [...]".

nal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Adicionalmente, el numeral 2 del citado artículo 65 de la LA establece que en estos casos puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los 15 días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

En cuanto a las pruebas, se indica que la anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.

f) Improcedencia de la anulación cuando se rectifica, interpreta, integra o excluye

Finalmente, se indica que no procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

12.4. El reclamo previo, posibilidad de separación de materias no sometidas a arbitraje y la anulación total en la LA y en la LGCP

El numeral 2 del citado artículo 63 de la LA establece el requisito del reclamo previo ante el tribunal arbitral o árbitro único para las causales previstas en los incisos "a", "b", "c" y "d" del numeral 1, reclamo que le otorga la viabilidad de procedencia la mismo, agregándole que este, además, ha debido ser desestimado en su oportunidad, tema sobre el cual en la Resolución N.° 6 recaída en el Expediente N.° 00091-2024-0-1866-SP-CO-01, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia estableció:

> El reclamo previo se explica porque la anulación de laudo constituye un mecanismo de última ratio, y en consonancia con el principio de autonomía del arbitraje, antes de acudir a sede judicial se debe agotar, previamente, todo recurso o reclamo ante el Tribunal Arbitral, al ser dicho órgano el escogido por las partes para resolver sus controversias. La figura del reclamo previo deberá ostentar ciertas cualidades como ser "oportuno", esto es, formulado en sede arbitral en la primera oportunidad que el interesado tenga para hacerlo, caso contrario importaría una suerte de convalidación del hecho cuestionando en aplicación del artículo 11 de la Ley de Arbitraje (Sentencia).

Asimismo, los numerales 2 y 3 del citado artículo 63[55] de la LA disponen que las causales previstas en los incisos "a", "b", "c" y "d"[56] citados precedentemente solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas; mientras que tratándose de las causales previstas en los incisos "d" y "e", la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso se podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Sobre el particular, en el Expediente N.° 00407-2021-0-1817-CO-02, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima estableció:

> [...] tal requisito será exigible en tanto y en cuanto su cumplimiento sea posible y además, represente efectivamente la posibilidad de enmienda del vicio o defecto incurrido, o, en todo caso, para evidenciar la disconformidad de la parte con lo laudado, que descarte su convalidación o renuncia a objetar. De este modo, a fin de asegurar que el arbitraje sea en verdad un procedimiento arbitral ágil y eficaz, la exigencia del reclamo previo hace compatible por un lado el derecho de las partes a reclamar por vicios o defectos incurridos en el laudo, y de otra parte la necesidad de evitar que las partes puedan afectar la eficacia del arbitraje a través de reprochables estrategias de recursos nulificantes de última hora por vicios que debieron denunciar en sede arbitral para posibilitar su enmienda o a fin de evidenciar claramente su no convalidación, y descartar su renuncia a objetar.
>
> Es así que la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima y el Pleno Jurisdiccional Comercial del año 2016 han establecido que cuando el vicio

55 "2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d y e del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso y podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación".

56 "b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este decreto legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión".

> del laudo que se denuncia en el recurso de anulación, es la motivación del mismo, al producirse dicho vicio en la emisión del laudo la exigibilidad del reclamo previo está condicionada a la idoneidad que pudiera mostrar alguno de los recursos post laudo previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje para posibilitar la enmienda del defecto; caso contrario, la exigencia de reclamo previo se constituye en un requisito inconducente y más bien restrictivo del derecho a la tutela jurisdiccional. Pero también ha quedado esclarecido por la jurisprudencia de las Salas Comerciales, que este criterio de excepción a la exigencia del reclamo previo, opera en garantía del derecho de la parte nulidiscente pero no para beneficiarla indebidamente extendiendo el plazo de caducidad ni, mucho menos, para cobijar conductas no compatibles con los principios de lealtad, probidad y buena fe que rigen también en el arbitraje. En ese sentido, conforme al criterio jurisprudencial asumido en las sentencias de los expedientes 365-2015, 90-2019, 420-2021, 10-2022, 213-2022, 403-2022, 494-2022, entre otros, no son de recibo en vía de recurso de anulación aquellos cuestionamientos a la motivación del laudo que no fueron explicitados en el recurso post laudo que la misma parte nulidiscente optó por presentar en sede arbitral, o respecto de lo cuales la parte no formuló reserva de denuncia futura [...] reiterando esta Corte que el criterio excepcional de la no exigibilidad del reclamo previo para postular con el recurso de anulación reclamos por vicio de motivación del laudo, aplica cuando el cierre de la sede arbitral se produce de modo directo e inmediato al no haberse formulado por ninguna de las partes cuestionamiento post laudo, de modo que las denuncias de vicio de motivación sean postuladas dentro del plazo legal en vía de recurso de anulación, mas no cuando en el arbitraje se ha planteado un pedido post laudo que difiere el cierre del fuero arbitral, supuesto en el que conforme al principio de buena fe que deben observar las partes, pero además, por la existencia de un plazo de caducidad para formular recursos de anulación, la parte que pretenda sustentar un tal recurso en base a supuestos vicios de motivación, debe ponerlo de conocimiento al tribunal arbitral como reclamo específico o al menos reservándose el derecho de hacerlo en su oportunidad en sede judicial. (Sentencia. Resolución N.° 11, 2021)

12.5. Trámite del recurso de anulación en la LA y en la LGCP: las reglas especiales

En cuanto al trámite del recurso de anulación, el artículo 64 de la LA establece que es el siguiente:

1. Se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los 20 días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, deberá interponerse dentro de los 20 días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.
2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo, el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.
3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los 10 días siguientes, excepto en el caso previsto en el numeral 4 del artículo 66 en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de 20 días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos.
4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los 20 días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a 6 meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los 20 días siguientes.
5. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

En el ámbito de las contrataciones públicas, el numeral 84.9 del artículo 84 de la LGCP y el artículo 345 del RLGCP regulan la anulación del laudo, así como del trámite a seguir, donde el primero de ellos precisa que, siendo el laudo inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, contra él solo cabe interponer el recurso de anulación, para lo que establece como requisito, respecto de las entidades, que estas solo pueden interponerlo previa autorización del titular de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.

Esta decisión del titular de la entidad requiere, previamente, contar con un informe en él se plasme el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación.

La normativa tiene la vocación de limitar la posibilidad de interponer recursos de anulación por el solo hecho de cumplir con algún supuesto trámite o de quedar bien ante la CGR, por lo que agrega que constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida.

Finalmente, agrega que solo en caso de indicios de comisión de delitos, la decisión de impugnar un laudo arbitral es objeto de control por parte de la CGR.

12.6. Consecuencias de la anulación de laudo y las pruebas

El artículo 65, modificado por el Decreto de Urgencia N.° 020-2020, establece las consecuencias de la anulación, las que en realidad son reglas, determinando el trámite a seguir:

a) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso "a" del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

b) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso "b" del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

c) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

d) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso "c" del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

e) Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso "d" del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

f) Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso "e" del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

Sobre este tema, en la Resolución N.° 08 recaída en el Expediente N.° 00074-2011-0-2001-SP-CI-02, la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió, respecto de la pretensión de pago de gastos arbitrales y asesoramiento, que, "al haberse determinado la anulación del laudo, no procede el pago de gastos arbitrales y de asesoramiento, sustentados en el inciso 1) del artículo 73 del Decreto Legislativo número 1071, al no existir parte vencida

que exige el citado numeral para su procedencia razones por las cuales también debe dejarse sin efecto dicho resolutivo".

12.7. La garantía de cumplimiento y la carta fianza

Otro aspecto relevante que trata la LA es la garantía de cumplimiento, en el caso la interposición del recurso de anulación de laudo, respecto de la cual el artículo 66 establece las siguientes reglas:

La garantía de cumplimiento y la interposición del recurso de anulación
1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.
2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a 6 meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.
3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.
4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por 3 días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.
5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.
6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

En relación con la carta fianza exigida, y en el marco de la legislación derogada, en sentencia de la Corte Superior de Lima recaída en el Expediente N.° 00723-2023-0-1817-SP-CO-01, se declaró inaplicable la exigencia de la carta fianza como requisito para la interposición del recurso de anulación de laudo, decisión que estuvo fundamentada en los siguientes argumentos:

> [...] esta Corte se plantea como ineludible analizar las implicancias de la aplicación de dicha norma, en el contexto de ser el recurso de anulación un mecanismo de protección de derechos constitucionales, como vía igualmen-

> te satisfactoria que el amparo [...] y a la luz de las características del caso concreto, en que se trata de un recurso de anulación de un laudo meramente declarativo (por tanto no susceptible de ejecución), que convalida la nulidad declarada por la ENTIDAD, de un contrato en el que propiamente no ha habido ejecución de prestación alguna, pues no se desprende de autos que EL CONSORCIO haya cobrado alguna suma que tenga que devolver. En ese sentido, corresponde proceder al juicio de constitucionalidad de la norma referida y su aplicación en el caso concreto.
>
> [...] la norma en comento entraña una evidente desigualdad de trato, de cara a los presupuestos procesales para el recurso de anulación, pues la exigencia de la carta fianza no existe para la ENTIDAD, que puede interponer tal recurso sin necesidad de garantía alguna, lo que implica contravención del derecho a la igualdad ante la ley, que no se explica ni justifica por ningún interés o finalidad pública en beneficio de las entidades administrativas, como quedó dicho [...] esta Corte, en cumplimiento del deber constitucional previsto en el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución Política del Estado, arriba a la conclusión que la exigencia en el caso concreto de la carta fianza [...] resulta inconstitucional y por ende inaplicable en el caso concreto. (Expediente N.° 00723-2023-0-1817-SP-CO-01)

Este marco general se complementa con lo establecido en el artículo 345 del RLGCP, donde se establecen las reglas especiales para la interposición del recurso de anulación cuando este sea presentando por el contratista, caso en el cual deberá:

- Presenta una carta fianza bancaria, solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento y sin beneficio de excusión, con una vigencia no menor de 6 meses, debiendo ser renovada por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.
- La carta fianza se otorgará a favor de la entidad contratante, por una cantidad equivalente al 25 % del valor de la suma que ordene pagar el laudo.
- Si el laudo, en todo o en parte, es puramente declarativo o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el valor de la carta fianza es equivalente al 3 % del monto del contrato original.
- Si el recurso de anulación es desestimado, la carta fianza se entrega a la entidad contratante para que la ejecute. En caso contrario se le devuelve al contratista, bajo responsabilidad.

Finalmente, el numeral 345.4 establece que las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación son remitidas por el procurador público o funcionario o servidor que ejerce similar función en la entidad con-

tratante, según corresponda, al OECE en el plazo de 10 días hábiles de notificadas para su registro y publicación, bajo responsabilidad. De igual modo, con las sentencias que resuelven pedido de amparos contra laudos arbitrales.

12.8. Ejecución del laudo y el pago en la LA y en la LGCP

Uno de los grandes problemas que se presenta en el arbitraje es el de la ejecución del laudo que ha quedado firme, el cual tiene la condición de cosa juzgada. Una de las partes puede tener una excelente decisión en el laudo, pero, por diversas razones, estas no pueden concretarse, caso en el cual estamos ante un doble perjuicio, ya que la primera vez fue el acto que generó la controversia y el arbitraje, y el segundo, cuando habiendo ganado la controversia, este no puede ser ejecutado.

¿Qué hacer en estos casos? Al respecto, el artículo 67 de la LA se pone en dos escenarios, el primero, cuando las partes facultan a los árbitros a ejecutar lo resuelto, y el segundo, cuando estos tienen que recurrir al órgano jurisdiccional para viabilizar la ejecución de este.

Respecto a la condición de firme del laudo, en el considerando décimo tercero del auto final citado se agrega:

> El consentimiento tácito del laudo no conlleva a que el ejecutante se encuentre exento de acreditar que la decisión arbitral ha alcanzado la firmeza, pues esta ocurre cuando el plazo vence, contado desde la notificación del laudo o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo. Es a partir de ese momento que el laudo resuelve definitivamente la controversia, sin poder volver a plantearse el conflicto ni ante un juez ni ante otro árbitro y es factible proceder a su ejecución; firmeza que no ha sido demostrada por la parte ejecutante. (Auto Final)

12.8.1. Cuando los árbitros ejecutan el laudo

En este caso, los árbitros no solo resuelven el conflicto, sino que por encargo de las partes y en ejercicio de la autonomía de la voluntad de estas, proceden a la ejecución del laudo en sede arbitral. Sobre el particular, el numeral 1 del citado artículo 67 de la LA dispone que "a solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable".

Los problemas surgen cuando se requiere de la coacción y coerción para la ejecución, atributo del que carecen los árbitros, por lo que se tiene que recurrir al órgano jurisdiccional para la ejecución de lo no ejecutado.

En este caso la norma establece que cuando los árbitros ejecuten el laudo, se podrán liquidar honorarios adicionales.

12.8.2. Cuando se requiere la participación del órgano jurisdiccional

El segundo escenario se activa cuando habiéndose pactado que los árbitros ejecuten el laudo, estos no pueden hacerlo, considerando necesario o conveniente "requerir la asistencia de la fuerza pública"; caso en el cual "cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución".

Cuando se requiere la participación del órgano jurisdiccional, el numeral 3 del artículo 8 de la LA, modificado por el Decreto de Urgencia N.° 020-2020, establece que el juez competente es el juez subespecializado en lo comercial, o en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

12.8.3. Requisitos para la ejecución del laudo

La ejecución del laudo puede ser materia de oposición de sede judicial debido a la vulneración de la legalidad que lo regula, las que pueden ser puestas en evidencia por la parte afectada, o de oficio por el magistrado correspondiente. Sobre el particular, en el auto final de la ejecución de un laudo arbitral seguido ante el Tercer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el citado juzgado destacó la posibilidad de que se pudiera hacer un control del título a ejecutar.

> Para ejecutar un laudo, en principio, solo es necesario presentar la copia del mismo y, de sus rectificaciones, interpretaciones y, exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral, lo cual no obsta para que el Juzgado haga un control del título con el objeto de verificar que reúne los aspectos netamente formales para constituir un título de ejecución. (Auto Final)

Así, indica que el título deberá cumplir con lo establecido en el inciso 1 del artículo 56 de la LA[57], además de poseer la condición de firme, a efectos

57 Artículo 56.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

de ejecutarlo en sus propios términos, condición que debe ser acreditada por el ejecutante, siendo que esta condición se produce cuando se producen cualquiera de las siguientes situaciones:

> [...] (i) la parte perjudicada con la decisión ha agotado todos los mecanismos para cuestionarla (resolución ejecutoriada), o (ii) la parte ha dejado transcurrir el plazo para impugnar la decisión sin haber presentado recurso de anulación de laudo previsto en el artículo 62 de la ley de arbitraje (resolución consentida). (Auto Final)

Como conclusión del análisis efectuado, en el auto final se cita en qué casos el laudo no puede ser ejecutado por el juzgado, lo que se produce cuando existe:

> i) Ausencia de requisitos de forma que exige la ley de la materia, ii) evidenciar serias inconsistencias con la resolución N.° 83 que constituye parte integrante del mismo, y con el acta de instalación del tribunal arbitral, iii) el laudo fue emitido por un tribunal diferente al tribunal arbitral conformado en el acta de instalación; y iv) carece de la firmeza exigida por ley para su ejecución compulsiva en el ámbito jurisdiccional. Siendo así, carece de objeto pronunciarse sobre la contradicción formulada por la parte demandada, por cuanto no estamos frente a un documento que pueda ser ejecutado en la vía de un proceso único de ejecución. (Auto Final)

12.9. El pago y la transparencia

El numeral 84.10 de la LGCP establece que el pago al contratista del laudo arbitral es obligatorio, mientras que el numeral 344.3 del RLGCP establece la oportunidad en que se debe efectuar, indicando que este se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad, agregando que para efectuar el pago ordenado en sede arbitral las entidades contratantes deben considerar las disposiciones de la normativa de la materia.

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.
3. Para que se inscriba en los Registros Públicos el laudo que comprenda a una parte no signataria, de acuerdo a lo regulado por el artículo 14 de este decreto legislativo, la decisión arbitral deberá encontrarse motivada de manera expresa.

Artículo modificado por el D. U. 020-2020, publicado el 24 de enero del 2020.

Finalmente, en el marco de ejecución de principio de transparencia que orienta a la Administración Pública, el numeral 84.11 de la LGCP establece que los laudos arbitrales son de acceso público, siendo responsabilidad del árbitro *ad hoc* o el tribunal arbitral el cuidar la información sensible contenida en el laudo, de acuerdo con la Ley N.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y al Decreto Supremo N.° 030-2019-PCM, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, entre otras normas.

13. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LA Y EN LA LGCP

Las medidas cautelares (MC) son las decisiones judiciales que se adoptan a efectos de asegurar la eficacia de una sentencia, siendo reguladas por la LA y por la LGCP. En este orden, la LA regula las MC en el numeral 2 del artículo 8, modificado por el DU N.° 020-2020[58], el artículo 47 modificado por el Decreto Legislativo N.° 1231[59]; los artículos 48 y 49, los que fueron

58 "2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable. En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda".

59 Artículo 47.- Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
   a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
   b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
   c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
   d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para ga-

resumidos en el auto de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

En cuanto a las disposiciones de la LA, tenemos:

> [...] la Ley peruana de arbitraje entiende como medida cautelar toda aquella de carácter temporal, contenida en una decisión por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes: i) Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia; ii) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral; iii) Que proporcione algún medio el tribunal arbitral ante quien se solicita la

rantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.
8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.
10. El Tribunal Arbitral cumplirá la regla establecida en el numeral 5 del artículo 39 del presente decreto legislativo.

> medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.
>
> para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o iv) Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (art. 47 numeral 2) del D. Leg. 1071). La misma norma dispone que el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida (art. 47 num. 1 D.Leg. 1071). Además, la doctrina prevé distintas providencias cautelares que poseen la misma finalidad, pero exigen estándares distintos de análisis, ya se trate de una urgencia ordinaria o de una urgencia anticipada. (Auto de Sala, 2024)

Entre los requisitos para la procedencia del otorgamiento de las MC, se tiene a la apariencia del derecho y el peligro en la demora, respecto de las cuales se ha establecido:

> La apariencia ordinaria constituye una simple apariencia del derecho y con la urgencia justifica el peligro en la demora; situación diversa aparece cuando se está frente al pedido de tutela cautelar anticipada, pues aquí se busca alcanzar mayor trascendencia, se trata de una situación excepcional orientada no al aseguramiento sino a la entrega anticipada del derecho en discusión para su pleno disfrute; lo que implica una decisión de cobertura que no se construye con la verosimilitud, sino de la casi certeza del derecho invocado [...]. (Auto de Sala, 2024)

13.1. Reglas de las medidas cautelares en la LGCP

Esta disposición encuentra su aplicación específica en el ámbito de la contratación pública, en el artículo 85 de la LGCP, el que establece las reglas generales aplicables a este ámbito, las que alcanzan a las que se pudieran presentar en la vía judicial en casos donde el Estado es parte, siendo normas supletorias la LA y el Código Procesal Civil en todo lo no previsto y siempre que no se opongan a la norma especial.

a) Es competente para resolver las solicitudes cautelares interpuestas antes de la constitución del tribunal arbitral, en donde no sea de aplicación el arbitraje de emergencia, el juez subespecializado en lo comercial o, de no existir tal subespecialidad, el juez civil.

   La competencia por razón del territorio corresponde al juez del lugar señalado por la entidad contratante como su domicilio en el correspondiente contrato. Esta competencia es improrrogable y puede ser declarada de oficio por el juez como justificación para declarar la improcedencia de la medida cautelar solicitada. La contravención a lo dispuesto en el presente literal constituye causal de nulidad de las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial.

b) La solicitud cautelar judicial no representa una renuncia al arbitraje. Una vez constituido el tribunal arbitral, este asume competencia para conocer la medida cautelar en el estado en que se encuentre.

c) Previa a su decisión, el juez o el tribunal arbitral, según corresponda, deben evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que de esta se derive contra el interés público.

d) No procede la concesión de una medida cautelar por el juez o el tribunal arbitral sin traslado previo a la contraparte.

e) No proceden las medidas cautelares destinadas a impedir, paralizar o retrasar el inicio o continuidad de la ejecución de obras en salud, educación, infraestructura vial y saneamiento, y la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial.

13.2. La contracautela y el control difuso en los arbitrajes en contrataciones públicas

Los antecedentes de las disposiciones sobre contracautela se encuentran en el Proyecto de Ley N.° 2736/2022-PE, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, para modificar diversos artículos de la Ley de Contrataciones del Estado, de la Ley de Arbitraje, de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

En la exposición de motivos del citado proyecto de ley, se criticaba el desenvolvimiento de la MC en los casos en los que el Estado era parte, donde consideraba que los árbitros hacían un control difuso, sin justificación[60], respecto de la aplicación de lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N.° 020-2020 sobre la determinación de la contracautela, optando solo por fijar cauciones juratorias[61].

60 Página 5 de la exposición de motivos

61 Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.
2. [...]
En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incon-

¿Por qué la inaplicación constituiría una decisión arbitral sin sustento? De lo indicado en la exposición de motivos, no se deduce una razón exacta, salvo la que asume que el citado decreto de urgencia no contraviene el ordenamiento jurídico, a pesar de que algunos entienden que limita un derecho de rango constitucional, como lo es el derecho a la tutela cautelar, ya que quien no tenga posibilidades de presentar la garantía exigida por el Estado no podría ejercer dicho derecho (Rabines Matta, 2020).

Como consecuencia de ello, en la propuesta legislativa de modificación del artículo 8 de la LA, se ratificaba lo establecido en el decreto de urgencia, estableciéndose que la contracautela está constituida por una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, otorgada por una entidad de primer nivel acreditada por el Banco Central de Reserva y la SBS, la que deberá cumplir con las condiciones de ser incondicionada, irrevocable y de realización automática, con una vigencia de 6 meses, debiendo ser renovada mientras dure el proceso arbitral, siendo improcedente cualquier acción que incumpla lo dispuesto, por lo que acarrearía la nulidad de pleno derecho de la medida cautelar que se haya otorgado.

Por su parte, el Poder Judicial, vía control de laudos a través de la acción de anulación de laudo, también ha abordado el ejercicio del control difuso que ejercen algunos árbitros, en particular respecto de la exigencia de la contracautela y otros aspectos, como el de correr traslado del pedido de la MC a la entidad, exigidas por el D. U. N.° 020-2020.

En cuanto a la exigencia de la contracautela, en el citado auto de sala recaído en el Expediente N.° 00043-2024-39-2601-SP-CI-01, la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Tumbes estableció:

> [...] la exigencia de contracautela en la modalidad de CARTA FIANZA para el otorgamiento de una medida cautelar, dentro del proceso constitucional, constituye un requisito de procedibilidad cuando la misma se encuentra dirigida contra el Estado; pero cuando el Estado es el accionante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 614 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, "Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. (Auto de Sala, 2024)

dicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

En otro caso, en la Resolución N.° 02, recaída en el Expediente N.° 03448-2024-91-1801-JR-DC-01, del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima se estableció que, para el otorgamiento de la MC:

> [...] el árbitro de emergencia debía tener en cuenta como requisito para conceder dicha medida la disposición normativa contenida en el artículo 8 numeral 2) del Decreto Legislativo 1071 [...] que exige que la "contracautela" se constituya en una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la entidad púbica afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral [...] Si bien para asumir tal decisión el árbitro de emergencia ha aplicado el control difuso [...] este despacho considera que de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 26) segundo extremo del Precedente Vinculante recaído en el Expediente N.° 00142-2011-PA/TC (Caso María Julia), dicha posición es discutible (Sentencia, 2024).

Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 05213-2022-0-1801-JR-DC-03, emitida por el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justica de Lima, se determinó:

> [...] el árbitro no se ha pronunciado sobre el deber de trasladar o no a la contraparte la solicitud de medida cautelar y mucho menos sobre la necesidad de requerir medios probatorios. Siendo así, en este extremo se evidencia una motivación aparente por parte del Árbitro de Emergencia. ii) sobre la inaplicación del numeral 2) del artículo 8 del Decreto Legislativo N.° 1071, es preciso recordar el precedente vinculante recaída en el Expediente N.° 00142-2011-PA/TC (fundamento 26) en el que refiere que "solo podrá ejercer el control difuso constitucional sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea pasible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes". En sentido, este Juzgado observa que conforme al numeral 2) del artículo 8, expresamente establece que en casos donde "el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar" se exige como contracautela la presentación de una fianza; es decir, la procedencia de la medida cautelar se encuentra íntimamente ligado a la exigencia de una carta fianza, lo cual no ha sucedido en el presente caso; más aún, de la Resolución materia de litis este Juzgado observa que el Árbitro de Emergencia no ha exigido ningún tipo de contracautela, requisito sine qua non para la procedente de la medida cautelar. Por lo que, queda evidenciado que la falta de dicha exigencia afecta directamente al Estado; ya que la contracautela, es esencial para salvaguardar los intereses que se ventilen durante el proceso arbitral que vaya a llevarse posteriormente y, que el mismo nace de un mandato imperativo establecido en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, este Juzgado considera que existe una indebida inaplicación del numeral 2) del artículo 8;

al inobservar lo establecido en el precedente vinculante recaída en el Expediente N.° 00142-2011-PA/TC. (Sentencia, 2022)

Normativamente tenemos que el artículo 86 de la LGCP establece las siguientes reglas respecto de la contracautela, en la que mantiene la línea establecida por el D. U. N.° 020-2020, incorporando la caución juratoria para contratos por determinado monto.

> 86.1. El contratista que solicite una medida cautelar en la vía judicial o arbitral está obligado a ofrecer una contracautela en favor de la entidad contratante. Procede como contracautela la caución juratoria para contrataciones de hasta 200 UIT, así como para la contratación con micro y pequeñas empresas. En los demás casos, la contracautela es la carta fianza financiera, patrimonial o bancaria, incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país, en favor de la entidad contratante, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, de ser el caso. Las demás condiciones se establecen en el reglamento.
>
> 86.2. El juez o el tribunal arbitral que reciba la solicitud cautelar verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la contracautela. Constituye causal de nulidad de la medida cautelar en caso se conceda con inobservancia de tales requisitos.
>
> 86.3. En los casos que la medida cautelar se refiera a pretensiones relativas a la validez, resolución o eficacia del contrato, el valor de la contracautela debe reflejar los potenciales daños y no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Si la controversia se refiere a una pretensión cuantificable y el monto en disputa es menor que la garantía de fiel cumplimiento, el valor de la contracautela es equivalente al monto de la pretensión referida en la solicitud cautelar.

13.3. El árbitro de emergencia en la LGCP

El árbitro de emergencia ha venido siendo un actor importante en el otorgamiento de MC en los casos de contrataciones públicas, cuyas decisiones han sido objetadas no solo por la parte contraria, sino también por distintos tribunales de la justicia ordinaria, respecto de los cuales la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2736/2022-PE presentó un diagnóstico sobre las MC otorgadas por las IA, el rol de estas instituciones y de los árbitros de emergencia en la afectación de los intereses del Estado, para lo que citaba casos específicos (Poder Ejecutivo, 2022, p. 5).

Esta comprensión ha sido asumida en la exposición de motivos del Reglamento de la LGCP, que determinó que también formaban parte del problema las IA.

> La problemática en los arbitrajes de emergencia se da debido a la proliferación de centros de arbitrajes que se crean para efectos de dictar medidas cautelares, lo cual se puede combatir desde el registro constitutivo y con requisitos que constituya un filtro que asegure la legalidad, formalidad e im-

parcialidad de las instituciones arbitrales; pero, asimismo, la figura del arbitraje de emergencia debe estar debidamente pactada en el convenio arbitral y la competencia de los centros arbitrales tiene que ser la establecida en los contratos. Por ello, resulta importante que los contratos suscritos cuenten con cláusulas y convenios arbitrales claros y precisos.

Cabe indicar que existen múltiples casos denunciados por las Procuradurías Públicas de los sectores, en los que, a través del arbitraje de emergencia, los contratistas han logrado, a través de centros arbitrales que no resultan competentes (en la cláusula arbitral de los contratos se había establecido otra institución arbitral como administradora de los arbitrajes sobre las controversias que surjan en la ejecución de dichos contratos), medidas cautelares, que logran suspender ejecución de cartas fianzas, entre otros, y que luego de constituido el arbitraje, las instituciones arbitrales competentes deben anular, pero ya la medida tuvo que hacerse efectiva (Poder Ejecutivo, 2024a, p. 99).

a) Lo que puede y no puede disponer el árbitro de emergencia

Antes del diagnóstico en relación con este tema, y respecto de lo que puede o no puede disponer un árbitro de emergencia en la sentencia recaída en el Expediente N.° 05213-2022-0-1801-JR-DC-03, del Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, estableció respecto de la competencia del árbitro de emergencia:

> [...] este Juzgado ha dejado claro que el "Árbitro de Emergencia" no tendría competencia para dictar la medida cautelar materia de litis, en tanto no hay acuerdo entre las partes que acredite ello; no es menos cierto, que en la práctica jurídica se ha previsto como requisitos previos para acudir al árbitro de emergencia: i) el acuerdo de las partes para acudir al árbitro de emergencia o convenio arbitral y ii) que previamente se encuentre publicado la directiva o reglamento que regule procedimiento del árbitro de emergencia. Sobre el primero supuesto hemos dejado claro que mediante el acuerdo adicional de la Adenda N.° 1 al Contrato de Obra, las partes acordaron acudir a la Junta de Resolución de Disputas y no a un Árbitro o Arbitro de Emergencia; sobre el segundo supuesto, a la vista se tiene el escrito de contestación de la demanda donde el Consorcio Aguas de Manchay adjunta un link de la Directiva para el Servicio de Árbitro de Emergencia del Centro de Arbitraje CECONP, sin embargo, el mismo no puede ser visualizado ya que aparece el mensaje "file no found", es más, este Juzgado procedió a realizar la búsqueda en la página oficial del Centro de Arbitraje y Junta de Resolución de Disputas del CECONP la Directiva que regule el Árbitro de Emergencia, sin que de la revisión del mismo se haya podido identificar tal Directiva. Siendo así, con Resolución N.° 7, este Juzgado solicitó al Árbitro [...] el Reglamento o Directiva del Servicio de Arbitro de Emergencia del CECONP; el cual fue atendido con escrito de fecha 10 de octubre del 2024; sin embargo, del re-

> ferido documental no es posible verificar: i) fecha de emisión y aprobación de la Directiva, ii) vigencia y validez del mismo, pues no se encuentra debidamente notariado, legalizado o fedateado y iii) si al momento de emitir la Resolución Cautelar materia de litis dicha directiva se encontraba publicada o abierta al conocimiento público. En razón de ello, el segundo supuesto tampoco ha sido cumplido al no haberse acreditado que previo conocimiento del árbitro de emergencia se había publicado la Directiva que regule el trámite del servicio de "Arbitro de Emergencia". Por lo que, queda acreditada la vulneración al debido proceso, en su vertiente de juez y procedimiento predeterminado por ley; lo que permite estimar este extremo de la demanda. (Sentencia, 2022)

b) Reglas para su procedencia en la LGCP

Sobre el arbitraje de emergencia el artículo 343 del RLGCP establece las siguientes reglas para su procedencia:

- Solo procede cuando en el convenio arbitral se señale expresamente y siempre que este arbitraje sea conocido por la misma institución arbitral en la que se debe tramitar el arbitraje definitivo.
- Debe estar previsto en el reglamento de la institución arbitral correspondiente.
- No procede en los arbitrajes *ad hoc*.

Finalmente, el numeral 343.3 sanciona con nulidad la contravención a lo dispuesto, por lo que las medidas que pudiera otorgar el árbitro de emergencia carecerán de efecto.

14. LA TRANSACCIÓN Y EL ABANDONO EN LA LA Y EN LA LGCP

En cuanto a la transacción, el artículo 50 de la LA se refiere a la posibilidad de acuerdo entre las partes cuando el proceso arbitral se encuentra desarrollándose, indicando que en estos casos "el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia".

Si el acuerdo no alcanzara a la totalidad de los puntos controvertidos, las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

14.1. El abandono

Por otro lado, tenemos que el D. U. N.° 020-2020 incorporó la figura del abandono en el arbitraje donde el Estado fuera parte, para lo que agregó el artículo 50-A a la LA, el que estableció las siguientes reglas para la procedencia:

- Si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante 4 meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte.
- Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje.
- Si el arbitraje es *ad hoc*, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral.
- La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante 6 meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

En la normativa especial tenemos que el artículo 342 del RLGCP establece las siguientes reglas para que opere el abandono:

- Si cualquiera de las partes que haya presentado pretensiones no realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte.
- El abandono es declarado por el árbitro único o por el tribunal arbitral bajo responsabilidad, con la simple constatación de la falta de impulso por la parte demandante.
- En el caso que haya reconvención se computa de forma independiente la falta de impulso de la parte demandante o de la que formuló la reconvención, declarándose la conclusión del proceso arbitral, respecto de la parte que operó el abandono.
- No cabe declarar el abandono por omisión que corresponda al árbitro único o al tribunal arbitral.

Capítulo XLVII

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (III)

Las partes. Los árbitros. El convenio arbitral y la arbitrabilidad

SUMARIO: 1. Las partes y la legitimidad procesal. 1.1. La legitimidad en arbitrajes en contrataciones del Estado. 1.2. Las partes y la extensión del convenio arbitral. 2. Los árbitros y su fuente de legitimidad. 3. Designación de los árbitros, vinculación a las partes y la capacidad. 3.1. La designación. 3.2. La capacidad. 3.3. Incompatibilidades e impedimentos. 3.3.1. La incompatibilidad. 3.4. El trámite de designación en la LA y en la LGCP. 3.4.1. La designación del árbitro de la entidad contratante. 3.4.2. La designación residual en el arbitraje *ad hoc*. 4. Nombramiento de árbitro en la LA y en la LGCP. 4.1. El nombramiento de los árbitros en la LGCP. 4.2. Requisitos especiales para ejercer como árbitros en la LGCP. 5. Independencia respecto de las partes. La jurisdicción arbitral y la responsabilidad en la LA y en la LGCP. 5.1. La jurisdicción arbitral y responsabilidad de los árbitros. 5.2. El registro de la controversia y de los árbitros. 6. La remoción y el árbitro sustituto. 7. El Convenio Arbitral. 7.1. Los requisitos del convenio arbitral. 7.2. El convenio arbitral en la LGCP. 8. La materia arbitrable en el arbitraje en general y en el arbitraje en contrataciones del Estado. 8.1. La materia arbitrable en contrataciones del Estado. 8.2. La materia arbitrable en contrataciones del Estado. 8.3. Orden público y las materias no arbitrables. 9. El OSCE (OECE) y su extinción en el arbitraje. 10. El control administrativo de los árbitros.

La relación que se establece en el proceso arbitral entre las partes, los árbitros, el convenio arbitral, la arbitrabilidad y la caducidad de las pretensiones es de continuidad, por cuanto una lleva a la otra. Las partes, signatarias del contrato, se vinculan mediante un convenio o pacto arbitral, el que los faculta a litigar y a designar árbitros, siendo que estos a su vez adquieren jurisdicción debido a dicha designación, pudiendo abocarse a resolver solo las controversias que se han pactado o las establecidas por ley, respecto de las cuales puede darse la caducidad en función del plazo fijado para interponer el requerimiento arbitral, tal como sucede en el caso peruano en el arbitraje en contrataciones del Estado.

1. LAS PARTES Y LA LEGITIMIDAD PROCESAL

Si bien es cierto que las partes se vinculan mediante un contrato, constituyendo cada una un centro de interés, también lo es el hecho de que estas pasaran, en algún momento, de parte contractual a parte procesal, para lo que requieren contar con capacidad jurídica, entendida como "la medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas" (De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 56 y 57), siendo esta la capacidad de obrar o de ejercicio, definida como "la medida de idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones" (De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 56 y 57).

Establecida la capacidad, la relación procesal se materializa a partir de lo establecido en el convenio o pacto arbitral, el que puede estar, o no, inserto en el contrato, por lo que solo será entendida como parte en la medida en que surjan las controversias y estas recurran a resolverla en los términos pactados. En este sentido, la noción de parte es de índole procesal, siendo definida en los términos siguientes por Devis Echeandía (1985).

> Cuando se trata de relaciones procesales el concepto de parte se refiere a quienes intervienen en el proceso, sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado.

En este orden de ideas, en el arbitraje en general la relación entre las partes se produce en un doble aspecto, por un lado, está la igualdad y por el otro la conflictividad o posición contraria entre ambas. La igualdad tiene, a su vez, una doble connotación, primero, puede referirse a "los mismos derechos, oportunidades y cargas en función de la defensa de sus respectivos intereses", y segundo, "se trataría más bien de que las partes tengan las garantías procesales necesarias para que puedan ejercer en toda su magnitud el principio de contradicción en el proceso arbitral" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 212).

La igualdad se refiere más a la igualdad procesal, nos remite a la actuación de las partes en el proceso, la aptitud genérica y la aptitud específica. La primera se realiza en la capacidad procesal que tienen las personas "para celebrar el convenio de arbitraje y para comparecer en el proceso en que se desenvuelve el arbitraje", la segunda, la específica, se refiere a la legitimación para actuar en el arbitraje (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 613).

Pero ¿en qué consiste la legitimidad o legitimación procesal? La legitimación procesal se define como "la especial relación en la que las partes se hallan con respecto al objeto del litigio (conflicto) [...] la legitimación nos informará si el que ejercita la *actio* arbitral (legitimación activa) es el sujeto que tiene derecho a serlo en el arbitraje de que se trate, y el demandado el que haya de sufrir semejante posición en ese arbitraje (legitimación pasiva)", con lo que la legitimación termina siendo "un presupuesto limitador para comparecer en el proceso arbitral" (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 612).

1.1. La legitimidad en arbitrajes en contrataciones del Estado

Este marco teórico general se relativiza cuando se ingresa a la esfera del arbitraje administrativo, en particular al regulado en la LGCP, donde el caso peruano sigue siendo una excepción a la regla, al menos respecto de los países de América Latina, en los cuales la participación del Estado en arbitraje está reservado solo para controversias en el ámbito internacional, y no para la jurisdicción interna, donde se resuelve finalmente en la vía contencioso-administrativa, de acuerdo con la tradición jurídica francesa.

En el Perú, la participación de las partes en el arbitraje interno en contrataciones del Estado tiene su fuente de legitimidad normativa en el párrafo tercero del artículo 63 de la Constitución Política de 1993, donde se establece:

> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. *Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.*

Este párrafo es de carácter remisivo, por cuanto traslada la regulación a la Ley, siendo esta el Decreto Legislativo N.° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA), numerales 2 y 3 del artículo 4[62], y la Ley de General de Contratación Pública, Ley N.° 32069 (en adelante, la LGCP), siendo la LA supletoria respecto de la LGCP, norma donde la legitimidad procesal adquiere la singularidad correspondiente a dicho ámbito de la gestión pública la que desenvuelve su actividad en el marco del principio de legalidad.

Estando a lo expuesto, en el arbitraje administrativo, siempre una de las partes va a estar constituida por la Administración Pública, a través de cualquier entidad, creada y regulada por ley expresa, mientras que la otra, si es ajena a la Administración Pública, para constituirse como tal, previamente debe contar con capacidad jurídica, estar inscrita en el Registro Nacional de Proveedores, haber sido participante, postor y luego contratista, pudiendo ser, finalmente, una persona natural, o jurídica, individual u organizada en consorcio, y haber suscrito el contrato respectivo, solo así podrá ser parte legitimada.

1.2. Las partes y la extensión del convenio arbitral

En relación con las partes, en el artículo 14 de la LA se hace referencia a la extensión del convenio arbitral, el que se extiende "a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos".

Con esta disposición, el panorama de la actuación de las partes se puede terminar ampliando, esto atendiendo la complejidad del contrato y de la controversia.

62 "2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país".

2. LOS ÁRBITROS Y SU FUENTE DE LEGITIMIDAD

El otro actor del proceso arbitral es el árbitro, o los árbitros, según sea el caso, y es un personaje bastante mayor, ya que su origen se pierde en el tiempo, al igual que el arbitraje, y hasta en la mitología griega, en la que se describe las cualidades de este, tal como se puede apreciar en el "Juicio de Paris":

> Esta historia comienza con las bodas del rey Peleo y la ninfa Tetis y recuerda que para celebrar estas nupcias se dispuso en el Olimpo un banquete al que fueron invitados todos los dioses, con excepción de Eris (diosa de la discordia) en razón de su particular talento para enemistar a unos y otros.
>
> No obstante, Eris se presentó igual durante el festejo y, disgustada por el desprecio del que había sido objeto, arrojó sobre la mesa una reluciente manzana labrada en oro, al tiempo que señaló que era el trofeo que tributaba a la más bella de las diosas presentes. De inmediato, Hera, Atenea y Afrodita, considerándose las destinatarias del homenaje, comenzaron a disputarse la manzana y, al no poder arribar a un acuerdo, propusieron a Zeus (esposo y padre respectivamente de las tres diosas en disputa) que dirimiera la discusión.
>
> Prudentemente, Zeus se rehusó a resolver la disputa familiar pero, para darle solución, convocó a Hermes, el mensajero de los dioses olímpicos, y le ordenó dirigirse al Monte Ida, buscar al mortal Paris, proponerle ser el árbitro del diferendo; en caso de aceptación, debía entregarle la manzana de oro junto con un pliego que contenía precisas instrucciones sobre el modo en que debía reunirse con cada una de las tres contendientes y entregar, a su turno, el trofeo en discusión a la vencedora. (Turzi, 2013)

La historia que sigue es que Paris, hijo del rey de Troya, aceptará la propuesta de Afrodita, quien le ofreció entregarle a Helena si es que él decidía por ella, lo que hizo, generando la ira de Menelao, rey de Esparta, siendo lo demás historia conocida. Paris definitivamente no era un árbitro idóneo.

Como este existen otros relatos sobre el origen, pero en todos los casos se trata de un tercero a las partes que es convocado por estas para ayudar a resolver el conflicto en que se encuentran, en un principio se desenvolverá por fuera del Estado, y luego lo hará dentro del ordenamiento jurídico estatal. En algunos casos, serán idóneos, y en otros, no, situación que afecta directamente al arbitraje, por lo que se afirma que "un arbitraje vale lo que vale el árbitro".

Pero ¿qué se entiende por árbitro en los tiempos actuales? Al respecto, tenemos las definiciones que obran en el *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, y en el *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e interna-*

cional (comercial y de inversiones). En el primero, el *Diccionario enciclopédico*, se define al árbitro como "juez nombrado por las mismas partes para decidir una diferencia o un asunto litigioso entre las mismas" (Cabenellas, 1989, p. 353).

Por su parte, en el segundo, en el *Diccionario terminológico*, se define al árbitro como "la persona encargada de dirimir una controversia jurídica o litigio entre dos o más personas que deciden nombrarle tercero independiente encargado de resolver el conflicto" (Collantes González, 2011, p. 269).

Establecido el origen y las definiciones, corresponde establecer la fuente de legitimidad de los árbitros. La respuesta viene por doble vía, la primera, por la voluntad de las partes, y la segunda, por la legalidad, que involucra a la Constitución Política y a la ley especial.

3. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS, VINCULACIÓN A LAS PARTES Y LA CAPACIDAD

Otro aspecto relevante que fluye del relato griego es que el árbitro es designado por alguien, en ese caso fue Zeus, pero en el mundo terrenal serán las partes, siendo esta su fuente inicial de legitimidad, a la que posteriormente se le agregará la ley.

Sobre la base de este escenario, se configuran las relaciones entre las partes y los árbitros, así como, en el caso de las contrataciones públicas, con el Estado. La designación de estos por las partes, en el marco del convenio arbitral por el que someten voluntariamente la resolución de la controversia a un árbitro único o Tribunal Arbitral, constituye el aspecto medular del arbitraje, a lo que se agrega la legalidad correspondiente, por lo que la voluntaria sumisión, la decisión vinculante y la ley especial marcan la diferencia con otros medios de solución de controversias.

3.1. La designación

Esta designación configuraría una relación contractual entre las partes y los árbitros, por lo que cabe interrogarse sobre cuál sería el tipo de contrato de los árbitros designados por las partes, así como el del presidente del Tribunal Arbitral con las partes. En cuanto a los primeros, se indica, estaríamos ante un contrato de locación de servicios, "servicio de arbitraje", mientras que, con el segundo, es un contrato de mandato "para que aquellos dos árbitros que hayan celebrado con las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y representación de esas partes, invistan a su vez a

un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 65).

3.2. La capacidad

Establecida la legitimidad y el tipo de contratos que se suscribe entre los árbitros y las partes, seguidamente corresponde discernir si cualquier persona puede ejercer como tal. La respuesta es no, ya que el elegido debe cumplir con los requisitos, no solo establecidos en la doctrina, sino también en la ley, en el caso peruano, en la LA y en la LGCP.

Sobre el particular, el artículo 20 de la LA, modificado, respectivamente, por el Decreto Legislativo N.° 1231, regula la capacidad, así como un impedimento general para ejercer como árbitro, las que son precisadas, para el caso de los arbitrajes en contrataciones públicas, por los numerales 76.6, 76.7 y 76.8 del artículo 76 de la LGCP.

Así, el primero, el artículo 20 de la LA establece respecto de la capacidad que puede ejercer como árbitro "la persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tenga incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro".

En el ámbito del arbitraje en contrataciones públicas, los numerales 77.6 y 77.7 de la LGCP, que es la ley especial, agregan a esta capacidad general, las siguientes exigencias específicas. Así, en el primero de ellos se indica que para ejercer como tal debe formar parte de las nóminas de una IA, disposición coherente con la eliminación del Registro Nacional de Árbitros (RNA), a lo que se agrega que esta IA "debe estar inscrita en el registro que administra el OECE, REGAJU existiendo la posibilidad en el caso de que los profesionales no se encuentren en la nómina de la IA que estos puedan "ser confirmado por la respectiva institución arbitral". Esta exigencia general debe ser concordada con las exigencias mínimas para ejercer como árbitro en contrataciones públicas, las que se consignan en el numeral 77.7:

a) Contar con título profesional o equivalente, registrado en la Sunedu.
b) Experiencia no menor de tres años según las siguientes condiciones:
    i) En el sector público desempeñándose en materia de contratación pública, o

ii) En el sector privado como árbitro o secretario arbitral en el marco de la LGCP o profesional con experiencia en contratación pública.

iii) En caso de árbitro único o presidente del tribunal arbitral, ser profesional en derecho con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones públicas.

3.3. Incompatibilidades e impedimentos

3.3.1. La incompatibilidad

La regla general es la capacidad, la que coexiste con las de incompatibilidad para ejercer como árbitro. En principio, esta surge debido al incumplimiento de los requisitos para ejercer como tal, pero hay otros que se establecen en la LA, como en la LGCP. Así, el artículo 21 de la LA, modificado por el D. U. N.° 020-2020, establece incompatibilidades especiales en razón de la condición jurídico-laboral del árbitro respecto del Estado, y por los términos de la actuación que ha tenido cuando ha participado en un arbitraje donde el Estado ha sido parte, indicando, desde esta perspectiva, que no pueden ejercer como tal:

- Los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.
- En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias.

En cuanto a los impedimentos para ejercer como árbitro, el artículo 327 del RLGCP indica que se encuentran impedidos de ejercer como árbitros:

a) Las autoridades Tipo 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E referidos en el inciso 1 del numeral 30.1 del artículo 30 de la LGCP, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.
b) Los impedidos para contratar con el Estado de tipo 4.B y 4.D referidos en el inciso 4 del numeral 30.1 del artículo 30 de la LGCP, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.
c) Los fiscales y los magistrados, con excepción de los jueces de paz.
d) Los ejecutores coactivos.
e) Los procuradores públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
f) El personal militar y policial en situación de actividad.
g) Los funcionarios y servidores del OECE hasta seis meses después de haber dejado la institución.
h) Los funcionarios y servidores públicos, en las controversias que tengan relación directa con la entidad contratante o el sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
i) Las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, o en cualquier registro de los colegios profesionales que impida el ejercicio de la profesión.
j) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
k) Aquellos que tengan antecedentes penales.
l) Aquellos árbitros o adjudicadores sancionados con suspensión o exclusión vigente por faltas al Código de Ética de cualquier Institución Arbitral o Centro de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas, en tanto dure dicha suspensión o exclusión.
m) Aquellos árbitros o adjudicadores que cuenten con más de tres recusaciones fundadas resueltas en arbitrajes sobre contrataciones públicas, en los dos últimos años.

En relación con los impedimentos, en la Opinión N.° 062-2023/DTN se estableció, respecto de la sanción de inhabilitación impuesta por el TCP, que esta "no se extiende a los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales y demás derivados de la función arbitral y de los otros medios de solución de controversias [...] sin embargo [...] aquellas personas que tienen una sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado no podrán ejercer la función de árbitro" (Opinión N.° 062-2023/DTN).

3.4. El trámite de designación en la LA y en la LGCP

En cuanto al trámite legal de designación, los artículos 19, 22, 23, 24, 25 y 26 de la LA regulan el número de árbitros y el trámite legal correspondiente. El primero de ellos, el 19 establece como regla general que las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral, siendo la excepción la falta de acuerdo o la duda, caso en el cual dispone que serán tres árbitros; regla que no se aplica en el arbitraje

en contrataciones del Estado, donde el numeral 84.2 del artículo 84 de la LGCP se indica que los árbitros serán 3 o 1, según acuerdo de las partes en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable.

A lo expuesto, el numeral 84.3 agrega que a falta de acuerdo o ante la existencia de dudas sobre el mismo, el arbitraje es resuelto por árbitro único, a no ser que la complejidad o cuantía de las controversias justifique la conformación de un tribunal arbitral; disposición concordante con el numeral 332.4 del RLGCP, lo cual es determinado por las partes o conforme al Reglamento de la IA competente. En el caso de los arbitrajes *ad hoc*, la controversia es resuelta por arbitro único.

Por su parte, el numeral 328.3 del artículo 328 del RLGCP refiere que las partes pueden proponer árbitros distintos a los que forman parte de las nóminas de la IA elegida, siempre que formen parte de las nóminas de una IA que se encuentre en el REGAJU; en cuyo caso, la institución elegida por las partes puede confirmar o no la designación de los árbitros efectuada por las partes, motivando su decisión. Dicha decisión únicamente puede ser impugnada por el árbitro ante el órgano superior de arbitraje de la IA.

3.4.1. La designación del árbitro de la entidad contratante

El numeral 332.5 del RLGCP establece respecto del árbitro de la entidad que, tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad hoc*, la designación del árbitro por parte de la entidad contratante es aprobada por la autoridad de la gestión administrativa a propuesta de la Procuraduría Pública respectiva o quien haga sus veces en defensa de los intereses del Estado.

3.4.2. La designación residual en el arbitraje *ad hoc*

Sobre este tema, el artículo 338 del RLGCP dispone que en aquellos procesos arbitrales *ad hoc* en los que no se hayan puesto de acuerdo[63] respecto a la designación del árbitro único, cualquiera de las partes puede solicitar la designación residual a una IA incorporada en el REGAJU de la región donde se encuentra el domicilio de la entidad contratante, regla general a las que se agregan:

- En caso no hubiera una IA en el ámbito de la referida región, las partes recurren a cualquier institución registrada ubicada en alguna de las regiones contiguas.

63 Fe de erratas. Decreto Supremo N.° 009-2025-EF

- La IA que conoció la primera solicitud de designación residual es la competente para resolver aquellas que se planteen con posterioridad durante el proceso arbitral.

4. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO EN LA LA Y EN LA LGCP

El tema de la capacidad de los árbitros lo hemos tratado precedentemente, por lo que en este rubro corresponde establecer los requisitos específicos, tema sobre el cual los artículos 22 y 23 de la LA establecen las siguientes reglas:

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjero.

3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.

4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.

5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto, en este decreto legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.

4.1. El nombramiento de los árbitros en la LGCP

El artículo 23 trata sobre la libertad de procedimiento de nombramiento de los árbitros, trámite al que también se puede recurrir cuando una de las partes incumple con nombrar a su árbitro.

Esta no es la forma en que comienza la norma acotada, ya que en ella se indica que las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el

principio de igualdad, agregando que cuando estas no se puedan poner de acuerdo, serán de aplicación las siguientes reglas:

a) *En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas*, tendrán un plazo de 15 días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.

b) *En caso de tres árbitros*, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de 15 días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de 15 días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

c) *En caso de pluralidad de demandantes o de demandados*, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de 15 días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

d) *Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros*, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

e) *En el arbitraje internacional*, el nombramiento a que se refiere el inciso "d" de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

Pero qué sucede cuando la institución arbitral o el tercero encargado no cumple con efectuar el nombramiento de los árbitros. Sobre este tema, el artículo 24 establece que, si el nombramiento no se produce dentro de los 15 días de solicitado, "se considerará que rechaza el encargo"; caso en el cual el nombramiento se realizará, si no existiera acuerdos distintos de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso "d" del artículo 23[64], el que permite la intervención de las Cámaras de Comercio.

Para estos casos, el artículo 25 de la norma comentada establece en su numeral 1 las siguientes reglas para la designación de árbitros:

64 Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

Los siguientes numerales del artículo glosado se refieren al trámite a seguir ante estas IA, y la forma como actuar ante defecto de este.

2) Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.
3) Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de 5 días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
4) La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos "d" y "e" del artículo 23[65] y en el artículo 24[66], dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
5) La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.
6) En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.
7) En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

65 "d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso 'd' de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje".

66 Artículo 24.- Incumplimiento del encargo
Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso 'd' del artículo 23.

Finalmente, el artículo 26 de la LA establece la eliminación de cualquier privilegio a favor de alguna de las partes en la designación de los árbitros, con lo que, en este caso, la autonomía de la voluntad se ve limitada por los principios que orientan al arbitraje.

4.2. Requisitos especiales para ejercer como árbitros en la LGCP

Por su parte, los numerales 77.6 y 77.7 del artículo 77 de la LGCP, y el artículo 328 del RLGCP establecen los requisitos especiales para desenvolverse como árbitro en el marco de la LGCP, siendo estos los siguientes:

- Formar parte de las nóminas de una institución arbitral o centro de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que se encuentre en el registro que administra el OECE, o ser confirmado por la respectiva institución arbitral o centro de resolución de disputas, si es que los profesionales propuestos no forman parte de sus nóminas.

  El literal "a" del numeral 328.1 agrega que la IA debe estar inscrita en el REGAJU.
- Contar con título profesional o equivalente, registrado en la Sunedu.
- Para ser árbitro, experiencia no menor de tres años según las siguientes condiciones:
  - En el sector público desempeñándose en materia de contratación pública; o
  - En el sector privado como árbitro o secretario arbitral o profesional con experiencia en contratación pública.
- En caso de árbitro único o presidente del tribunal arbitral, ser profesional en derecho con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones públicas.

Esta disposición es ampliada en el numeral 328.2, el que indica además:

- Cada especialización puede ser acreditada mediante estudios concluidos de doctorados o maestría en materias relacionadas, o cursos o posgrados brindados por universidades o colegios profesionales en cada una de las referidas materias; o
- Acreditar docencia universitaria en dichas materias, como mínimo dos años o cuatro semestres, o doscientos cuarenta horas académicas.

- No encontrarse impedidos para ser árbitros conforme lo señalado en el artículo 327.

A lo aquí dispuesto se debe agregar lo consignado en el numeral 339.3 del artículo 339 del RLGCP, el que indica que el árbitro designado debe presentar una declaración jurada sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en la normativa y que cuenta con disponibilidad de tiempo.

5. INDEPENDENCIA RESPECTO DE LAS PARTES: LA JURISDICCIÓN ARBITRAL Y LA RESPONSABILIDAD EN LA LA Y EN LA LGCP

Luego de designados los árbitros considerados aptos, se presenta el siguiente problema respecto de su función, ¿qué tan independientes respecto de las partes que los han designado? En principio, luego de producida esta y de las declaraciones que correspondan, debe darse la separación de estas, asumiendo los árbitros su autonomía, lo que incluye en nuestra opinión a los árbitros de parte, aunque exista la denominada tesis de la relatividad moral de los árbitros (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 142); actuar en contrario abriría la posibilidad de que alguna de las partes ejerza su derecho a recusar.

Desde el ámbito normativo, la aceptación se encuentra regulada en la LA, específicamente en su artículo 27, el cual establece que la aceptación por parte de árbitro, salvo que las partes hayan pactado de forma diferente, debe producirse dentro de los 15 días siguientes a la comunicación del nombramiento, debiendo cada árbitro comunicar su aceptación por escrito, sino se produjera la aceptación en dicho plazo, se entenderá que no acepta su nombramiento.

5.1. La jurisdicción arbitral y responsabilidad de los árbitros

La aceptación es relevante, además, porque con ella se considera que el tribunal arbitral estará válidamente constituido, asumiendo jurisdicción respecto de la controversia, cuyo límite es el Convenio Arbitral y lo que puede ser sometido a ellos, por lo que estos "administran justicia, 'dicen o declaran el derecho', juzgan y resuelven de manera vinculante y definitiva una situación de conflicto, mediante un acto revestido de autoridad" (Caivano, 2013, p. 63).

Desde esta perspectiva, la jurisdicción consiste en "administrar justicia en los casos litigiosos", siendo esta una función estatal. A través de ella, se juzga y resuelve "de manera vinculante y definitiva una situación de conflicto, mediante un acto revestido de autoridad", cuya fuente es, en el caso de

los tribunales judiciales, de origen constitucional, y en el de los tribunales arbitrales "sus atribuciones surgen, en lo inmediato, de un acuerdo de voluntad de las partes, mientras que, mediatamente, encuentran su fundamento en el ordenamiento jurídico" (Caivano, 2001, p. 7).

En este contexto, más allá de las perspectivas teóricas o doctrinarias, que se asuma acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, "es incuestionable que el árbitro, al igual que el juez, administra justicia, es decir, pronuncia derecho y compone un litigio, emitiendo un fallo que adquiere la autoridad de cosa juzgada, con las notas características de esta, que son la inimpugnabilidad y la inmutabilidad" (Zolezzi, 2010, p. 17).

Adicionalmente a lo expuesto, la actividad que ejercen o dejan de ejercer los árbitros les genera responsabilidad, alcanzando está a la institución arbitral que administra el arbitraje, tal como se indica en el artículo 32 de la LA, ya que el incumplimiento del encargo podría generar "responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable".

Pero no siempre el árbitro o los árbitros aceptan la designación, configurándose en ese momento la abstención, cuyos motivos no se encuentran regulados específicamente en la LA, pero pueden abstraerse de señalado en el artículo 28 respecto de los deberes y la posibilidad de recusación, cuyo procedimiento se establece en el artículo 29.

5.2. El registro de la controversia y de los árbitros

En el numeral 77.11 de la LGCP se establece como obligación para los árbitros que estos deberán registrar en el Pladicop la información referida al arbitraje a su cargo, obligación que es independiente de la que tienen las IA, disposición concordante con lo establecido en el artículo 341 del RLGCP, en el que se establece como obligación el registro de la controversia, agregando a lo indicado en el numeral 77.11, que el árbitro único en caso de arbitrajes *ad hoc* o la IA en caso de arbitrajes institucionales, dentro del plazo de 10 días hábiles de constituidos el árbitro único o el tribunal arbitral, registra en la Pladicop, los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos, bajo responsabilidad.

6. LA REMOCIÓN Y EL ÁRBITRO SUSTITUTO

Un tema poco tratado es el de la remoción del árbitro y del árbitro sustituto, regulados en los artículos 30 y 31 de la LA. La remoción tiene causales y procedimientos específicos, respecto de los cuales se establece:

- Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29 referido al procedimiento de recusación[67].

67 Artículo 29.- Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
   a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
   b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
   c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
   d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
      i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23.
      ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23.
      iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a este resolver la recusación.
   e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia, resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

- Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante, la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
- Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos "d" y "e" del artículo 23[68], la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

---

5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
6. Cuando por disposición de este decreto legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

* *Artículo modificado por el artículo 2 del D. U. N.° 020-2020, publicado el 24 de enero de 2020.*

68 "d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje".

En este escenario opera la figura del árbitro sustituto, regulado en el artículo 31 de la LA, donde, respecto de dicha situación se establecen las siguientes reglas a seguir:

- Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
- Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, estos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

7. EL CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral tiene su fuente en la autonomía de la voluntad, pero también puede tenerlo en la ley, como es el caso del arbitraje en las contrataciones públicas, siendo que en cualquier caso el arbitraje no se explica sin él. En cuanto a su definición, tenemos la efectuada por Carlos Matheus, quien, articulando otras definiciones, considera que es "un negocio jurídico bilateral que alejado del contractualismo permite la resolución procesal de la 'controversia'. Siendo por ello un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias de un contrato sino más bien aquellas impropias de la resolución procesal de la 'controversia' que constituye su objeto" (Matheus López, 2006).

Por otro lado, para Castillo Freyre y Vásquez Kunze, el Convenio Arbitral es un "contrato en toda línea", donde "las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas [...]" (Castillo Freyre *et al.*, 2006, p. 55), mientras que, Merino Merchán y Chillón Medina se refieren al Convenio Arbitral como compromiso de carácter dispositivo y vinculante, anterior a cualquier planteamiento procesal, el que "aisladamente considerado es esencialmente un contrato, aunque desde el momento que está inserto goza de ciertas facetas procesales a las que no pueda sustraerse" (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, p. 250).

De estas definiciones se concluye en que la eficacia del Convenio Arbitral está condicionada al surgimiento de la controversia, por lo que a través

de ella se pacta que en su momento se contratará un arbitraje (Castillo Freyre, 2006, p. 55).

Desde la perspectiva normativista, en el numeral 1 del artículo 13 de la LA se indica que el Convenio Arbitral "es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza".

7.1. Los requisitos del convenio arbitral

Establecidas las definiciones, corresponde determinar los requisitos del convenio arbitral, respecto de los cuales Roque Caivano (2013, p. 64) precisa que este debe ser:

> (i) válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); (ii) válido en sentido personal: las personas que otorga ron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva); (iii) obliga torio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y (iv) obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser partes en el arbitraje y quienes han sido partes en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

A estas definiciones y características se le debe agregar lo considerado por la LA, sobre el convenio arbitral, el que este debe ser:

- Consensual, por cuanto es inviable que se pueda materializar sin la aceptación de las partes (el caso de las contrataciones del Estado lo analizaremos más adelante).
- Poseer libertad de formas, aunque deberá constar por escrito, al respecto el numeral 2 del artículo 13 de la LA establece que el convenio arbitral deberá constar por escrito, pudiendo adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato (que es el caso de la LGCP) o la forma de un acuerdo independiente.

Los numerales 3, 4, 5 y 6 del citado artículo 13 tratan aspectos complementarios del convenio arbitral[69], como es la condición de bilateral o

69 "3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

plurilateral, lo que implica que carece de eficacia unilateral; resolutorio, por cuanto supone la existencia de un estado jurídico anterior que debe resolverse mediante el proceso arbitral; independiente del contrato en el que se le inserta, con lo que "la nulidad o ineficacia del acuerdo o contrato marco donde se inserta no afecta al convenio arbitral" (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, pp. 256-258).

Sobre el particular, en el Pronunciamiento N.° 234-2011/DTN se abordó el tema del cuestionamiento del convenio arbitral por parte de los postores y la forma en que debe actuar el personal de la entidad a cargo del procedimiento de selección, indicando que este:

> [...] debido a que la configuración del convenio arbitral se produce mediante acuerdo entre partes contratantes, el solo cuestionamiento del contenido de la cláusula arbitral supone que el comité especial deba acoger la observación, a fin de supeditar lo cuestionado al acuerdo que arriben las partes para la suscripción del contrato, siendo suficiente para el proceso de selección la incorporación de una cláusula genérica de solución de controversias.

7.2. El convenio arbitral en la LGCP

En cuanto a la LGCP, tenemos que el numeral 83.2 del artículo 83 dispone que, en todos los casos, y bajo responsabilidad de la autoridad de la gestión administrativa, el convenio arbitral debe adoptar la forma de una cláusula incluida en el contrato, ajustarse a lo establecido en la citada ley y su reglamento; disposición que es desarrollada en el artículo 332 del RLGCP, en el que se establecen las siguientes reglas:

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por 'comunicación electrónica' se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.
   Por 'mensaje de datos' se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada, por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano".

- El convenio arbitral forma parte del contrato, como una cláusula de este, en el cual se identifica a la IA bajo cuyas reglas se rige el procedimiento arbitral, la cual debe contar con inscripción vigente en el REGAJU.
- La IA es elegida por el postor ganador de la buena pro de la lista de instituciones arbitrales que haya propuesto la entidad contratante en las bases del procedimiento de selección. Para dicho efecto, al remitir los documentos para la suscripción del contrato, el postor ganador de la buena pro comunica la IA elegida de la referida lista, caso contrario, acuerda con la entidad contratante una IA distinta.
- En caso de falta de acuerdo, la IA es elegida de la mencionada lista por la entidad contratante de manera definitiva.

En el numeral 332.3 se indica que las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones públicas y/o las disposiciones especiales contenidas en la normativa general de arbitraje.

8. LA MATERIA ARBITRABLE EN EL ARBITRAJE EN GENERAL Y EN EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

La controversia que constituye el objeto del arbitraje deberá cumplir con determinados requisitos, a efectos de que lo decidido en el laudo tenga validez y eficacia jurídica, y no se recurra a la anulación de este. Así tenemos que la controversia deberá existir, o posiblemente existir; deberá ser determinada o determinable; y deberá ser disponible (Merino Merchán y Chillón Medina, 2006, pp. 269 y 270).

Pero en estos tiempos, a pesar del mayor protagonismo del Estado en muchos sectores, a medida que el mundo se ha ido integrando vía la globalización y la intensificación de las relaciones económicas, las materias arbitrables también se han ido expandiendo, aunque bajo regulación, es decir, bajo el esquema de la libertad reglada, avance se exterioriza en el hecho de que "cuestiones que hace algunas décadas eran consideradas insusceptibles de resolverse por la vía del arbitraje, van siendo paulatinamente admitidas como materias 'arbitrables'. A raíz de ello, el elenco de materias que pueden someterse válidamente a arbitraje ha sufrido una notoria expansión [...]" (Caivano, 2013, p. 63).

Sin embargo, a pesar de estos avances, la arbitrabilidad constituye una limitación a la jurisdicción de los árbitros, ya que estos solo pueden resolver

vía el arbitraje lo que previamente se ha establecido como materia arbitrable, cuyo incremento o disminución, ha estado en relación directa con la ampliación o no de la autonomía de la voluntad y la participación del Estado en la administración de justicia, produciéndose en este escenario la distinción entre arbitrabilidad subjetiva, que está constituida por las personas, y la arbitrabilidad objetiva, lo que será materia de evaluación.

8.1. La materia arbitrable en contrataciones del Estado

El problema se presenta cuando se trata de convenios en los que participa el Estado, el que además de no ser una persona natural, carece de voluntad, por lo que se genera una situación sustancialmente distinta a la del convenio arbitral que solo involucra a privados.

> El carácter convencional del arbitraje desaparece cuando se trata de órganos administrativos; es evidente que para estos últimos es también necesario un convenio arbitral, pero este no se deriva de la mera voluntad del titular del órgano sino de la existencia de una habilitación legislativa. (Aguilar Andrade, 2009, p. 22)

Este es el caso del arbitraje en contrataciones del Estado, donde, primero por disposición constitucional y luego por leyes especiales, el Estado puede someter a arbitraje la solución de sus controversias contractuales con particulares, correspondiendo a la norma especial determinar las materias arbitrables y no arbitrables.

8.2. La materia arbitrable en contrataciones del Estado

El orden público alcanza tanto al arbitraje donde las partes se ubican en el ámbito privado, como al que se desarrolla con participación del Estado, en cualquiera de sus modalidades, siendo que en el caso de la LGCP el numeral 83.1 del artículo 83 establece las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje, siendo estas las siguientes:

Validez del contrato

Nulidad del contrato

Interpretación del contrato

Ejecución del contrato

Terminación del contrato

Eficacia del contrato

Controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad (numeral 76.6 de la LGCP)

8.3. Orden público y las materias no arbitrables

En este extremo la arbitrabilidad se vincula al orden público, por cuanto una norma expresa prohíbe que se sometan a arbitraje determinadas materias en contratos donde el Estado es parte, motivo por el cual los árbitros no pueden abocarse al conocimiento y muchos menos pronunciarse. Sobre el particular, el numeral 76.2 del artículo 76 de la LGCP dispone una prelación normativa para la solución de controversias, encabezando esta la Constitución Política del Perú, la LGCP y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; disposición que indica es de orden público.

En este contexto, respecto de la relación orden público-norma positiva-jurisdicción arbitral, se indica que "la naturaleza de orden público de una norma implica que su interpretación y aplicación están fuera del alcance de la jurisdicción de los árbitros y que sus disposiciones solo pueden ser interpretadas y aplicadas por los magistrados judiciales" (Caivano, 2013, p. 65).

Pero la LGCP, en el numeral 76.3, también establece lo que no puede ser sometido a arbitrajes, constituyendo una prohibición legal, dejando como vía al Poder Judicial, los cuales son los siguientes:

Enriquecimiento sin causa o indebido

Pago de indemnizaciones

Cualquier otra de naturaleza similar que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República.

9. EL OSCE (OECE) Y SU EXTINCIÓN EN EL ARBITRAJE

La promulgación y vigencia de la nueva normativa supone un proceso de transición entre las responsabilidades antiguas que poseía el OSCE respecto del arbitraje, las que se extinguen, y las instituciones creadas que asumirán lo que antes era labor del Sistema Nacional de Arbitraje, proceso que es descrito en la décimo primera disposición complementaria transitoria de RLGCP.

1. En los procesos *ad hoc* donde se asignaba al OECE la competencia para la atención de servicios de instalación de árbitro único o tribunal arbitral, recusación de árbitros, designación residual de árbitros, devolución de honorarios arbitrales y solicitudes de pronunciamiento de liquidación o reliquidación de gastos arbitrales, a efectos de su resolución las partes deben recurrir a una institución arbitral inscrita en el REGAJU de la provincia donde se encuentra el domicilio de la entidad contratante.
2. En caso no hubiera una institución en el ámbito de la provincia las partes recurren a cualquier institución registrada ubicada en alguna de las provincias de la región; de no haber una institución en la región, las partes acuden a alguna de las regiones cercanas que cuente con instituciones arbitrales.
3. La institución arbitral que conoció la primera solicitud es la competente para resolver aquellas que se planteen con posterioridad durante el proceso arbitral.
4. Desde la entrada en vigencia de la Ley y el Reglamento, el OECE no presta el servicio de organización y administración de arbitrajes respecto a nuevas solicitudes. Los procesos arbitrales a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje que hubieran iniciado antes siguen siendo organizados y administrados por el OECE hasta su finalización, conforme a la normativa que resulte aplicable
5. El OECE es competente para la organización y administración de los procesos arbitrales que estuvieron a su cargo y que se reinicien o reactiven después de la entrada en vigencia de la Ley y Reglamento.
6. En todos aquellos contratos en donde se haya pactado al Sistema Nacional de Arbitraje como el encargado de la organización y administración del arbitraje respectivo, o en los casos que de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas aplicable el Sistema Nacional de Arbitraje se encontraba facultado para prestar dicho servicio arbitral, el arbitraje se inicia por acuerdo de las partes ante cualquier institución arbitral inscrita en el REGAJU. Ante falta de acuerdo, el arbitraje se inicia por la parte interesada ante cualquier Institución Arbitral inscrita en el registro antes señalado.

7. El OECE se encuentra facultado a dejar de prestar el servicio de administración de aquellos arbitrajes *ad hoc* que estuvieran a su cargo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley y el Reglamento.
8. Cualquier institución arbitral, así como ARBITRA PERÚ pueden brindar el servicio de organización y administración de arbitrajes para los casos en los cuales era competente el Sistema Nacional de Arbitraje, hasta la fecha de implementación del REGAJU.
9. El OECE, en el marco de la progresividad establecida en la décima disposición complementaria transitoria de la ley, mediante Comunicado, dispone el inicio de la obligatoriedad para que solo las instituciones y centros inscritos en el REGAJU, puedan administrar arbitrajes o Juntas de Prevención y Resolución de Disputas, en materia de la Ley y el Reglamento.
10. Emitido el comunicado del OECE, si las partes pactaron en el convenio arbitral del contrato, arbitraje institucional y designaron una institución que no se encuentre inscrita en el REGAJU, cualquier nueva controversia que surja y deba ser sometida arbitraje, este debe iniciarse ante una institución arbitral inscrita en el citado registro, que las partes designen de mutuo acuerdo; en defecto del acuerdo la parte solicitante puede recurrir a cualquier institución arbitral inscrita en el REGAJU.

10. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS ÁRBITROS

En la exposición de motivos de la LGCE se justifica la eliminación del RNA debido a que se ha dispuesto que, para desempeñarse como árbitro o adjudicador, se requiere formar parte de las nóminas de la correspondiente IA o CAJPRD, con lo que inicialmente se sustrae a la Administración Pública la obligación de registrar a los árbitros, así como de evaluarlos, calificarlos y acreditarlos. La decisión de eliminar uno de los mecanismos de control de la Administración respecto del arbitraje administrativo, específicamente sobre el actor principal, se hizo atendiendo un constante reclamo de quienes no aceptaban las condiciones establecidas para acceder a dicho RNA. Establecida la no exigencia de pertenecer al RNA, la norma transfiriere esta obligación a las IA, manteniendo solo la exigencia de contar con experiencia acreditada, y la respectiva capacitación.

Pero la historia no concluyó como los interesados esperaban. El 21 se setiembre el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N.° 1660, por el que se establecieron disposiciones específicas para los árbitros en general, y no solo para los que se desenvolvían en las contrataciones públicas. Así se indicaba que el MINJUS, a través del RENACE, inscribía de forma gratuita a los árbitros, trámite que era de naturaleza obligatoria para estos, con fines de información pública, por lo que el registro era de naturaleza informativa, no condicionando con ello la función arbitral.

Se agregaba seguidamente que el RENACE contenía información sobre los árbitros a nivel nacional, respecto de su formación profesional, expe-

riencia e integridad, debiendo esta información ser remitida por estos, requiriendo a hacer lo mismo a las entidades que tuvieran algún tipo de registro.

El citado decreto legislativo refería también que las disposiciones en él contenidas serían precisadas en el reglamento que próximamente el Poder Ejecutivo aprobaría; pero mientras tanto, la reacción de los afectados no se hizo esperar. El 24 de octubre, los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de Piura, de Arequipa, así como AMCHAM, emitieron un comunicado oponiéndose al intervencionismo estatal en el arbitraje, manifestando que el citado Decreto Legislativo N.° 1660 había sido aprobado sin consultar a los operadores, que el RENACE había contribuido a la proliferación de centros que no cumplían con los estándares mínimos de calidad, y que con lo aprobado se creaban dos RENACE, uno en el OECE y el otro en el MINJUS. Indicaban también que el registro implicará la generación de trámites burocráticos y discrecionales, limitando la libertad de las partes para elegir a sus árbitros.

En esta línea de cuestionamiento, el 9 de octubre se publicó en el diario *El Comercio* de Lima, la opinión titulada "Un petardo al sistema arbitral" (Amprimo Plá, 2024), donde se considera inconstitucional al Decreto legislativo N.° 1660, además de afectar al sistema arbitral peruano, y que el RENACE ha resultado nefasto en concordancia con el comunicado glosado, al que se puede agregar otras aparecidas en las redes sociales, con lo que el debate recién comienza.

Capítulo XLVIII

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (IV)

La Junta de Prevención y Resolución de Disputas (JPRD)

SUMARIO: 1. La obligatoriedad. 2. La designación del CAJPRD. 3. Requisitos para el inicio del plazo de ejecución contractual y la colaboración contractual. 4. Requisitos para ser adjudicador y designación del adjudicador único o adjudicadores. 5. Conformación de la JPRD. 5.1. El contrato de suministro. 5.2. El contrato de obra. 6. Competencia de la JPRD. 7. Funciones de la JPRD, la prevención de desacuerdos y el tratamiento de los desacuerdos. 8. Para lo que no es competente la JPRD. 9. El procedimiento ante la JPRD y el presupuesto de arbitrabilidad. 10. Las actividades de la JPRD. 11. La opinión consultiva y la decisión vinculante. 11.1. La opinión consultiva no vinculante. 11.2. La decisión vinculante. El sometimiento de la controversia a la JPRD. 11.2.1. El cumplimiento de las decisiones. 11.2.2. La posibilidad de entendimiento de las partes antes de la notificación de la decisión vinculante o cuando esta se excedió de plazo. 11.2.3. La JPRD, el arbitraje y el presupuesto de arbitrabilidad. 11.24. Suspensión de actividades de la JPRD y emisión de decisión. 11.2.5. La disolución de la JPRD. 12. La retribución a los adjudicadores y de los centros.

En la parte general, nos referimos a los antecedentes y aspectos teóricos de la JPRD, por lo que, en el presente capítulo, nos abocaremos al ámbito normativo, tema sobre el cual debemos indicar que la citada junta viene incorporada en nuestra legislación sobre contratación pública desde la derogada Ley N.° 30225, reiterándose en la vigésima quinta disposición complementaria de la LGCP la obligatoriedad de aplicarlas.

La LGCP y su reglamento regulan en distintos artículos los diversos aspectos que comprende la JPRD, como son la competencia, obligatoriedad, conformación, procedimiento ante ella, etc., siendo su objetivo promover que las partes logren prevenir o resolver eficientemente las controversias surgidas en contratos de suministro y de obras; disposiciones a la que se le debe agregar la Directiva N.° 002-2025-OECE-CD, aprobada por Resolución N.° D000051-2025-OSCE-PRE, la que desarrolla las normas complementarias que deben seguirse en la constitución, administración y desarrollo de las JPRD para la prevención y solución de controversias en los contratos de obra y suministro.

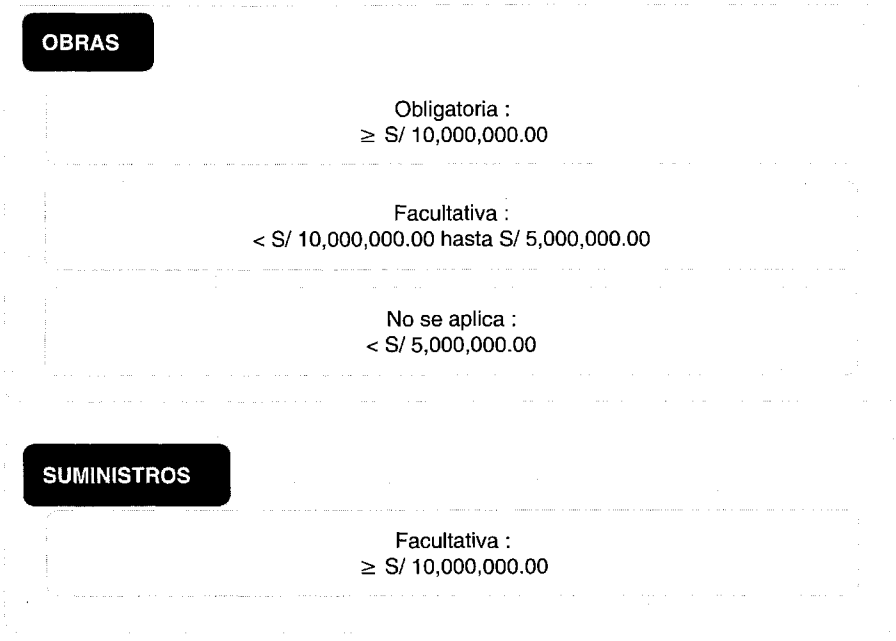
En el presente capítulo, presentaremos algunos aspectos consignados en la directiva, por lo que sugerimos al lector recurrir a esta para obtener un mayor detalle.

1. LA OBLIGATORIEDAD

La obligatoriedad se define por el monto contractual, más que por temas teóricos. ¿En qué casos la JPRD deviene en obligatoria? Sobre el particular, el artículo 346 del RLGCP distingue sobre juntas obligatorias y facultativas.

En el primer caso, es obligatoria en los casos de ejecución de obras, siempre que el monto contractual sea igual a superior a S/ 10,000,000.00, mientras que será facultativa para contratos cuyos montos sean inferiores, hasta el límite de S/ 5,000,000.00, ya que por debajo de ese rango la norma prohíbe su implementación.

La novedad de la reciente norma es su aplicación para los contratos de suministros, donde el numeral 346.2 dispone que son facultativas para los contratos que estos superen los S/ 10,000,000.00.



2. LA DESIGNACIÓN DEL CAJPRD

El trámite es igual al que existe en la designación de la IA, por lo que el numeral 346.3, siendo especificado por el numeral 8.1 de la directiva. Así, el primero de ellos dispone las siguientes reglas para su constitución:

- En las bases del procedimiento de selección, la entidad contratante propone de 2 a 5 candidatos a CAJPRD que se encuentren con inscripción vigente en el REGAJU.
- Al enviar los documentos para la suscripción del contrato, el contratista selecciona de ese listado el centro de administración, el cual propone y designa a los miembros de la JRPD.
- Los miembros de la JRPD propuestos deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 329 del RLGCP y aquellos referidos a la experiencia específica establecida en las bases del procedimiento de selección, de ser el caso.
- Una vez establecido el centro, las partes tramitan el contrato tripartito.

La directiva agrega a lo ya dispuesto en la citada norma reglamentaria que la designación del CAJPRD se realiza de común acuerdo, aplicándose las siguientes reglas:

- Seleccionado el centro de administración por el postor ganador de la buena pro, la entidad contratante comunica al Centro su designación dentro de un plazo de tres días calendario contados a partir de la fecha en que dicho postor presenta los documentos para la suscripción del contrato.
- Las partes incorporan en el contrato respectivo la cláusula sobre JPRD prevista en las bases estándar.
- Es requisito para el inicio del plazo de ejecución del contrato la conformación de la JPRD y la suscripción del contrato tripartito, bajo responsabilidad funcional de la autoridad de la gestión administrativa.
- Los plazos se computan en días hábiles, salvo que expresamente se establezca que el cómputo se realiza en días calendario. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados, así como los días no laborables declarados oficialmente, ya sea en la región o departamento donde se ejecute la obra o se ejecute la prestación del contrato de suministro. Los plazos se computan desde el día siguiente de la notificación respectiva. Si el último día del plazo resulta inhábil en el lugar de recepción de la notificación, este se extiende hasta el primer día hábil siguiente.

3. REQUISITOS PARA EL INICIO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y LA COLABORACIÓN CONTRACTUAL

El numeral 346.4 establece que es requisito para el inicio del plazo de ejecución del contrato, la conformación de la JRPD y la suscripción del contrato tripartito, bajo responsabilidad funcional de la autoridad de la gestión administrativa.

En este mismo articulado pero en el numeral 346.5 se plantea, como obligación legal, la colaboración entre la entidad contratante, el contratista, los adjudicadores designados y los centros, indicando que estos están obligados a colaborar con la suscripción del contrato tripartito en el más breve plazo.

4. REQUISITOS PARA SER ADJUDICADOR Y DESIGNACIÓN DEL ADJUDICADOR ÚNICO O ADJUDICADORES

Al respecto, el numeral 329.1 del artículo 329 del RLGCP establece los requisitos que debe cumplir el profesional que quiera actuar como adjudicador en contratación pública, los que asemejan a los exigidos para los árbitros.

- Formar parte de la nómina de un centro de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que se encuentre en el REGAJU.
- Cumplir los requisitos contemplados en el numeral 77.7 del artículo 77 de la LGCP[70].
- No encontrarse impedidos para ser adjudicadores conforme lo señalado en el artículo 327 del RLGCP[71].

---

70 77.7. Los profesionales deben cumplir, *como mínimo, con los siguientes requisitos:*
   a) Contar con título profesional o equivalente, registrado en la Sunedu.
   b) Para ser árbitro, experiencia no menor de tres años según las siguientes condiciones:
      i) en el sector público desempeñándose en materia de contratación pública, o
      ii) en el sector privado como árbitro o secretario arbitral de la presente Ley o profesional con experiencia en contratación pública.
   c) [...]
   d) Para ser adjudicador, experiencia no menor de dos años como adjudicador o como supervisor de obras, o cumplir con los requisitos para ser árbitro conforme al literal b) del presente párrafo.

71 Artículo 327. Impedimentos para ser árbitro o adjudicador. Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro o adjudicador:
   a) Las autoridades Tipo 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E referidos en el inciso 1 del numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.
   b) Los impedidos para contratar con el Estado de tipo 4.B y 4.D referidos en el inciso 4 del numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, considerando el alcance de cada tipo de impedimento.
   c) Los fiscales y los magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
   d) Los ejecutores coactivos.
   e) Los procuradores públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
   f) El personal militar y policial en situación de actividad.
   g) Los funcionarios y servidores del OECE hasta seis meses después de haber dejado la institución.
   h) Los funcionarios y servidores públicos, en las controversias que tengan relación directa con la entidad contratante o el sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
   i) Las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, o en cualquier registro de los colegios profesionales que impida el ejercicio de la profesión.
   j) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
   k) Aquellos que tengan antecedentes penales.
   l) Aquellos árbitros o adjudicadores sancionados con suspensión o exclusión vigente por faltas al Código de Ética de cualquier Institución Arbitral o Centro de Administración de

- En caso de obras, el adjudicador único o al menos el adjudicador que preside la JPRD debe ser un ingeniero o arquitecto con experiencia acreditada como proyectista, adjudicador, supervisor o residente, y/o con experiencia en gestión y/o administración contractual y/o gestión de proyectos.
- En caso de contratos de suministro, el adjudicador único o al menos uno de los adjudicadores de la JPRD debe contar con conocimiento y/o experiencia en el sistema nacional de abastecimiento.

Por su parte, el numeral 9.1 de la directiva establece las siguientes precisiones a la regla general consignada en el reglamento.

- Al presentar los documentos para la suscripción del contrato de obra, el postor ganador de la buena pro puede enviar a la entidad contratante un listado de profesionales que deben cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento y aquellos referidos a la experiencia específica establecida en las bases del procedimiento de selección, de ser el caso, para desempeñarse como adjudicador único o adjudicadores.
- Al momento de informar al Centro sobre su designación, conforme lo previsto en el segundo párrafo del numeral 8.1 de la Directiva, la entidad contratante remite el listado presentado por el postor ganador de la buena pro, de haberse presentado dicho listado; y, adicionalmente, puede incluir su propia lista de profesionales que cumplan con los requisitos establecidos en el Reglamento y aquellos referidos a la experiencia específica establecida en las bases del procedimiento de selección, de ser el caso, para ser adjudicador único o adjudicadores.
- El Centro propone a las partes la conformación de la JPRD mediante una lista de al menos seis profesionales, en un plazo máximo de tres días calendario contados a partir de la recepción de la comunicación que informa su designación como administrador. Una vez recibida la propuesta, las partes tienen un plazo de tres días calendario para presentar sus observaciones o comentarios. Consideradas dichas observaciones, el Centro procede a designar al adjudicador único o adjudicadores y notificar dicho nombramiento dentro de los tres días calendario siguientes.
- El adjudicador único o adjudicadores designados cuentan con un plazo de tres días calendario para aceptar o rechazar la designación. En caso de que el adjudicador único o adjudicadores no acepte o no se pronuncie dentro del plazo establecido, el Centro procede a nombrar un reemplazante de la lista inicialmente propuesta por ella. Si no resulta posible, el Centro reinicia el procedimiento de designación o designa a un profesional fuera de la lista original.
- La lista presentada por las partes no obliga al Centro a elegir necesariamente a los profesionales incluidos en ella.
- El Centro, al momento de comunicar la designación al adjudicador único o adjudicadores designados envía a estos y a las partes la propuesta de contrato tripartito. De existir comentarios al respecto, estos deben ser informados al Centro en el plazo de tres días calendario computados desde la notificación de dicha propuesta.

Juntas de Prevención y Resolución de Disputas, en tanto dure dicha suspensión o exclusión.

m) Aquellos árbitros o adjudicadores que cuenten con más de tres recusaciones fundadas resueltas en arbitrajes sobre contrataciones públicas, en los dos últimos años.

5. CONFORMACIÓN DE LA JPRD

El artículo 337 del RLGCP establece que la JPRD se conforma según el tipo de contratos, sea de suministros o de obras, y dentro de estos distingue entre el contrato bajo sistemas de entrega distintos a solo construcción; tema que es ampliado en las disposiciones específicas de la citada directiva, la que distingue entre el contrato de obra y de suministro.

5.1. El contrato de suministro

En el caso del contrato de suministro, el numeral 347.2 indica que la JPRD está conformada por un solo miembro, mientras que en el caso de obras, puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes, siendo que a falta de acuerdo, la JPRD se integra por un miembro, cuando el monto del respectivo contrato tenga un valor menor a 50,000,000.00 millones de soles, y por tres miembros cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a dicho monto.

Al respecto, el numeral 9.24 de la directiva efectúa la siguiente precisión respecto de la posibilidad de aplicar los lineamientos establecidos para los contratos de obra a los de suministro, indicando que estos son aplicables a los contratos de suministro, salvo en aquellos aspectos que, debido a su naturaleza, requieran una regulación distinta, como son:

De conformidad con el numeral 346.2 del artículo 346 del Reglamento, la JRPD es facultativa para los contratos de suministro que superan los 10 millones de soles.

La JPRD está compuesta por un solo adjudicador.

La JPRD tiene competencia para conocer y resolver cualquier discrepancia, desacuerdo y/o controversia de naturaleza contractual o técnica que surja entre las partes durante la ejecución del contrato, desde el inicio del plazo de ejecución hasta la entrega o el pago final. La finalización de su competencia, ya sea hasta el momento de la entrega o del pago final, debe ser determinada por las partes en el contrato tripartito o en una adenda posterior. En caso de no establecer este aspecto, se entiende que la competencia de la JPRD culmina con la entrega final.

Las reuniones periódicas se regulan de acuerdo a lo estipulado por la JPRD y las partes en el contrato tripartito.

Todas las disputas comprendidas en las decisiones de la JPRD pueden ser sometidas a arbitraje siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo haya manifestado oportunamente su desacuerdo total o parcial en los plazos establecidos por el artículo 80 de la Ley, debiendo interponerse el arbitraje respectivo dentro de los treinta días siguientes a la entrega o al pago final, según corresponda.

Si al momento de la entrega o del pago final a cargo de la entidad contratante, según corresponda, aun estuviera pendiente que la JPRD emita y notifique alguna decisión, el plazo de treinta días para someter a arbitraje se computa desde el día siguiente de notificada a las partes la decisión o la decisión que resuelve la aclaración o corrección, de ser el caso.

5.2. El contrato de obra

Cuando se trata de contratos de obra bajo sistemas de entrega distintos a solo construcción, el numeral 347.3 indica que en las bases del procedimiento de selección se puede establecer que la JPRD puede modificar su conformación para cada uno de los componentes del contrato, tomando en cuenta la experiencia y especialización de los miembros de manera diferenciada, precisando que el presidente de la JPRD permanece como tal para todos los componentes del contrato.

Sobre este tema, al igual que en el caso del contrato de suministro, la directiva establece precisiones a su regulación, en los numerales 9.1 al 9.23.

6. COMPETENCIA DE LA JPRD

Respecto a la competencia, en la Opinión N.° 025-2023/DTN se precisó que la JRD (JPRD):

> [...] es competente para ejercer sus funciones durante la ejecución de la obra; de esta manera, tratándose de contratos de obra que incluyan como parte de las prestaciones contractuales la elaboración del Expediente Técnico de obra, la participación de dicha Junta no comprende la fase de diseño

del proyecto, sino específicamente la fase de construcción en la cual se ejecuta la obra.

La competencia de la JPRD viene regulada en el numeral 76.4 del artículo 76 y por los artículos 79 de la LGCP y 348 del RLGCP, los que establecen que esta es competente para:

- Absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual o técnico.
- Resolver controversias técnicas y contractuales.
- Conocer y decidir toda discrepancia, desacuerdo y/o controversia que surja entre las partes de contenido contractual o técnico durante la ejecución contractual, desde el inicio del plazo de ejecución contractual hasta la entrega o el pago final para suministro, recepción total en el caso de obras, según corresponda, incluyendo aquellas que surjan de prestaciones adicionales aprobadas por la entidad contratante.
- Dictar toda las medidas provisionales, transitorias, temporales o de conservación, con la finalidad de asegurar la ejecución contractual y la efectividad de las decisiones.
- La liquidación de obras en caso sea así determinado en la estrategia de contratación, para lo cual se puede suscribir una adenda al contrato tripartito en caso surja una controversia en dicha etapa.
- Las controversias referidas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad.

7. FUNCIONES DE LA JPRD, LA PREVENCIÓN DE DESACUERDOS Y EL TRATAMIENTO DE LOS DESACUERDOS

En este contexto, el artículo 350 del RLGCP establece las funciones de la JPRD, indicando que estas son las siguientes:

- Asistir a las partes en la prevención de desacuerdos.
- Emitir opinión consultiva respecto de algún aspecto contractual y/o técnico que constituya una potencial controversia.
- Emitir decisiones vinculantes para las partes respecto de controversias.
- Otras que se establezcan en el contrato tripartito.

A estas funciones se le pueden agregar las consignadas en el artículo 351, referido a la prevención de desacuerdos, en la que se indica que esta promueve la prevención de desacuerdos, para lo que asiste a las partes para buscar entendimientos.

Por su parte, el numeral 351.2, respecto a los potenciales desacuerdos, indica que, si en cualquier momento, en particular durante las reuniones o visitas al sitio o terreno de la obra, la JPRD identifica la existencia de cualquier circunstancia que pueda constituir un potencial desacuerdo, recomienda a las partes evitar la discrepancia por sí mismas.

El problema surge cuando las partes no llegan a un acuerdo, momento en el cual la JPRD encuentra su razón de ser, ya que:

- A iniciativa de la propia JPRD o a petición de una de las partes y con el asentimiento de la otra, la JPRD asiste a las partes para lograr entendimientos o acuerdos, los cuales se dejan registrados por escrito.
- La asistencia para la prevención de desacuerdos prestada por la JPRD puede realizarse mediante conversaciones entre esta y las partes o mediante reuniones separadas con el previo asentimiento de la otra, apreciaciones o comentarios expresadas de manera oral o escrita, o de cualquier otra forma de asistencia que a juicio de la JPRD pueda ayudar a las partes a evitar el desacuerdo y llegar acuerdos.
- Ninguna de las opiniones, comentarios o propuestas que ofrezca la JPRD durante el ejercicio de la asistencia para la prevención de desacuerdos, la obliga a emitir una opinión consultiva o una decisión vinculante en el mismo sentido.

8. PARA LO QUE NO ES COMPETENTE LA JPRD

En los citados artículos 79 de la LGCP y 348 del RLGCP, se establece también los aspectos para los cuales la JPRD carece de competencia para pronunciarse, o decidir:

- No puede conocer controversias relativas a la validez, nulidad, o eficacia del contrato. Sus decisiones son obligatorias y son de inmediato cumplimiento.
- No dicta medidas que suspendan la ejecución contractual.
- Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa, o indebido, o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la CGR.

9. EL PROCEDIMIENTO ANTE LA JPRD Y EL PRESUPUESTO DE ARBITRABILIDAD

Sobre este tema, el artículo 80 de la LGCP dispone que las partes tienen un plazo de caducidad de 20 días hábiles para someter sus controversias a decisión de la JPRD, desde la fecha en que cualquiera de ellas comunica a la otra su desacuerdo con la materia, después de lo cual se indica:

- Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la JPRD su desacuerdo total o parcial con la decisión en un plazo de 20 días hábiles computados desde el día de notificación, o si habiendo comunicado tal desacuerdo, no se inicia el respectivo arbitraje dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 84[72] de la LGCP, la decisión de la JPRD adquiere mérito ejecutivo.
- El procedimiento ante la JPRD es un presupuesto de arbitrabilidad en aquellos contratos en los que se haya contemplado la inclusión de una cláusula de sometimiento a esta junta.

72

84.4. El arbitraje que verse sobre las controversias respecto de la validez, nulidad, resolución, terminación o ineficacia del contrato es solicitado en un plazo máximo de treinta días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

84.5. En todas las demás controversias, cualquiera de las partes da inicio al arbitraje, como máximo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a estas acciones:

a) La entrega del bien final, en el caso de los contratos de adquisición de bienes.
b) La presentación del entregable final, en el caso de los contratos de prestación de servicios.
c) La entrega de la obra, en el caso de los contratos de obra.

84.6. El cómputo del plazo regulado en los párrafos 84.4 y 84.5 del presente artículo tiene las siguientes excepciones:

a) Cuando con posterioridad a las actuaciones señaladas en los párrafos 84.4 y 84.5 aún se encuentre pendiente la decisión de la junta de prevención y resolución de disputas, el plazo se computa desde la fecha en que se emita la decisión de dicha junta o en la fecha en que esta quede disuelta.
b) En las controversias referidas a la conformidad del bien, servicio u obra, el plazo se computa desde la negativa de esta o desde el vencimiento del plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.
c) En las controversias referidas a la liquidación del contrato de obra, el plazo se computa desde la culminación del procedimiento de liquidación.
d) En las controversias referidas al pago final o prestaciones pospago de bienes y servicios, el plazo se computa desde la fecha en que se produce el pago final, o desde el vencimiento del plazo para realizar el pago final, o la prestación pospago que es materia de controversia.
e) En las controversias referidas a defectos o vicios ocultos, el plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la entidad hasta sesenta días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en la ley.

10. LAS ACTIVIDADES DE LA JPRD

Las actividades y el inicio de estas son reguladas por el artículo 349 del RLGCP, el numeral 9.2 de la directiva. El primero refiere a que la JPRD desarrolla sus actividades de manera ininterrumpida durante la ejecución contractual hasta la entrega o el pago final del suministro, o la recepción total de la obra, pudiendo llegar hasta la liquidación del contrato, actividades que se desarrollan según las siguientes pautas:

- Luego de suscrito el contrato tripartito, la JPRD realiza una reunión informativa para explicar su propósito, funciones, operatividad y la importancia del deber de colaboración en la prevención de conflictos. Ambas partes asisten a la reunión informativa.
- Cuando se trate de obras, la JPRD tiene la obligación de realizar reuniones y visitas periódicas presenciales al sitio o terreno de la obra, a fin de informarse adecuadamente de su avance.
- Es obligación de las partes remitir información a los adjudicadores respecto del avance de la obra, con la finalidad de que se detecten potenciales desacuerdos. Adicionalmente, los adjudicadores tienen acceso a la información de la ejecución contractual de la obra registrada en la Pladicop[73].
- El contrato tripartido contempla la frecuencia de la remisión de información, realización de reuniones y visitas al sitio o terreno de la obra mencionadas en los numerales precedentes.
- Los adjudicadores actúan de buena fe, siguiendo lo establecido en el Código de Ética del centro que administre la JPRD y su reglamento interno, y supletoriamente por el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones públicas del OECE.
- Los adjudicadores deben ser y permanecer independientes e imparciales, disponibles para atender sus funciones, e informar oportunamente la existencia de algún conflicto de interés o alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo.

El segundo establece las siguientes reglas para el inicio de las actividades de la JPRD:

73 Fe de erratas. Decreto Supremo N.° 009-2025-EF

- Una vez designados el adjudicador único o adjudicadores, la entidad contratante, y el contratista deben suscribir un contrato tripartito con ellos, con la intervención del Centro, en un plazo máximo de 5 días calendario contados desde la aceptación del último adjudicador de la JPRD o del adjudicador único.
- En cualquier caso, este procedimiento se completa dentro de los 20 días calendario posteriores a la comunicación al Centro de su designación como administrador. Las partes deben usar como base el modelo de contrato tripartito que forma parte de la directiva. El contrato adoptado no debe contradecir el contenido de dicho modelo y debe incluir, como mínimo, las cláusulas señaladas en el mencionado Anexo.
- En cualquier momento, las partes pueden resolver el contrato tripartito respecto a uno o más adjudicadores, actuando de forma conjunta y con una notificación previa de siete días, sin necesidad de justificar causa alguna. La resolución no implica responsabilidad adicional, salvo el pago de los honorarios pendientes por los servicios prestados hasta la fecha de la resolución. En los casos previstos en el párrafo anterior, la designación de los nuevos adjudicadores se efectúa conforme a lo dispuesto en el numeral 9.1 de la Directiva, en lo que resulte aplicable.
- La JPRD inicia sus actividades una vez suscritas el Acta de Inicio de Funciones, la cual debe ser firmada por el adjudicador único o todos los adjudicadores, la entidad contratante, el Contratista y un representante del Centro, dentro de un plazo máximo de cinco días contados desde la aceptación del último adjudicador o del adjudicador único. Para ello, se puede utilizar el modelo establecido en el Anexo N.º 3. En caso de producirse la suspensión del plazo de ejecución de la obra, conforme a lo previsto en el numeral 353.12 del artículo 353 del RLGCP, también se suspenden las funciones de la JRPD.
- Esta suspensión no implica el reconocimiento de honorarios adicionales ni gastos administrativos por parte del Centro, salvo acuerdo en contrario para llevar a cabo las acciones que pudieran corresponder para garantizar la eficacia de la ejecución contractual o salvaguardar los principios rectores de la contratación pública. No obstante, si al momento de la suspensión de la ejecución contractual se encuentra pendiente la emisión de una decisión, la JRPD continúa con el procedimiento y el plazo correspondiente, teniendo derecho al reconocimiento de los honorarios respectivos, de ser el caso.

11. LA OPINIÓN CONSULTIVA Y LA DECISIÓN VINCULANTE

Los artículos 352 y 353 del RLGCP, así como los numerales 9.12 de la directiva, regulan lo referente a la opinión consultiva (no vinculante) y a la decisión vinculante.

11.1. La opinión consultiva no vinculante

En cuanto a la opinión consultiva, el primero de los artículos ha establecido el siguiente trámite:

- Cualquiera de las partes puede solicitar directamente, pero siempre con el previo asentimiento escrito de la otra, que la JPRD absuelva consultas sobre algún aspecto de carácter contractual y/o técnico que sea fuente de una posible discrepancia y del que se necesite conocer su posición.
- La solicitud se presenta por escrito con el detalle y/o alcance sucinto de la consulta en forma de pregunta. La contraparte manifiesta

su conformidad o precisión a la consulta por escrito en un plazo no mayor de 2 días hábiles. Igual plazo opera de haber alguna precisión a la consulta.

- La JPRD puede ayudar a las partes a definir el alcance de la pregunta.
- Ninguna de las opiniones que emita la JPRD durante el ejercicio de esta función, la obliga a emitir una decisión vinculante en el mismo sentido.

Luego de cumplir con las formalidades respecto de la consulta planteada a la JPRD, esta procede a absolverla siguiendo el trámite especificado en el numeral 352.3, estableciendo en principio que este remite a las partes su opinión no vinculante en un plazo no mayor de 15 días hábiles, después de lo cual se sigue con el siguiente trámite:

- Si la consulta tiene un nivel de complejidad alto, solicitan a las partes una extensión de plazo, antes del vencimiento del plazo original.
- Recibida la opinión no vinculante, las partes pueden libremente buscar un entendimiento o en su caso, solicitar la prevención de desacuerdos de la JPRD para lograr algún acuerdo.

Sobre este tema, tal como hemos indicado, el numeral 9.12 de la directiva establece las siguientes reglas:

> Cualquiera de las partes puede solicitar directamente a la JPRD, a través del Centro, con el previo consentimiento escrito de la otra parte, que absuelva consultas sobre algún aspecto de carácter contractual y/o técnico que sea fuente de una posible discrepancia, del que se necesite conocer su posición y represente una diferencia de opiniones entre las partes.
>
> La solicitud debe presentarse por escrito, detallando de forma sucinta el alcance de la consulta en forma de pregunta. La otra parte debe presentar su absolución, manifestando su conformidad o precisando la consulta por escrito en un plazo no mayor de dos días de notificada con la solicitud. Este mismo plazo aplica en caso de que sea necesario realizar alguna precisión adicional a la consulta inicial. La JPRD puede asistir a las partes en la definición del alcance de la pregunta, si así se requiere. En la solicitud y durante la absolución de la consulta, cada parte debe exponer su posición de manera clara y precisa.
>
> La JPRD remite a las partes su opinión no vinculante en un plazo no mayor de 15 días de absuelta la solicitud de consulta o vencido el plazo otorgado sin absolución de esta. Si la consulta presenta un nivel de complejidad elevado, la JPRD puede solicitar a las partes una extensión del plazo, antes del vencimiento del plazo original, por un plazo no mayor de quince días.
>
> Las opiniones emitidas por la JPRD en el ejercicio de esta función no la obligan a emitir decisiones vinculantes en el mismo sentido en el futuro. Recibida la opinión no vinculante, las partes pueden libremente buscar un entendimiento o, en su caso, solicitar la intervención de la JPRD para la prevención de desacuerdos y la facilitación de un acuerdo.

11.2. La decisión vinculante. El sometimiento de la controversia a la

JPRD

Sobre este tema, en la Opinión N.° 025-2023/DTN, precedentemente citada, se estableció respecto de la decisión vinculante:

> La solución que haya determinado la Junta de Resolución de Disputas a través de la emisión de sus opiniones vinculantes no suspende la ejecución de sus funciones, sino que estas continúan desarrollándose a lo largo de la ejecución de la obra, hasta la recepción total de esta, conforme a lo establecido en el contrato y en la normativa de Contrataciones del Estado. (Opinión N.° 025-2023/DTN)

a) El sometimiento de la controversia

En este orden, la decisión vinculante es consecuencia del sometimiento de una controversia a la Junta, respecto de la cual los distintos numerales del artículo 353 establecen el trámite a seguir:

- Para someter una controversia a la JPRD, la parte interesada debe presentar a la JPRD una petición que incluya una descripción clara y concisa de la naturaleza y de la circunstancia de la controversia.
- La decisión que emita la JPRD al resolver una controversia es vinculante y de obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación.
- En el caso que se aclare o corrija una decisión esta adquiere el carácter de vinculante y de obligatorio cumplimiento desde la notificación del pronunciamiento respecto a la aclaración y/o corrección.

Sobre este tema, el numeral 9.13 de la directiva efectúa las siguientes precisiones:

- Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia.
- Una lista de peticiones que son sometidas a decisión de la JPRD.
- Una presentación de la posición de la parte.
- Cualquier sustento que fundamente la posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades, correspondencia, etc.
- La respuesta que dio la parte contraria, de ser el caso.

b) Contestación de la petición y la audiencia

La contestación de la petición y la audiencia se encuentran reguladas en los numerales 9.14 y 9.15 de la directiva, a los que remitimos al lector.

c) Adopción y contenido de la decisión

Los numerales 9.16 y 9.17 establecen, en resumen, las siguientes reglas respecto de la adopción y contenido de la decisión vinculante, las que son similares a las aplicadas en el arbitraje. Así se indica que salvo el caso en que la JPRD esté conformada por un solo adjudicador, la decisión es adoptada por unanimidad, o por mayoría con el voto favorable de al menos dos adjudicadores, siendo que, a falta de mayoría de dos adjudicadores, el voto del presidente de la JPRD es dirimente.

Los adjudicadores tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda. El adjudicador que no esté de acuerdo con la decisión debe exponer las razones que motivan su desacuerdo en un informe escrito por separado que no forma parte de la decisión, pero que se comunica a las partes conjuntamente con esta última. La omisión de este deber no constituye un obstáculo para la emisión de la decisión ni para su eficacia y obligatoriedad.

En cuanto al contenido, en el numeral 9.17 de la directiva se indica que luego de culminada la audiencia, así como la deliberación, la JPRD formula su decisión, la que debe incluir:

1. Un resumen de la controversia, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan.
2. Un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable.
3. Una cronología de los hechos relevantes.
4. Un resumen del procedimiento seguido por la JPRD.
5. Una lista de los documentos entregados por las partes durante el procedimiento.
6. La decisión en sí misma y su motivación

11.2.1. El cumplimiento de las decisiones

El numeral 353.4 establece que ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la JPRD, por cuanto tiene mérito ejecutivo. En este contexto las partes están obligadas a cumplir la decisión aun cuando cualquiera de ellas se reserve el derecho de someterla arbitraje, existiendo responsabilidad funcional o ad-

ministrativa en la autoridad de la gestión administrativa que rehúse, demore o frustre, por cualquier motivo cumplir con la decisión.

Por su parte, el numeral 353.7 precisa que el cumplimiento oportuno de la decisión de la JPRD es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la facultad de resolver el contrato o, demandar la ejecución de la decisión con base a su mérito ejecutivo, conforme al numeral 80.2 del artículo 80 de la LGCP, sea en sede arbitral, o en sede judicial, según corresponda.

Además de lo expuesto, se agrega que cuando la decisión de la JPRD implique un pago a cargo de la entidad contratante, este se realiza conforme a la normativa correspondiente.

11.2.2. La posibilidad de entendimiento de las partes antes de la notificación de la decisión vinculante o cuando esta se excedió de plazo

En relación con este tema se indica que hasta antes de la notificación de la decisión vinculante de la JPRD, las partes pueden libremente buscar un entendimiento sobre la controversia y, de considerarlo pertinente, solicitar la prevención de desacuerdos de la JPRD para lograr ello, siendo que, en este último caso, se suspende el plazo para la emisión de la decisión respecto de una determinada controversia hasta que las partes informen a la JPRD que la prevención de desacuerdos no resulta fructífera y que debe continuarse con el procedimiento para la emisión de la decisión vinculante.

Sin embargo, el numeral 353.9 establece que por acuerdo expreso ambas partes pueden conceder un plazo adicional a la JPRD previamente al vencimiento del plazo original para remitir la decisión vinculante.

En cuanto a la notificación fuera de plazo, en el numeral 353.8 indica que las decisiones emitidas y notificadas a las partes fuera del plazo establecido en la directiva que emita el OECE son ineficaces, situación en la cual, se agrega, las partes no pierden la facultad de buscar libremente y lograr un entendimiento o acuerdo sobre la controversia respecto de la cual la JPRD no haya notificado su decisión vinculante dentro del plazo establecido o que cuentan con decisión vinculante ineficaz.

11.2.3. La JPRD, el arbitraje y el presupuesto de arbitrabilidad

¿Cómo se llega al arbitraje durante la ejecución de la JPRD? Al respecto, tenemos que la normativa considera varias vías. Así, el numeral 353.10 indica que si al momento del pago final a cargo de la entidad contratante en caso de contrato de suministro, o la recepción total en caso de contrato

de obra, aún estuviera pendiente de que la JPRD emita y notifique alguna decisión, el plazo de 30 días hábiles para someter la controversia a arbitraje se computa desde el día siguiente de notificada a las partes.

Se agrega que, en caso, alguna o ambas partes formulan pedidos de corrección y/o aclaración, en los plazos y de acuerdo con el trámite establecido en la directiva emitida por el OECE, el plazo de 30 días hábiles para someter la controversia a arbitraje se computa desde el día siguiente de notificada a las partes el pronunciamiento de la JPRD respecto a la aclaración y/o corrección formulada en este supuesto no es necesario efectuar la reserva de arbitraje.

Por su parte, el numeral 353.11 establece las siguientes reglas para llegar al arbitraje:

- El agotamiento del procedimiento ante la JPRD es un presupuesto de arbitrabilidad para las controversias sometidas a su competencia.
- Las partes quedan habilitadas para someter a arbitraje aquellas controversias, cuando la JPRD no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto; o si la JPRD se disuelve antes de la emisión de una decisión y no pudo conformarse otra. En dichas circunstancias, el medio de resolución de controversias disponible para resolver la controversia es el arbitraje.
- Bajo responsabilidad, la autoridad de la gestión administrativa, en base al sustento técnico y legal remitido por la Procuraduría Pública de la entidad contratante o la que haga sus veces, evalúa la conveniencia o no de someter a arbitraje cada una de las controversias que cumplan con el supuesto de arbitrabilidad y con el numeral 80.2 del artículo 8074 de la LGCP, considerando criterios de costo-beneficio con un análisis detallado de cada controversia y ponderando los costos en tiempo y recursos de recurrir a la vía arbitral, así como la expectativa de éxito en dicha vía y los riesgos de no cumplir la decisión de la JPRD.
- En el arbitraje correspondiente, la JPRD no es parte del proceso, como tampoco sus miembros pueden actuar como árbitros, testigos o peritos.

En relación con este tema, el numeral 9.22 de la directiva indica que el agotamiento del procedimiento ante la JPRD es un requisito previo para que

74 80.2. Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la junta de prevención y resolución de disputas su desacuerdo total o parcial con la decisión en un plazo de veinte días hábiles computados desde el día de notificación o si habiendo comunicado tal desacuerdo, no se inicia el respectivo arbitraje dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 84 de la presente ley, la decisión de la junta de prevención y resolución de disputas adquiere mérito ejecutivo.

las controversias puedan ser sometidas a arbitraje, sin embargo, se indica, las partes están habilitadas para someter directamente sus controversias a arbitraje en los siguientes casos:

- Cuando la JPRD no emita ni notifique su decisión a las partes dentro del plazo previsto; o
- Cuando la JPRD se disuelva antes de emitir una decisión y no pueda conformarse otra.

11.2.4 Suspensión de actividades de la JPRD y emisión de decisión

El numeral 353.12 indica que, en caso de suspensión de la ejecución contractual, la JPRD suspende sus actividades; no obstante, de encontrarse pendiente la emisión de una decisión, la JPRD continúa con el procedimiento y plazo para ello.

11.2.5. La disolución de la JPRD

En estos casos, el centro y las partes quedan obligadas a conformar otra en un plazo no mayor a 30 días calendario, bajo responsabilidad de cada una de ellas. La inobservancia de esta disposición constituye el incumplimiento de una obligación esencial y causal de resolución del contrato.

12. LA RETRIBUCIÓN A LOS ADJUDICADORES Y DE LOS CENTROS

El tema es tratado en el artículo 354 del RLCP, donde se dispone que la retribución, costos y/o gastos de la JPRD y del centro que los administra forman parte del presupuesto de la inversión pública. En cuanto a los términos de la retribución, costos y/o gastos, se indica que este es asumido en partes iguales, conforme a lo establecido en las respectivas tablas de honorarios de los centros de administración.

En caso de falta de pago de una de las partes, la otra parte puede subrogarse y efectuar el pago, esto es incluido o descontado del pago de la valorización, según el caso que corresponda.

Finalmente, el numeral 354.4 establece que la JPRD y/o el centro están facultados a suspender sus funciones cuando la falta de pago persista por el periodo indicado en el reglamento del centro. La suspensión no puede superar los 30 días hábiles; tras ello y de persistir la falta de pago, la JPRD puede disolverse.

Capítulo XLIX

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (V)

El control administrativo sobre las instituciones arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas

SUMARIO: 1. El surgimiento de las IA y de las CAJPRD. 1.1. La crisis del arbitraje *ad hoc*, el fortalecimiento y crisis de las instituciones arbitrales. 1.2. La Junta de Resolución de Disputas. 2. El tratamiento normativo del control administrativo a las IA y a los CAJPRD hasta antes de la promulgación de la LGCE. 2.1. El control administrativo de las IA. 3. La Ley N.° 30225: el conflicto entre el arbitraje *ad hoc* e institucional. 4. El control administrativo de las IA en la Ley N.° 30225. 5. El control administrativo de las JRD en la Ley N.° 30225. 6. El diagnóstico de las IA y de los CAJRD y la nueva contradicción. 7. El control administrativo de las IA y CAJPRD: del D. U. N.° 020-2020 a la LGCP. 8. El control administrativo vía inscripción en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas-REGAJU. 8.1. El cumplimiento de los requisitos generales como mecanismo de control administrativo. 8.2. Requisitos adicionales para las IA. 8.3. Requisitos adicionales para los CAJPRD. 9. Los procedimientos ante el REGAJU como control administrativo. 9.1. Procedimiento para la incorporación de IA y CEJPRD en el REGAJU. Sujeto a silencio administrativo negativo. 9.2. La suspensión en el REGAJU a pedido de parte. Sujeto a silencio administrativo positivo. 9.2.1. Retiro definitivo a pedido de parte del REGAJU. Sujeto a silencio administrativo positivo. 10. Establecimiento de la obligación de informar a la IA y CAJPRD como control administrativo. 10.1. El registro de información en el Pladicop. 10.2. Registro de información en general. 10.3. Registro adicional de las IA. 10.4. Registro adicional de los CAJPRD. 11. El control administrativo a través del ejercicio de la potestad sancionadora. El retiro temporal y exclusión del REGAJU de las IA y CAJPRD. 11.1. La tipicidad de las infracciones. 11.2. Las sanciones. 11.3. El procedimiento sancionador. 11.3.1. La fase instructora. 11.3.2. La fase sancionadora. 11.4. La gradualidad de las sanciones. La responsabilidad objetiva, subjetiva y la motivación de la sanción. 11.4.1. La sanción de multa y retiro temporal. 11.4.2. El retiro temporal y la exclusión del REGAJU. 11.5. Concurso de infracciones. 11.6. El recurso de reconsideración. 11.7. Recurso de apelación. 11.8. Prescripción y caducidad.

La solución de controversias, en el marco de las contrataciones estatales, en particular en la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (en adelante, LGCP), se desenvuelve en dos fases del procedimiento de contratación, como son la precontractual o de selección, y las que se generan desde el perfeccionamiento del contrato, constituyendo, ambas, vías de naturaleza jurídica y procedimientos distintos.

En el segundo caso, luego de la suscripción o perfeccionamiento contractual, el artículo 76 de la LGCE establece como vías a la solución de controversias a la JPRD; la conciliación; el arbitraje, pudiéndose considerar las que se consignen en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional; teniendo también en este espacio la participación de actores diferentes a las partes a los que se refiere el numeral 7.1 del artículo 7 de la LGCE, como son los conciliadores, árbitros, peritos, adjudicadores, amigable componedor y otros que pudieran surgir, dada la amplitud que podrían tener en este extremo los contratos estandarizados.

Pero, además, participan, como apoyo los centros de conciliación, las IA, los CAJPRD, y algún otro que pudiera surgir en forma específica o vinculado a un tipo de contrato en particular; teniendo cada uno de ellos naturaleza jurídica diferente.

En el escenario descrito, la normativa establece la articulación entre el sector público y privado, por cuanto quienes se vinculan de una u otra forma a la solución de controversias en un contrato administrativo son profesionales y organizaciones del ámbito privado, siendo que concita nuestra atención los términos de la relación que se establece entre la Administración Pública, las IA y los CAJPRD; interés que se incrementa cuando apreciamos que las IA se desenvuelven en el ámbito jurisdiccional arbitral reconocido constitucionalmente, mientras que los CAJPRD carecen de dicha condición jurídica. A pesar de la diferencia citada, ambas tienen en común en que no resuelven controversia alguna, ya que esta labor se encuentra reservada, según corresponda, a los árbitros o adjudicadores.

La revisión de los artículos de la LGCE y del RLGCP, que hacen referencia a la relación del sector público con las IA y los CAJPRD, nos permite apreciar que la Administración Pública tiene dos titulares para el registro,

como son el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N.° 1660, y el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (en adelante, OECE), que tiene a su cargo el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas (en adelante, REGAJU) quienes tienen no solo una función de registro, sino también, según corresponda, la de control y de ejercicio de potestad sancionadora; situación que invita a la reflexión plasmada en el título de este artículo.

Si su naturaleza jurídica es de índole privada y de funciones distintas, ¿cuáles son los términos normativos del relacionamiento contralor entre la Administración Pública, las IA y los CAJRD? ¿La Administración Pública ejerce, en forma análoga para ambos casos, funciones de registro, control y de potestad sancionadora respecto de las IA y los CAJPRD?

La respuesta a la interrogante planteada nos lleva previamente a revisar los antecedentes de ambas instituciones en la normativa nacional, la evolución de su vinculación desde la esfera del control con la Administración Pública, así como la forma en que se ha establecido en la LGCP y en el Reglamento (en adelante, RLGCP), para terminar con una reflexión teórica sobre el porqué de esta forma de control.

1. EL SURGIMIENTO DE LAS IA Y DE LAS CAJPRD

En la historia reciente, las dos organizaciones surgen de negar a otras. Las IA están vinculadas, en su desarrollo, a la crisis del arbitraje *ad hoc* en las contrataciones públicas, acaecido hace algunos años a raíz de las denuncias de corrupción, mientras que los CAJPRD se originan en la nueva visión para resolución de controversias que se impuso en las contrataciones públicas a partir de la promulgación de la Ley N.° 30225, y surge como alternativa al arbitraje.

1.1. La crisis del arbitraje *ad hoc*, el fortalecimiento y crisis de las instituciones arbitrales

En el 2013 se publicaron dos estudios relevantes sobre el arbitraje en contrataciones públicas. El primero, a cargo del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominado "Tendencias del arbitraje en la contratación pública: análisis de laudos arbitrales" (en adelante, CARC-PUCP) (Guzmán-Barrón Soldevilla *et al.*, 2014), y el segundo, efectuado por a la Contraloría General de la República,

el que tenía como título "El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013" (República, 2013).

Ambas investigaciones abordaban el tema de los arbitrajes *ad hoc* e institucional, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. El efectuado por el CARC-PUCP concluía en que del total del universo revisado (sobre la base de su muestra) en el periodo indicado, que el 71.8 % correspondía a arbitrajes *ad hoc*, mientras que el 28.2 % es institucional, dividiéndose estos entre el institucional OSCE (11.7 %) e institucional en general (16.5 %); mientras que el de CGR establecía que hasta el año 2013 el 62 % de los arbitrajes eran *ad hoc*, mientras que el 37.6 % eran institucional, estando un 0.4 % sin datos.

Los resultados condujeron, en particular, en el caso del efectuado por el CARC-PUCP, a apreciaciones y recomendaciones que tenían como objetivo revertir dicha situación, planteando que debían "revisarse las bondades del uso mayoritario del arbitraje *ad hoc* para la contratación pública, así como el rol del SNA-OSCE", por cuanto consideraba que este no era el más idóneo "para asegurar la adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado", debido a la limitada duración de los tribunales arbitrales y a la amplia discrecionalidad que en él existía para fijar las reglas del arbitraje, lo que podía facilitar "que sea más susceptible de ser usado para llevar a cabo malas prácticas". La crítica al arbitraje *ad hoc* tenía su contraparte en la relevancia que se hacía respecto del arbitraje institucional, donde el estudio destacaba las bondades de este, indicando que la falta de idoneidad, transparencia y asimetría informativa se superaría si se estableciera "que el arbitraje en materia de contratación pública debe ser plenamente institucional".

En junio del 2014, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la República el Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, el que estuvo signado con el número 3626/2013-PE, en cuya exposición de motivos se hacía referencia al fortalecimiento del arbitraje institucional (Poder Ejecutivo, 2014), ruta que precisó en el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.° 350-2015-EF. El proyecto de ley del ejecutivo tuvo como sustento al estudio efectuado por CARC-PUCP (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 62 de 152]).

Al final, el arbitraje institucional se impuso y desplazó al *ad hoc*. Las modificaciones posteriores siguieron acentuando esa tendencia, proceso que a su vez condujo, a la vuelta de los años, a la proliferación de una cantidad importante de centros de arbitraje, a los que, a la fecha, también se les cuestiona la falta de idoneidad, siendo el tema del presente no solo el control de estos, sino, también, la reducción de su número, ya que en el fondo se trata de un mercado de servicios arbitrales.

La salida a dicha problemática vino desde el Poder Ejecutivo, el que, el 27 de diciembre del 2024, promulgó el Decreto Supremo N.° 278-2024-EF, por el que se modificó sustancialmente el artículo 226 del reglamento hoy derogado, ya que mediante él se establecía que en el convenio arbitral se encomendaba a una IA la organización y administración del arbitraje, siendo que en el numeral 226.2 se agregó:

> La institución arbitral es elegida por el postor ganador de la buena pro de la lista de instituciones arbitrales que haya propuesto la Entidad en los documentos del procedimiento de selección o para la suscripción del contrato. Para dicho efecto, al remitir los documentos para la suscripción del contrato, el postor ganador de la buena pro comunica la institución arbitral elegida de la referida lista, caso contrario, acuerda con la Entidad una institución arbitral distinta. En caso de falta de acuerdo, la institución arbitral es elegida de la mencionada lista por la Entidad de manera definitiva.

Esta disposición fue incorporada, precisada y ampliada en el numeral 332.2 del artículo 332 del RLGCP, ya que se agregó que, "en caso de falta de acuerdo, la institución arbitral es elegida de la mencionada lista por la entidad contratante de manera definitiva".

1.2. La Junta de Resolución de Disputas

La Junta de Resolución de Disputas (en adelante, JRD) apareció inicialmente en las normas de regulaban las asociaciones público-privadas, en razón de que en la undécima disposición complementaria modificatoria de la Ley N.° 30114, publicada el 2 diciembre 2013, se modificó el numeral 9.6 del Decreto Legislativo N.° 1012, incorporando como mecanismo de solución de controversias a la JRD, momento en el cual el arbitraje *ad hoc* hacía crisis.

Posteriormente, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 3626/2013-PE, se hizo referencia, como innovación normativa, a las bondades de la JRD como medio de solución de controversias en los contratos de obras (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 59 de 152]), desarrolándola en su reglamento, así como en las modificaciones que sucesivamente se produjeron hasta la reciente promulgación de la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley N.° 32069.

En este escenario, las JRD impulsaron el surgimiento de los CAJPRD, los que fueron incorporados como una actividad conexa de la IA, después de lo cual comenzaron a sugir una cantidad significativa de centros admi-

nistradores de la JRD, por lo que a la fecha se plantea también, respecto de ellos, el control y su depuración.

2. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DEL CONTROL ADMINISTRATIVO A LAS IA Y A LOS CAJPRD HASTA ANTES DE LA PROMULGACIÓN DE LA LGCE

A efectos de conocer los términos del control administrativo del presente a las IA y CAJPRD, previamente analizaremos la forma en que la Administración estableció control respecto de ambas hasta antes de la promulgación de la LGCE, lo que implica periodizar el estudio, siendo que una primera etapa comprendería desde la promulgación de la Ley N.° 26850 hasta la derogatoria del Decreto Legislativo N.° 1017, la segunda abarcaría el tiempo de vigencia de la Ley N.° 30225, y la tercera se iniciaría con la Ley N.° 32069.

2.1. El control administrativo de las IA

El arbitraje en el Perú siempre estuvo vinculado a las controversias entre privados, y, en el mejor de los casos, a las que tenía el Estado peruano a nivel internacional, ese fue el espacio inicial, el que era limitado no solo por la escasez de actores, sino también por el modelo económico y la crisis de los años setenta y ochenta, siendo la consecuencia lógica la casi inexistencia de IA, escenario donde destacaba el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Esta situación se modificó sustancialmente con la Constitución Política de 1993. La modificación primero, y promulgación después, de una nueva Ley de Arbitraje, así como de la promulgación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N.° 26850 (en adelante, LCAE), incorporaron la posibilidad de que la Administración Pública pudiera dilucidar en la vía arbitral las controversias contractuales con personas jurídicas y naturales nacionales, pauta que se mantuvo en los años siguientes con el Decreto Legislativo N.° 1017 y la Ley N.° 30225.

Esta ampliación del escenario dio lugar al surgimiento del arbitraje administrativo, el que debido a la significativa cantidad de controversias contractuales que tenía que dilucidar la Administración Pública con los contratistas, implicó la generación de un mercado de servicios arbitrales, el que estaba compuesto por los árbitros, los secretarios e instituciones arbitrales, coextiendo, sin conflictuar, el arbitraje *ad hoc* y el institucional; coexistencia

que concluyó hace algunos años con la liquidación del primero por las razones que hemos expuesto precedentemente.

a) El control del arbitraje de la Ley N.° 26850 al Decreto Legislativo N.° 1017

El literal "b" del artículo 41 de la Ley N.° 26850, promulgada el 9 de julio de 1997, establecía el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la fase de ejecución contractual, remitiendo para ello a la Ley N.° 26572, Ley General de Arbitraje, de 20 de diciembre de 1995, norma en cuyo artículo 6 se hacía referencia a las instituciones arbitrales, indicándose que estas debían constituirse como persona jurídica, estando facultadas para nombrar árbitros, establecer procedimientos y reglas arbitrales, no abundando en más detalles respecto de ellas; disposición que fue recogida en el artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en delante RLCAE), aprobado por Decreto Supremo N.° 039-98-PCM.

Pero sucedió algo más. El reglamento acotado estableció disposiciones específicas respecto del arbitraje que se desenvolvía en el marco de la LCAE, con lo que se fue generando una normativa especial determinando a la vez el carácter de norma general supletoria de la Ley de Arbitraje.

Seguidamente, la Ley N.° 26850 fue modificada sustancialmente por la Ley N.° 27330, de 26 de julio del 2000[75], aprobándose, en consecuencia, un nuevo reglamento[76], siendo que en este último se eliminó a la negociación asistida y al peritaje como mecanismos de solución de controversias en la ejecución contractual, para privilegiar el arbitraje y la conciliación.

En este contexto, el artículo 153 del citado Reglamento estableció respecto de los árbitros, que estos debían estar inscritos el Registro de Árbitros, facultando al Consejo Superior de Contrataciones del Estado (en adelante, CONSUCODE) a establecer el procedimiento para la incorporación de profesionales, disposición que significó la creación del Registro Nacional de Árbitros (en adelante, RNA), así como la determinación de los requisitos para integrarse a él, como era la capacitación y la evaluación.

La modificación también permitió la ampliación del artículo 53 de la Ley N.° 26850, estableciendo en forma expresa la obligatoriedad del arbitraje, mientras que el nuevo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 013-2001-PCM, suprimió el artículo 132 que hacía referencia al arbitra-

75 Luego se aprobó el Texto Único Ordenado mediante Decreto Supremo N.° 012-2001-PCM
76 Aprobado por Decreto Supremo N.° 013-2001-PCM

je institucional en general, para darle mayor protagonismo en la regulación del arbitraje al CONSUCODE, el que se constituía en institución arbitral.

Establecido el marco normativo que significaba la creación del arbitraje administrativo, donde el CONSUCODE regulaba y controlaba tanto el arbitraje *ad hoc* como el institucional, lo que vino después fue la ampliación de la regulación y del control administrativo mediante directivas, las que comprendieron inicialmente a los árbitros, para luego avanzar a aspectos específicos[77].

En este periodo también se concretó el control administrativo del arbitraje, para lo que se emitieron diversos documentos de gestión, como el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (en adelante, SNCA)[78], el que se constituyó como una organización destinada a administrar los arbitrajes, convirtiendo al CONSUCODE en una institución arbitral especializada en contratos administrativos, sin negar la existencia de otras IA privadas, alcanzado sus funciones al arbitraje *ad hoc*.

En esta fase expansiva de normativización y control del arbitraje administrativo se estableció la obligación de remitir los laudos arbitrales[79], se reguló la instalación de tribunales arbitrales *ad hoc*[80], se determinó el procedimiento para la devolución de honorarios de los árbitros[81], y se estableció el procedimiento para la designación de árbitros[82].

El 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1017[83], mientras que con el Decreto Supremo N.° 184-2008-EF se aprobó su reglamento, iniciándose así un nuevo ciclo en la regulación del arbitraje en contrataciones del Estado; fase en la cual la Administración Pública mantendría y ampliaría su control sobre los mecanismos de solución de controversias[84], mientras que en paralelo al interior del arbitraje otro proceso estaba en curso.

77 Se aprobaron directivas vinculadas a la gestión de ambos, como fueron: la Directiva N.° 014-1999-CONSUCODE/PRE sobre requisitos y procedimiento para la incorporación de árbitros, y las que en el mismo sentido se emitieron, como las Directivas N.° 015-2001/CONSUCODE/PRE, la N.° 006-2004-CONSUCODE/PRE, la N.° 005-2005-CONSUCODE/PRE y la N.° 004-2006-CONSUCODE/PRE.

78 Aprobado mediante Resolución N.° 242-2002-CONSUCODE/PRE y modificado por Resolución N.° 356-2003- CONSUCODE/PRE, y cuyo Texto Único Ordenado se aprobó con Resolución N.° 016-2004-CONSUCODE/PRE

79 Directiva N.° 002-2005-CONSUCODE

80 Directiva N.° 003-2005-CONSUCODE

81 Directiva N.° 004-2005-CONSUCODE

82 Directiva N.° 015-2005-CONSUCODE

83 Derogó la Ley N.° 26850

84 Mediante Directiva N.° 019-2012-OSCE/PRE, modificada por Resolución N.° 373-2013-OSCE/PRE, se estableció el procedimiento para la designación residual de árbitros

Durante el periodo de vigencia del acotado decreto legislativo se inició la crítica al arbitraje *ad hoc* y al rol del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE, ex CONSUCODE), lo que quedó plasmado en los citados estudios de la CGR y el CARC-PUCP, a los que se agregaban las críticas que se realizaron en distintos medios de comunicación, después de lo cual, en julio del 2014, se promulgó la Ley N.° 30225, la que con nuevo enfoque empezó a cambiar el arbitraje en contrataciones pública en el Perú.

3. LA LEY N.° 30225: EL CONFLICTO ENTRE EL ARBITRAJE *AD HOC* E INSTITUCIONAL

En síntesis, antes de la Ley N.° 26850, los centros de arbitraje solo se dedicaban a administrar controversias entre privados, cambio que se aceleró con las sucesivas leyes de arbitraje[85], que pusieron al Estado peruano a la par de un particular, desde el año 2001. Así, en los años venideros, el país asistió al "Boom" del arbitraje administrativo, inaugurándose el marcado de servicios arbitrales, el que creció exponencialmente, afectando el desarrollo de los otros mecanismos de solución de conflictos como la conciliación, que siempre ha tenido un rol mediatizado, y la eliminación de la negociación asistida y del peritaje, y, generándose a la vez, contradicciones entre el arbitraje *ad hoc* y el institucional.

Inicialmente, la mayor parte de los arbitrajes eran *ad hoc*, situación que impedía que instituciones arbitrales privadas se pudieran desarrollar, escenario que prontamente cambiaría, a través de las propuestas normativas. En la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 3226, que dio origen a la Ley N.° 30225, se argumentaba que el arbitraje *ad hoc* era el más utilizado, manifestando seguidamente que consideraban importante reforzar el arbitraje institucional para generar mayor confianza en su uso (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 61 de 152]), perspectiva que se plasmó en la futura ley.

El 11 de julio del 2014 se promulgó la Ley N.° 30225, en cuyo numeral 45.5 se estableció que el arbitraje era institucional, estando a cargo de una IA acreditada por el OSCE, criterio reiterado en el artículo 184 de su Reglamento[86]; mientras que el 16 de setiembre del 2018 se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1444, que modificó la Ley N.° 30225[87], que tuvo como

85 Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N.° 25935, derogada por la Ley N.° 26572, Ley de Arbitraje, derogada por el Decreto Legislativo N.° 1071, Ley de Arbitraje, vigente a la fecha

86 Aprobado por Decreto Supremo N.° 350-2015-EF

87 Mediante Decreto Supremo N.° 082-2019 se aprobó el Texto Único Ordenado de la ley.

consecuencia la aprobación de un nuevo reglamento[88], siendo este último el que terminó de relegar al arbitraje *ad hoc*, esta vez, del ámbito del OSCE.

En el numeral 225.3 del artículo 225 se indicaba que el arbitraje *ad hoc* solo sería recurrible cuando el valor referencial o valor estimado fuera igual o inferior a 5 millones de soles, mientras que el numeral 236.2 del artículo 236 reducía la participación del OSCE en los arbitrajes institucionales al disponer que este se abocará a ellos cuando se tratara de bienes y servicios cuyo valor estimado sea igual o menor a 10 UIT. A esta afectación, se sumó el Decreto de Urgencia N.° 020-2020, de 24 de enero del 2020, que modificó el Decreto Legislativo N.° 1071, Ley de Arbitraje, por el que se estableció que "cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional".

Estas normas relegaron definitivamente al arbitraje *ad hoc*, pero, además, redujeron sustancialmente la participación del OSCE en los arbitrajes institucionales, pasando a ser administrados por organizaciones privadas, estando sujetas a un control mínimo.

4. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS IA EN LA LEY N.° 30225

La Ley N.° 30225 tuvo un discurso contradictorio respecto del control del arbitraje. Por un lado, casi eliminaba el arbitraje *ad hoc*, y reducía el rol del OSCE invocando el artículo 60 de la Constitución Política, y, por el otro, incrementaba el control sobre los árbitros y las IA.

En cuanto a la labor del OSCE, en la exposición de motivos se establecía que este desarrollaría las "actividades vinculadas a la organización y administración de arbitrajes, pero de manera subsidiaria, es decir, procurando atender la demanda de servicios arbitrales para controversias que involucren cuantías menores" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 65 de 152])

Pero, por otro lado, respecto del control, establecía mayores requisitos de acreditación de los árbitros, a los que se les exigía, además de la capacitación en derecho administrativo, contrataciones del Estado y arbitraje, el estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros (en adelante, RNA), al que se accedía luego de aprobar el examen respectivo.

En cuanto a las IA, en la exposición de motivos se fijaba como obligación de la Administración el asegurar que el servicio que estas brindaran reuniera las condiciones mínimas de calidad y seguridad, para lo que se le asignaba al OSCE la facultad de acreditarlas, siempre y cuando cumplieran

88 Aprobado por Decreto Supremo N.° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N.° 377-2019-EF

con los "parámetros, requisitos y lineamientos que sean establecidos en la directiva" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 61 de 152]). La acreditación conducía a la vez a la habilitación para brindar el "servicio de organización y administración de arbitrajes en contrataciones del Estado" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 61 de 152]).

La propuesta se plasmó en los numerales 45.31, 45.32 y 45.33 de la Ley N.° 30225, en los que se establecía, como regla general, el control administrativo del arbitraje institucional y por extensión de las IA. Se precisaba que el OSCE organizaba y administraba un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario, el que se regía por su propio reglamento y subsidiariamente por la normativa general de arbitraje, estableciendo como obligación de las IA el registrar en el SEACE la información que correspondiera.

Posteriormente, el Reglamento inicial, aprobado por Decreto Supremo N.° 350-2015-EF, desarrolló las disposiciones de la LCE, como el de la obligación de acreditación de la IA ante el OSCE y de la publicación, por parte de este, de las que estaban acreditadas, los requisitos para mantener la acreditación, así como la información que estas debían remitir al OSCE; disposiciones que se mantuvieron en el nuevo reglamento de la citada ley[89].

Estando a lo dispuesto en las normas glosadas respecto del control administrativo, mediante Resolución N.° 275-2016-OSCE/PRE, se aprobó la Directiva N.° 024-2016-OSCE/CD, "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE", obviando el OSCE emitir normativa que regulara el arbitraje administrado por terceros.

5. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS JRD EN LA LEY N.° 30225

A diferencia de lo que sucedió con el arbitraje, la historia de la JRD en el ámbito de las contrataciones públicas es de reciente data, a pesar de que a nivel internacional venía siendo aplicada en otros países en el ámbito de las contrataciones públicas, habiendo sido incorporada inicialmente a la normativa nacional el año 2014 mediante el Decreto Legislativo N.° 1012, "Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de procesos de promoción de inversión privada", y luego, al de las contrataciones públicas, por la Ley N.° 30225.

89 Aprobado por Decreto Supremo N.° 344-2018-EF, y modificado por los siguientes decretos supremos: N.° 377-2019-EF, N.° 168-2020-EF y N.° 250-2020-EF.

En la exposición de motivos de la citada ley se indicaba que mediante ella se buscaba obtener una pronta y optima solución de controversias en los contratos de obra pública de significación económica, siendo sus decisiones vinculantes para las partes (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 61 de 152]), apreciaciones que se plasmaron en la Ley N.° 30225, promulgada en julio del año 2014, y su reglamento[90].

La JRD estaba considerada como medio de solución de controversias, específicamente en el numeral 45.1, en el que se establecía la obligatoriedad de su instalación a partir de determinados montos contractuales, mientras que el artículo 206 del reglamento hacía referencia a los centros de administración de JRD, indicando que debían prestar servicios de organización y administración, así como sus funciones, tablas de honorarios y remitiendo a la directiva los requisitos que debían cumplir para su funcionamiento, manteniéndose dicho criterio en las siguientes modificaciones del reglamento.

En este orden, mediante Directiva N.° 020-2016-OSCE/CD[91], derogada por la Directiva N.° 012-2019-OSCE/CD, se reguló específicamente la JRD, estableciéndose los requisitos para ser considerado como Centro, así como las funciones de este, determinándose también la inscripción en una relación de estos, para lo que previamente debían suscribir una declaración jurada de cumplimiento de los requisitos.

Al igual que en el caso de las IA, al finalizar el periodo de vigencia de la Ley N.° 30225, el control administrativo sobre los CAJRD era escaso, lo que cambiaría sustancialmente con la promulgación de la nueva normativa.

6. EL DIAGNÓSTICO DE LAS IA Y DE LOS CAJRD Y LA NUEVA CONTRADICCIÓN

Las consecuencias negativas de las modificaciones efectuadas por la Ley N.° 30225 se manifestaban de distinta manera. En principio, se produjo una concentración de los servicios arbitrales en pocas IA, situación que se modificó en los años venideros, por cuanto se incrementó su número, siendo que al 22 de agosto de 2025 el RENACE indicaba que existían 327 centros de arbitraje con un total de 5065 árbitros inscritos (RENACE, 2025).

La cantidad no sería problema, ya que en una economía de mercado lo que debe primar es la competencia, y no la vocación monopólica u oligopólica, pero lastimosamente el servicio se deterioró. En la exposición de mo-

90 Aprobado con Decreto Supremo N.° 350-2015-EF.

91 Modificada por Resolución N.° D000314-2022-OSCE-PRE

tivos del Proyecto de RLGCP se indica que se había constatado que había IA que no cumplían con los requisitos para brindar un servicio "eficiente e idóneo", agregando que "de un total de treinta instituciones arbitrales consultadas [...] la totalidad de dichas instituciones no cuentan con los requisitos mínimos para su funcionamiento" (Poder Ejecutivo, 2024, [p. 95]).

Al igual que en el caso de la IA, con el paso de los años también se fueron incrementado los centros a cargo de administrar JRD, llegando a octubre del 2024, según la relación del OSCE, a 38, cifra bastante menor de las instituciones vinculadas al arbitraje. En cuanto a las críticas, tenemos que estas son similares a las que indicara para las IA, agregando que se carecía de información respecto de la administración de cada centro, existiendo solo un listado publicado por el OSCE, concluyendo, al igual que en el caso de las IA, en que era necesario contar con centros "idóneos y eficientes" (Poder Ejecutivo, 2024, [p. 96]).

En consecuencia, devenía en imperativo modificar el Decreto Legislativo N.° 1071, norma que regula el arbitraje, a efectos "de fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen graves perjuicios al Estado peruano". Así, el 24 de enero del 2020, mediante Decreto de Urgencia N.° 020-2020, se modificó el Decreto Legislativo N.° 1071, siendo que en los considerandos del citado decreto de urgencia se planteaba una nueva contradicción, distinta a la ya superada entre el arbitraje *ad hoc* y el institucional, esta vez era al interior de este tipo de arbitraje, pero en particular respecto de su administración.

Así, se indicaba en el quinto párrafo del considerando que el arbitraje era el medio idóneo para resolver las controversias entre particulares, en razón de que había sido diseñado para tal fin, pero en atención a la particularidad de los arbitrajes en contrataciones estatales, no resultaba adecuado "para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país"; argumento similar al que sirvió para excluir al arbitraje *ad hoc*.

En síntesis, lo que nos informaba el decreto de urgencia era que desde su inclusión en la normativa de contrataciones del Estado, tanto las IA como los centros a cargo de administrar las JRD, han carecido de control administrativo, situación distinta a la de los árbitros, quienes además de las exigencias de capacitación especializada, y cumplimiento de normativa específica a su actividad, debían estar inscritos en el RNA; situación que fue ratificada en la exposición de motivos tanto de la Ley N.° 32069, como en la de su reglamento.

7. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS IA Y CAJPRD: DEL D. U. N.° 020-2020 A LA LGCP

Estando a los considerandos del D. U. N.° 020-2020, en la primera disposición complementaria final se dispuso que tanto el Registro de Árbitros, como el de los Centros de Arbitraje, estarían a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para lo que se creaba el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (RENACE), con la cual el OSCE era relevado del control administrativo de estos.

Seguidamente, se promulgó la Resolución Ministerial N.° 0159-2020-JUS, por la que se aprobaron los lineamientos que regulan el RENACE[92], precisándose que la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (en adelante, DGDPAJ), a través de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante, DCMA), estará a cargo de la administración de los datos del RENACE, el que contendría únicamente la nómina de centros de arbitraje a nivel nacional, siendo este registro voluntario y la información de acceso público.

La constatación, por parte del Poder Ejecutivo, de que las instituciones de apoyo a los medios de solución de controversias en la fase de ejecución contractual, en los términos establecidos en la Ley N.° 30225 y su reglamento, y modificatorias, no habían dado los resultados esperados, condujo a presentaran un Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, y de reglamento[93], el que luego de promulgados han modificado sustancialmente el control administrativo de las IA y de los CAJPRD.

8. EL CONTROL ADMINISTRATIVO VÍA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE INSTITUCIONES ARBITRALES Y CENTROS DE ADMINISTRACIÓN DE JUNTAS DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS-REGAJU

En este orden, tenemos que en los numerales 77.1 al 77.5 del artículo 77 de la LGCE, así como los artículos 318 al 326 del RLGCP, y la Directiva N.° 004-2025-OECE-CD, Directiva del "Registro de IA y CAJPRD", regulan el accionar de las IA y de los CAJPRD, en los que se establece, entre otras cosas, los términos del control administrativo, a los que se debe agregar los consignados en la Directiva N.° 004-2025-OECE/CD, aprobada por Resolución N.° D000053-2025-OSCE-PRE, "Registro de Instituciones Arbitrales

92 Definen al Centro de Arbitraje como la persona jurídica que desarrolla actividades de organización y administración de arbitrajes institucionales

93 Ley N.° 32060, Ley General de Contrataciones Públicas
Reglamento de la LGCP aprobado por Decreto Supremo N.° 009-2025-EF

y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas (REGAJU)", y la Directiva N.° 002-2025-OECE/CD, aprobada por Resolución N.° D000051-2025-OSCE-PRE, "Junta de Prevención y Resolución de Disputas".

La primera forma de control es el de la obligatoriedad de incorporación en el REGAJU, administrado por el OECE, cumpliendo los requisitos establecidos en la normativa, tal como lo dispone el cual el numeral 77.3 del artículo 77 de la LGCP:

> La incorporación de las instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas en el registro al que hace referencia el párrafo precedente es constitutivo. Su exclusión o suspensión de dichos registros impiden el ejercicio de la administración de junta de prevención y resolución de disputas o arbitrajes respecto a controversias en el ámbito de aplicación de la presente ley.

A esta obligación se agrega la definición de su naturaleza jurídica y la determinación de la relatividad de la inscripción, tal como se indica en el numeral 322.3 del artículo 322 del RLGCP, que precisa que la inscripción es de índole constitutivo y de vigencia indeterminada, siendo en consecuencia generador de derechos; condición jurídica que se relativiza, por cuanto puede cambiar si la IA o el CAJRD dejan de cumplir con los requisitos establecidos para su incorporación.

Siendo este la segunda forma de control administrativo, la acreditación del cumplimiento de los requisitos para su incorporación en el REGAJU, los que se encuentran establecidos en el numeral 318.1 al 318.5 del artículo 318 del RLGCP, en los que se establecen requisitos en general y adicionales para cada centro, según el tipo de actividad que vaya a realizar.

8.1. El cumplimiento de los requisitos generales como mecanismo de control administrativo

El numeral 77.1 del artículo 77 de la LGCP y el numeral 318.1 del artículo 318 del RLGCP establecen los requisitos generales para administrar u organizar un arbitraje o una JPRD, indicando que se requiere formar parte del registro de IA y CAJPRD que administra el OECE, organizaciones que deben cumplir mínimamente con lo siguiente:

a) Estar debidamente constituidos como personas jurídicas, o formar parte de una persona jurídica que tenga como parte de su objeto social o entre sus fines establecidos en sus estatutos administrar

arbitrajes y/o administrar juntas de prevención y resolución de disputas en materia de contrataciones públicas, según corresponda.

b) Contar con un Código de Ética y un Reglamento interno, el cual debe encontrarse conforme a los lineamientos emitidos por el OECE.

En cuanto al Reglamento Interno, mediante Resolución N.° D000057-2025-OSCE-PRE se aprobó el Lineamiento N.° 001-2025-OECE-CD, denominado "Lineamientos para la elaboración del Reglamento Interno a cargo de las Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas", a la que remitimos al lector.

b) Declaración jurada de cumplimiento e integridad, indicando cumplir y mantener con los requisitos regulados en la normativa, así como conducir los procesos arbitrales y de JPRD en estricto cumplimiento de su Código de Ética y la normativa de contratación pública aplicable.

c) No contar con sentencia firme por delito doloso que declare la responsabilidad penal de la institución o del centro, de sus representantes o de los miembros de sus órganos.

d) Contar con no menos de 5 años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales o juntas de prevención y resolución de disputas, según corresponda, siendo que en el caso de IA o CAJPRD recién constituidas, cumplir con los requisitos de incorporación que se establecen en el reglamento.

e) Contar con una tabla de determinación de gastos arbitrales o de gastos de las JPRD de los servicios que ofrece, la cual debe estar publicada en el portal institucional, y tener un diseño responsivo para su fácil ubicación junto con la fórmula aplicable para su determinación, calculadora de gastos u otro mecanismo para la obtención de la tarifa aplicable.

f) Contar con un procedimiento de incorporación de árbitros o adjudicadores a sus nóminas, el cual debe ser publicado en su página web institucional. La incorporación de un profesional en la nómina es responsabilidad exclusiva de la institución o centro.

g) Contar con un órgano institucional superior que resuelva en última instancia los temas administrativos relativos a la organización de arbitrajes y JPRD, recusación de árbitros o adjudicadores, así como lo relativo a sanciones a árbitros y adjudicadores que integran su nómina. La conformación del órgano institucional superior debe

ser de conocimiento público. Mientras se encuentren en el cargo, los miembros del órgano institucional superior pueden conformar la nómina de árbitros o adjudicadores de la institución, pero no pueden ejercer como árbitros o adjudicadores mientras dure su participación en el órgano en mención, a efectos de evitar conflictos de intereses.

h) Remitir a OECE sus nóminas de árbitros o adjudicadores para controversias relativas a materia de contrataciones públicas, que cumplan los requisitos establecidos por la normativa. La nómina debe registrar como mínimo sus especialidades, y ser actualizada periódicamente conforme las disposiciones que emita el OECE.

i) Contar con sede institucional que cuente con las autorizaciones pertinentes para su funcionamiento y atención al público, la edificación y logística conforme se establezca en la directiva que emita el OECE.

j) Contar con personal que brinde soporte administrativo de los procesos a su cargo, conforme a la directiva aprobada por el OECE respecto de los requisitos establecidos en el Reglamento.

k) Contar con herramientas de gestión de calidad y con políticas antisoborno sujetas a auditoria, conforme a la normativa de la materia y la directiva aprobada por el OECE.

8.2. Requisitos adicionales para las IA

Los numerales 318.2, 318.4 del artículo 318 y el artículo 320 establecen requisitos adicionales para las IA, siendo que el primero, el numeral 318.2, se establece los siguientes requisitos adicionales que parecen constituyen un complemento de los generales.

a) Contar con una nómina de secretarios arbitrales que brinden soporte y asistencia a los árbitros de modo que se garantice la celeridad en la tramitación del arbitraje, la que debe ser publicada en el portal institucional.

b) Contar con un portal institucional que permita la visualización de las resoluciones o decisiones emitidas en el marco de un arbitraje, así como de las certificaciones internacionales vigentes con las que puedan contar y demás información conforme a la directiva aprobada por el OECE.

c) Contar con herramientas informáticas que permitan la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral, debiéndose verificar las fechas ciertas de ingreso y salida de documentos, conforme a la directiva aprobada por el OECE respecto de los requisitos establecidos en el Reglamento.

La exigencia mayor se aprecia en el numeral 318.4 y en el artículo 320 en el que se establecen disposiciones respecto de la cuantía de la controversia y la actividad luego de la haber sido sancionada.

- Adicionalmente a los requisitos señalados en los numerales precedentes, en caso la IA que requiera ser acreditada para resolver sobre contratos cuyos montos originales superen las 2,000 UIT, deben acreditar ante OECE contar con certificación internacional en sistemas de gestión de la calidad y en sistemas de gestión antisoborno.
- Las IA que administren arbitrajes que versen sobre controversias surgidas en contratos con montos originales iguales o superiores a las 20,000 UIT, deben acreditar ante el OECE el cumplimiento de los siguientes requisitos:
  - Contar con no menos de 10 años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales.
  - Haber organizado y administrado más de cien procesos arbitrales que hayan concluido con laudo.
- Certificación internacional respecto a la gestión de seguridad de la información.
- En caso de IA con menos de un año de constituidas, deben cumplir los requisitos generales con excepción de los literales e) y l), el primero referido a los 5 años de experiencia, y el segundo, el contar con herramientas de gestión de calidad y antisoborno.

  El OECE establece mediante directiva los plazos máximos para dar cumplimiento al requisito referido en el literal l), así como las condiciones y requisitos adicionales que deben cumplir y los montos máximos de controversias respecto de los cuales pueden administrar arbitrajes o juntas durante sus primeros cinco años de conformación.
- En caso de instituciones arbitrales que hayan sido sancionadas con el retiro temporal del registro, para efectos de su reincorporación se cumplen los siguientes requisitos:
  - La culminación del plazo total de la sanción de retiro temporal.
  - La verificación previa por parte del OECE, que la infracción materia de la sanción de retiro temporal haya sido efectivamente superada, de ser el caso.

8.3. Requisitos adicionales para los CAJPRD

Los numerales 318.3, 318.4 y el artículo 319 establecen requisitos adicionales a los CAJPRD, los que están vinculados a su funcionamiento, por lo que se entiende que son un complemento de los generales, cuantía del contrato en el que intervendrán y para los que tienen menos de un año de constituidos.

Adicionalmente a los requisitos establecidos los CAJPRD deben cumplir lo siguiente:

- Contar con una nómina de personal profesional de apoyo que brinde soporte y asistencia a las Juntas.
- Contar con un portal institucional que permita la visualización de toda la información de los procedimientos a su cargo, las resoluciones o decisiones emitidas, y demás información conforme a la directiva aprobada por el OECE.
- Contar con herramientas informáticas que permitan la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente que se genere para emitir decisiones vinculantes para solución de controversias, debiéndose verificar las fechas ciertas de ingreso y salida de documentos, conforme a la directiva aprobada por el OECE.

En caso el CAJPRD requiera ser acreditada para resolver sobre contratos cuyos montos originales superen las 2,000 UIT, deben acreditar ante OECE contar con certificación internacional en sistemas de gestión de la calidad y en sistemas de gestión antisoborno.

En caso de CAJPRD con menos de un año de constituidas, deben cumplir los requisitos generales con excepción de los literales "e" y "l", el primero referido a los 5 años de experiencia, y el segundo, el contar con herramientas de gestión de calidad y antisoborno.

El OECE establece mediante directiva los plazos máximos para dar cumplimiento al requisito referido en el literal l), así como las condiciones y requisitos adicionales que deben cumplir y los montos máximos de controversias respecto de los cuales pueden administrar arbitrajes o juntas durante sus primeros cinco años de conformación.

9. LOS PROCEDIMIENTOS ANTE EL REGAJU COMO CONTROL ADMINISTRATIVO

Establecidos los requisitos para la incorporación en el REGAJU, lo que viene es la determinación del procedimiento a seguir ante él, se encuen-

tra establecido en el artículo 322 del RLGCP, y en la Directiva N.° 004-2025, Directiva del "Registro de IA y CAJPRD", aprobada por Resolución N.° 000053-2025-OSCE-PRE, donde se establecen que son de evaluación previa, y con un plazo de 30 días hábiles para su tramitación; distinguiendo entre los que se encuentran sometidos a silencio administrativo negativo y positivo.

Los primeros, los sometidos a silencio administrativo negativo, son los referidos a la incorporación en el REGAJU y de modificación de registros, regulados en los artículos 382, 383, 384, 385 y 386; los segundos, los sujetos al silencio positivo, son los procedimientos de suspensión a pedido de parte, regulados en los artículos 387 y 388.

En este extremo, debemos indicar que el numeral 322.5 precisa que la decisión del OECE respecto a incorporar o denegar la incorporación de una IA o CAJPRD en el REGAJU puede ser materia de impugnación de acuerdo con lo señalado en la LPAG, sin perjuicio de que el solicitante puede volver a presentar su solicitud.

9.1. Procedimiento para la incorporación de IA y CEJPRD en el REGAJU. Sujeto a silencio administrativo negativo

El citado artículo 322 remite a los artículos 382, 383, 384, 385 y 386, los que tratan el trámite específico, no sin antes precisar que el procedimiento de incorporación al REGAJU y de modificación de registro se encuentra sujeto al silencio negativo.

El numeral 322.2 comienza indicando que, para incorporarse en el REGAJU, las instituciones citadas deben remitir su solicitud al OECE adjuntando los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento y en la Directiva N.° 004-2025-OECE/CD, Directiva del Registro de IA y de CAJPRD.

Al respecto, el numeral 8.1 de la Directiva establece que son 7 los procedimientos que se siguen ante el REGAJU, 4 referidos a procedimientos de incorporación, 1 sobre la modificación de registro, 1 que trata sobre la suspensión a pedido de parte, 1 referido al retiro definitivo a pedido de parte, los que se encuentran previstos en el TUPA del OECE, siendo estos los siguientes:

- Incorporación de IA y CAJPRD en el REGAJU.
- Incorporación de IA y CAJPRD para administrar arbitrajes cuyos montos originales de los contratos superen las 2,000 UIT en el REGAJU.
- Incorporación de IA o CAJPRD recién constituidas en el REGAJU.
- Incorporación de IA para administrar arbitrajes de mayor envergadura sobre controversias surgidas en contratos con montos originales iguales o superiores a las 20,000 UIT, en el REGAJU.
- Modificación de registro de IA o de CAJPRD.
- Suspensión a pedido de parte de IA o CAJPRD.
- Retiro definitivo a pedido de parte de IA o CAJPRD en el REGAJU.

Seguidamente, presentamos los procedimientos de incorporación establecidos en la LGCP y su reglamento, los que se encuentran precisados a mayor detalle en la directiva que hemos glosado, por lo que nos permitimos remitir al lector a la misma.

a) Los requisitos generales de incorporación ante el OECE

En el marco de los procedimientos administrativos a cargo del OECE, las IA y los CAJPRD deben cumplir con lo siguiente para su incorporación:

1. Solicitud presentada mediante formulario, el cual debe ser suscrito por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación)
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Copia simple de los documentos que acredite su objeto social o fines correspondientes, en los que debe constar administrar arbitrajes y/o administrar juntas de prevención y resolución de disputas, en materia de contrataciones públicas.
5. Copia simple de los documentos que acrediten contar con no menos de cinco años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales o juntas de prevención y resolución de disputas, según corresponda.
6. Declaración jurada suscrita por el representante legal señalando lo siguiente:

a) Cumplimiento e integridad, indicando cumplir y comprometiéndose a mantener los requisitos regulados en la normativa, así como conducir los procesos arbitrales y de JPRD en estricto cumplimiento de su Código de Ética y la normativa de contratación pública aplicable.

b) No contar con sentencia firme que declare la responsabilidad penal de la institución arbitral o del centro, de sus representantes o de los miembros de sus órganos.

c) Contar con personal que brinde soporte administrativo de los procesos a su cargo, conforme a la directiva emitida por el OECE respecto de los requisitos establecidos en el Reglamento.

d) Contar con herramientas de gestión de calidad y con políticas antisoborno sujetas a auditoria, conforme a la normativa de la materia y la directiva emitida el OECE.

e) Compromiso de cargar la documentación recibida en físico en la herramienta informática que permita la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral o de JPRD, en el día de su recepción.

f) Los miembros del órgano institucional superior, mientras se encuentren en el cargo, pueden conformar la nómina de árbitros o adjudicadores de la institución, pero no pueden ejercer como árbitros o adjudicadores mientras dure su participación en el órgano en mención, a efectos de evitar conflictos de intereses.

7. Formulario suscrito por el representante legal indicando lo siguiente:

a) El enlace a su portal institucional donde obren el Código de Ética y su reglamento interno conforme a la directiva que emita el OECE.

b) El enlace a su portal institucional en el que obre la tabla de determinación de gastos arbitrales o de gastos de las juntas de prevención y de resolución de disputas de los servicios que ofrece y que incluye la fórmula aplicable para su determinación, calculadora de gastos u otro mecanismo para la obtención de la tarifa aplicable, declarando además que esta tiene un diseño responsivo.

c) El enlace a su portal institucional en el que conste el procedimiento de incorporación de árbitros o adjudicadores a sus nóminas.

d) El enlace a su portal institucional en el que conste la conformación del órgano institucional superior que resuelve en última instancia los temas administrativos relativos a la organización de arbitrajes y juntas de prevención y resolución de disputas, recusación de árbitros o adjudicadores, así como lo relativo a sanciones a árbitros y adjudicadores que integran su nómina.

e) El enlace a su portal institucional donde figure la relación de sus nóminas de árbitros o adjudicadores para controversias relativas a materia de contrataciones públicas que cumplen los requisitos establecidos por la LGCP y el reglamento.

f) El enlace a su portal institucional donde figure la licencia municipal de funcionamiento de la sede institucional para su atención al público, edificación y logística conforme a la directiva emitida por el OECE.

g) El enlace a través del cual se accede a las herramientas informáticas que permitan la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral o de JPRD, debiéndose verificar las fechas ciertas de ingreso y salida de documentos, conforme a la directiva emitida por el OECE.

8. Para el caso de la instituciones arbitrales, adicionalmente el formulario suscrito por el representante legal, debe consignar lo siguiente:

a) El enlace a su portal institucional donde se ubique la relación de secretarios arbitrales que brinden soporte y asistencia a los árbitros.

b) El enlace a su portal institucional que permita visualizar las resoluciones o decisiones emitidas en el marco de un arbitraje, así como de las certificaciones internacionales vigentes con las que puedan contar y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.

9. Para el caso de los centros de administración de JPRD, adicionalmente el Formulario suscrito por el representante legal, debe consignar lo siguiente:
   a) El enlace a su portal institucional donde se ubique la relación de personal profesional que brinden soporte y asistencia a las juntas.
   b) El enlace a su portal institucional que permita visualizar toda la información de los procedimientos a su cargo, las resoluciones o decisiones emitidas y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.

b) Incorporación de IA o de JPRD para administrar arbitrajes cuyos montos originales de los contratos superen las 2,000 UIT en el REGAJU (sujeto a silencio administrativo negativo)

El artículo 383 establece que para los casos indicados las IA o las JPRD deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Solicitud presentada mediante formulario la cual debe ser suscrita por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación).
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Copia simple de los documentos que acredite su objeto social o fines correspondientes, en los que debe constar administrar arbitrajes y/o administrar juntas de prevención y resolución de disputas, en materia de contrataciones públicas.
5. Copia simple de los documentos que acrediten contar con no menos de cinco años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales o juntas de prevención y resolución de disputas, según corresponda.
6. Declaración Jurada suscrita por el representante legal señalando lo siguiente:
   a) Cumplimiento e integridad, indicando cumplir y comprometiéndose a mantener los requisitos regulados en la normativa, así como conducir los procesos arbitrales y de JPRD en estricto cumplimiento de su Código de Ética y la normativa de contratación pública aplicable.
   b) No contar con sentencia firme que declare la responsabilidad penal de la institución o del centro, de sus representantes o de los miembros de sus órganos.
   c) Contar con personal que brinde soporte administrativo de los procesos a su cargo, conforme a la directiva emitida por el OECE respecto de los requisitos establecidos en el Reglamento.
   d) Compromiso de cargar la documentación recibida en físico en la herramienta informática que permita la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral o de JPRD, en el día de su recepción.
   e) Los miembros del órgano institucional superior, mientras se encuentren en el cargo, pueden conformar la nómina de árbitros o adjudicadores de la institución, pero no pueden ejercer como árbitros o adjudicadores mientras dure su participación en el órgano en mención, a efectos de evitar conflictos de intereses.
7. Formulario suscrito por el representante legal indicando lo siguiente:
   a) El enlace a su portal institucional donde obren el Código de Ética y reglamento interno conforme a la directiva emitida por el OECE.

b) El enlace a su portal institucional donde obre la tabla de determinación de gastos arbitrales o de gastos de las juntas de prevención y de resolución de disputas de los servicios que ofrece y que incluye la fórmula aplicable para su determinación, calculadora de gastos u otro mecanismo para la obtención de la tarifa aplicable, declarando además que esta tiene un diseño responsivo.

c) El enlace a su portal institucional donde conste el procedimiento de incorporación de árbitros o adjudicadores a sus nóminas.

d) El enlace a su portal institucional de la publicación sobre la conformación del órgano institucional superior que resuelve en última instancia los temas administrativos relativos a la organización de arbitrajes y juntas de prevención y resolución de disputas, recusación de árbitros o adjudicadores, así como lo relativo a sanciones a árbitros y adjudicadores que integran su nómina.

e) El enlace a su portal institucional donde figure la relación de sus nóminas de árbitros o adjudicadores para controversias relativas a materia de contrataciones públicas que cumplen los requisitos establecidos por la normativa.

f) El enlace a su portal institucional donde figure la licencia municipal de funcionamiento de la sede institucional para su atención al público, edificación y logística conforme a la directiva emitida por el OECE.

g) El enlace a través del cual se accede a las herramientas informáticas que permitan la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral o de JPRD, debiéndose verificar las fechas ciertas de ingreso y salida de documentos, conforme a la directiva aprobada por el OECE.

h) El enlace a su portal institucional donde aparece la certificación internacional en sistemas de gestión de la calidad y en sistemas de gestión antisoborno.

8. Para el caso de las instituciones arbitrales, adicionalmente el formulario suscrito por el representante legal, debe consignar lo siguiente:

   a) El enlace a su portal institucional donde se ubique la relación de secretarios arbitrales que brinden soporte y asistencia a los árbitros.

   b) El enlace a su portal institucional que permita visualizar las resoluciones o decisiones emitidas en el marco de un arbitraje, así como de las certificaciones internacionales vigentes con las que puedan contar y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.

9. Para el caso de los CAJPRD, adicionalmente el formulario suscrito por el representante legal debe consignar lo siguiente:

   a) El enlace a su portal institucional donde se ubique la relación de personal profesional que brinden soporte y asistencia a las Juntas.

   b) El enlace a su portal institucional que permita visualizar toda la información de los procedimientos a su cargo, las resoluciones o decisiones emitidas y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.

c) Incorporación de IA o CAJPRD recién constituidas en el REGAJU (sujeto a silencio administrativo negativo)

En este caso, el artículo 384 establece que en el marco de los procedimientos a cargo del OECE, se deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Solicitud presentada mediante formulario, el cual debe ser suscrito por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación).
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Copia simple del documento que acredite su objeto social o fines correspondientes, en los que debe constar administrar arbitrajes y/o administrar juntas de prevención y resolución de disputas, en materia de contrataciones públicas.
5. Declaración jurada suscrita por el representante legal señalando lo siguiente:
   a) Cumplimiento e integridad, indicando cumplir y comprometiéndose a mantener los requisitos regulados en la normativa, así como conducir los procesos arbitrales y de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas en estricto cumplimiento de su Código de Ética y la normativa de contratación pública aplicable.
   b) No contar con sentencia firme que declare la responsabilidad penal de la institución o del centro, de sus representantes o de los miembros de sus órganos.
   c) Contar con personal que brinde soporte administrativo de los procesos a su cargo, conforme a la directiva emitida por el OECE respecto de los requisitos establecidos en el Reglamento.
   d) Compromiso de cargar la documentación recibida en físico en la herramienta informática que permita la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral o de JPRD, en el día de su recepción.
   e) Los miembros del órgano institucional superior, mientras se encuentren en el cargo, pueden conformar la nómina de árbitros o adjudicadores de la institución, pero no pueden ejercer como árbitros o adjudicadores mientras dure su participación en el órgano en mención, a efectos de evitar conflictos de intereses.
6. Formulario suscrito por el representante legal indicando lo siguiente:
   a) El enlace a su portal institucional donde obren el Código de Ética y reglamento interno conforme a la directiva emitida por el OECE.
   b) El enlace a su portal institucional en el que obre contar con la tabla de determinación de gastos arbitrales o de gastos de las juntas de prevención y de resolución de disputas de los servicios que ofrece y que incluye la fórmula aplicable para su determinación, calculadora de gastos u otro mecanismo para la obtención de la tarifa aplicable, declarando además que esta tiene un diseño responsivo.
   c) El enlace a su portal institucional donde conste el procedimiento de incorporación de árbitros o adjudicadores a sus nóminas.
   d) El enlace en su portal institucional de publicación de la conformación del órgano institucional superior que resuelve en última instancia los temas administrativos relativos a la organización de arbitrajes y juntas de prevención y resolución de disputas, recusación de árbitros o adjudicadores, así como lo relativo a sanciones a árbitros y adjudicadores que integran su nómina.
   e) El enlace en su portal institucional donde figure la relación de sus nóminas de árbitros o adjudicadores para controversias relativas a materia de contrataciones públicas que cumplen los requisitos establecidos por la Ley y el Reglamento.
   f) El enlace en su portal institucional donde figure la licencia municipal de funcionamiento de la sede institucional para su atención al público, edificación y logística conforme a la directiva emitida por el OECE.
   g) El enlace a través del cual se accede a las herramientas informáticas que permitan la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral o de JPRD, debiéndose verificar las fechas ciertas de ingreso y salida de documentos, conforme a la directiva emitida por el OECE.

7. Para el caso de las instituciones arbitrales, adicionalmente el formulario suscrito por el representante legal, debe consignar lo siguiente:
   a) El enlace a su portal institucional donde se ubique la relación de secretarios arbitrales que brinden soporte y asistencia a los árbitros.
   b) El enlace a su portal institucional que permita visualizar las resoluciones o decisiones emitidas en el marco de un arbitraje, así como de las certificaciones internacionales vigentes con las que puedan contar y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.
8. Para el caso de los CAJPRD, adicionalmente el formulario suscrito por el representante legal debe consignar lo siguiente:
   a) El enlace a su portal institucional donde se ubique la relación de personal profesional que brinden soporte y asistencia a las Juntas.
   b) El enlace a su portal institucional que permita visualizar toda la información de los procedimientos a su cargo, las resoluciones o decisiones emitidas y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.

d) Incorporación de IA para administrar arbitrajes de mayor envergadura sobre controversias surgidas en contratos con montos originales iguales o superiores a las 20 000 UIT, en el REGAJU (sujeto a silencio administrativo negativo)

En relación con esta condición, el artículo 385 del RLGCP establece los requisitos que se deben cumplir en los procedimientos administrativos seguidos ante el OECE.

1. Solicitud presentada mediante formulario, el cual debe ser suscrita por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación).
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Copia simple de los documentos que acredite su objeto social o fines correspondientes, en los que debe constar administrar arbitrajes, en materia de contrataciones públicas.
5. Copia simple de los documentos que acrediten contar con no menos de diez años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales.
6. Declaración jurada suscrita por el representante legal señalando lo siguiente:

a) Cumplimiento e integridad, indicando cumplir y comprometiéndose a mantener los requisitos regulados en la normativa, así como conducir los procesos arbitrales en estricto cumplimiento de su Código de Ética y la normativa de contratación pública aplicable.

b) No contar con sentencia firme que declare la responsabilidad penal de la institución, de sus representantes o de los miembros de sus órganos.

c) Contar con personal que brinde soporte administrativo de los procesos a su cargo, conforme a la directiva emitida por el OECE respecto de los requisitos establecidos en el Reglamento.

d) Compromiso de cargar la documentación recibida en físico en la herramienta informática que permita la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral en el día de su recepción.

e) Los miembros del órgano institucional superior, mientras se encuentren en el cargo, pueden conformar la nómina de árbitros de la institución, pero no pueden ejercer como árbitros mientras dure su participación en el órgano en mención, a efectos de evitar conflictos de intereses.

7. Formulario suscrito por el representante legal indicando lo siguiente:

a) El enlace a su portal institucional donde obren el Código de Ética y reglamento interno conforme a la directiva emitida por el OECE.

b) El enlace a su portal institucional donde obre la tabla de determinación de gastos arbitrales de los servicios que ofrece y que incluye la fórmula aplicable para su determinación, calculadora de gastos u otro mecanismo para la obtención de la tarifa aplicable, declarando además que esta tiene un diseño responsivo.

c) El enlace a su portal institucional donde conste el procedimiento de incorporación de árbitros a sus nóminas.

d) El enlace a su portal institucional de publicación de la conformación del órgano institucional superior que resuelve en última instancia los temas administrativos relativos a la organización de arbitrajes, recusación de árbitros, así como lo relativo a sanciones a árbitros que integran su nómina.

e) El enlace a su portal institucional donde figure la relación de sus nóminas de árbitros para controversias relativas a materia de contrataciones públicas que cumplen los requisitos establecidos por la Ley y el Reglamento.

f) El enlace a su portal institucional donde figure haber organizado y administrado más de cincuenta procesos arbitrales que hayan concluido con laudo.

g) El enlace a su portal institucional donde figure la licencia municipal de funcionamiento de la sede institucional para su atención al público, edificación y logística conforme a la directiva que emita el OECE.

h) El enlace a través del cual se accede a las herramientas informáticas que permitan la trazabilidad de la documentación que conforma el expediente arbitral, debiéndose verificar las fechas ciertas de ingreso y salida de documentos, conforme a la directiva emitida por el OECE.

i) El enlace a su portal institucional donde aparece la certificación internacional en sistemas de gestión de la calidad, en sistemas de gestión antisoborno y gestión de seguridad de la información.

j) El enlace a su portal institucional en el que consten la relación de secretarios arbitrales que brinden soporte y asistencia a los árbitros.

k) El enlace a su portal institucional que permita visualizar las resoluciones o decisiones emitidas en el marco de un arbitraje, así como de las certificaciones internacionales vigentes con las que puedan contar y demás información conforme a la directiva emitida por el OECE.

e) Modificación de registro de IA o CAJPRD (sujeto a silencio administrativo negativo)

Sobre este tema, el artículo 386 dispone que, para la modificación del registro, los recurrentes deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Solicitud presentada mediante formulario, el cual debe ser suscrito por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación).
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Declaración jurada, según formulario, suscrita por el representante legal declarando que cumple los requisitos para el registro solicitado.

9.2. La suspensión en el REGAJU a pedido de parte (sujeto a silencio administrativo positivo)

El artículo 387 establece los requisitos que deben cumplir las instituciones glosadas cuando soliciten la suspensión en el REGAJU.

1. Solicitud presentada mediante formulario, la cual debe ser suscrita por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación).
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Declaración jurada suscrita por el representante legal señalando lo siguiente:
   a) Que no se encuentra administrando arbitraje o JPRD
   b) Que no se reciben nuevos arbitrajes o JPRD.
   c) Compromiso de publicar en su portal institucional el comunicado de suspensión indicando fecha de inicio y fecha de fin. Para los demás efectos el portal institucional debe seguir operativo.

9.2.1. Retiro definitivo a pedido de parte del REGAJU (sujeto a silencio administrativo positivo)

Al respecto, el artículo 388 establece, al igual que en los otros casos, los requisitos a cumplir en el procedimiento a seguir.

1. Solicitud presentada mediante formulario, la cual debe ser suscrita por el representante legal del solicitante.
2. Indicar el número de recibo y fecha del pago (por derecho de tramitación).
3. Copia simple de la vigencia de poder del representante legal con una antigüedad no mayor de un mes.
4. Declaración jurada suscrita por el representante legal señalando lo siguiente:
   a) Que no se encuentra administrando arbitraje o JPRD.
   b) Que no se reciben nuevos arbitrajes o JPRD.
   c) Compromiso de publicar en la página web el Comunicado indicando que ya no brindan el servicio. Este aviso debe estar publicado por lo menos por treinta días calendario.

10. ESTABLECIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR A LA IA Y CAJPRD COMO CONTROL ADMINISTRATIVO

En los artículos 321 y 325 del RLGCP, se establecen obligaciones para las instituciones citadas, como son la de mantener actualizada la información y la remisión de esta al OECE. Así se indica en el primero de los artículos citados que están obligados a mantener actualizada la información que acredite el cumplimiento de los requisitos para ser incluidos en el REGAJU, agregando que la falta de actualización afecta la vigencia de la inscripción en el referido registro, de acuerdo con lo establecido en el numeral 94.2 del artículo 94 y en el artículo 98 de la LGCP, los que se refieren ac las infracciones y sanciones.

En este orden, indican también, que tienen la obligación de informar al OECE sobre las sanciones éticas que impongan a los integrantes de sus nóminas acreditadas ante el OECE, en un plazo máximo de 5 días hábiles de emitida la sanción.

A esta obligación de remisión de información, el artículo 325 le agrega que las IA y los CAJPRD remiten al OECE de forma trimestral la nómina de los árbitros y/o adjudicadores vigentes que acreditan para resolver en materia de contratación pública, donde estas se hacen responsables de revisar si no están impedidos, y de si cumplen con los requisitos para ejercer como árbitros o adjudicadores, tal como lo disponen los artículos 327, 328 y 329 del RLGCP.

En este orden, el numeral 325.3 indica, respecto de la IA, que esta es responsable de informar a OECE la actualización de sus nóminas acreditadas cada vez que estas se modifiquen por cualquier motivo.

En cuanto a los árbitros, se señala que la sola acreditación del cumplimiento de los requisitos mínimos ante una institución o centro no otorga derecho a los árbitros o adjudicadores a ser incluidos en sus nóminas, reservándose estas el derecho de acreditar únicamente a quienes hayan cumplido sus procedimientos internos.

10.1. El registro de información en el Pladicop

Al igual que en los casos anteriores, la norma se refiere al registro de información general y adicional, la que seguidamente presentamos.

10.2. Registro de información en general

El artículo 326 establece la obligación de en la Pladicop, en las condiciones, forma y oportunidades establecidas en la directiva aprobada por el OECE, la siguiente información:

- Las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los árbitros y adjudicadores.
- Documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros y adjudicadores de las Juntas de prevención y resolución de disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral y centro respectivo.
- Nóminas de árbitros o de adjudicadores, y la información de cada uno de los integrantes de sus nóminas.

10.3. Registro adicional de las IA

En el caso de la IA, el numeral 326.2 agrega que adicionalmente deben registrar:

- Decisiones distintas al laudo que ponen fin a los arbitrajes.
- Relación trimestral de solicitudes de arbitraje ingresadas, arbitrajes instalados y procesos arbitrales en trámite y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes (incluyendo el nombre de los integrantes en caso de consorcios), representantes legales asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso.
- Actas de instalación o el documento que haga sus veces.
- En los casos que administren, los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos.

10.4. Registro adicional de los CAJPRD

El numeral 326.3 agrega que adicionalmente deben registrar:

- Relación trimestral de reporte de casos iniciados y concluidos por las juntas de prevención y resolución de disputas, con indicación de la materia controvertida, nombre de las partes (incluyendo el nombre de los integrantes en caso de consorcios), representantes legales, asesores o abogados, o adjudicadores a cargo del caso, así como el motivo de conclusión de la JPRD.
- Decisiones y opiniones consultivas emitidas por las JPRD.
- Contrato tripartito y actas de inicio de funciones o el documento que haga sus veces.

- En los casos que administren, los nombres y apellidos completos del adjudicador único o de los miembros que conforman estas y del profesional o auxiliar técnico que preste asistencia a la JPRD, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos.

11. EL CONTROL ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA. EL RETIRO TEMPORAL Y EXCLUSIÓN DEL REGAJU DE LAS IA Y CAJPRD

La potestad sancionadora del OECE, respecto de las IA y CAJPRD, se encuentra establecida en el artículo 94 de la LGCP y en los artículos 323 y 373 al 380 del RLGCP, para lo que la normativa, en aplicación del principio de reserva legal, tipifica las faltas y el procedimiento para su aplicación.

11.1. La tipicidad de las infracciones

La tipicidad se adelantó en la exposición de motivos del proyecto de ley, en el que se precisaban las infracciones por incumplimiento de obligaciones legales, como son:

> Afectación de la facultad de supervisión y fiscalización; incumplimiento de entrega oportuna de información al OECE; presentar documentación falsa y/o inexacta; incumplimiento de los requisitos para la incorporación a las nóminas de árbitros y adjudicadores; no sancionar a los Árbitros y/o Adjudicadores, que conforman sus nóminas, cuando incumplan con las disposiciones establecidas en la normativa; no hacer cumplir las disposiciones establecidas en su Código de Ética, disposición que se encuentra regulada en forma amplia en el PRLGCE; no mantener los requisitos y condiciones que dieron origen a su incorporación en el Listado de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Resolución de Disputas. (Ejecutivo, 2023, p. 100)

La relación de infracciones que reseñara la exposición de motivos se plasmó en el artículo 94 de la LGCP, en el que se establecieron las siguientes infracciones pasible de sanción.

a) No proporcionar dentro del plazo otorgado la información que el OECE solicite para poder ejercer sus funciones supervisoras ni aquella que, conforme a la presente ley y su reglamento, deba remitir al OECE.
b) No publicar en la Pladicop o en su sede digital la información solicitada en el reglamento, en los plazos correspondientes.
c) No verificar que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE publiquen en la Pladicop la información solicitada en el reglamento dentro de los plazos correspondientes.

d) No actualizar o adecuar su Código de Ética a las disposiciones imperativas establecidas en el reglamento, o en las directivas que para tal fin establezca el OECE, pese a haber sido requerido para ello.

e) No sancionar a los árbitros o adjudicadores, acreditados en sus nóminas ante el OECE, cuando incumplan con las disposiciones expresamente establecidas en la presente ley o su reglamento, para el desarrollo del arbitraje o la Junta de Prevención y Resolución de Disputas en el que participa, o cuando incumplan disposiciones establecidas en su Código de Ética.

f) Incorporar en las nóminas que remitan al OECE a árbitros o adjudicadores que incumplan con los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento, para poder ejercer como árbitros o adjudicadores.

g) No mantener los requisitos y condiciones establecidos en el reglamento que dieron origen a su incorporación en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas.

h) Presentar documentación falsa o inexacta ante el OECE.

i) Adulterar la información obrante en los expedientes arbitrales o en los expedientes de la Junta de Prevención y Resolución de Disputas que administran.

j) Permitir, encubrir o no tomar acciones respecto a que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE o los profesionales o auxiliares que brinden soporte y asistencia a los árbitros y a los adjudicadores o en general, cualquier personal que forme parte de la institución o centro de administración, soliciten o acepten de las partes procesales o de terceros, pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja para afectar el desarrollo del arbitraje o procedimiento de resolución de disputas para favorecer o perjudicar a las partes o a terceros.

k) Administrar arbitrajes o juntas de prevención y resolución de disputas en el ámbito de la ley encontrándose retirado temporalmente o excluido del Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas que administra el OECE.

11.2. Las sanciones

El artículo 95 de la LGCP precisa las 4 sanciones por la comisión de las infracciones descritas en el artículo 94, las que son independientes de las responsabilidades civiles o penales en las que se pudiera haber incurrido, mientras que los artículos 96 al 99 se refieren a las situaciones en que se aplican.

Amonestación escrita

Se aplica siempre que se trate de la primera infracción cometida. Se aplica por la comisión de las infracciones señaladas en los literales a), b), c) y d) del párrafo 94.2[94].

La sanción se materializa mediante comunicación escrita, la que quedará incorporada en la información obrante en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas que administra el OECE, correspondiente a la institución sancionada.

94 a) No proporcionar dentro del plazo otorgado la información que el OECE solicite para poder ejercer sus funciones supervisoras ni aquella que, conforme a la presente ley y su reglamento, deba remitir al OECE.

Multa

Se aplica por la comisión de las infracciones señaladas en los literales e), f) y g) del párrafo 94.2[95] y en las infracciones señaladas en los literales a), b), c) y d) del párrafo 94.2[96] del artículo 94 de la LGCP a partir de la segunda infracción cometida.

La multa por imponerse no será menor que una UIT ni mayor que cinco UIT. En caso de no pagar la multa impuesta en el plazo establecido, el OECE puede iniciar los actos de ejecución coactiva que corresponda.

b) No publicar en la Pladicop o en su sede digital la información solicitada en el reglamento, en los plazos correspondientes.

c) No verificar que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE publiquen en la Pladicop la información solicitada en el reglamento dentro de los plazos correspondientes.

d) No actualizar o adecuar su Código de Ética a las disposiciones imperativas establecidas en el reglamento, o en las directivas que para tal fin establezca el OECE, pese a haber sido requerido para ello.

95 e) No sancionar a los árbitros o adjudicadores, acreditados en sus nóminas ante el OECE, cuando incumplan con las disposiciones expresamente establecidas en la presente ley o su reglamento, para el desarrollo del arbitraje o la Junta de Prevención y Resolución de Disputas en el que participa, o cuando incumplan disposiciones establecidas en su Código de Ética.

f) Incorporar en las nóminas que remitan al OECE a árbitros o adjudicadores que incumplan con los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento, para poder ejercer como árbitros o adjudicadores.

g) No mantener los requisitos y condiciones establecidos en el reglamento que dieron origen a su incorporación en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas.

96 a) No proporcionar dentro del plazo otorgado la información que el OECE solicite para poder ejercer sus funciones supervisoras ni aquella que, conforme a la presente ley y su reglamento, deba remitir al OECE.

b) No publicar en la Pladicop o en su sede digital la información solicitada en el reglamento, en los plazos correspondientes.

c) No verificar que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE publiquen en la Pladicop la información solicitada en el reglamento dentro de los plazos correspondientes.

d) No actualizar o adecuar su Código de Ética a las disposiciones imperativas establecidas en el reglamento, o en las directivas que para tal fin establezca el OECE, pese a haber sido requerido para ello.

Retiro temporal del registro de instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que administra el OECE

Se aplica por la comisión de las infracciones señaladas en los literales h), i) y j) [97]y en las infracciones señaladas en los literales e), f) y g)[98] del párrafo 94.2 del artículo 94 de la LGCP, a partir de la tercera infracción cometida.

El retiro temporal no puede ser menor que tres meses ni mayor que treinta y seis meses, e implica que, la institución arbitral o el centro de administración de juntas de prevención y resolución de disputas no administre ninguno de los precitados mecanismos en materia de contrataciones públicas mientras se encuentre sancionado.

El incumplimiento de dicha sanción, dentro del plazo establecido, conlleva a la exclusión del Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas que administra el OECE.

Exclusión del registro de instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que administra el OECE

Se aplica por la comisión de la infracción señalada en el literal k)[99] del párrafo 94.2 y por la reincidencia en la comisión de las infracciones señaladas en los literales h), i) y j)[100] del referido párrafo.

97 h) Presentar documentación falsa o inexacta ante el OECE.
i) Adulterar la información obrante en los expedientes arbitrales o en los expedientes de la Junta de Prevención y Resolución de Disputas que administran.
j) Permitir, encubrir o no tomar acciones respecto a que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE o los profesionales o auxiliares que brinden soporte y asistencia a los árbitros y a los adjudicadores o en general, cualquier personal que forme parte de la institución o centro de administración, soliciten o acepten de las partes procesales o de terceros, pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja para afectar el desarrollo del arbitraje o procedimiento de resolución de disputas para favorecer o perjudicar a las partes o a terceros.

98 e) No sancionar a los árbitros o adjudicadores, acreditados en sus nóminas ante el OECE, cuando incumplan con las disposiciones expresamente establecidas en la presente ley o su reglamento, para el desarrollo del arbitraje o la Junta de Prevención y Resolución de Disputas en el que participa, o cuando incumplan disposiciones establecidas en su Código de Ética.
f) Incorporar en las nóminas que remitan al OECE a árbitros o adjudicadores que incumplan con los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento, para poder ejercer como árbitros o adjudicadores.
g) No mantener los requisitos y condiciones establecidos en el reglamento que dieron origen a su incorporación en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas.

99 k) Administrar arbitrajes o juntas de prevención y resolución de disputas en el ámbito de la ley encontrándose retirado temporalmente o excluido del Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas que administra el OECE.

100 h) Presentar documentación falsa o inexacta ante el OECE.
i) Adulterar la información obrante en los expedientes arbitrales o en los expedientes de la Junta de Prevención y Resolución de Disputas que administran.
j) Permitir, encubrir o no tomar acciones respecto a que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE o los profesionales o auxiliares que brinden soporte y asistencia a los árbitros y a los adjudicadores o en general, cualquier personal que forme parte de la institución o centro de administración, soliciten o acepten de las partes procesales o de terceros, pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja para afectar el desarrollo del arbitraje o procedimiento de resolución de disputas para favorecer o perjudicar a las partes o a terceros.

11.3. El procedimiento sancionador

Los artículos 375 al 380 del RLGCP regulan los diversos aspectos del procedimiento sancionador por la comisión de infracciones, estableciendo para ello el nivel de organización al interior del OECE, temas sobre el cual el artículo 375 establece las siguientes disposiciones generales:

- El OECE, a través de la unidad de organización que corresponda, conforme al procedimiento aprobado mediante directiva, determina la comisión de las infracciones establecidas en el numeral 94.2 del artículo 94 de la LGCP; e impone sanciones a las IA y CAJPRD inscritas en el REGAJU, a través de resolución debidamente motivada.
- El OECE notifica la resolución de sanción a la IA o CAJPRD, la cual queda incorporada como antecedente en el REGAJU que administra el OECE.

En este contexto normativo, en el artículo 374 establece las reglas mínimas del procedimiento sancionador, el que se complementará con lo que se precise en la directiva correspondiente, distinguiendo entre la fase instructora y sancionadora.

11.3.1. La fase instructora

En esta fase, el OECE, a través de la unidad de organización encargada de la fase instructora del procedimiento sancionador, establece que esta puede iniciarse de cualquiera de las siguientes formas:

- De oficio, en mérito al acta y/o informe emitido en cumplimiento de la función de supervisión que le otorga la ley; o
- Ante denuncia o petición motivada.

La forma mediante la cual se inicia el procedimiento sancionador es mediante una resolución, después de lo cual la unidad de organización encargada de la fase instructora puede realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección, con el objeto de determinar con carácter preliminar, si concurren circunstancias que justifiquen el inicio del procedimiento sancionador.

En la resolución que da inicio al procedimiento sancionador, la unidad de organización a cargo de la fase instructora formula la respectiva imputación de cargos, después de lo cual se sigue el siguiente trámite:

- Se notifica a la institución o centro pasible de sanción, para que en un plazo que no exceda los 10 días hábiles, contabilizados desde

la fecha de la notificación, presente sus descargos mediante escrito debidamente sustentado.

- La institución o centro solo puede solicitar el uso de la palabra en su escrito de descargos, el que es programado por el órgano sancionador antes de resolver.
- Vencido dicho plazo y con el respectivo descargo o sin él, la unidad de organización a cargo de la instrucción realiza de oficio las actuaciones necesarias para el examen de los hechos y la valoración de la infracción imputada, recabando la información que resulte relevante para determinar, de ser el caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.
- En un plazo que no debe exceder los 4 meses contabilizados desde la notificación de la resolución que da inicio al procedimiento sancionador, la unidad de organización a cargo de la instrucción debe emitir su informe final, concluyendo la existencia de la o las infracciones materia de investigación y, por ende, la imposición de sanción o la no existencia de infracción, en cuyo caso recomienda el archivo del procedimiento.

11.3.2. La fase sancionadora

En el numeral 7 del artículo 374 se precisa que el informe final de instrucción es remitido a la unidad de organización a cargo de la fase sancionadora, en la que se sigue el siguiente procedimiento:

- En caso de que el informe concluya la existencia de la o las infracciones materia de investigación y por ende la imposición de sanción, puede disponer la realización de actuaciones complementarias que considere indispensables para resolver el procedimiento.
- En ese caso, debe notificar el informe final de instrucción a la institución o centro, para que en un plazo que no exceda los 7 días hábiles formule sus descargos.
- En un plazo máximo de 3 meses, contabilizados desde la recepción del informe final de instrucción, la unidad de organización a cargo de la fase sancionadora emite la resolución de sanción o la decisión de archivar el procedimiento, la misma que es notificada dentro del plazo señalado, tanto a la institución o centro, como al denunciante, de corresponder.

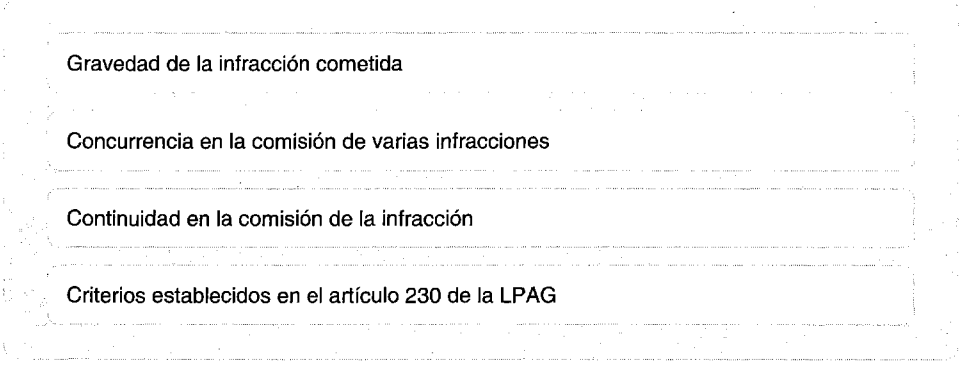
11.4. La gradualidad de las sanciones. La responsabilidad objetiva, subjetiva y la motivación de la sanción

Establecida la potestad sancionadora, así como las sanciones y el procedimiento para aplicarlas, corresponde determinar los criterios para aplicarlas, los que vienen consignados en el artículo 100 de la LGCP, y en el 375 del RLGCP.

Sobre el particular, el artículo 100 establece, como regla general, que la responsabilidad es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

En cuanto a la gradualidad de la sanción, se indica que esta, así como la aplicación de la gradualidad, proporcionalidad, caducidad, eximentes de responsabilidad de la imposición de la sanción y demás reglas necesarias se determinan conforme a lo previsto en al párrafo 92.2 del artículo 92 de la presente LGCP, el que establece que las reglas sobre graduación y proporcionalidad de la imposición de la sanción, eximentes de responsabilidad, el régimen de caducidad y demás reglas necesarias se establecen dentro del marco de lo establecido en el capítulo III, Procedimiento Sancionador, del Título IV del TUO. de la LAPG, de acuerdo a cada tipo infractor, debiendo el TCE motivar su decisión cuando se pronuncia sobre estos aspectos.

Por su parte, el artículo 375 del RLGCP establece que la unidad de organización a cargo de la fase sancionadora motiva su decisión de graduar la sanción considerando los siguientes criterios:



11.4.1. La sanción de multa y retiro temporal

El numeral 375.2 establece que, dada la naturaleza de las sanciones de multa y retiro temporal, considerando los rangos establecidos en los artículos 97 y 98 de la LGCP, los que hemos citado precedentemente, la unidad de

organización a cargo de la fase sancionadora en aplicación de los criterios citados[101], determina la graduación de la sanción a aplicar. Así, se indica que para la graduación de la sanción de multa se debe considerar lo siguiente:

Infracciones	Gradualidad
a) No proporcionar dentro del plazo otorgado la información que el OECE solicite para poder ejercer sus funciones supervisoras ni aquella que, conforme a la presente ley y su reglamento, deba remitir al OECE. b) No publicar en la Pladicop o en su sede digital la información solicitada en el reglamento, en los plazos correspondientes. c) No verificar que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE publiquen en la Pladicop la información solicitada en el reglamento dentro de los plazos correspondientes. d) No actualizar o adecuar su Código de Ética a las disposiciones imperativas establecidas en el reglamento, o en las directivas que para tal fin establezca el OECE, pese a haber sido requerido para ello.	1-3 UIT
e) No sancionar a los árbitros o adjudicadores, acreditados en sus nóminas ante el OECE, cuando incumplan con las disposiciones expresamente establecidas en la presente ley o su reglamento, para el desarrollo del arbitraje o la Junta de Prevención y Resolución de Disputas en el que participa, o cuando incumplan disposiciones establecidas en su Código de Ética. f) Incorporar en las nóminas que remitan al OECE a árbitros o adjudicadores que incumplan con los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento, para poder ejercer como árbitros o adjudicadores. g) No mantener los requisitos y condiciones establecidos en el reglamento que dieron origen a su incorporación en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas.	4-5 UIT

En cuanto a la forma de pago y las consecuencias por no hacerlo, los numerales 375.5 y 375.6 establecen las siguientes reglas:

- Es expresada en soles.
- La institución o centro paga la multa y remite al OECE el comprobante respectivo, dentro de los 10 días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora.

101 - Gravedad de la infracción cometida
- Concurrencia en la comisión de varias infracciones
- Continuidad en la comisión de la infracción
- Criterios establecidos en el artículo 230 de la LPAG

- Una vez comunicado el pago efectuado, el OECE tiene un plazo máximo de 3 días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva, extinguiéndose al día hábil siguiente de verificado.
- En caso la institución o centro sancionado no cumpla con el pago de la multa, en el plazo establecido en la directiva aprobada por el OECE, se inicia el procedimiento de cobranza coactiva.

11.4.2. El retiro temporal y la exclusión del REGAJU

Estas sanciones se tratan en los distintos numerales de artículo 323 del RLGCP, en los que se establece como regla general que las IA y CAJPRD no podrán administrar nuevos arbitrajes o juntas, agregando que deja de administrar los que venía gestionando una vez que la resolución de sanción quede administrativamente firme, lo que agrave la situación por cuanto puede afectar a las partes.

El numeral 375.4 trata sobre la gradualidad de la sanción en el caso del retiro temporal, estableciendo los siguientes criterios:

Infracciones	Gradualidad
e) No sancionar a los árbitros o adjudicadores, acreditados en sus nóminas ante el OECE, cuando incumplan con las disposiciones expresamente establecidas en la presente ley o su reglamento, para el desarrollo del arbitraje o la Junta de Prevención y Resolución de Disputas en el que participa, o cuando incumplan disposiciones establecidas en su Código de Ética. f) Incorporar en las nóminas que remitan al OECE a árbitros o adjudicadores que incumplan con los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento, para poder ejercer como árbitros o adjudicadores. g) No mantener los requisitos y condiciones establecidos en el reglamento que dieron origen a su incorporación en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas.	3 meses-12 meses
h) Presentar documentación falsa o inexacta ante el OECE. i) Adulterar la información obrante en los expedientes arbitrales o en los expedientes de la Junta de Prevención y Resolución de Disputas que administran.	13 meses-24 meses
j) Permitir, encubrir o no tomar acciones respecto a que los árbitros o adjudicadores de sus nóminas acreditados ante el OECE o los profesionales o auxiliares que brinden soporte y asistencia a los árbitros y a los adjudicadores o en general, cualquier personal que forme parte de la institución o centro de administración, soliciten o acepten de las partes procesales o de terceros, pagos, donativos, promesas o cualquier otra ventaja para afectar el desarrollo del arbitraje o procedimiento de resolución de disputas para favorecer o perjudicar a las partes o a terceros.	25 meses-36 meses

Ante esta regla general y la situación generada por la sanción, el numeral 323.2 indica:

- Las partes, en un plazo no mayor de 20 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de publicada la sanción correspondiente en el REGAJU, designan, de mutuo acuerdo, a una nueva institución o centro inscrito en dicho registro para continuar con la tramitación del respectivo mecanismo de resolución de controversias.
- La designación que efectúan debe respetar la composición del árbitro único, tribunal arbitral o de la JPRD, así como el avance del proceso arbitral o de la junta, al momento en el que fue sancionada la institución o centro a cargo de su administración.
- En caso no se llegue a este acuerdo dentro del plazo señalado, la parte que inició el arbitraje o la entidad contratante en caso de la JPRD, bajo responsabilidad de la autoridad de la gestión administrativa, puede designar a una nueva institución o centro inscrito en el REGAJU, respectivamente, a fin de continuar con la tramitación del mecanismo de resolución de controversias, en un plazo no mayor de quince días hábiles contabilizados desde el día siguiente de culminado el plazo señalado en el numeral anterior.
- En caso del arbitraje, ante la falta de acuerdo, si la parte que inició el arbitraje no designa a una nueva IA, la contraparte siempre que haya planteado pretensiones en el proceso puede efectuar dicha designación en el mismo plazo, el cual se computa desde el día siguiente de culminados los quince días hábiles indicados precedentemente.
- En caso de la JPRD, si la entidad contratante no designa a un nuevo centro en el plazo establecido, el contratista puede designar el centro de administración, en el mismo plazo, contado desde la culminación del plazo que tenía la entidad contratante. Si vencido el plazo no se designa al nuevo centro, la JPRD dispone su disolución, en cuyo caso, en un plazo que no exceda los 30 días hábiles, las partes quedan obligadas a designar un nuevo centro y conformar una nueva JPRD, bajo responsabilidad de cada una de ellas; la inobservancia de esta disposición constituye el incumplimiento de una obligación esencial y causal de resolución del contrato.
- Mientras no se produzca la designación de la nueva institución o centro, el trámite del arbitraje o la JPRD se suspende, según corres-

ponda. En caso del arbitraje, resulta aplicable el abandono, conforme a lo establecido en el artículo 342[102].

Finalmente, el numeral 323.7 establece que, concluido el tiempo impuesto como sanción de retiro temporal, la institución o el centro puede administrar nuevos arbitrajes y/o JPRD, según sea el caso, precisando que aquellos mecanismos de resolución de controversias dejados de administrar producto de la imposición de esta sanción continúan siendo gestionados por la nueva institución o centro designado conforme a las reglas establecidas en el presente artículo.

11.5. Concurso de infracciones

El artículo 377 del RLGCP consigna las siguientes reglas respecto del concurso de infracciones:

- Cuando una misma conducta califica como más de una infracción por parte de una IA o un CAJPRD, se aplica la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.
- En el caso que concurran infracciones sancionadas con multa y retiro temporal, se aplica la sanción de retiro temporal.
- Cuando una institución sea a su vez un centro, se entiende que el concurso de infracciones aplica sobre dicha institución.

11.6. El recurso de reconsideración

En el artículo 376 del RLGCP señala el siguiente procedimiento a seguir para la interposición del recurso de reconsideración contra lo resuelto en el procedimiento sancionador:

- Se interpone dentro de un plazo máximo de 15 días hábiles de haber sido notificada con la resolución de sanción, el mismo que

102 Artículo 342. Abandono
342.1. Si cualquiera de las partes que haya presentado pretensiones no realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte.
342.2. El abandono es declarado por el árbitro único o por el tribunal arbitral bajo responsabilidad, con la simple constatación de la falta de impulso por la parte demandante.
342.3. En el caso que haya reconvención se computa de forma independiente la falta de impulso de la parte demandante o de la que formuló la reconvención, declarándose la conclusión del proceso arbitral, respecto de la parte que operó el abandono
342.4. No cabe declarar el abandono por omisión que corresponda al árbitro único o al tribunal arbitral.

es conocido por la unidad de organización del OECE a cargo de la fase sancionadora.

- Como requisito de admisibilidad se acompaña una garantía equivalente a 0.5 UIT, la que cumple con los requisitos previstos para las garantías contractuales reguladas en la LGCP, la que puede consistir en un depósito en cuenta bancaria del OECE.
- De no presentarse este requisito de admisibilidad, la mesa de partes de OECE o las oficinas desconcentradas otorgan al impugnante el plazo máximo de 2 días hábiles para su subsanación.
- Transcurrido dicho plazo sin que se produzca dicha subsanación, el recurso de reconsideración se considera automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno, y los recaudos se ponen a disposición del impugnante para que los recabe en la mesa de partes del OECE o las oficinas desconcentradas del OECE.
- Cuando se declare fundado, en todo o en parte, el recurso de reconsideración o se declare nulo el procedimiento administrativo sancionador, se devuelve la garantía presentada. De declararse infundado o improcedente el recurso, se ejecuta la garantía.
- La unidad de organización a cargo de la fase sancionadora resuelve dentro del plazo de quince días hábiles, de presentado sin observaciones o subsanado el recurso de reconsideración, conforme lo establecido en la LPAG.

11.7. Recurso de apelación

El artículo 378 establece que la IA o el CAJPRD sancionado puede interponer recurso de apelación en un plazo máximo de 15 días hábiles de haber sido notificada con la resolución de sanción o con la resolución que se pronuncia sobre el recurso de reconsideración que haya sido interpuesto, según sea el caso, el mismo que es conocido por el OECE en última instancia administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la LPAG.

11.8. Prescripción y caducidad

El tema es regulado por el numeral 100.3 de la LGCP y el artículo 379 del RLGCP, donde el primero refiere que las infracciones establecidas en el presente artículo prescriben, a los 4 años de cometidas, en concordancia

con lo establecido en el artículo 252 del TUO de la LPAG[103], mientras que el artículo 379 establece las siguientes reglas respecto de la prescripción:

- Las infracciones establecidas en la LGCP, para efectos de las sanciones prescriben a los 4, de acuerdo con el numeral 100.3 del artículo 100 de la LGCP.
- El plazo de prescripción se sujeta a las reglas generales contenidas en la LPAG, salvo lo relativo a la suspensión del plazo de prescripción.
- El plazo de prescripción se suspende con la notificación del inicio del procedimiento sancionador y hasta el vencimiento del plazo con que se cuenta para emitir la sanción.
- Si la unidad de organización correspondiente no se pronuncia dentro del plazo indicado, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el periodo transcurrido con anterioridad a la suspensión.

En cuanto a la caducidad del procedimiento sancionador, el artículo 380 del RLGCP establece reglas a seguir.

- El procedimiento sancionador no puede exceder el plazo de 9 meses, contado desde el día siguiente de la notificación de su inicio al administrado, de acuerdo con la LPAG.

103 Artículo 252.- Prescripción
252.1. La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.
252.2. El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes. El cómputo del plazo de prescripción solo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 255, inciso 3. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.
252.3. La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.

- Transcurrido el plazo máximo para resolver, la unidad de organización a cargo de la fase sancionadora declara la caducidad de oficio y procede al archivo del expediente sancionador.
- El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso no haya sido declarada de oficio.
- La conclusión del procedimiento sancionador por caducidad da lugar al inicio de un nuevo procedimiento sancionador, siempre que no hubiera operado la prescripción.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra, Lima.

Aguilar Andrade, J. P. (2009). Sobre las materias arbitrables en el derecho administrativo. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* (1), Quito. https://acortar.link/zb2HrY

Aguilar Villanueva, L. F. (2008). *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica, México.

Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (5), 139-151. Alicante. https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alonso Puig, J. M. (2008). El deber de revelación del árbitro. En *El arbitraje en el Perú y el mundo.* Instituto Peruano de Arbitraje, Lima.

Alsina, H. (1941). *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial* (t. 1). Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Alterini, A. A. (1999). *Contratos civiles, comerciales, de consumo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Alterini, A. A. / Ameal, Ó. J. / López Cabana, R. M. (1996). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Alva Navarro, E. y Vidal Ramos, R. (2011). *Arbitraje: la anulación del laudo*. Palestra/Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Álvarez Caperochipi, J. A. (2002). *Curso de derecho de obligaciones. El derecho de los contratos* (t. 2). Civitas, Madrid.

Amprimo Plá, N. (2024). Un petardo al sistema arbitral. *Lampadia*, Lima, 9 de octubre del 2024. https://www.lampadia.com/opiniones/natale-amprimo/un-petardo-al-sistema-arbitral/

Ariño Ortiz, G. (1968). *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativo.* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de derecho público económico.* ARA/Ariño Asociados, Lima.

Ariño Ortiz, G. (2005). *Servicios públicos, regulación y renegociación.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ariño Ortiz, G. y López de Castro García-Morato, L. (2004). *Principios de derecho público económico.* ARA, Lima.

Arroyo Jiménez, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (2/2009), Barcelona. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621_es.pdf

Arteaga Zegarra, M. (2005). El incumplimiento en materia de contratación pública. *Actualidad Jurídica* (138), Lima.

Baldwin Gayoso, E. (2005). Cálculo de las penalidades por mora en la ejecución de los contratos con el Estado. *Actualidad Jurídica*, (138), Lima.

Barboza, S. (2005). Impacto de Basilea II en el sistema financiero peruano. ¿Adopción o adecuación? *Ius et Veritas*, (30), 105-118, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11793/12359

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo.* Paidós, Barcelona.

Benavides, L. (2009). La subjetividad jurídica del individuo: una visión desde el derecho internacional. *Derechos Humanos México*, *4*(12), 145-162. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28616.pdf

Berman, H. (1966). *La formación de la tradición jurídica de Occidente.* Fondo de Cultura Económica, México.

Bernal, D. (2020). *Tendencias académicas sobre el derecho internacional público.* Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Bezzi, O. M. (1982). *El contrato de obra pública.* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia.* Fondo de Cultura Económica, México.

Borda, G. (1994). *Tratado de derecho civil. Obligaciones* (7.ª ed.; t. 1). Perrot, Buenos Aires.

Bullard González, A. (2006). Enemigos íntimos: el arbitraje y los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje,* (2), 155-225, Lima. https://n9.cl/db010

Buongermini, M. M. (1999). "Desarrollo de la concesión estatal de obras públicas en la antigua Roma", en *Revista Jurídica UCA*, enero-diciembre, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción [Paraguay]. https://acortar.link/bJfL4N

Burdeau, G. (1983). *El liberalismo político*. Editorial Universitaria, Buenos Aires.

Busso, A. D. (2012). El derecho y el tiempo. *Anuario Argentino de Derecho Canónico* (18), 331-342. https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/5571/1/derecho-tiempo-ariel-busso.pdf

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 21.ª ed., ts. 1, 3, 6. Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (1994). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. 5). Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. 1) . Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (2006a). *Nuevo diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. VII). Heliasta, Buenos Aires.

Caivano, R. J. (1994). Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad. *Jurisprudencia Argentina N.º 5869*, Buenos Aires, 23 de febrero de 1994.

Caivano, R. J. (1998). *Negociación, conciliación y arbitraje*. Apenac, Lima.

Caivano, R. J. (2001). *Control judicial en el arbitraje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje.* Ad Hoc, Buenos Aires.

Caivano, R. J. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico,* (12), 62-78, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425

Caivano, R. J. y Ceballos Ríos, N. M. (2020). El principio *Kompetenz-Kompetenz*, revisitado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina. *Thémis* (77), 15-34, Lima.

Calduch, R. (1991). *Relaciones internacionales*. Ediciones Ciencias Sociales, Buenos Aires.

Carré de Malberg, R. (2013). *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México.

Carrillo, J. (2021). La compra pública de innovación: retos y oportunidades para el desarrollo de la I+D+i desde la demanda pública. *Ius et Veritas*, (62), 38-59, Lima. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.002

Carvallo, A. (1962). *Métodos de interpretación en la ciencia del derecho.* Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago.

Cassagne, J. C. (2010). *Derecho administrativo* (t. 1). Palestra, Lima.

Cassagne, J. C. (2013). *El acto administrativo*. Temis, Bogotá.

Cassese, S. (2014). *Derecho administrativo: historia y futuro*. Editorial Global Lae Press, Sevilla.

Castagnino, D. T. (2020). Las juntas de controversias o *dispute boards* como medio alterno para la prevención y/o resolución de conflictos. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional,* (1), 39-62. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AVANI/1/AVANI_2020_1_39-62.pdf

Castán Tobeñas, J. C. (1962). *Derecho civil español, común y foral*. Reus, Madrid.

Castillo Freyre, M. (2007). Orígenes del arbitraje. En M. Castillo Freyre. *Arbitraje y debido proceso*. Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M. (2010). *El principio de flexibilidad en el arbitraje* (Vol. 12). Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M. y Vásquez Kunze, R. (2006). *Arbitraje del juicio privado. La verdadera reforma de la justicia* (Vol. 1). Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. (2009). *El arbitraje en la contratación pública* (Vol. 7). Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L. y Chipana Catalán, J. (2015). Principios y derechos de la función arbitral. *Lex,* (15), 215-234. Universidad Alas Peruanas, Lima. https://lauracastro.com.pe/wp-content/uploads/2021/04/9-Principios-y-derechos-de-la-funcion-arbitral.pdf

Castro, C. y Villavicencio, L. (2021). El Buen Gobierno en las contrataciones del Estado: la metodología del *Total Cost of Ownership* como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas. En: *Ius et Veritas*, (62) 60-81, Lima. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.003

Chillón Medina, J. y Merino Merchán, J. (1991). *Tratado de arbitraje interno e internacional*. Civitas, Madrid.

Chipana, J. (2013). *Los árbitros en la Ley de Arbitraje. Bases para una reforma del Título III del Decreto Legislativo N.° 1071*. Tesis de Licenciatura. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. https://tesis.pucp.edu.pe/items/c87957c0-a2cd-4b00-9de2-1b3229492ac4

Ciaramitaro, F. (2008). El autoritarismo-absolutismo en el Antiguo Régimen. Origen aragonés del virreinato y poderes del virrey de Nueva España. *Contribuciones desde Coatepec,* (15), julio-diciembre. Universidad Autónoma del Estado de México (Toluca). https://www.redalyc.org/pdf/281/28101503.pdf

Cicero, N. K. (1996). *Servicios públicos, control y protección*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Claros Alegría, P. C. y Velasco Papineschi, C. (2011). Laudo parcial. En J. L. Collantes González (dir.), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://acortar.link/rYTJXM

Collantes González, J. L., dir. (2011), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://acortar.link/rYTJXM

Comadira, J. R. (2000). *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, Buenos Aires.

Consucode (2003). *Informe de gestión (Enero 2001 - Noviembre 2003). Presidente Dr. Ricardo Salazar Chávez.* Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Lima. https://acortar.link/h7H131

Contraloría General de la República (2005). *Guía de auditoría de las adquisiciones y contrataciones del Estado (Guía conceptual que incluye procedimientos de auditoría)*. Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 532-2005-CG, de 13 de diciembre de 2005. https://acortar.link/3zyfhW

Contraloría General de la República (2013). *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013.* Gerencia de Estudios y Gestión Pública. Contraloría General de la República, Lima. https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf

Contraloría General de la República (2016). *Directiva N.° 011-2016-CG/GPROD. Servicio de control previo de las prestaciones adicionales de obra.* Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 147-2016-CG, de 13 de mayo de 2016. https://acortar.link/b94po2

Contraloría General de la República (2018). *Informe ejecutivo semestral de gestión (Julio-Diciembre 2018).* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/oekw1g

Contraloría General de la República (2019). *Informe ejecutivo semestral de gestión (Julio-Diciembre 2019).* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/13oood

Contraloría General de la República (2020). *Informe ejecutivo de gestión 2020. Memoria institucional.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). Contraloría General de la República. https://n9.cl/ndmqz

Contraloría General de la República (2021). *Normas generales de control gubernamental.* Aprobadas por Resolución de Contraloría N.° 295-2021/-CG de 23 de diciembre del 2021. https://acortar.link/kscHn9

Contraloría General de la República (2021a). *Informe ejecutivo de gestión 2021.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/oe0bm7

Contraloría General de la República (2021b). *Directiva N.° 007-2021-CG/NORM. Servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad.* Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 134-2021-CG, de 11 de junio de 2021. https://n9.cl/1uhzn

Contraloría General de la República (2022). *Informe ejecutivo de gestión 2022. Memoria institucional.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/qb6tj

Contraloría General de la República (2022a). *Compendio normativo. Auditoría de cumplimiento.* Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad en Control gubernamental. Subgerencia de Normatividad en Control Gubernamental. Lima. https://n9.cl/i8rh5l

Contraloría General de la República (2023). *Directiva N.° 005-2023-CG/GMPL Gestión del registro de obras públicas en el Sistema de Información de Obras Públicas-INFOBRAS.* Resolución de Contraloría N.° 185-2023-CG. https://n9.cl/fydc9

Contraloría General de la República (2023a). *Directiva N.° 007-2023-CG. Acción de control de oficio.* Resolución de Contraloría N.° 253-2023-CG. https://n9.cl/rwwv2

Contraloría General de la República (2023b). *Análisis de la contratación pública en el Perú (2018-2022): una mirada desde el control gubernamental.* Serie: Documentos de investigación. Contraloría General de la República del Perú, Lima. https://acortar.link/ufjl1Z

Contraloría General de la República (2023c). *Informe ejecutivo de gestión 2023.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/jq46d

Contraloría General de la República (2024). *Memoria de gestión institucional 2017-2024*. Contraloría General de la República, Lima. https://n9.cl/t3fqs6

Contraloría General de la República (2024a). *Directiva N.° 008-2024-CG. Auditoría Forense.* Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 254-2024-CG, de 14 de mayo de 2024. https://n9.cl/dk4sq

Contraloría General de la República (2024b). *Información presupuestal para el Portal de Transparencia Estándar al III Trimestre 2024.* https://n9.cl/5pce1

Correas, Ó. (1998). *Sociología del derecho y crítica jurídica*. Fontanamara, México.

Dalmaso Marques, R. (2014). Breves apuntes sobre la extensión del deber de revelación del árbitro en el arbitraje internacional y en la realidad brasileña. En C. A. Soto Coaguila (Ed.), *Anuario latinoamericano de arbitraje. Conflictos de intereses de los árbitros. Deber de revelación y deber de declaración de los árbitros* (Vol. 3). https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-3.pdf

Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo,* (2), 9-44, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738

Darnaculleta Gardella, M. M. (2016). El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo? *Revista de Administración Pública,* (199), 11-50, Madrid. https://acortar.link/9u3fFd

De Bono, E. (1986). *Conflictos. Cómo resolverlos de la mejor manera.* Plaza & Janes, Barcelona.

De la Puente y Lavalle, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado* (Vol. 1). Cultural Cuzco, Lima.

De la Puente y Lavalle, M. (2003). *El contrato en general*, 2.ª ed., vol. 1. Palestra, Lima.

De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general* (Vol. 1). Palestra, Lima.

De la Riva, I. (2014). Apuntes sobre la licitación pública. En J. C. Cassagne, *Tratado general de los contratos públicos* (t. 2). La Ley, Buenos Aires.

De Marino, R. (1962). Análisis del concepto del suministro. *Revista de derecho mercantil,* (83), 27-78, Madrid.

De Trazegnies, F. (1995). *La responsabilidad extracontractual.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Delpiazzo, C. (2011). Contratación pública electrónica en Europa y América Latina. *Derecho PUCP,* (66), 147-167, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3027/3468

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del proceso* (Vol. 1). Editorial Universidad, Buenos Aires.

Devis Echeandía, H. (1985). *Teoría general del proceso* (Vol. 2). Editorial Universidad, Buenos Aires.

Díaz-Candia, H. (2020). Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* (15), 45-70, Caracas. https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/12/RVLJ-15-45-70.pdf

Diego Aramburú, M. (2011). Rectificación, interpretación, integración y exclusión. En C. Soto Coaguila y A. Bullard González, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Vol. 1). Instituto Peruano de Arbitraje, Lima.

Diez, M. M. (1979). *Derecho administrativo* (t. 3). 2.ª ed. Plus Ultra, Buenos Aires.

Díez-Picazo, L. (1954). El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje. *Anuario de Derecho Civil,* 7(4), 1155-1174, Madrid. https://acortar.link/E4ljix

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Vol. 2). Civitas, Madrid.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1986). *Sistema de derecho civil* (Vol. 1). Tecnos, Madrid.

Dirección de Supervisión, F. (2010). *Bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio está influido por esta. ¿Cuáles son o cómo delimitarlos? Análisis del artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.* Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios. Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado, OSCE, Lima. http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/cotizacion_internacional_final.pdf

D'Ors, A. (1999). Prólogo, en A. Mateo, *Manceps, Redemtor y Publicanus/ Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma,* Cantabria, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, pp. 13-18. https://acortar.link/Hxrn7p

Dreyfus, F. (2012). *La nueva invención de la burocracia. Servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos.* Biblos.

Dromi, R. (1987). *Manual de derecho administrativo*. Astrea, Buenos Aires.

Dromi, R. (1995). *Licitación pública.* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Dromi, R. (1999). *El procedimiento administrativo*. Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Dromi, R. (2004). *Derecho administrativo* (10.ª ed., actualizada). Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Durá Juez, P. (2003). *Teoría de subastas y reputación del vendedor.* Monografías N.° 03. Dirección de Estudios. Comisión Nacional del Mercado de Valores. https://n9.cl/6zuxt

Durán Martínez, A. (2014). El contrato administrativo en el Uruguay. En J. C. Cassagne, *Tratado general de los contratos administrativos* (t. 2). La Ley, Buenos Aires.

Dussan Hitscherich, J. (1990). *El Estado administrativo*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá.

Elías, N. (2015). *Sobre el tiempo*. Fondo de Cultura Económica, México.

Engels, F. (1971). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (9.ª ed.). Claridad, Buenos Aires.

Escribano Testaud, P. y Benavente Cózar, M. (2003). De las garantías exigidas para los contratos con la Administración. En *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Vol. 2). Comares, Granada.

Febles Pozo, N. (2019). Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro. *Cadernos de Dereito Actual,* (11), 141-160, Universidade de Santiago de Compostela. https://acortar.link/iUhNUV

Febles Pozo, N. (2021). Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado,* (40), 465-494. Universidad Externado de Colombia. https://doi.org/10.18601/01234366.n40.16

Fernández Rosas, J. C. (2010). *Contenido ético del oficio del árbitro*. Congreso Arbitraje La Habana, 1 de agosto de 2010. https://n9.cl/xxptq7

Ferrer Maestro, J. J. (2009). Los contratos públicos y el poder privado en la República Romana. *Religión, poder y monarquía. Revista*

del Grupo Europeo de Investigación Histórica, 5-35. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana (España). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3070685

Ferrero Costa, R. (2004). *Curso de derecho de las obligaciones* (3.ª ed.). Grijley, Lima.

Fiorini, B. (1976). *Derecho administrativo* (2.ª ed., t. I). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Fisher, R., Ury, W. y Patton, B. (1985). *SÍ ... ide acuerdo!* Norma.

Flint, P. (1993). *La negociación empresarial.* Ediciones Justo Valenzuela.

Fouchard. (1996). *Traité de l´arbitrage comercial international.* París.

Frederic, M. (2020). *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral.* Aranzadi.

Freitas, R. y Gushiken, D. (2020). Antecedentes históricos de la junta de resolución de disputas (dispute board). *Portal Jurídico Ius et Veritas.* https://ius360.com/antecedentes-historicos-de-la-junta-de-resolucion-de-disputas-dispute-board-rodrigo-freitas-y-juan-gushiken/

Fuentes Bardaj, J. *et al.* (2005). *Manual de derecho administrativo sancionador* (Vol. 1). Abogacía General del Estado / Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la legislación peruana* (2.ª ed.).

García de Enterría, E. (1976). El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (10), 399-430.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1983). *Curso de derecho administrativo* (4.ª ed., Vol. 1). Editorial Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001). *Curso de derecho administrativo* (Vol. 1). Ediciones Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001a). *Curso de derecho administrativo II.* Civitas, Madrid.

García Gómez de Mercado, F. (2002). *Sanciones administrativas.* Comares, Granada.

García, A. M. (2011). Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones). En J. L. Collantes González, *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (Vol. 18). Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la legislación peruana* (Vol. 2). Librería de Laroque, París.

García-Trevijano Fos, J. A. (1974). *Tratado de derecho administrativo (Vol. I)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

García-Trevijano Garnica, E. (1997). *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*. Civitas, Madrid.

Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 2). Tecnos, Madrid.

Garrido Falla, F. (2012). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 2). 13.ª ed., Tecnos, Madrid.

Ghersi, C. A. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial* (Vol. 1). Astrea, Buenos Aires.

Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador* (3.ª ed.). Aranzadi, Cizur Menor.

Gómez-Valdés, M.; Acevedo-Acevedo, S.; Alvarado-Acuña, L. e Iturra-Molina, R. (2023). Impacto de la metodología BIM en la gestión de proyectos de construcción. *Tecnología en Marcha, 36*(7), 66-77, Cartago (Costa Rica). https://acortar.link/SDzz9i

Gonzáles de Cossío, F. (2002). Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros. *Jurídica Ibero,* (32), 459-479, Ciudad de México. https://acortar.link/pll4Qq

González Navarro, F. (1982). Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos. *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Morales*. Presidencia del Gobierno, Servicio de Publicaciones, Madrid.

González Pérez, J. (2000). *Manual del procedimiento administrativo*. Civitas, Madrid.

Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo I*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

Gordillo, A. (2016). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas IV* (Vol. 4). Buenos Aires.

Gosálbez Pequeño, H. (2017). Los contratistas de la Administración Pública española del siglo XIX. *Derecho Público Iberoamericano*, (11), 87-126. Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile. https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/86/78

Gozaini Alfredo, O. (1995). *Las formas alternativas para la solución de conflictos*. Depalma.

Guerrero-Orozco, O. (2015). Los grandes maestros de la administración pública: Justi, Stein, Bonnin y González. *Revista de Gestión Pública, 4*(1), 5-24, Valparaíso (Chile). https://acortar.link/Nqb3Un

Guzmán-Barrón Soldevilla, C. y Zúñiga Maraví, R. (2014). *Tendencias del arbitraje en la contratación pública: análisis de laudos arbitrales.* Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf

Habermas, J. (1992). *Después de Marx. La reconstrucción del materialismo histórico.* Taurus, Madrid.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez.* Trotta, Madrid.

Hegel, G. F. (1987). *Filosofía del derecho.* Claridad, Buenos Aires.

Heller, H. (1995). *La soberanía.* Fondo de Cultura Económica, México.

Hernández García, R. (2014). *Dispute Boards* paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: R. Hernández García (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos.* Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/jf0ii

Herrera Mercado, H. [2017]. *El arbitraje administrativo.* https://acortar.link/IRAneH

Howard Ross, M. (1995.). *La cultura del conflicto.* Paidós, Barcelona.

Hoyos Elizalde, C. (2012). *El seguro de caución.* Fundación Mapfre, Madrid.

Jakobs, G. (2001). *La imputación objetiva del derecho penal.* Grijley, Lima.

Jandt, F. E. (1987). *Ganar-ganar negociando.* Compañía Editorial Continental, México.

Jarrosson, C. (1987). *La notion d'arbitrage.* Librairie générale de droit et de jurisprudence, París.

Jessup, P. (1956). *Transnational law.* Yale University Press.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2012). Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo,* (11), 21-33, Lima. https://acortar.link/Dvczz7

Jiménez Vivas, J. E. (2020). El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras. *Revista Oficial del Poder Judicial, 11*(13), 41-79, Lima. https://acortar.link/Mk9wmq

Kant, I. (2010). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres.* Alianza Editorial, Lima.

Kelsen, H. (1957). *Teoría general del Estado*. Editora Nacional, México.

Kelsen, H. (1982). *La teoría pura del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.

Kelsen, H. (2003). *Teoría general de las normas* (reimpr.). Trillas, México.

Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. (2010). El surgimiento del derecho administrativo Global. *Revista de Derecho Público,* (24), 4-46, Bogotá. https://acortar.link/OyrbQM

Kresalja, B. (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Thémis. Revista de Derecho,* (39), 60-62, Lima. https://acortar.link/RfkFkb

Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Temis, Bogotá.

Landa Arroyo, C. (2008). El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Landa Arroyo, C. (2019). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú. *Forseti. Revista de Derecho, 4*(6), 146-158, Universidad del Pacífico, Lima. https://acortar.link/FZ9LFT

Ledesma Narváez, M. (2005). *Laudos arbitrales y medios impugnatorios*. Cuadernos jurisprudenciales. Gaceta Jurídica, Lima.

Ledesma Narváez, M. (2020). Los precedentes del Tribunal Constitucional en el arbitraje. *Giuristi. Revista de Derecho Corporativo, 1*(1), 29-46. ESAN, Lima. https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n1.03

Llambías, J., Raffo Venegas, P. y Sassot A. (1997). *Manual de derecho civil. obligaciones* (11.ª ed.). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Lohmann Luca de Tena, G. (1988). *El arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Lohmann Luca de Tena, G. (2010). El deber de declaración. *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/vbfoo

López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría general de los contratos*, Zavalía, Buenos Aires.

López-Elías, J. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.

Marienhoff, M. (1980). *Tratado de derecho administrativo* (t. I). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1994). *Tratado de derecho administrativo* (t. III-A). 3.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1998). *Tratado de derecho administrativo* (t. III-A). 4.ª ed., reimpr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1998a). *Tratado de derecho administrativo/De los contratos en particular* (t. III-B). 4.ª ed., reimpr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (2000). *Tratado de derecho administrativo* (t. I). 5.ª ed., reimpr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (2010). *Tratado de derecho administrativo* (t. II). 4.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marina Jalvo, B. (2006). *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. Lex Nova, Valladolid.

Martorell, B. (2001). *La desadministración pública*. Marcial Pons, Madrid.

Masucci, A. (2011). Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania. *Revista de Administración Pública,* (184), 9-39, Madrid. https://acortar.link/eQNoXX

Mata, I. (2014). La licitación pública (Análisis normativo). En J. C. Cassagne (director), *Tratado general de los contratos públicos* (t. 2). La Ley, Buenos Aires.

Mateo, A. (1999). *Manceps, redemptor y publicanus. Contribución al estudio de los contratistas en Roma*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander (España).

Matheus López, C. (2006). *Introducción al derecho de arbitraje*. Semper Veritas Ediciones, Lima.

Matheus López, C. (2007). La independencia e imparcialidad del árbitro. *Foro Jurídico,* (7), 67-69. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18458

Medina Flores, J. (2023). Contratos estándares internacionales de construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de contrataciones del Estado. *Ius et Veritas,* (66), 137-148, Lima. https://acortar.link/Gcs8kh

Merino Merchán, J. y Chillón Medina, J. (2006). *Tratado de derecho arbitral* (3.ª ed.). Aranzadi, Cizur Menor.

Merryman, J. y Pérez, R. (2015). *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica, México.

Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. EJEA, Buenos Aires.

Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato*. EJEA, Buenos Aires.

Montoya Alberti, U. (1988). *El arbitraje comercial*. Cultural Cuzco, Lima.

Montoya Alberti, U. (2003). Historia del arbitraje. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* (56), Lima.

Montoya Manfredi, U. (1999). *Derecho comercial* (Vol. 2). Grijley, Lima.

Morineau, M. (2003). Introducción al sistema del *common law*. En P. Kurczyn, *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?* Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Gaceta Jurídica, Lima.

Munné, F. (2002). *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral.* Aranzadi, Cizur Menor.

Muñoz Machado, S. (2005). *Diccionario de derecho administrativo* (Vol. 2). Iustel, Madrid.

Muñoz Machado, S. (2009). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (2.ª ed., Vol. 2). Iustel, Madrid.

Nakaya Vargas Machuca, F. (2021). La importancia de la flexibilidad en el arbitraje. *Revista Peruana del Derecho de la Empresa. Temas actuales del Derecho Arbitral*, (75), 66-76. https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/5-Articulo-Fernando-Nakaya-2.pdf

Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. ARA, Lima.

Nicholson, M. (1974). *Análisis del conflicto*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

Nieto, A. (2000). *Derecho administrativo sancionador* (2.ª ed.). Tecnos, Madrid.

OCDE. (2017). *La contratación pública en el Perú: reforzando la capacidad y coordinación, estudios de la OCDE sobre la gobernanza pública.* Éditions OCDE. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/la-contratacion-publica-en-el-peru_9789264281356-es

Ogliastri, E. (1992). *El sistema japonés de negociación*. Ediciones Uniandes, Bogotá.

Ormachea, I. (1999). *Manual de conciliación*. Iprecon.

Ortega Piana, M. A. (2006). Garantías en la contratación administrativa: comentarios respecto de la póliza de caución. *Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima,* (1).

OSCE (2014). *¿Qué influye para que el cronograma de un proceso de selección se prorrogue o postergue? El caso de la LP y CP del año 2013.* Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Oficina de Estudios Económicos, Lima. https://acortar.link/wNETJp

Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1994). *Tratado de las obligaciones* (Vol. I). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Oviedo, Juan (1879). *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, Felipe Bailly, Editor, Lima.

Parada, R. (2002). *Derecho administrativo I. Parte general* (13.ª ed.). Marcial Pons, Madrid.

Paredes Carbajal, G. (2014). *Dispute boards* y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? En: R. Hernández García (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/jf0ii

Paredes Carranza, M. (2008). La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa. *Jus. Doctrina y Práctica*, (7), 475-487, Lima.

Parejo, L. (2009). *El concepto de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Párraga Espinoza, J. C. (2005). Las garantías requeridas en la contratación pública. *Actualidad Jurídica,* (138), Lima.

PNUD (1990). *Desarrollo Humano, Informe 1990*. PNUD/Tercer Mundo Editores, Bogotá. https://acortar.link/OIwh5M

Poder Ejecutivo (2014). *[Exposición de motivos del] Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado [posteriormente, Ley N.° 30225]. Proyecto de Ley N.° 3626/2013-PE*. Oficio N.° 088-2014-PR de 18 de junio del 2014. https://n9.cl/r5466

Poder Ejecutivo (2021). *Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado*. R. M. N.° 141-2021-EF/54. https://acortar.link/3maATW

Poder Ejecutivo (2022). *Proyecto de Ley N.° 2736-2022-PE, que modifica diversos artículos del Decreto Legislativo 1071, Ley 30225, Ley 27584 y la Ley 26702*. https://n9.cl/hzik7t

Poder Ejecutivo (2023). *Proyecto de Ley N.° 5472/2022-PE. Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado*. Oficio N.° 206-2023-PR de 23 de junio de 2023. https://n9.cl/hhvln

Poder Ejecutivo (2024). [*Exposición de motivos de la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas*]. *Dictamen conjunto recaído en los Proyectos de Ley 5472/2022-PE*, 5362/2022-CR, 6475/2023-CR y 7388/2023-CR, que aprueba la *Ley de Contrataciones Públicas*. Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado. Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera. Periodo Anual de Sesiones 2023-2024 del Congreso de la República. https://acortar.link/iuGKEb

Poder Ejecutivo (2024a). *Exposición de motivos. Reglamento de la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas*. Lima. https://acortar.link/3PWPMZ

Podetti, H. (2002). *Contrato de construcción*. Astrea, Buenos Aires.

Poulantzas, N. (1979). *Poder político y clases sociales* (18.ª ed.). Siglo XXI, Buenos Aires.

Puglianini Guerra, L. (2012). *Arbitraje. La relación partes-árbitro*. Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Rabines Matta, R. (2020). ¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano. *Thémis. Revista de Derecho*, (77), 285-302. https://doi.org/10.18800/themis.202001.015

Razquin, M. (2019). Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y España. *Revista de Derecho Administrativo,* (18), 303-321. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22866

RENACE (2025). *Plataforma del Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje.* https://n9.cl/7vxi1

Rezzónico, J. C. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Astrea, Buenos Aires.

Rivera, J. C. (2007). *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Lexis Nexis, Buenos Aires.

Rodríguez, L. (2005). "La explicación histórica del derecho administrativo", en M. López y D. Cienfuegos (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz/Derecho Administrativo*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 293-315.

Rodríguez Ardiles, R. (2021). La buena fe en el arbitraje. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Temas Actuales del Derecho Arbitral,* (75), 125-134. https://n9.cl/e7xzf

Rodríguez Morilla, J. A. (2015). *El modificado de obras en la contratación pública*. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid. https://eprints.ucm.es/id/eprint/32884/1/T36311.pdf

Rodríguez Vásquez, S. (2010). Rol de las instituciones arbitrales en el Perú. *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/vbfoo

Roldán, V. (2011). Laudo Inhibitorio. En J. L. Collantes González, *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (Vol. 18, pp. 707-708). Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Romero, J. (2015). La primera fase histórica del servicio público. *Revista de Ciencias Jurídicas,* (138). San José (Costa Rica).

Roppo, V. (2009). *El contrato*. Gaceta Jurídica, Lima.

Rubio Correa, M. (2008). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rubio Correa, M. (2013). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. 2.ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. https://repositoriodigital.bnp.gob.pe/bnp/recursos/2/html/aplicacion-de-la-norma-juridica/

Rubio Guerrero, R. (2010). El principio *competence-competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration,* (4), 2010-2011. https://n9.cl/evial

Rubio Guerrero, R. (2011). Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. En C. A. Soto Coaguila y A. E. Bullard González, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Vol. I, p. 818), Instituto Peruano de Arbitraje.

Russo, Á. (1995). *Teoría general del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Sabine, G. (1991). *Historia de la teoría política* (12.ª reimpr.). Fondo de Cultura Económica, México.

Salinas Seminario, M. (2003). *Costos, presupuestos, valorizaciones y liquidaciones de obra*. Instituto de la Construcción y Gerencia, Lima.

Sánchez Morón, M. (2013). *Derecho administrativo. Parte general*. Tecnos, Madrid.

Santana Rabell, S. (2004). Relevancia de la ética para el nuevo "paradigma de la gestión pública". *IX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y Administración Pública*, Madrid.

Santistevan de Noriega, J. (2008). Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral. *Ius et Veritas*, (37). 38-58, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12215

Sanz, J. (2018). ¿Cómo se financiaban las obras públicas en la Edad Media? *elEconomista.es*, 26 de noviembre de 2018. https://www.eleconomista.es/historia/noticias/9543284/11/18/Como-se-financiaban-las-obras-publicas-en-la-Edad-Media.html

Sayagüés Laso, E. (2004). *Tratado de derecho administrativo* (t. 1). Fundación Cultura Universitaria, Montevideo.

Schiffrin, A. (1996). La mediación: aspectos generales. En: J. Gottheil y A. Schiffrin (coords.), *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Barcelona.

Schmidt-Assmann, E. (2006). La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, (171), 7-34. Madrid. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2202513

Sepúlveda Larroucau, M. A. (2013). La autonomía de la voluntad o la autonomía privada en el Código Civil. *Estudios de derecho civil en homenaje a don Lorenzo de la Maza Rivadeneira*, Facultad de Derecho. Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile (169-224). https://n9.cl/2hldc0

Shack Yalta, N. (2024). *Corrupción, ética e inconducta funcional en el Estado peruano.* Lima, 27 de mayo del 2024. Contraloría General de la República / Universidad ESAN. https://n9.cl/617akk

Shack Yalta, N. (2024a). *Análisis de la contratación pública en el Perú, 2018-2023.* Lima, febrero de 2024. Contraloría General de la República. https://n9.cl/nvqzq

Simons Pino, A. (2024). *El control constitucional del arbitraje: ¿cómo evitar excesos?* Conferencia organizada por el centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima, 22 de abril de 2024. [Video]. https://www.facebook.com/100064758276726/videos/3597837993856209/

Smith, A. (1998). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones.* Fondo de Cultura Económica, México.

Smith, A. (2004). *Teoría de los sentimientos morales.* Fondo de Cultura Económica, México.

Tarello, G. (1995). *Cultura jurídica y política del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.

Torres Vásquez, A. (1988). *El contrato de suministro en el derecho civil y en el derecho administrativo*. Cultural Cuzco, Lima.

Torres Vásquez, A. (1996). *Código Civil*. Idemsa, Lima.

Torres Vásquez, A. (2012). *Acto jurídico*. Idemsa, Lima.

Turzi, M. (2013). *Arbitraje en la mitología griega*. Portal del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. https://www.medyar.org.ar/opib-1310.php

Vargas, A. (2024). Recepción y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico. Desarrollo doctrinario y tendencia jurisprudencial en el caso chileno. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Vargas García, F. (1964). *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Vaz, G. J. y Gravatá, P. A. (2014). Los dispute boards y los contratos administrativos: ¿Son los DB´s una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público? En: R. Hernández García (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/jf0ii

Velásquez Meléndez, R. y Chang Tokushima, J. (2021). El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana. *Ius et Veritas,* (62), 182-203, Lima. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.010

Vélez Fraga, M. y Gómez-Iglesias Rosón, L. (2016). La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* (43). https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5095/documento/foro01.pdf

Vidal Ramírez, F. (1985). El tiempo como fenómeno jurídico. *Derecho PUCP,* (39), 369-378. https://doi.org/10.18800/derechopucp.198501.013

Wald, A. (2005). A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação,* (6).

Weber, M. (1987). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

Zolezzi Ibárcena, L. (2010). Ética de los árbitros. *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/vbfoo

ÍNDICE GENERAL

Presentación 7
Acrónimos 9

PARTE VIII
MARCO GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA DOCTRINA Y EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Capítulo XXX
ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

De las obligaciones en general. Las obligaciones administrativas en la doctrina. Derechos y obligaciones de las partes. Las prerrogativas de la Administración pública. Obligaciones y responsabilidades en la Ley General de Contrataciones Públicas

1. Antecedentes y definición de las obligaciones 17
   1.1. Teorías y variables que componen la obligación 18
2. Fuente o causa eficiente de las obligaciones: de la voluntad a la ley 20
   2.1. La fuente de las obligaciones: la voluntad y la ley 21
      2.1.1. La autonomía de la voluntad en la filosofía 21
      2.1.2. La autonomía de la voluntad en la economía 22
      2.1.3. La autonomía de la voluntad en el derecho 24
   2.2. La ley como fuente de las obligaciones 25
   2.3. Enriquecimiento sin causa 26
      2.3.1. El enriquecimiento sin causa en las contrataciones públicas: indemnización y no pago 27
3. Clasificación de las obligaciones 29

3.1. La obligación de dar 29
3.2. La obligación de hacer y la obligación de no hacer 30
3.3. Obligaciones alternativas y facultativas 30
3.4. Obligaciones divisibles e indivisibles 31
3.5. Obligaciones mancomunadas y solidarias 32
3.6. Obligaciones por el tiempo de cumplimiento de la prestación: obligaciones de ejecución inmediata y diferida y obligaciones de ejecución única y permanente 32
3.7. Obligaciones de plazo 33
3.8. Obligaciones modales 33
3.9. Obligaciones principales y accesorias 34
3.10. Obligaciones de medios y de resultados 34
3.11. Obligaciones esenciales y no esenciales 34
4. Las obligaciones administrativas 36
4.1. Aspectos que afectan el cumplimiento de las obligaciones en el contrato administrativo: el *ius variandi* y el hecho del príncipe; la teoría de la imprevisión, y el caso fortuito y la fuerza mayor 37
4.1.1. El hecho del príncipe 37
4.1.2. La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible 39
4.1.3. El caso fortuito y la fuerza mayor 40
4.2. Derechos y obligaciones de las partes 45
4.2.1. Derechos del contratista (obligaciones de la Administración) 45
4.2.2. Derechos y prerrogativas de la Administración 48
5. Las obligaciones y responsabilidades en la LGCP 52
5.1. La responsabilidad del contratista 53

Capítulo XXXI
ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El Estado de derecho. La Revolución francesa. El régimen administrativo francés. El Consejo de Estado. La justicia retenida. El derecho administrativo. Los contratos de la Administración pública. El Estado liberal. El Estado social. La desigualdad de las partes. La huida del derecho administrativo. El principio de subsidiariedad

1. El Estado de derecho 58
2. Características del régimen administrativo francés 59
3. El Consejo de Estado como herencia acabada del Antiguo Régimen 60

4. La justicia retenida 61
5. El derecho administrativo como producto de la Revolución francesa 63
5.1. El principio de legalidad 63
5.2. El Fallo Blanco y la especificidad del derecho administrativo 65
6. La Administración pública y los contratos administrativos en el Estado liberal.. 66
6.1. La actuación de la Administración pública en el Estado liberal: el Estado policial y de fomento y el Estado de los servicios públicos con contratista interpuesto 68
7. La Administración pública y los contratos administrativos en el Estado social 69
7.1. La actuación de la Administración pública en el Estado social: la actividad planificadora y productora de bienes 70
8. La desigualdad de las partes y la "autonomía de la voluntad" en los contratos administrativos en el Estado liberal y en el Estado social 70
9. El ocaso del Estado social y la huida del derecho administrativo 71
9.1. La huida del derecho administrativo 73
9.2. El principio de subsidiariedad del Estado 74

Capítulo XXXII
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR

Principios. Elementos y características. Clasificación. Interpretación e integración. Los tipos de contratos de la Administración. El contrato de obra pública. Cláusulas predeterminadas y cláusulas exorbitantes. La cláusula penal. Formalización y perfeccionamiento de los contratos administrativos. La buena fe

1. Del contrato en general 79
2. De los contratos administrativos 80
3. ¿Qué es lo que hace singular al contrato administrativo? 82
4. Los principios en los contratos en general y administrativos en particular ... 83
4.1. Principio de autodeterminación 83
4.2. Principio de autonomía privada 83
4.3. Libertad contractual 84
4.4. Fuerza obligatoria 84
4.5. El consensualismo y el formalismo 84
4.6. Justicia y equivalencia 85
4.7. Confianza 85

4.8. Seguridad 85
4.9. Buena fe subjetiva y objetiva 85
5. Elementos y características del contrato administrativo 86
5.1. Características 87
6. Clasificación de los contratos 89
6.1. Unilaterales y bilaterales 89
6.2. Onerosos y gratuitos 90
6.3. Conmutativos y aleatorios 90
6.4. Formales y no formales 90
6.5. Consensuales y reales 90
6.6. Nominados (típicos) e innominados (atípicos) 91
6.7. Principales y accesorios 91
6.8. Contrato y subcontrato 91
6.9. De ejecución inmediata y diferida 91
6.10. De ejecución única (instantánea) o de duración (de ejecución permanente o de tracto sucesivo) 92
7. Los contratos desde la perspectiva de su ejecución y la LGCP 92
8. La interpretación e integración de los contratos 93
8.1. La integración 94
9. Los tipos de contratos de la Administración 94
9.1. El contrato de suministro 95
9.1.1. Derechos y obligaciones del contratista en el contrato de suministro 97
9.2. El contrato de servicios y de consultoría 97
9.2.1. Los contratos de servicios en general 97
9.2.2. El contrato de consultoría 98
9.3. El contrato de obra pública 98
10. Cláusulas predeterminadas y cláusulas exorbitantes 99
11. La cláusula penal 99
11.1. ¿Cuáles son los caracteres de la cláusula penal respecto del contrato? 100
11.2. Funciones y modalidades de la cláusula penal 100
11.3. La cláusula penal en los contratos administrativos 101
12. Formalización y perfeccionamiento de los contratos administrativos 102
12.1. El rol de la buena fe en el perfeccionamiento del contrato 102

Capítulo XXXIII
REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO (I)

La suscripción del contrato. Obligación de contratar. Contenido del contrato. Perfeccionamiento del contrato. Nulidad del contrato. El tiempo y el plazo contractual, suspensión de plazo, el incumplimiento del contrato. Ejecución y modificación contractual. La reducción de prestaciones. La cesión de posición contractual. La subcontratación

1. La fase previa a la suscripción del contrato. La obligación de contratar y el contenido del contrato 105
   - 1.1. Cuando la entidad no firma el contrato 105
   - 1.2. Cuando el postor ganador no firma el contrato 106
   - 1.3. El contenido del contrato 107
2. El perfeccionamiento del contrato y los requisitos para perfeccionarlo 107
   - 2.1. Regla general y excepciones en el perfeccionamiento del contrato 107
   - 2.2. El perfeccionamiento en el caso de subasta inversa electrónica y de un procedimiento de selección por relación de ítems 108
   - 2.3. La firma digital 108
   - 2.4. Requisitos para perfeccionar el contrato 108
3. Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato y los supuestos en que no se perfecciona el contrato 109
   - 3.1. Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato 110
   - 3.2. La garantía en trámite 111
   - 3.3. Supuestos en que no se perfecciona el contrato 111
     - 3.3.1. Cuando la entidad no perfecciona el contrato 111
     - 3.3.2. Cuando el postor ganador de la buena pro no perfecciona el contrato y el llamado al que ocupó el segundo lugar 112
4. La nulidad de contrato 113
   - 4.1. Causales de nulidad de contrato y determinación de responsabilidades 114
   - 4.2. La nulidad y la continuidad del contrato 115
   - 4.3. Evaluación de la declaratoria de nulidad por parte del tribunal arbitral. La prelación normativa 116
   - 4.4. El procedimiento de declaratoria de nulidad de contrato 116
   - 4.5. Nulidad de contrato y devolución de garantías 117

4.6. Consecuencias de la declaratoria de nulidad 117
5. El plazo 118
5.1. El plazo: inicio de cómputo y suspensión 119
5.2. Diferencia entre plazo de vigencia y plazo de ejecución contractual. 120
5.3. La vigencia del contrato 121
5.4. Cómputo del plazo contractual 121
5.4.1. Reglas especiales para el cómputo del plazo en la LGCP: el inicio del cómputo y su suspensión 122
6. Desarrollo de la ejecución y de la modificación contractuales 123
6.1. Las causales de modificación contractual 124
6.1.1. La colaboración en la modificación contractual 125
6.1.2. La no afectación del equilibrio económico del contrato y las causales generales de modificación contractual 126
6.1.3. Causales de modificaciones cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo. La modificación por hecho del príncipe 126
6.1.4. El procedimiento de la modificación cuando no resulten aplicables los adicionales, las reducciones y las ampliaciones de plazo 127
6.1.5. La modificación contractual por hecho imputable a alguna de las partes 128
7. Reglas generales de la reducción de prestaciones 128
8. La cesión de posición contractual y la cesión de derechos 130
8.1. La cesión de derechos y de posición contractual por el contratista .. 131
8.2. La cesión de posición contractual parcial 132
8.3. La cesión de posición contractual de una entidad a otra entidad 133
9. La subcontratación, las prestaciones esenciales y la prohibición 134
9.1. La decisión de la entidad y el silencio negativo 134

Capítulo XXXIV
REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO (II)

Las garantías del cumplimiento de las obligaciones. Garantía precontractual y contractual. Marco general de las garantías en la LGCP. La emisión, mecanismos de garantía, ampliación y reducción de garantías. La ejecución de garantías. Variación de la garantía. La garantía de fiel cumplimiento para bienes y servicios. Excepciones a la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias en bienes y servicios. Garantías a cargo de la entidad: el contrato de arrendamiento

1. Garantía precontractual y contractual en la doctrina 137
   - 1.1. Garantías provisionales o de seriedad de oferta 138
   - 1.2. La garantía precontractual y su intermitencia en la normativa de contrataciones públicas en el Perú 139
   - 1.3. Las garantías definitivas 139
   - 1.4. Semejanzas entre la garantía provisional y definitiva 140
2. Las entidades públicas y las garantías precontractuales y definitivas 141
3. Marco general de las garantías en la LGCP 141
   - 3.1. Los requisitos y características de las garantías financieras 142
     - 3.3.1. Garantías financieras, su realización y responsabilidad del ente emisor 142
     - 3.1.2. Las empresas que emiten garantías financieras y la información a la entidad y a la CGR 143
4. Las garantías en la LGCP y en el RLGCP 145
   - 4.1. Emisión de garantías y a favor de quién 146
   - 4.2. Mecanismos de garantía 146
     - 4.2.1. La póliza de caución y el contrato de seguro: definición y desenvolvimiento en la LGCP y el RLGCP 147
     - 4.2.2. El fideicomiso como garantía de fiel cumplimiento 148
     - 4.2.3. Carta fianza financiera 150
     - 4.2.4. La retención de pago y casos en que opera 157
   - 4.3. La ampliación o reducción de garantías por modificaciones contractuales 158
     - 4.3.1. Ampliación-reducción de garantías 158
5. La ejecución de garantías 159

5.1. Casos de ejecución de garantías 160
5.1.1. Ejecución de garantías de fiel cumplimiento 160
5.1.2. Ejecución de las garantías de adelantos, de fiel cumplimiento o de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias y los supuestos de devolución 161
5.1.3. La evaluación y responsabilidad de la entidad y de las entidades financieras en la ejecución 162
5.1.4. Casos en que no se ejecuta la garantía por renovación 162
6. La variación de la garantía por parte de una MYPE 162
7. La garantía de fiel cumplimiento para bienes y servicios: comisión de éxito, contratos de suministro y de bienes 163
7.1. Excepciones a la garantía de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias en bienes y servicios 164
8. Garantías a cargo de la entidad: el contrato de arrendamiento 164

Capítulo XXXV
REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO (III)

1. Las penalidades: origen y desenvolvimiento 167
1.1. La cláusula penal en los contratos administrativos y sus caracteres ... 168
1.2. Funciones, modalidades y objeto de la cláusula penal 169
1.3. El debido procedimiento en las penalidades en la contratación pública 170
1.4. Las penalidades en la LGCP y su reglamento. Ejecución y garantía de fiel cumplimiento 171
1.4.1. La penalidad por mora y el incumplimiento justificado 172
1.4.2. Fórmula para el cálculo de la penalidad por mora en el RLGCP 172
1.4.3. Justificación del retraso y la solicitud de ampliación de plazo 173
1.4.4. Criterios del fenecido OSCE respecto de la aplicación de la penalidad por mora 175
1.5. Las otras penalidades 178
1.5.1. Criterios del OSCE respecto de las otras penalidades 180
1.6. La contratación por paquete y la penalidad 181
1.7. Bienes: ¿qué se entiende por *paralizaciones* y *atrasos*? 181
1.8. Modificación unilateral de penalidades 182

1.9. Incumplimiento de subsanación de observaciones, resolución de contrato y aplicación de penalidad 182
1.10. Improcedencia de la aplicación de penalidades cuando se otorga el plazo 182
1.11. Improcedencia de aplicación de procedimiento y la solución de controversias 182
2. La resolución de contrato 183
2.1. La obligación esencial y la resolución de contrato 183
2.2. La cláusula obligatoria de resolución de contrato y la responsabilidad. 184
2.3. Las causales de resolución del contrato 184
2.4. ¿La resolución de la resolución? 185
2.5. Configuración de la condición de terminación anticipada establecida en el contrato 186
2.6. La resolución de contrato en los mecanismos diferenciados de adquisición para la contratación de tecnologías sanitarias para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades raras y huérfanas, enfermedades oncológicas y de enfermedades de alto costo, y en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional 186
2.7. La responsabilidad de las partes en la resolución del contrato 186
2.7.1. Los tipos de responsabilidad de las partes en la resolución del contrato 186
3. Procedimiento de resolución de contrato 187
3.1. La formalidad del trámite 187
3.2. El procedimiento en función de los supuestos 188
3.2.1. Procedimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, por causa atribuible a la parte que incumple: literal b) del numeral 68.1 de la LGCP y el monto máximo de penalidad 188
3.2.2. Cuando no procede el apercibimiento previo 190
3.2.3. Cuando se puede resolver sin apercibimiento previo 191
4. Los efectos de la resolución del contrato. La ejecución de la garantía y el pago de daños 191
4.1. Cuando la parte perjudicada es la entidad 191
4.2. Cuando la parte perjudicada es el contratista 192
4.3. Fideicomiso y la parte que resuelve 192
4.4. Constatación física e inventario de la obra 192
4.5. Los costos de la resolución del contrato y cuando procede el reconocimiento de la utilidad en obras 192
5. La constancia de prestación 192

PARTE IX
LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS

Capítulo XXXVI
LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS (I)

1. Sistemas de entrega para bienes y servicios 199
   1.1. Llave en mano y llave en mano con mantenimiento para bienes 199
   1.2. Suministro con comodato. ¿Cuándo se aplica? 200
   1.3. Diseño de la operación y mantenimiento 201
   1.4. Gestión de instalaciones 201
2. Modalidades de pago para bienes y servicios 202
   2.1. Suma alzada 203
   2.2. Precios unitarios 203
   2.3. Esquema mixto 204
   2.4. Tarifas 204
   2.5. Con base en porcentajes 205
   2.6. Con base en un honorario fijo y una comisión de éxito 205
   2.7. Pago por consumo 205
3. El reajuste 206
   3.1. Reajuste de bienes sujetos a cotización internacional 207
4. El adelanto directo en bienes y servicios 208
   4.1. Casos de procedencia 208
   4.2. Solicitud y amortización 208
   4.3. Fideicomiso procedencia e improcedencia 209
5. Las garantías en bienes y servicios 211
   5.1. Garantías a cargo del contratista 211
   5.2. La regla general y las reglas especiales 211
   5.3. Las excepciones a la garantía 212
6. Las garantías a cargo de la entidad contratante 213
7. Las modificaciones contractuales 213
   7.1. Las prestaciones adicionales en bienes y servicios 213
      7.1.1. La aprobación de las prestaciones adicionales y sus límites 214
      7.1.2. Costo de la prestación adicional 215
8. Ampliación del plazo contractual en bienes y servicios 215
   8.1. El trámite de la ampliación de plazo. La diferencia entre paralización y atraso 216

8.1.1. Evaluación de la solicitud 217
8.2. Consecuencias de la ampliación de plazo. Definición de gasto general, gasto general variable y costo directo 218
8.3. La formalidad de la ampliación de plazo 218
9. Modificación contractual por mejoras en bienes y servicios 219

Capítulo XXXVII
LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS (II)

1. Recepción y conformidad 223
1.1. Recepción de bienes y el Sistema Nacional de Abastecimiento 223
1.2. La conformidad y su trámite: las observaciones 223
1.3. Incumplimiento del plazo por parte de la entidad y del contratista .. 225
1.4. El incumplimiento manifiesto y los defectos o vicios ocultos 225
2. El pago 226
2.1. El trámite del pago 227
2.2. Infracción funcional por demora o incumplimiento 227
2.3. Modalidades de pago: el pago por consumo 228
2.4. Pago: factura negociable y fideicomiso para la micro y pequeña empresa 229
3. Las contrataciones complementarias 229
3.1. El objeto de las contrataciones complementarias 230
3.2. La regulación de las contrataciones complementarias y qué área sustenta el pedido 230
3.3. La suscripción y el inicio del plazo 231
4. Criterios del OSCE 231
4.1. Vínculo, o existencia de un nuevo contrato 232
4.2. ¿Se debe acreditar la nueva convocatoria o basta con que se acredite la programación de la misma? 232
4.3. Contrato complementario con precios reajustados 232
4.4. Contrataciones complementarias en vez de prestaciones adicionales 233

PARTE X
LA OBRA PÚBLICA Y EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Capítulo XXXVIII
CONTRATO DE OBRA Y CONSULTORÍA DE OBRA (I)

1. La obra pública 239
   1.1. El dominio público y el dominio privado del Estado 239
   1.2. Las formas de ejecución de la obra pública 240
   1.3. Las obras públicas por administración directa 240
2. El contrato de obra pública 241
   2.1. Elementos del contrato de obra pública 241
   2.2. Caracteres y naturaleza jurídica del contrato de obra pública 242
3. Consultoría de obra pública 242
   3.1. La "autonomía" relativa del contrato de supervisión respecto del contrato de obra y sus diferencias 244
   3.2. La condición jurídica de "directa" y "permanente" del control del supervisor y su responsabilidad por incumplimiento 245
   3.3. Participación en la liquidación del contrato y los términos de referencia: la prestación típica y atípica 246
   3.4. Participación en la recepción de la obra 247
   3.5. Obra por paquete: ¿designación de inspector/supervisor en cada una? 247
   3.6. Contratación de inspector primero y luego de un supervisor 247
   3.7. Inspector en vez de supervisor y la paralización de la obra 248
4. El expediente técnico 248
   4.1. El expediente técnico en la LGCP y su reglamento 249
      4.1.1. Contenido y elaboración 249
      4.1.2. La negativa a corregir errores del expediente técnico y la aprobación de prestaciones adicionales 251
      4.1.3. Procedimiento de revisión del expediente técnico en el sistema de entrega de solo construcción para la detección temprana de deficiencias u omisiones 251
      4.1.4. Jefe de proyecto (contratista) y elaboración del expediente técnico 253
      4.1.5. Aprobación del expediente técnico 254

4.1.6. Consideraciones durante la elaboración del expediente técnico en un contrato derivado de un concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos 254
4.1.7. Consideraciones durante la etapa de diseño en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 254
4.1.8. Las cláusulas por terminación anticipada a considerar 255
4.1.9. Responsabilidad por la aprobación de adicionales de obra por deficiencia de expediente técnico 255
4.1.10. Contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional: modificación y expediente técnico 256
4.1.11. Infracción del contratista por expediente técnico defectuoso 256
5. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras . 256
5.1. Modalidades de pago en la contratación de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción, diseño y construcción, y consultorías de obras distintas a supervisión de obras 257
5.2. Modalidad de pago para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra 257
5.3. Suma alzada 257
5.4. Precios unitarios 259
5.5. Diferencia entre sistema de precios unitarios y suma alzada en la presentación del presupuesto 261
5.6. Esquema mixto 263
5.7. Costo reembolsable 263
5.8. Pago por tarifas 263
6. Los tipos de sistema de entrega en obras 264
6.1. Solo construcción 265
6.2. Diseño y construcción 266
6.3. Diseño, construcción, operación y mantenimiento 266
6.4. Gestión del diseño y construcción al riesgo 266
6.5. Gestión del diseño y construcción de agencia 266
6.6. Entrega integrada de proyecto o alianza 267
6.7. Llave en mano 267
6.8. Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional 268
7. Tipos de sistemas de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico 268
7.1. Solo formulación o solo diseño 269
7.2. Formulación y diseño 269

8. Criterios para la elección de sistemas de entrega y modalidades de pago para obras y consultoría de obras 269

Capítulo XXXIX
CONTRATO DE OBRA Y CONSULTORÍA DE OBRA (II)

1. Requisitos adicionales para la suscripción del contrato bajo el sistema de entrega de solo construcción y la previa aprobación del *expediente técnico* 273
2. Obligación de la entidad de designar un coordinador 274
3. El plazo contractual 274
3.1. La vigencia del contrato y plazo de ejecución contractual 275
4. Inicio de la ejecución contractual para obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción 275
4.1. Requisitos que debe cumplir la entidad para el inicio del plazo de la ejecución contractual 275
4.2. Inicio del plazo de ejecución contractual para la consultoría de obras.. 276
4.3. Responsabilidad de la entidad por el cumplimiento de los requisitos 277
4.4. El inicio en ejecución rápida: *fast track* y la entrega de adelantos.... 278
5. Inicio de la ejecución contractual en el caso de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 279
6. Adelanto y postergación de inicio de ejecución de obras..... 279
6.1. Formalización del acuerdo de adelanto o postergación o de reinicio... 280
7. El residente de obra en el sistema de entrega de solo construcción, y diseño y construcción 280
8. La supervisión 281
8.1. La supervisión de consultoría de obras en la formulación y/o elaboración de expediente técnico 282
8.2. La supervisión de obras bajo sistemas de solo construcción, y diseño y construcción 282
8.2.1. ¿Desde qué momento la supervisión es obligatoria? 283
8.2.2. El inicio de la obra y la designación del supervisor y/o inspector 283
8.2.3. La vinculación del contrato de supervisor con el de ejecución de obra y la resolución del contrato 283
8.2.4. La resolución o nulidad de un contrato de supervisión y la posibilidad de designar a un inspector o equipo de inspectores 284

8.2.5. Las funciones de la supervisión de obras y de consultoría de obras en los sistemas solo construcción, y de diseño y construcción 284
8.2.6. La fiscalización posterior de información 286
9. Adelantos en la ejecución de obra y la consultoría de obra 286
9.1. La amortización del adelanto y las diferencias del monto 287
9.2. Procedimiento para la entrega del adelanto directo en obras y consultoría de obras 288
9.2.1. El procedimiento de entrega para las obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 289
9.3. La amortización por adelanto directo en obras y consultoría de obras 289
9.3.1. La amortización del adelanto para materiales, insumos, equipamiento y mobiliario para obras 289
9.3.2. La amortización del adelanto directo por avance dispuesto en el numeral 178.5 del artículo 178 289
9.4. Entrega de adelantos para materiales e insumos, equipamiento y mobiliario en obras bajo el sistema de entrega de solo construcción y diseño y construcción 290
10. Las garantías en obras y consultoría de obras 290
10.1. Supuestos de devolución y reducción de la garantía de fiel cumplimiento en obras y consultorías de obra 291
10.1.1. Devolución de garantías 291
10.1.2. Reducción de garantías 291
10.1.3. Reducción cuando el sistema de entrega tenga más de un componente 292
10.2. El fideicomiso de adelanto directo de obra bajo sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción 292
10.2.1. Fideicomiso: procedencia, monto de la obra e improcedencia 292
10.2.2. Procedimiento para la constitución del fideicomiso 292
10.2.3. La transferencia de recursos y otros adelantos 293
10.2.4. Requisitos del contrato de fideicomiso 293
10.2.5. Un fideicomiso para varios proyectos 294
10.3. Los distintos pedidos del contratista 294
11. El pago de valorizaciones en obras y consultoría de obras 295
11.1. El pago de valorizaciones en contratos de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción 295
11.2. Atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista 296

11.3. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada.. 296
11.4. En el caso de obras contratadas bajo la modalidad de precios unitarios 296
11.5. El límite de reconocimiento de gastos generales..... 296
11.6. El caso de obras contratadas a costo reembolsable 297
11.7. Obligación del contratista en la última valorización..... 297
11.8. Lo que se puede aplicar al caso de diseño y construcción 297
12. Valorización de la supervisión de la obra 297

Capítulo XL
CONTRATO DE OBRA Y CONSULTORÍA DE OBRA (III)

1. Cuaderno de incidencias en obras bajo sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción 301
1.1. El cuaderno de incidencias cuando el sistema de entrega incluya el componente de elaboración del expediente técnico..... 301
1.2. El cuaderno de incidencias en el caso del componente ejecución de obra..... 302
2. Sustitución de integrante del plantel técnico en obras o consultoría de obras... 302
2.1. Trámite para la sustitución permanente y temporal del personal: la aplicación de penalidad..... 302
3. Consultas sobre incidencias en obras bajo los sistemas de entrega solo construcción, y de diseño y construcción..... 303
3.1. La frecuencia de las anotaciones en el cuaderno de obra o de incidencia 304
3.2. El procedimiento para atender la consulta 304
3.2.1. Trámite de la consulta en el sistema de entrega de solo construcción..... 305
3.2.2. Trámite en el sistema de entrega de diseño y construcción.. 305
3.3. La no absolución de la consulta, la ampliación de plazo y la afectación de la ruta crítica 306
4. Las modificaciones contractuales de obra bajo sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción, por intensificación del programa de ejecución..... 306
4.1. La intensificación y reducción del programa de ejecución..... 306
5. Plazos aplicables durante la ejecución contractual de obras bajo sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción 307
6. Las prestaciones adicionales en consultoría de obras 307

6.1. La prestación adicional y la ampliación de plazo 308
6.2. Consultoría de obras: la aprobación de prestaciones adicionales para consultoría de obra para la elaboración de expedientes técnicos y formulación de inversiones, y para la supervisión de la elaboración del expediente técnico de la obra hasta por el 25 % del monto del contrato original 309
6.3. Contratos para la supervisión de obras: aprobación de prestaciones adicionales por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintas de las derivadas de la aprobación de adicionales de obra 310
6.4. Aprobación de adicionales de obra que impacten de forma directa en la ejecución del contrato de supervisión de obra 311
6.5. Lo que no se considera adicionales de supervisión y el pago 312
7. Aprobación de prestaciones adicionales de obra bajo el sistema de entrega solo construcción 312
7.1. La elaboración del expediente técnico 313
7.2. ¿Quiénes autorizan las prestaciones adicionales en el sistema de entrega de solo construcción y la intervención de la CGR y los adicionales en caso de emergencia? 314
7.3. ¿Quiénes pueden elaborar el expediente técnico? 315
7.4. La revisión del expediente técnico del adicional 315
7.5. Cuando el expediente técnico del adicional de obra no es elaborado por el supervisor 316
7.6. Aprobación por parte de la entidad 316
7.7. Prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia 318
7.8. Las prestaciones adicionales en obras bajo el sistema de entrega de solo construcción 319
8. Prestaciones adicionales de obra bajo el sistema de entrega diseño y construcción 319
8.1. Por el componente diseño 319
8.2. Por el componente ejecución de la obra 319
8.3. Causal de resolución del contrato 320
8.4. Por el componente diseño 320
8.5. Por el componente ejecución de la obra 320
8.6. Improcedencia de suscripción de adenda por adicional 322
8.7. Aplicación de adicionales de emergencia en el sistema de entrega de diseño y construcción 322
9. El cálculo de presupuesto de las prestaciones adicionales de obras y consultorías de obra 322

9.1. Cuando no existen precios unitarios de una determinada partida requerida en una prestación adicional 323
9.2. Ensayos especializados y su inclusión en gastos generales 323
9.3. Criterios del fenecido OSCE 323
9.3.1. Determinación del presupuesto adicional o deductivo en relación con el analítico y la prevalencia de los planos (Opinión N.° 021-2011/DTN) 323
9.3.2. Adicionales de obra en precios unitarios (Opinión N.° 139-2009/DTN) 324
10. Mayores metrados en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción, y DE diseño y construcción 324
10.1. Contratos suscritos bajo la modalidad de pago de precios unitarios 325
10.2. Aprobación de la entidad 325
10.3. Ejecución de mayores metrados y ampliación de plazo 325
10.4. En caso con la aprobación de los mayores metrados se supere el límite para prestaciones adicionales del 50 % del componente obra 325

Capítulo XLI
CONTRATO DE OBRA Y CONSULTORÍA DE OBRA (IV)

1. La ampliación de plazo contractual en obras y la modificación de la ruta crítica 329
2. La ampliación de plazo en consultoría de obras 330
3. Evaluación de la solicitud de la ampliación de plazo 331
4. La improcedencia de la suscripción de la adenda 331
5. El procedimiento de ampliación de plazo en consultoría de obras 331
6. Procedimiento de ampliación de plazo en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción, y DE diseño y construcción 332
6.1. Contenido de la solicitud y la prórroga para su presentación 333
6.2. El rol de la supervisión y las implicancias de su silencio (el pronunciamiento de la entidad) 333
6.3. El pronunciamiento de la entidad contratante: el silencio positivo .. 334
6.4. La ampliación de plazo parcial 336
6.5. La ampliación de plazo en las obras bajo sistemas de entrega que incluyan el diseño 336
6.6. Ampliación de plazo a los contratos vinculados 336
6.7. La ampliación por causales que no se sustenten en un mismo período de tiempo 337

7. Efectos de la ampliación de plazo de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción 337
7.1. Pagos de conceptos vinculados al período 337
7.2. Valorización y reajustes 338
8. Suspensión de plazo en ejecución de obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción 338
9. El plan de contingencia en el caso de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 339
10. La ejecución rápida (*fast track*) en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 339
11. Propuestas de cambio de ingeniería de valor (PCIV) 340
11.1. PCIV propuestas respecto de la ejecución de la obra 341
11.2. PCIV y repartición de ahorros 341
12. Actualización de programa de ejecución en consultoría de obras y en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción, y DE diseño y construcción 341
13. Monitoreo y control de obras y consultoría de obras 342
14. La intervención económica de la obra 343
14.1. El rol del contratista en la intervención económica de la obra 344
15. Reajustes en obras y consultoría de obras 344
15.1. En el caso de obras pactadas en moneda nacional o extranjera 345
15.2. En el caso de consultoría de obras pactados en moneda nacional o extranjera 346
16. Recepción y liquidación de obras y consultoría de obras 346
16.1. Recepción de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción, y de diseño y construcción 347
16.2. Certificado de conformidad técnica y comité de recepción 347
16.3. Verificación del cumplimiento contractual por parte del comité de recepción y el acta de recepción de obra 348
16.4. Responsabilidad de la supervisión 348
16.5. Observaciones y levantamiento de observaciones 348
16.6. La recepción luego del levantamiento de observaciones 349
16.7. Recepción y vicios ocultos 349
16.8. Retraso en la recepción por causas ajenas al contratista y reconocimiento de gastos generales 349
16.9. Cuando la subsanación de las observaciones la hace la entidad y la no incurrencia en fraccionamiento 350
16.10. La recepción parcial 350

17. La liquidación del contrato de obra y de consultoría de obra y declaratoria de fábrica 350
17.1. La liquidación parcial de obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción 352
17.2. La declaratoria de fábrica en obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción 352
17.3. La liquidación de obras y consultoría de obras 353
17.4. Criterios del OSCE en la liquidación de obras y consultoría de obras 355
17.4.1. Aprobación de la liquidación de obra 355
17.4.2. ¿Qué se considera en la liquidación de obra? 355
17.4.3. ¿Quién presenta la liquidación? 356
17.4.4. Liquidación de contrato, acciones legales y arbitraje 356
18. Vicios ocultos en la ejecución de obras 358
18.1. En el caso de los componentes de mobiliario y equipamiento o contratos que correspondan solo a la adquisición y entrega de mobiliario y/o equipamiento 358
18.2. Los contratos de ejecución de obra o con componente de obra 358

PARTE XI
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EL CONFLICTO, LA CONCILIACIÓN, EL ARBITRAJE Y LA JUNTA DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Capítulo XLII
LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO EN LA FASE PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

1. El conflicto: definición y fuentes 365
2. Del conflicto a la solución del conflicto. De la autocomposición a la heterocomposición 366
3. Las tradiciones jurídicas de occidente: el derecho común y el derecho civil .. 367
3.1. Las tradiciones jurídicas, el Estado absoluto y las opciones de tradiciones jurídicas 370
3.2. El absolutismo y el derecho administrativo 371
3.3. El derecho administrativo francés y la solución de controversias 373
3.3.1. La justicia retenida: del Consejo del Rey al Consejo de Estado 375

3.3.2. De la justicia retenida a la justicia delegada 376
4. El derecho administrativo como producto de la Revolución francesa 377
4.1. El principio de legalidad y derecho administrativo 378
5. El derecho administrativo en el Perú en los siglos XIX y XX y la solución de controversias en las contrataciones públicas hasta antes de la Ley N.° 26850 379
5.1. La solución de controversias en la contratación pública 383
6. La solución de controversias luego de la promulgación de la Ley N.° 26850 hasta antes de la Ley General de Contrataciones Públicas 385
7. La solución de controversias en el marco de la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento 387

Capítulo XLIII
LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL CONFORME A LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. La negociación y la mediación 392
2. La conciliación 393
2.1. Modalidades de conciliación 394
3. La Junta de prevención y resolución de disputas 395
3.1. Antecedentes 395
3.2. Definiciones y tipos 397
3.3. La función de la DAB/DBR 399
3.4. La DAB/DBR en el ámbito del derecho administrativo 399
3.5. De la Junta de Resolución de Disputas en la Ley N.° 30225 a la Junta de Prevención y de Resolución de Disputas en la LGCP 400
4. El arbitraje y el arbitraje administrativo 400
4.1. Antecedentes del arbitraje 401
4.1.1. Roma: la autonomía de la voluntad y la jurisdicción del Estado en la solución de controversias 402
4.1.2. La solución de controversias en la Edad Media: derecho canónico y arbitraje laico 404
4.1.3. Modernidad y arbitraje 406
4.1.4. A manera de conclusión: el fin de la autonomía de la voluntad en el arbitraje 408
4.2. Definiciones 409
4.3. La naturaleza jurídica del arbitraje 410

4.3.1. Teoría contractualista o privatista 410
4.3.2. La teoría jurisdiccionalista o procesalista 411
4.3.3. La teoría mixta o ecléctica 413
4.4. El arbitraje administrativo 413

5. Antecedentes del arbitraje en el Perú 414
5.1. El arbitraje en normas de rango inferior a la Constitución 416
5.2. El arbitraje administrativo 418
5.3. El arbitraje en las contrataciones del Estado 419

Capítulo XLIV
LA CONCILIACIÓN EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. La conciliación en la LC 424
1.1. La autonomía de la voluntad, acuerdo conciliatorio y los principios 424
1.2. Tipos de conciliación: presencial y electrónica 425
1.3. La confidencialidad y la falta de valor probatorio 426
1.4. Las materias conciliables y no conciliables 426
1.5. El procedimiento y la audiencia única 427
1.6. La petición conciliatoria 429
1.7. Conclusión del procedimiento conciliatorio 430
1.8. El acta de conciliación y la rectificación 430
1.9. El mérito y ejecución del acta de conciliación 432
2. La conciliación administrativa en la LGCP y el RLCE: El nuevo rol de la conciliación 433
2.1. Antecedentes de la conciliación en contrataciones públicas 433
2.2. De la Ley N.° 30225 a la Ley N.° 32069 436
3. Cuadro comparativo de la evolución de la conciliación 436
4. La conciliación en la LGCP y en el RLGCP 438
4.1. Lo que no puede y puede ser objeto de conciliación 438
4.2. El procedimiento de la conciliación facultativa 439
4.2.1. La resolución autoritativa 441
4.3. El acuerdo conciliatorio, la caducidad de las pretensiones y el registro de las actas 441

Capítulo XLV
EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (I)

Los deberes de los árbitros. La recusación. El procedimiento sancionador. El Código de Ética

1. Los principios en el arbitraje en general y en el arbitraje administrativo: Código de Ética 446
   - 1.1. Principio de igualdad 446
   - 1.2. Principio de libertad de regulación 447
   - 1.3. Principio de contradicción 447
   - 1.4. Principio de independencia e imparcialidad 448
     - 1.4.1. Los principios de independencia e imparcialidad en la esfera judicial 448
     - 1.4.2. Los principios de independencia e imparcialidad en la LA, en la LGCP y en el Código de Ética 449
   - 1.5. Principio de impulso oficial y el abandono 455
   - 1.6. Principio de buena fe 457
     - 1.6.1. La buena fe en la LA y en la LGCP 458
   - 1.7. Principio de confidencialidad 458
   - 1.8. Principios de temporalidad, dispositivo y preclusivo 460
   - 1.9. Principio competencia-competencia (*kompetenz-kompetenz*) (*competence-competence*) 460
     - 1.9.1. El *kompetenz-kompetenz* en la LA 462
   - 1.10. Principio de oportunidad 463
   - 1.11. Principio de flexibilidad 463
   - 1.12. Principios del debido proceso 464
   - 1.13. Principio de revisión judicial 467
   - 1.14. Principio de integridad 467
   - 1.15. Principio de idoneidad 467
   - 1.16. La debida conducta procesal 468
   - 1.17. Transparencia 468
2. Las reglas generales de conducta 468
3. Los deberes de los árbitros y la recusación 470
   - 3.1. El deber de revelación 470
   - 3.2. Fundamento del deber de revelación 470
   - 3.3. El contenido de la revelación 472
   - 3.4. El deber de revelación en la LA 473
   - 3.5. El deber de revelación en la LGCP y en el Código de Ética 474

4. El conflicto de intereses 475
5. Las clases de infracciones y los supuestos de infracción 475
6. La recusación 479
6.6. La recusación en la LA 480
6.6.1. La dispensa 481
6.6.2. Improcedencia de la recusación y la renuncia 482
6.6.3. Trámite de recusación y actuaciones arbitrales 482
6.7. La recusación en la LGCP y su reglamento 483
6.7.1. Las causales de recusación 483
6.7.2. El trámite de la recusación en los arbitrajes institucionales y *ad hoc* 484
6.7.3. Recusación y arbitraje 485
6.7.4. La recusación temeraria y el límite de las recusaciones 485
7. Las infracciones y el procedimiento sancionador en el Código de Ética 486

Capítulo XLVI
EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (II)

Tipos de arbitraje. Proceso arbitral. Debido proceso. Laudo arbitral. Anulación de laudo. Medidas cautelares y el control difuso

1. Tipos de arbitraje y las reglas generales del arbitraje en la LA 489
1.1. El arbitraje de equidad y de derecho 489
1.2. El arbitraje obligatorio y facultativo 490
1.3. El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional 490
2. Reglas generales del arbitraje *ad hoc* e institucional en la LA 491
3. Las reglas especiales del arbitraje en la LGCP 491
3.1. El arbitraje puede ser de derecho nacional o internacional 492
3.2. Arbitraje *ad hoc* y el institucional 493
3.2.1. El arbitraje *ad hoc*: viabilidad y trámite de la solicitud 493
3.2.2. El arbitraje institucional 494
3.2.3. Cuando se ha seguido la conciliación 495
4. La prelación normativa 495
5. La excepción y oposiciones al arbitraje 496
5.1. El plazo de caducidad 497
5.2. El plazo de caducidad en la LGCP: casos nominados e innominados ... 498
5.3. Excepciones a la regla para el cómputo de los plazos 499

6. El debido proceso y el proceso arbitral en la LA y en la LGCP 500
6.1. El debido proceso arbitral 501
6.2. La debida motivación y la irrevisibilidad del laudo 502
7. La pericia en el proceso arbitral 503
8. Subterfugios para la revisión del laudo 504
9. El laudo arbitral en la LA y en la LGCP 505
9.1. El laudo en la LA y en la LGCP 506
9.1.1. Las reglas para el proceso de toma de decisiones 506
9.1.2. Estructura y contenido del laudo en la LA 508
9.1.3. El plazo para laudar, la notificación del laudo y el tratamiento de la información sensible en la LA y en la LGCP 509
10. Rectificación, aclaración/interpretación, integración y exclusión 510
10.1. Reglas en la interpretación, integración y exclusión 512
11. La condición jurídica del laudo 513
12. Anulación del laudo, el principio de irrevisibilidad y el orden público 514
12.1. El principio de irrevisibilidad 515
12.2. El objeto y las causales de la anulación del laudo en la LA y en la LGCP 517
12.3. Desenvolvimiento de las causales de anulación 519
12.4. El reclamo previo, posibilidad de separación de materias no sometidas a arbitraje y la anulación total en la LA y en la LGCP 522
12.5. Trámite del recurso de anulación en la LA y en la LGCP: las reglas especiales 524
12.6. Consecuencias de la anulación de laudo y las pruebas 526
12.7. La garantía de cumplimiento y la carta fianza 527
12.8. Ejecución del laudo y el pago en la LA y en la LGCP 529
12.8.1. Cuando los árbitros ejecutan el laudo 529
12.8.2. Cuando se requiere la participación del órgano jurisdiccional .. 530
12.8.3. Requisitos para la ejecución del laudo 530
12.9. El pago y la transparencia 531
13. Las medidas cautelares en la LA y en la LGCP 532
13.1. Reglas de las medidas cautelares en la LGCP 534
13.2. La contracautela y el control difuso en los arbitrajes en contrataciones públicas 535
13.3. El árbitro de emergencia en la LGCP 538
14. La transacción y el abandono en la LA y en la LGCP 540
14.1. El abandono 541

Capítulo XLVII
EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (III)
Las partes. Los árbitros. El convenio arbitral y la arbitrabilidad

1. Las partes y la legitimidad procesal 545
   1.1. La legitimidad en arbitrajes en contrataciones del Estado 546
   1.2. Las partes y la extensión del convenio arbitral 547
2. Los árbitros y su fuente de legitimidad 548
3. Designación de los árbitros, vinculación a las partes y la capacidad 549
   3.1. La designación 549
   3.2. La capacidad 550
   3.3. Incompatibilidades e impedimentos 551
      3.3.1. La incompatibilidad 551
   3.4. El trámite de designación en la LA y en la LGCP 552
      3.4.1. La designación del árbitro de la entidad contratante 553
      3.4.2. La designación residual en el arbitraje *ad hoc* 553
4. Nombramiento de árbitro en la LA y en la LGCP 554
   4.1. El nombramiento de los árbitros en la LGCP 554
   4.2. Requisitos especiales para ejercer como árbitros en la LGCP 557
5. Independencia respecto de las partes: La jurisdicción arbitral y la responsabilidad en la LA y en la LGCP 558
   5.1. La jurisdicción arbitral y responsabilidad de los árbitros 558
   5.2. El registro de la controversia y de los árbitros 559
6. La remoción y el árbitro sustituto 559
7. El convenio arbitral 562
   7.1. Los requisitos del convenio arbitral 563
   7.2. El convenio arbitral en la LGCP 564
8. La materia arbitrable en el arbitraje en general y en el arbitraje en contrataciones del Estado 565
   8.1. La materia arbitrable en contrataciones del Estado 566
   8.2. La materia arbitrable en contrataciones del Estado 566
   8.3. Orden público y las materias no arbitrables 567
9. El OSCE (OECE) y su extinción en el arbitraje 568
10. El control administrativo de los árbitros 569

Capítulo XLVIII
EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (IV)
La junta de prevención y resolución de disputas (JPRD)

1. La obligatoriedad 573
2. La designación del CAJPRD 574
3. Requisitos para el inicio del plazo de ejecución contractual y la colaboración contractual 575
4. Requisitos para ser adjudicador y designación del adjudicador único o adjudicadores 576
5. Conformación de la JPRD 578
   5.1. El contrato de suministro 578
   5.2. El contrato de obra 579
6. Competencia de la JPRD 579
7. Funciones de la JPRD, la prevención de desacuerdos y el tratamiento de los desacuerdos 580
8. Para lo que no es competente la JPRD 581
9. El procedimiento ante la JPRD y el presupuesto de arbitrabilidad 582
10. Las actividades de la JPRD 583
11. La opinión consultiva y la decisión vinculante 584
    11.1. La opinión consultiva no vinculante 584
    11.2. La decisión vinculante. El sometimiento de la controversia a la JPRD .. 585
        11.2.1. El cumplimiento de las decisiones 587
        11.2.2. La posibilidad de entendimiento de las partes antes de la notificación de la decisión vinculante o cuando esta se excedió de plazo 588
        11.2.3. La JPRD, el arbitraje y el presupuesto de arbitrabilidad 588
        11.2.4 Suspensión de actividades de la JPRD y emisión de decisión.. 590
        11.2.5. La disolución de la JPRD 590
12. La retribución a los adjudicadores y de los centros 590

Capítulo XLIX
EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (V)

El control administrativo sobre las instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas

1. El surgimiento de las IA y de las CAJPRD 594
   1.1. La crisis del arbitraje ad hoc, el fortalecimiento y crisis de las instituciones arbitrales 594
   1.2. La Junta de Resolución de Disputas 596
2. El tratamiento normativo del control administrativo a las IA y a los CAJPRD hasta antes de la promulgación de la LGCE 597
   2.1. El control administrativo de las IA 597
3. La Ley N.° 30225: el conflicto entre el arbitraje *ad hoc* e institucional 600
4. El control administrativo de las IA en la Ley N.° 30225 601
5. El control administrativo de las JRD en la Ley N.° 30225 602
6. El diagnóstico de las IA y de los CAJRD y la nueva contradicción 603
7. El control administrativo de las IA y CAJPRD: del D. U. N.° 020-2020 a la LGCP 605
8. El control administrativo vía inscripción en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas-REGAJU 605
   8.1. El cumplimiento de los requisitos generales como mecanismo de control administrativo 606
   8.2. Requisitos adicionales para las IA 608
   8.3. Requisitos adicionales para los CAJPRD 610
9. Los procedimientos ante el REGAJU como control administrativo 610
   9.1. Procedimiento para la incorporación de IA y CEJPRD en el REGAJU. Sujeto a silencio administrativo negativo 611
   9.2. La suspensión en el REGAJU a pedido de parte (sujeto a silencio administrativo positivo) 619
      9.2.1. Retiro definitivo a pedido de parte del REGAJU (sujeto a silencio administrativo positivo) 619
10. Establecimiento de la obligación de informar a la IA y CAJPRD como control administrativo 620
   10.1. El registro de información en el Pladicop 620
   10.2. Registro de información en general 620
   10.3. Registro adicional de las IA 621
   10.4. Registro adicional de los CAJPRD 621

11. El control administrativo a través del ejercicio de la potestad sancionadora. El retiro temporal y exclusión del REGAJU de las IA y CAJPRD 622
11.1. La tipicidad de las infracciones 622
11.2. Las sanciones 623
11.3. El procedimiento sancionador 626
11.3.1. La fase instructora 626
11.3.2. La fase sancionadora 627
11.4. La gradualidad de las sanciones. La responsabilidad objetiva, subjetiva y la motivación de la sanción 628
11.4.1. La sanción de multa y retiro temporal 628
11.4.2. El retiro temporal y la exclusión del REGAJU 630
11.5. Concurso de infracciones 632
11.6. El recurso de reconsideración 632
11.7. Recurso de apelación 633
11.8. Prescripción y caducidad 633

Bibliografía 637

Publicado: Setiembre 2025

Este libro se terminó de imprimir
en setiembre del 2025 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3720
Lima-Perú