Proyecto de Ley N° 2736/2022 - PE

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite Documentario
27 JUL 2022
RECIBIDO
Firma: Hora: 3:36

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

Lima, 27 de julio de 2022

OFICIO Nº 245 -2022 -PR

Señora
LADY MERCEDES CAMONES SORIANO
Presidenta del Congreso de la República
Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, a fin de someter a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Proyecto de Ley que modifica diversos artículos del Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado e incopora diversos artículos a la Ley Nº 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo y a la Ley Nº 26702, Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgànica de la Superintendencia de Banca y Seguros para garantizar la adecuada ejecución de las obras pùblicas.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para renovarle los sentimientos de nuestra consideración.

Atentamente,

JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
Presidente de la República

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ
Presidente del Consejo de Ministros

REPÚBLICA DEL PERÚ

Proyecto de Ley

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE, DE LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO E INCORPORA DIVERSOS ARTÍCULOS A LA LEY N° 27584, LEY QUE REGULA EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y A LA LEY N° 26702, LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS PARA GARANTIZAR LA ADECUADA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS

Artículo 1.- Objeto de la ley
La presente Ley tiene por objeto modificar diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado e incorpora diversos artículos a la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo y de la Ley N° 26702, Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros a fin de regular el otorgamiento de medidas cautelares cuando el Estado peruano es parte de procesos arbitrales, así como la declaración de abandono de procesos arbitrales ad hoc sin tribunal arbitral constituido para resguardar el interés público. Asimismo, se habilita la competencia del Poder Judicial para resolver controversias derivadas de los procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas, a través de un proceso idóneo y célere.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 7, 8, 47 y 50-A del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje
Modifícanse los artículos 7, 8, 47 y 50-A del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en los siguientes términos:

22-0019048

"Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.
(...)
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. **En los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encarga de su acreditación, registro, renovación y supervisión.**
(...)".



"Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.
(...)
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares es 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. **En caso de medidas cautelares referidas a procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas es competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del domicilio principal de la parte sobre la que recae la medida. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo, salvo las excepciones reguladas en el inciso 9 del artículo 47 de la presente ley.**

(...)

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, **irrevocable** y de realización automática **a primer requerimiento a** favor de la entidad pública afectada**, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad** considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú o **cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos.**

El monto de la contracautela lo establece el juez o la jueza o el **tribunal** arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. **Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar.**

La autoridad judicial o el tribunal arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida".

La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el **tribunal** arbitral, según corresponda.

(...)

REPÚBLICA DEL PERÚ

Proyecto de Ley

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

"Artículo 47.- Medidas cautelares.
(...)

4. (...) **Cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el tribunal arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho. Con o sin absolución, la autoridad judicial o el tribunal arbitral emite una decisión sobre el pedido. Es nula la medida cautelar otorgada sin traslado previo al Procurador Público de la entidad.**

En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisión, la autoridad judicial o el tribunal arbitral debe pronunciarse de manera expresa sobre la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público.

5. Constituido el **tribunal** arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al **tribunal arbitral** del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, **en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles**.

Sin perjuicio de ello, cualquiera de las partes puede 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 el medio impugnatorio interpuesto bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

Son nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral. La autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que vienen siendo conocidas por tribunal arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410 del Código Penal vigente.

El juez consulta a la institución arbitral para determinar que existe un tribunal arbitral previamente constituido y verificar la existencia de la cláusula arbitral correspondiente."

(...)

"Artículo 50-A.- Abandono.
Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje ad hoc y no se constituye el tribunal arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral". (...)

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Artículo 3.- Modificación de los artículos 10, 32, 33, 36, 45 y 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado
Modifícanse los artículos 10, 32, 33, 36, 45 y 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 10. Supervisión de la Entidad
(...)
10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato y estas se sometan a **un proceso judicial o** arbitraje, por el tiempo que dure este"

" Artículo 32. Contrato
(...)
32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias, d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento, **y e) Cláusula resolutoria expresa.**
(...)

"**Artículo 33.- Garantías**
(...)

33.5. En caso de incumplimiento en la ejecución de las garantías otorgadas, la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones impone la sanción prevista en la legislación vigente.

"Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe fijar expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple una o más prestaciones a su cargo, establecidas con toda claridad y precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

REPÚBLICA DEL PERÚ

Proyecto de Ley

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, la Entidad afectada, sin perjuicio de la liquidación de la obra, continúa o reanuda la ejecución de la misma en resguardo del interés público.

36.**3** Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley."

"Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, **proceso judicial** o arbitraje. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a **proceso judicial o** arbitraje.

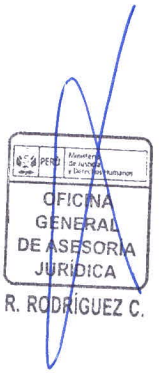
Tratándose de procesos de selección de obras públicas, al momento de la elaboración de las bases, la entidad pública debe sustentar mediante un informe técnico, la vía para la resolución de controversias teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia que garanticen la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos. Dicho informe técnico debe ser elaborado teniendo en cuenta los criterios desarrollados en el reglamento respectivo.

Si por el objeto de la controversia se produce la paralización o suspensión de la ejecución de la obra o se incurre en alguna causal de ineficacia estructural o funcional del contrato, la Entidad afectada, sin perjuicio de la liquidación de la obra, continúa o reanuda la ejecución de la misma en resguardo del interés público. El proceso arbitral o judicial que se siga no suspende la ejecución de la obra.

(...)
45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual,

recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento **o, en caso de no haberse establecido en las bases que la vía sea conciliación o la arbitral, se inicia en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva**.

(...)



45.7 Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento **o, en caso de no haberse establecido en las bases que la vía sea la conciliación o la arbitral, se inicia en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.**

45.8 En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a **proceso judicial o** arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a **proceso judicial o** arbitraje**,** dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

(...)

45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede **acudir a otra vía judicial o** iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.

(...)".

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

(...)

50.4 Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:
(...)

b) Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h), i)**, o)** y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.

(...)

REPÚBLICA DEL PERÚ

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Proyecto de Ley

Artículo 4.- Incorporación de los literales u), v) y w) al numeral 11.1 del artículo 11 y del literal o) al numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Incorpórese los literales u), v) y w) al numeral 11.1 del artículo 11 y el literal o) al numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, de acuerdo al siguiente texto:

"**Artículo 11. Impedimentos**

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

(...)

u) Las personas naturales o jurídicas con contrato resuelto como consecuencia de una sentencia judicial de primera instancia o laudo arbitral que haya determinado su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contractuales o que tengan un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44 de la presente ley, según declaración jurada. El impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad en la que recayeron los recursos arbitrales y/o judiciales hasta doce (12) meses después de la emisión del acto resolutivo correspondiente.

v) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido sancionadas por presentar recursos en instancias administrativas, arbitrales y/o judiciales carentes de fundamentación jurídica, o, que hayan sido sancionadas por haber incurrido en temeridad procesal para evitar que el Estado ejerza sus potestades, en los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, según declaración jurada.

w) Las personas naturales o jurídicas contra quienes se hayan impuesto más de tres penalidades por infracciones graves previstas en el reglamento en los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, según declaración jurada.

"**Artículo 50.- Infracciones y sanciones administrativas**
50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:
(...)

o) Presentar recursos o solicitudes cautelares en sede administrativa, arbitral o judicial manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico con el propósito de evitar que el Estado ejerza sus potestades establecidas en la presente Ley y su Reglamento".

PERÚ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. - Aplicación de la norma
Las modificaciones reguladas por la presente Ley se aplican de manera inmediata a todos los procesos judiciales y arbitrales en trámite en los que el Estado peruano es parte, aun cuando el tribunal arbitral no esté constituido y la controversia que lo haya originado derive de un contrato suscrito con anterioridad a su entrada en vigor.

SEGUNDA. - Adecuación
El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, implementa en cuanto fuera necesario y dentro del plazo de sesenta (60) días calendario, los instrumentos normativos, recursos, entre otros para la acreditación, registro, renovación y supervisión de las instituciones arbitrales que administren arbitrajes en los que el Estado peruano es parte.

TERCERA. - Reglamentación
El Poder Ejecutivo con refrendo del Ministro de Economía y Finanzas adecúa el Reglamento y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado a lo dispuesto por los artículos 3 y 4 de la presente ley, dentro del plazo de noventa (90) días calendario. Asimismo, el Poder Ejecutivo con refrendo del Ministro de Justicia y Derechos Humanos adecúa el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo a lo dispuesto por las Disposiciones Complementarias Modificatorias de la presente ley, dentro del plazo de noventa (90) días calendario.

CUARTA. - Tribunal arbitral y Árbitro de emergencia
A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, todas las referencias legales al tribunal arbitral, respecto al otorgamiento de medidas cautelares, **deberán** también entenderse referidas al árbitro de emergencia, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes que faculte el sometimiento a un árbitro de emergencia.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA. - Modificación de los artículos 4, 5, 9 y 25 de la Ley N° 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo
Modifícanse los artículos 4, 5, 9 y 25 de la Ley N° 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo en los siguientes términos:



Proyecto de Ley



"Artículo 4.- Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

(...)

7. Las omisiones o actuaciones del contratista cuya obligatoriedad de abstención o acción se encuentre prevista en los respectivos contratos de ejecución de obra pública o en los procedimientos de selección que le dieron origen."

"Artículo 5.- Pretensiones

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

(...)

6. La interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de actuaciones realizadas en **los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas, luego de haberse agotado la vía administrativa**.

7. La realización o abstención de una actuación por parte del contratista en **los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas**".

"**Artículo 9.- Competencia funcional**

(...)

Cuando el objeto de la demanda versa sobre las pretensiones que se tramitan en el proceso abreviado, es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia del domicilio principal de la entidad. En estos casos, solamente el Presidente de la Sala se avoca al conocimiento de la causa.

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema resuelve en apelación. En este caso, se avocan al conocimiento de la causa, el Presidente y los dos jueces más antiguos. No procede recurso de casación.

(...)

"Artículo 25.- Proceso ordinario

Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 24 **y 24-B** de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes: (...)"

SEGUNDA. - Incorporación de los artículos 24-B y 37-A en la Ley N° 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo

Incorporase los artículos 24-B y 37-A en la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, de acuerdo al texto siguiente:

"**Artículo 24-B.- Proceso abreviado**

Se tramitan como proceso abreviado únicamente las pretensiones previstas en los incisos 6 y 7 del artículo 5.

El proceso se tramita según las siguientes reglas de procedimiento:

1. Los plazos aplicables al proceso abreviado, bajo responsabilidad, son los siguientes:

a. Tres (03) días para interponer tachas u oposiciones, así como excepciones o defensas previas.

b. Cinco (05) días para contestar la demanda y/o reconvenir.

c. Tres (03) días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en estado de dictar sentencia.

d. Luego del informe oral, el juez emite sentencia. Excepcionalmente, el juez da a conocer el sentido del fallo, debiendo notificar la sentencia en un plazo de cinco (05) días.

e. En caso ninguna de las partes hubiera solicitado informe oral, el plazo de cinco (05) días para emitir sentencia se computa desde el día siguiente de vencido el plazo para solicitar informe oral.

f. Cinco (05) días para apelar la sentencia.

Los plazos se computan desde el día siguiente de recibida la notificación.

2. En esta vía procedimental procede la reconvención.

"Artículo 37-A.- Medidas cautelares en los procesos abreviados

En el proceso abreviado pueden solo expedirse medidas cautelares de suspensión de los efectos del acto cuestionado. No cabe medida cautelar fuera del proceso. La Sala puede conceder en todo o en parte la medida solicitada.

Para el otorgamiento de una medida cautelar se toman en cuenta los siguientes elementos:

a. Se considere la verosimilitud del derecho invocado.

b. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

PERÚ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

c. La medida resulte adecuada y razonable para garantizar la eficacia de la pretensión, atendiendo a la irreversibilidad de la medida adoptada y al perjuicio que esta pueda generar al interés público. Para tal efecto, se debe ponderar la razonabilidad y la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría la medida cautelar al interés público, en especial a los beneficiarios de la obra pública, o a terceros, y el posible perjuicio que causaría al solicitante su no otorgamiento.

d. Se exija y se presente una contracautela consistente en una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la entidad pública afectada, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú o con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, cuyo importe sea no menor al diez por ciento (10%) del costo total de la obra, de acuerdo al expediente técnico, a fin de garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda irrogar la ejecución de la medida, bajo responsabilidad. En ningún caso se puede admitir como contracautela la caución juratoria.

La solicitud cautelar se tramita ante el mismo órgano jurisdiccional que conoce la demanda. Presentada la solicitud de medida cautelar, se corre traslado con sus recaudos a la parte demandada por el término de cinco (05) días hábiles. Transcurrido dicho plazo, la Sala resuelve dentro de los cinco (05) días siguientes, bajo responsabilidad.

Contra el auto que resuelve la solicitud cautelar procede recurso de apelación ante el mismo órgano competente para conocer el recurso de apelación en el proceso principal.

La medida cautelar se extingue de pleno derecho con la emisión de la resolución que pone fin a la instancia, desestimando la demanda.

TERCERA. – Incorporación del artículo 361-A a la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Incorpórese el artículo 361-A a la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros en los siguientes términos:

"Artículo 361-A.- Sanción por incumplimiento de obligación de ejecución de garantías
La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones puede aplicar una multa de hasta 150 Unidades Impositivas Tributarias a las entidades financieras que incumplan con la obligación de ejecución de las garantías otorgadas dentro del plazo legal establecido en la Ley N° 30225.

La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones lleva un registro del incumplimiento de la obligación de ejecución de las garantías otorgadas, a fin de disponer que dichas entidades no se encuentren habilitadas para emitir garantías en el marco de la presente ley por un periodo de un (1) año. En caso de reincidencia en el incumplimiento, la inhabilitación se extiende por un periodo de hasta tres (3) años."

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

CUARTA.- Incorporación del artículo 51-A al Decreto Legislativo N. ° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Incorpórase el artículo 51-A al Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en los términos siguientes:

"Artículo 51-A - Obligatoriedad de pronunciamiento sobre cláusula Anticorrupción en los contratos públicos
En los arbitrajes donde el Estado peruano es parte, en caso de incumplimiento de la cláusula anticorrupción, de conformidad con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el tribunal arbitral emite pronunciamiento respecto de la misma sin necesidad de esperar el resultado de la determinación de responsabilidad penal o administrativa a la que haya lugar.

En todos los casos debe entenderse al Estado peruano como perjudicado ante el incumplimiento de la cláusula anticorrupción. Por ello, todos los contratos en los que el Estado peruano es parte incorporan obligatoriamente una cláusula anticorrupción, bajo sanción de nulidad. El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Anticorrupción da el derecho a la entidad correspondiente a resolver de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar".

Producida la resolución del contrato, se procede a la liquidación de la obra, de conformidad con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Posteriormente, la entidad pública afectada inicia acciones para continuar o reanudar la ejecución de la obra en resguardo del interés público."

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ
Presidente del Consejo de Ministros

JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES
Presidente de la República

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **23** de **agosto** del **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 2736-2022-PE** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA.**
2. **FISCALIZACIÓN Y CONTRALORÍA.**

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071, DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE, DE LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO E INCORPORA DIVERSOS ARTÍCULOS A LA LEY N° 27584, LEY QUE REGULA EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y A LA LEY N° 26702, LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS PARA GARANTIZAR LA ADECUADA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

I. OBJETIVO DE LA PROPUESTA

La propuesta tiene como finalidad optimizar el marco normativo alrededor de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas con la finalidad de evitar los perjuicios que se generan a la sociedad debido a la paralización de las obras y a la falta de una regulación eficiente de los procesos arbitrales y judiciales relacionados a estas.

En ese sentido, el presente proyecto de ley propone diversas modificaciones al Decreto Legislativo N. ° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje; a la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado; a la ley N° 27584, e incorpora diversos artículos a la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo y a la Ley N° 26702, Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros a fin de regular el otorgamiento de medidas cautelares cuando el Estado peruano es parte de procesos arbitrales, así como la declaración de abandono de procesos arbitrales ad hoc sin tribunal arbitral constituido para resguardar el interés público. Asimismo, se habilita la competencia del Poder Judicial para resolver controversias derivadas de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas, a través de un proceso idóneo y célere.

II. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

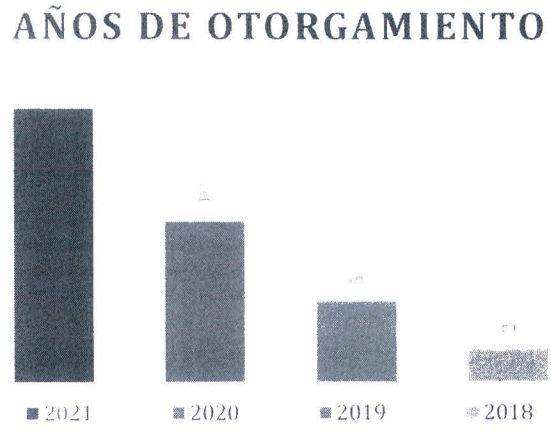
A partir de la información proporcionada por las procuradurías públicas a nivel nacional, regional y municipal, la Procuraduría General del Estado ha analizado diversos procesos arbitrales en los que el Estado peruano es parte, en los cuales se ha podido advertir dificultades y/o problemáticas relacionadas a los siguientes asuntos:

i) Acreditación de centros de arbitraje.
ii) Competencia territorial para solicitar el otorgamiento de las medidas cautelares en sede judicial.
iii) Formas de la fianza bancaria y/o patrimonial.
iv) Otorgamiento de medidas cautelares en sede judicial bajo la figura *inaudita altera pars*.
v) Otorgamiento de medidas cautelares posteriores a la constitución del tribunal arbitral.
vi) Impacto que la medida cautelar pudiera generar al interés público.
vii) Abandono del proceso arbitral ad hoc, sin constitución de tribunal arbitral.

Al respecto, se debe precisar que, según la casuística proporcionada por las procuradurías públicas de nuestro país, referente a procesos arbitrales, en los últimos cuatro (4) años, en lo que corresponde a medidas cautelares, y cinco (5) años, en lo que corresponde a declaraciones de abandono, han quedado en **evidencia una serie de situaciones que constituyen un grave riesgo por el menoscabo al derecho a la defensa y al debido proceso** de las partes que participan en el proceso arbitral, debido a la incertidumbre que se genera por los vacíos normativos que existen en la actualidad en la regulación sobre la materia.

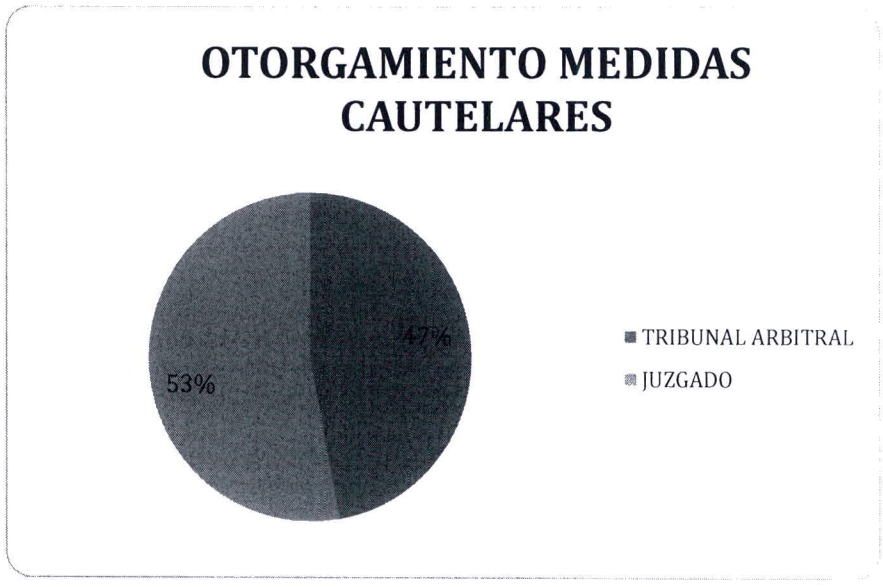
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

A partir de la información proporcionada por las procuradurías públicas de nuestro país, ha sido posible identificar treinta y cuatro (34) casos que involucran diversas problemáticas en lo concerniente al otorgamiento de medidas cautelares. De dicho universo analizado, se advierte un considerable incremento en el otorgamiento de las mismas en el año 2020, el cual se hace aún más evidente en el año 2021, pues del total de casos estudiados, diecisiete (17) corresponden a dicho año, tal como se aprecia en el siguiente gráfico:



Cuadro 1: Cuadro que grafica el año de otorgamiento de medidas cautelares
Fuente: Procuraduría General del Estado

Asimismo, ha sido posible determinar que en el cincuenta y tres por ciento (53%) de los treinta y cuatro (34) casos que fueron objeto de análisis, las medidas cautelares fueron otorgadas por jueces; respecto de un cuarenta y siete por ciento (47%) que correspondió a decisiones adoptadas por tribunales arbitrales:



OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Cuadro 2: Cuadro comparativo sobre otorgamiento de medidas cautelares por jueces o por tribunales arbitrales
Fuente: Procuraduría General del Estado

De otro lado, dado que en nuestro país el arbitraje se ha masificado debido al número de controversias en materia de contratación pública que se someten a la jurisdicción arbitral, se viene generando una considerable proliferación de centros de arbitrajes; aspecto que se produce en gran medida por la inexistente regulación sobre creación, funcionamiento, supervisión y fiscalización de estas instituciones y de los procesos arbitrales.

Asimismo, las deficiencias advertidas en los procesos de arbitraje hacen necesario replantear la regla general que establece la obligatoriedad del arbitraje en el caso de controversias sobre contrataciones con el Estado.

Estas problemáticas serán abordadas a continuación:

a) Acreditación de centros de arbitraje

El Decreto de Urgencia N° 020-2020, buscó atender los problemas que el arbitraje ad hoc en contrataciones públicas generó, estableciendo la "institucionalización" del arbitraje en nuestro país para el caso de las controversias con el Estado, es decir, el legislador evidenció una clara tendencia a preferir el arbitraje institucional, siendo ahora excepcional el arbitraje ad hoc[1].

[1] **Decreto de Urgencia N°020-2020 (....) Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.**

5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia.

Cabe señalar que una medida como la descrita no es nueva en nuestro ordenamiento, pues el texto del numeral 45.5 del artículo 45° de la Ley N° 30225 dispuso "que los centros arbitrales debían estar acreditados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)", el mismo que concordaba con el numeral 185.1 del artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que reguló que: "Cuando corresponda el arbitraje institucional, en el convenio arbitral las partes deben encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado en el contrato. (...)"; al respecto, el numeral 185.5 del mismo artículo señalaba que "(...) [e]l OSCE publica en su portal institucional la relación de instituciones arbitrales registradas y acreditadas, así como los convenios arbitrales tipo".

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Como se puede apreciar, las normas antes citadas establecían expresamente que, en los casos que correspondía recurrir a un arbitraje institucional, las partes debían encomendar la organización y administración de dicho proceso a una institución arbitral que se encontrara debidamente acreditada ante el OSCE. Situación que revela la preocupación por contar con instituciones que cumplieran, mínimamente, determinados estándares de calidad en la prestación de servicios arbitrales a las partes, procurando así una administración eficiente de los procesos y favoreciendo la solución oportuna de las controversias que se sometan a arbitraje.

Cabe señalar que, para los citados efectos, el OSCE debía emitir la directiva que regulará dicha acreditación y, posteriormente, publicaría el listado de instituciones arbitrales acreditadas, en la medida que éstas concluyeran sus respectivos procesos de evaluación.

De este modo, el 22 de julio de 2016, mediante Resolución N° 277-2016- OSCE/PRE, el OSCE aprobó la Directiva N°019-2016/OSCE/CD "Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE", en cuya Disposición Final se señaló que ésta entraría en vigencia "en la oportunidad señalada en el Comunicado que emita el OSCE para estos efectos". No obstante, dicha Directiva nunca entró en vigencia y fue derogada mediante Resolución N°023-2019-OSCE/PRE publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 07 de febrero de 2019.

De este modo, el requisito establecido en la normatividad antes glosada, nunca llegó a aplicarse en la esfera material, pues la aludida directiva no entró en vigencia; por lo tanto, en la actualidad, ninguna institución arbitral necesita estar acreditada o cumplir con determinados requisitos para administrar arbitrajes, incluyendo las controversias donde el Estado peruano es parte.

Es así como, ante la inaplicación del requisito de acreditación de los centros de arbitraje por parte del OSCE, mediante Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado, se retira el extremo que disponía la acreditación ante el OSCE; cambiando radicalmente la normativa con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, incorporando el numeral 226.2 del artículo 226°, el mismo que establece que: "En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante **cualquier institución arbitral:** (...)" (subrayado nuestro).

Es en este contexto que se habilita un camino libre para la creación de diversos centros arbitrales, sin ningún respaldo institucional o garantía de que estos cumplen con los requisitos suficientes para llevar a cabo un ejercicio ético y eficiente del arbitraje. Ello tiene como

consecuencia que en controversias en las que participa el Estado y se encuentra en controversia materias que impactarán en el erario público, se pueda designar "cualquier centro arbitral", pues bastaría con no determinar de forma específica en el convenio arbitral la institución arbitral para que cualquiera de las partes tenga la libertad de acudir a cualquier centro de arbitraje institucional.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Dicha disposición normativa, incorporada mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, no provino de una evaluación de la problemática suscitada por la falta de control de los centros arbitrales; lo que permitió la proliferación de instituciones arbitrales que, a propósito de la administración de procesos arbitrales no solo para privados, sino para procesos arbitrales en los que el Estado peruano es parte, han impulsado y aplicado procedimientos lejos del marco constitucional del debido proceso, utilizando reglamentos internos aprobados con posterioridad a la interposición de las peticiones arbitrales o pedidos cautelares de emergencia, así como a la creación de listas de árbitros con una cuestionable trayectoria profesional, aprobando y emitiendo disposiciones cautelares en veinticuatro (24) horas, como lo ha reportado la procuraduría pública regional de Cusco, en la decisión cautelar dictada por el árbitro de emergencia en el Centro de Arbitraje ANKAWA Internacional – CARD – AI, en los seguidos contra el Gobierno Regional del Cusco por la Corporación Kayser S.A.C; procedimiento que de la lectura de la Decisión Cautelar del 05 de agosto del 2021, puede apreciarse que el pedido fue interpuesto el "03 de agosto del 2021", la designación del árbitro de emergencia fue el 04 de agosto del 2021, y la decisión final del proceso cautelar, fue resuelta y notificada con fecha 05 de agosto del 2021, disponiéndose en dicha decisión, la abstención por parte del Gobierno Regional de Cusco la ejecución de las cartas fianzas por el valor de S/ 817,051.60 Soles y S/ 1,599,844.21 Soles.

Así, se han reportado varios casos como el descrito, sino también en los cuales se han adoptado decisiones cuestionables respecto a las normas aplicables a los arbitrajes de emergencia, tal es el caso reportado por la Municipalidad Provincial de Tahuamanu, en la que a la fecha de interposición de la solicitud cautelar – árbitro de emergencia, dicha figura de emergencia contenía una prohibición que fue retirada con posterioridad al ingreso del pedido cautelar; no obstante, la modificación fue aplicada retroactivamente al caso. Asimismo, ha sido posible advertir una problemática adicional en los arbitrajes reportados por la citada municipalidad, la cual radica en que los árbitros a cargo de resolver los pedidos cautelares, inaplicaron el Decreto de Urgencia N° 020-2020 sin señalar justificación alguna para inaplicar una norma que tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico peruano, ello respecto a la determinación de la contracautela, pues solo fijaron cauciones juratorias.

Puede observarse que las modificaciones normativas orientadas a que el arbitraje con participación del Estado, sea institucional por regla; no previno una nueva problemática, la cual sería la falta de control en la creación de diversos centros arbitrales que no solo tendrán como mercado la administración de procesos arbitrales privados, sino también, de aquellos en los que participa el Estado peruano. Estos últimos, como señalamos, impactan directamente en los fondos públicos; haciendo más exigible el control de los centros arbitrales, como administradores de los procesos.

Por otro lado, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia N° 020-2020, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - RENACE, el cual contiene la nómina

de árbitros/as y de centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante respecto de sus actuaciones, así como el registro de las declaraciones juradas de intereses de los/as árbitros/as que participen en las controversias en las que es parte el Estado peruano.

Según los lineamientos que regulan el RENACE, aprobado por Resolución Ministerial N° 0159-2020-JUS, de fecha 30 de junio de 2020, el registro de datos de los/las árbitros/as y centros de arbitraje se efectúa de manera voluntaria por los/las interesados/as, siendo estos los únicos responsables de la información que se registra. La información del RENACE es de acceso público, permanente y gratuito a cualquier persona, institución pública y privada, a través del portal web institucional del MINJUSDH.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

En ese sentido, una institución del estado con la experiencia y rubro para dicha función sería el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que a la fecha viene manejando la acreditación y fiscalización de los Centros de Conciliación Extrajudicial a nivel nacional y de los árbitros y Centros de Arbitraje de manera voluntaria, contando entonces con la capacidad, personal y otros para dicha tarea de administración e impartición de justicia.

Es preciso señalar que, el análisis que propone la regulación de los centros arbitrales que administren procesos en los que participa el Estado peruano como parte, viene de una evaluación de casuística determinada, e informada por las procuradurías públicas a nivel nacional, la cual evidencia las problemáticas antes enunciadas. En ese sentido, si bien la propuesta normativa tiene como finalidad garantizar la adecuada ejecución de obras públicas; sin embargo, algunos extremos plantean la modificación de normas de alcance general sobre el arbitraje, con la finalidad de que el ejercicio de este mecanismo alternativo de solución de conflictos no se torne en un ejercicio abusivo del derecho. Asimismo, cabe precisar que, al sustentarse en casuística específica, la regulación que se plantea no podría extenderse dicha regulación a los centros arbitrales que administran arbitrajes entre privados, ya que no existe casuística que motive la intervención de cambios normativos.

Adicionalmente, es importante recordar que la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final del TUO de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N°082-2019-EF), establece expresamente lo siguiente: "Vigésima Segunda. Arbitraje institucional Mediante Decreto Supremo, **la Presidencia del Consejo de Ministros establece la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales**. Dicha autoridad regula el procedimiento para tal efecto".

Sin embargo, al igual que lo sucedido con el OSCE, esta norma reglamentaria tampoco ha sido implementada, pues hasta la fecha, la Presidencia del Consejo de Ministros no ha emitido norma reglamentaria que establezca la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales, de ahí la necesidad de otorgar dicha función al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante una norma con rango de ley, a efectos de dotarlo de un marco legal sólido.

Es importante mencionar que el presente proyecto propone otorgarle al MINJUSDH la competencia de acreditar y supervisar a los centros de arbitrales, debido a la relación que ello tiene con sus competencias, pues es función del Sector Justicia, entre otras cosas, promover el fortalecimiento de la institucionalidad del país, del Estado de Derecho, así como la difusión del uso de mecanismo alternativos de solución de conflictos, conforme a su Ley Orgánica y su Reglamento de Organizaciones y Funciones.

Es necesario precisar, sin embargo, que la propuesta normativa establece la forma de acreditación, registro, renovación y supervisión para el caso específico de las instituciones arbitrales que conozcan los casos en los que el Estado peruano es parte del proceso. En ese sentido no existiría una contradicción entre la propuesta normativa y la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225.

En este contexto, se estaría produciendo una derogación tácita parcial de la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225, concretamente respecto a las entidades arbitrales que conozcan los casos en los que el Estado peruanos sea parte en el proceso.

PERÚ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Ello se sustenta desde dos puntos de vista: i) la inexistencia de una normativa actual que desarrolle la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225, y ii) la necesidad de implementar la acreditación de los centros de arbitrajes en los que el Estado viene dilucidando controversias, a fin de enfrentar los continuos casos de corrupción que se han venido presentando en esta jurisdicción y que sin duda tienen un impacto en la finalidad pública de las obras públicas que son materia de arbitraje.

b) Competencia territorial para solicitar el otorgamiento de las medidas cautelares en sede judicial

A partir de la información proporcionada por las procuradurías públicas, ha sido posible analizar un universo de treinta y cuatro (34) procesos, entre los cuales se ha advertido la existencia de casos en los que el Estado peruano ha sido sometido a decisiones cautelares en las que se encontraría involucrada una problemática relacionada al ámbito territorial de los órganos judiciales que las emitieron.

Tal es el caso que se han reportado medidas cautelares fuera del proceso (antes y después de la constitución del tribunal arbitral), que son dictadas contra entidades del Estado en jurisdicciones judiciales ajenas al domicilio del demandado (Entidad del Estado), y/o lugar en el que surtirá los efectos la medida cautelar. La actual legislación en arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, ha desarrollado en su artículo 47° lo referente a las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral y/o la autoridad judicial, dentro de la cual no se encuentra regulado lo referido a la competencia territorial.

Al respecto, el Código Procesal Civil (CPC), en su artículo 6 señala que, por principio de legalidad e irrenunciabilidad de la competencia, la misma solo puede ser establecida por Ley, y es de verse que el artículo pertinente de la normativa de arbitraje para el otorgamiento de medidas cautelares, no define la competencia "territorial" cuando dicha medida es otorgada por la autoridad judicial de forma previa a la constitución del tribunal arbitral.

Es así que, se han reportado casos en los que la jurisdicción territorial en la que han sido dictadas las medidas de urgencia genera suspicacias por la lejanía física del órgano judicial, respecto a los domicilios que poseen tanto el solicitante como la Entidad del Estado, dentro de los casos reportados, podemos citar los siguientes:

i. En los seguidos por el Consorcio Supervisor AyS, contra el Gobierno Regional de Ayacucho, el primero con domicilio en Cooperativa de Vivienda Residencial

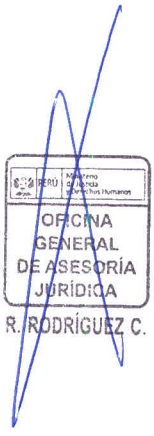
la Ensenada Mz "Q" Prima Lote "15" – Puente Piedra, Lima, Lima y el Gobierno Regional de Ayacucho con domicilio conocido en Jirón Callao Nº 122 Ayacucho, Huamanga, Ayacucho. Y que, a propósito de una sucursal en la ciudad de Chachapoyas, del Departamento de Amazonas (Jr. Chincha Alta N° 381 Urb. Chachapoyas Amazonas - Chachapoyas – Chachapoyas), por parte de uno de los consorciados (Edgar Guillermo Cuipal Mendoza), motivó a la interposición y otorgamiento de una medida cautelar que ordena al Gobierno Regional de Ayacucho se abstenga de ejecutar y/o cobrar a INSUR S.A. Compañía de Seguros el monto de la fianza bancaria otorgada por el Consorcio AyS como garantía de adelanto directo, consistente en la Carta Fianza N°217302474-R4 por el monto de S/ 1´205,579.62 Soles.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

ii. En los seguidos por la empresa MEGA INVERSIONES S.R.L, contra el Gobierno Regional de Pasco, el primero con domicilio en Mz "G" Lote "7-8" Urb. Primavera (frente a SENATI) Huánuco - Huánuco, y el Gobierno Regional de Pasco con domicilio conocido en Edificio Estatal N° 01, San Juan Pampa – Distrito de Yanacancha, Provincia y Departamento de Pasco. Fue solicitada una medida cautelar en la ciudad de Lima, otorgada por el 12 Juzgado Civil con sub especialidad Comercial de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien ordena al Gobierno Regional de Pasco suspenda la ejecución y cobro de las siguientes cartas fianzas i) N°30009284 de Fiel cumplimiento emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 7´689,631.68 Soles; ii) N°30009948 de adelanto directo emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 5´528,445.00 Soles; iii) N°30013157 de adelanto de materiales emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 15´379,263.36 Soles; iv) N°30031162 de fiel cumplimiento emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 538,328.28 Soles, y sus respectivas renovaciones y/o prórrogas emitidas y que se emitan en el marco del contrato N°0008-2018-G,R,PASCO/GGR "Mejoramiento de la Carretera Ninacaca-Huachon, provincia y región Pasco"

iii. En los seguidos por el Consorcio Salud Tacna, contra el Gobierno Regional de Tacna, el primero con domicilio en Av. Alejandro Iglesias N° 701 – Distrito de Chorrillos, Provincia y Departamento de Lima y el Gobierno Regional de Tacna con domicilio conocido en Av. Gregorio Albarracín N° 526, Provincia y Departamento de Tacna. Fue solicitada una medida cautelar en la ciudad de Lima, otorgada por el 7 Juzgado Civil con sub especialidad Comercial de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien ordena al Gobierno Regional de Tacna suspenda la ejecución y cobro de las siguientes cartas fianzas i) N°001103009630 de Fiel cumplimiento emitida por el Banco Pichincha hasta por el monto de S/ 4´747,948.72 Soles; ii) N°30020402-01 de adelanto de materiales emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 31´147,568.99 Soles; iii) N°30005861-02 de adelanto directo emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 47´656,795.61 Soles; iv) N°3008519-02 de fiel cumplimiento emitida por el BBVA Continental hasta por el monto de S/ 4´200,000.00 Soles; v) N° 3008519-02 es de Adelanto de Materiales emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de

S/ 18´808,837.45 Soles; vi) N°1748252-04 de fiel cumplimiento emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 5´020,000.00 Soles; vii) N°1727596-03 de fiel cumplimiento emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 4´747,948.72 Soles y viii) Carta Fianza N° 0011-0307-9800071786-62 de fiel cumplimiento emitida por el BBVA Continental hasta por el monto de S/ 4´200,000.00 Soles.



iv. En los seguidos por el Consorcio Arakaki II, contra el Gobierno Regional de Junín, el primero con domicilio en Av. Circunvalación del Club Golf Los Incas N° 134 Interior 1102 Urb. Circunvalación del Club Golf Los Incas, Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, y el Gobierno Regional de Junín con domicilio conocido en Jirón Loreto N°363, Huancayo, Departamento de Junín. Fue solicitada una medida cautelar en la ciudad de Lima, otorgada por el 15 Juzgado Civil con sub especialidad Comercial de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien ordena al Gobierno Regional de Junín suspenda la ejecución y cobro de las siguientes cartas fianzas i) N°30042992-01 de Fiel cumplimiento emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 10´818.655.22 Soles; ii) N° 30044085-03 de adelanto directo emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 11´075,006.48 Soles; iii) N°30054647-02 de adelanto de materiales emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 7´668890.20 Soles; y, iv) N°30073044 de fiel cumplimiento (adicional N°01), emitida por la Positiva Seguros y Reaseguros hasta por el monto de S/ 46,205.86 Soles.

v. En los seguidos por el Consorcio Ejecutor Ica, contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el primero con domicilio en Calle Los Libertadores N°365, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima y el Ministerio con domicilio conocido en Calle Scipión Llona N° 350, Distrito de Miraflores, Provincia y Departamento de Lima. En torno al Contrato N° 24-2018-JUS - "Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica, distrito de Santiago, provincia de Ica, departamento de Ica (SNIP 276849)", fueron solicitadas y otorgadas ocho (08) medidas cautelares en contra del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ante los órganos judiciales de: i) Juzgado Civil Transitorio – Sede Villa Maria – Corte Superior de Justicia de Lima Sur, ii) 13 Juzgado Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, iii) 4 Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, iv) 7 Juzgado Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, v) 17 Juzgado Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, vi) Juzgado Civil Transitorio – Sede Villa Maria – Corte Superior de Justicia de Lima Sur, vii) 13 Juzgado Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, viii) 1 Juzgado Civil de Abancay de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, en las que se ordenó la suspensión de la ejecución y cobro de las siguientes cartas fianzas i) Carta fianza N°30015888-06 emitida por la positiva seguros, por adelanto directo, por el monto de S/.10´736,138.35 Soles; ii) Carta fianza N° 30015889-06 emitida por la positiva seguros, por adelanto directo, por el monto de S/. 10´122,644.73 Soles; iii) Carta fianza N° 30015890-06 emitida por la positiva seguros, por adelanto directo, por el monto de S/. 9´815,897.92

Soles; iv) Carta fianza N° 30035073-04 emitida por la positiva seguros, por adelanto de materiales, por el monto de S/. 6´296,653.21 Soles; v) Carta fianza N° 30035071-04 emitida por la positiva seguros, por adelanto de materiales, por el monto de S/. 6´678,268.55 Soles; vi) Carta fianza N°30035072-04 emitida por la positiva seguros, por adelanto de materiales, por el monto de S/ 6´105,845.53 Soles; vii) Carta fianza N° 30039031-04, emitida por la positiva seguros, por adelanto de materiales, por el monto de S/ 11´743,567.68 Soles; viii) Carta fianza N° 30039024-04 emitida por la positiva seguros, por adelanto de materiales, por el monto de S/.12´110,554.14 Soles; ix) Carta fianza N° 30038990- 04, emitida por la positiva seguros, por adelanto de materiales, por el monto de S/.12´844,527.12 soles.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

De las distintas sedes judiciales puede apreciarse que, de entre ellas, las autoridades judiciales de Lima Sur y Apurímac fueron invocadas a propósito de sedes comerciales que poseen las empresas que conforman el consorcio.

El análisis efectuado por las autoridades judiciales parte de lo establecido en el artículo 17° del CPC, el cual señala que si se demanda a ***una persona jurídica*** la misma puede interponerse en el domicilio donde tenga sus oficinas principales, o en otras donde posea un anexo, siendo está a elección del demandante. En los casos expuestos, este artículo ha sido interpretado como aplicación al domicilio del "demandante" (sede principal y anexo del demandante), cuando el texto del artículo antes señalado lo direcciona en quien recaerá la petición cautelar, es decir, al demandado (a quien se demanda).

Asimismo, en la casuística arbitral se advierte que el artículo 24° del CPC en el extremo desarrollado en el inciso 4, señala que la competencia facultativa puede ser, aparte del juez del domicilio del demandado, "el Juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación"; el mismo que de los casos antes señalados, podemos apreciar que en ninguno de ellos se aplica. Dado que las obligaciones son ejecutadas en la misma región de los demandados.

Puede observarse que, la falta de regulación en la competencia territorial para el pedido y otorgamiento de medidas cautelares en sede judicial de forma previa a la constitución del tribunal arbitral, ha permitido acciones que traen consigo la duda razonable por la premura con la que han sido emitidas, decisiones que han traído consigo graves afectaciones al resguardo de los fondos públicos del país.

Sobre el tema, el caso del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos resulta de especial relevancia por el impacto causado por el otorgamiento irregular de medidas cautelares; las cuales han impedido que se resguarden los fondos públicos entregados al Consorcio Ejecutor Ica para el financiamiento de una obra pública no concluida, mediante "adelanto directo y adelanto de materiales", llegando a obtener dicho Consorcio hasta ocho (08) medidas cautelares que obligan al Estado peruano a suscribir un contrato, mantenerlo vigente y, finalmente, impedir la ejecución de las fianzas de adelanto directo y adelanto de materiales.

La problemática señalada se hace más crítica, dado que en diversos casos se han emitido medidas cautelares por órganos judiciales, pese a que en sede arbitral las controversias ya se encontraban sometidas a tribunales arbitrales instalados.

La propuesta normativa modificatoria no pretende impedir la emisión de las medidas cautelares en sedes judiciales, sino corregir el vacío de la norma especial (Decreto Legislativo N° 1071) respecto a la competencia judicial que sí se encuentra delimitada en materia de impugnación de laudo arbitral; de este modo, se busca establecer que, **en caso de medidas cautelares referidas a procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas, es competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del domicilio principal de la parte sobre la que recae la medida.**

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

c) Formas de la fianza bancaria y/o patrimonial.

En este aspecto, y de la información proporcionada por las procuradurías públicas, se ha tomado conocimiento de la interpretación por parte de los tribunales arbitrales y órganos judiciales, respecto a la contracautela fijada por el Decreto de Urgencia Nº 020-2020; quienes efectuando control difuso o interpretando la inaplicación del citado decreto, conceden medidas cautelares desconociendo que la contracautela debe ser una fianza bancaria y/o patrimonial, cuyo monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento del contrato materia de controversia. Situación que genera la necesidad de un cambio normativo, dado que en muchas de las cautelares otorgadas por los peticionantes, el monto consignado como contracautela ciertamente es desproporcionado; considerando que muchas controversias y cautelares que protegen ciertos derechos, derivan de sumas inferiores al monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, o en otros casos, el monto protegido es superior a la garantía de fiel cumplimiento.

En ese sentido, se han recogido casos en los que se evidencia dicha desproporción, tales como:

i. En la medida cautelar dentro del proceso arbitral (tribunal arbitral), interpuesto por el Consorcio Ares contra la Municipalidad Distrital de Socabaya (Arequipa), se dispuso la inejecución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento por el monto de S/ 533,000.00 soles; en la evaluación y análisis del caso, no se exigió la presentación de contracautela alguna.
ii. En la medida cautelar fuera del proceso arbitral (7° Juzgado Comercial de Lima), interpuesto por el Consorcio Salud Tacna contra el Gobierno Regional de Tacna, se dispuso la inejecución de diversas garantías de fiel cumplimiento, adelanto de materiales y adelanto directo, hasta por el monto de S/ 125´545,706.99 soles; dicha autoridad judicial, evaluando la cautelar concedida ordenó la presentación de una contracautela en forma de caución juratoria hasta por la suma de S/ 1´000,000.00 soles.
iii. En la medida cautelar fuera del proceso arbitral (7° Juzgado Comercial de Lima), interpuesto por el Consorcio Salud Tacna, contra el Gobierno Regional de Tacna, se dispuso la inejecución de cartas fianzas de adelanto directo y adelanto de materiales por el monto de S/ 84´773,703.75 soles; dicha autoridad judicial, evaluando la cautelar concedida ordenó la presentación de una contracautela por el monto de S/. 28'112,504.94 soles en la figura de carta fianza.
iv. En la medida cautelar derivada de un arbitraje de emergencia, interpuesto por el Consorcio Caballo Viejo contra la Municipalidad Provincial de Tahuamanu,

se dispuso la inejecución de la garantía de adelanto directo por el monto de S/ 720,000.00 soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 50,000.00 soles en la forma de caución juratoria.

v. En la medida cautelar derivada de un arbitraje de emergencia, interpuesto por el Consorcio Chilina, contra la Municipalidad Provincial de Tahuamanu, se dispuso la inejecución de la garantía de adelanto directo por el monto de S/ 861,000.00 soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 50,000.00 soles en la forma de caución juratoria.

vi. En la medida cautelar derivada de un arbitraje de emergencia, interpuesto por el Consorcio Iñapari, contra la Municipalidad Provincial de Tahuamanu, dispuso la inejecución de la garantía de adelanto directo por el monto de S/ 96,600.00 soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 50,000.00 soles en la forma de caución juratoria.

vii. En la medida cautelar derivada de un arbitraje de emergencia, interpuesto por el Consorcio ISO, contra el Gobierno Regional de Pasco, dispuso la inejecución de la garantía de fiel cumplimiento por el monto de S/ 267,725.52 soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 267,725.52 soles en la forma de caución juratoria.

viii. En la medida cautelar derivada de un arbitraje (tribunal arbitral), interpuesto por el Consorcio Hospitalario Ayacucho, contra el Gobierno Regional de Ayacucho, dispuso la inejecución de las garantías de fiel cumplimiento, adelanto directo y adelanto de materiales, por el monto de S/ 1´789,628.93 Soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 89,481.45 soles en la forma de carta fianza.

ix. En la medida cautelar derivada de un arbitraje (tribunal arbitral), interpuesto por la empresa Makiber S.A. Sucursal Perú, contra el Gobierno Regional de Ayacucho, dispuso el status quo del contrato y la inejecución de las garantías de adelanto directo, adelanto de materiales y fiel cumplimiento, hasta por el monto de S/ 34,143,352.85 soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 11´623,369.05 soles, en la forma de carta fianza, de conformidad con el D.U 020-2020.

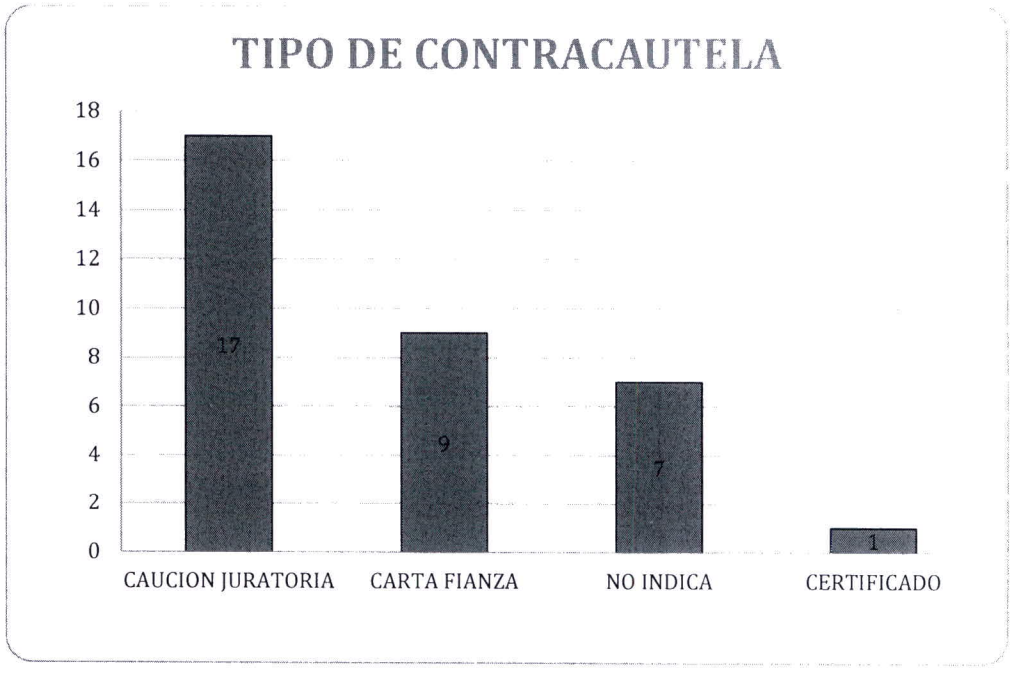
x. En la medida cautelar derivada de un arbitraje (tribunal arbitral), interpuesto por el Consorcio Ejecutor Tingo María, contra el Gobierno Regional de Huánuco, se dispuso la inejecución de las garantías de adelanto directo y adelanto de materiales hasta por el monto de S/ 4´876,451.24 soles, ordenando la presentación de una contracautela por el monto de S/ 4´876,451.24 soles, en la forma de carta fianza.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Como se puede apreciar, se han informado a la Procuraduría General del Estado, la emisión de medidas cautelares fuera del proceso y dentro del proceso, en las que la determinación de contracautelas por la autoridad judicial y/o el tribunal arbitral no tienen uniformidad y equidad en lo que respecta al monto controvertido, o la cuantía indeterminada, llegando al extremo de no asignar contracautela alguna.

Al respecto, en virtud de la información proporcionada a la Procuraduría General del Estado, ha sido posible identificar los tipos de contracautela otorgados por jueces y por tribunales arbitrales. Así, de un universo de treinta y cuatro (34) casos analizados, casi en la mitad de ellos se otorgaron cauciones juratorias, diecisiete (17) en total; seguido por un total de nueve

(09) cartas fianzas, siete (7) casos en los que no se precisó dicha data e incluso un (1) caso en el que se aceptó un certificado como contracautela. A continuación, presentamos un cuadro que grafica la problemática descrita:



Cuadro 3: Cuadro que grafica los tipos de contracautela otorgados por jueces y tribunales arbitrales.
Fuente: Procuraduría General del Estado

De la data reportada, se advierte la necesidad de reforzar el mandato contenido en el Decreto Legislativo N° 1071, modificado por el Decreto de Urgencia N° 020-2020, a efectos que, del análisis efectuado por la autoridad judicial y/o el órgano arbitral, se resuelva disponiendo la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial, y en ningún caso la presentación de una caución juratoria.

Asimismo, del análisis de los riesgos que se genera del otorgamiento de una medida cautelar, la misma no puede compensarse o asegurarse en un resarcimiento, con el otorgamiento de una caución juratoria, la misma que al no tener respaldo financiero, no tendría más respaldo que su sola calidad de ejecutable ante un proceso judicial, el que solo tendrá efectos de encontrar a quien lo emitió con fondos suficientes para cubrir el monto allí indicado, pensado y analizado para resarcir al afectado de la medida cautelar, quien en este caso es una entidad del estado.

d) Otorgamiento de medidas cautelares en sede judicial bajo la figura *inaudita altera pars*.

Previo al análisis de este punto, debe tenerse presente que, el inciso 3 del artículo 47° del Decreto Legislativo N° 1071, establece como regla que, en el arbitraje ante la presentación de una medida cautelar, antes de ser resuelta por el tribunal arbitral, esta es trasladada para conocimiento del demandado; excepcionalmente, se puede dictar la medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la contraparte, en la medida que así se justifique.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

En contraposición a esta regla, el artículo 637 del CPC establece que la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, es decir, la regla es no correr traslado - *inaudita altera pars*.

Dado que, como regla general en el proceso arbitral, la premisa es correr traslado a fin de tener un amplio estudio de la solicitud cautelar para que no se afecte ningún derecho al momento de concederla; lo que no es aplicado por el Poder Judicial, pese a que las medidas otorgadas en dicha sede, se realizan en atención y aplicación del Decreto Legislativo N° 1071. Ello evidencia la necesidad de una regulación específica para los escenarios en el que se solicite una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral.



La normativa en materia arbitral ha sido redactada procurando la no afectación del derecho de defensa de las partes en un proceso arbitral; razón por la cual, establece como regla el traslado previo a la decisión, principio que debería ser recogido por el órgano jurisdiccional al momento de resolver una medida cautelar fuera del proceso arbitral.

De la información seleccionada por la Procuraduría General del Estado, puede observarse que una deficiencia subsanable ante el incremento de peticiones cautelares al Poder Judicial con graves afectaciones al Estado, es la aplicación de la regla procesal establecida en el Decreto Legislativo N° 1071; con la finalidad de no afectar a la parte sobre quien recaerá la medida cautelar, así como prevenir que se induzca a error al Órgano Jurisdiccional respecto a la concesión de una medida cautelar cuando ya existe un tribunal arbitral constituido.

Es así como, la reforma propuesta no parte de una nueva fórmula legal, sino de la aplicación de la fórmula existente en la norma de arbitraje, la misma que debería ser aplicable indistintamente del órgano jurisdiccional (judicial o arbitral) que la aplique.

La problemática detectada en los casos informados permite concluir que, el otorgamiento de la medida cautelar en sede judicial sin conocimiento de la contraparte, podría traer una grave afectación a los derechos de la contraparte, en tanto el análisis efectuado por la autoridad judicial es limitado por la información que tiene la autoridad judicial para resolver el pedido, en los casos en los que no corre traslado del pedido.

Tal es el caso que, el Consorcio Ejecutor Ica interpuso seis (06) medidas cautelares fuera del proceso, luego de que el tribunal arbitral se hubiera constituido; siendo, por tanto, incompetentes las autoridades judiciales que dictaron las medidas cautelares en contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Es así como, la propuesta de modificación normativa tiene como finalidad, reafirmar mediante norma positiva obligatoria la regla procesal contenida en el Decreto Legislativo N° 1071, a efectos de que, en resguardo del debido proceso, se informe lo pertinente sobre los alcances de la medida cautelar solicitada, así como lo pertinente respecto a su competencia.

En relación a esta propuesta, es importante recordar, que hace algunos años, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional del año 2004, entre otras cosas, cuestionando precisamente el trámite diferenciado que se le brindaba a las solicitudes cautelares que tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, donde se exigía una traslado previo de la solicitud cautelar a

la entidad, alegándose que, tal disposición viola el principio de igualdad, así como ponía en riesgo la eficacia de la tutela cautelar, al establecerse un traslado previo al dictado de la medida.

Cabe precisar, que el entonces artículo 15 del Código Procesal Constitucional establecía dos trámites para el otorgamiento de medidas cautelares, uno general para cualquier tipo de MC, y uno especial, para aquellos casos donde se busque cuestionar actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional. El primero de ellos establecía un sistema inaudito altera pars, es decir el juez resuelve con la sola solicitud del recurrente, por su lado, el segundo de ellos, establecía un traslado a la entidad previo a la decisión, e incluso la intervención del Ministerio Público.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Es así, que "el Tribunal Constitucional, en la STC N° 00023-2005-PI/TC, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 15 del ahora derogado código procesal año 2004, precisando que el trámite diferenciado que otorgaba dicha disposición para el caso de actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional respondía a un fin constitucional legítimo, pues buscaba tutela el interés público, además de respetar un estándar de proporcionalidad, concluyendo que dicho tratamiento era compatible con el orden constitucional."[2]

Al respecto, se tiene además que en la doctrina se ha puesto de relieve que "hay un gran número de acciones de garantía que se presentan contra instancias municipales o regionales porque, por ejemplo, se negó la licencia a un establecimiento; porque, por ejemplo, un establecimiento no cumplió o se ha limitado el permiso de circulación de una (...) línea de transporte; y no es posible que un magistrado pueda dictar una medida cautelar que va a suspender los efectos de una resolución dada por un órgano competente y en base a sus facultades, sin siquiera conocer la opinión de ese organismo, porque justamente ese mecanismo es el mecanismo que ha servido para que en nuestro país, justamente, se debilite cada día más la autoridad municipal y regional."[3]

Por tanto, las disposiciones cuestionadas del denominado procedimiento cautelar especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales **tienen como finalidad la protección de garantías institucionales establecidas en la Constitución,** como son la autonomía local y regional (artículos 191.° y 194.°), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias. Así, con relación a las medidas cautelares en el caso de los actos administrativos de gobiernos regionales o locales, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente en la sentencia recaída en el Expediente N° 00023-2005-PI/TC al momento de valorar la proporcionalidad y razonabilidad de un tratamiento diferenciado:

> "Subprincipio de idoneidad:
>
> Supone que la medida legislativa diferenciadora (compuesta por exigencias tales como la intervención del Ministerio Público, la posibilidad de solicitar informe oral, la

---

[2] Rojas Silva, Omar Kadafi. La tutela cautelar en el proceso de amparo. Tratamiento en el nuevo Código Procesal Constitucional y su relación con la jurisprudencia. *Gaceta Constitucional.* Número 116. 2021, p. 73.

[3] Abad, Samuel. La medida cautelar contra actos administrativos locales o regionales prevista por el Código Procesal Constitucional. *Derecho & Sociedad.* Número 25. 2005, p. 123.

concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada) **resulta adecuada para conseguir un fin constitucional, como es proteger la autonomía local y regional que se podría ver afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.**

Subprincipio de necesidad:

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el de libre acceso a la jurisdicción y a la tutela cautelar, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, **el Tribunal Constitucional estima que las medidas legislativas cuestionadas, que limitan la tutela cautelar y al debido proceso, resultan necesarias relativamente para la consecución del fin que se pretende; por cuanto resultan insuficientes otras medidas por no ser igualmente idóneas, aunque menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales**. Así, se hace necesaria la medida legislativa, sin perjuicio de la capacitación adecuada que realice la Academia de la Magistratura a los jueces que conozcan esta medidas cautelares; de modo tal que se pueda lograr un correcto ejercicio de ponderación entre los intereses en conflicto o también optimizando el sistema de responsabilidades disciplinarias, civiles y penales de aquellos jueces que puedan dictar medidas cautelares que no reúnan los presupuestos necesarios para su dictado, entre otras.

Por tanto, las medidas legislativas cuestionadas son conformes al principio de proporcionalidad y, consecuentemente al principio de razonabilidad.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, a través de la diferenciación procedimental de la concesión de la medida cautelar, mientras que el bien constitucional, a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado, es la protección de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Este Colegiado sostiene la relación directamente proporcional entre la afectación y la realización de los bienes constitucionales en colisión; entonces, la intervención ha

superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional. **En efecto, las disposiciones cuestionadas no violan el derecho a la igualdad en la ley de aquellos justiciables que pretendan solicitar una medida cautelar en el caso de los actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pues, en comparación con los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos a los antes mencionados, sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente"**[4].

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

De este modo, queda claro que resulta constitucional incorporar a nivel legislativo disposiciones que limiten la *inaudita altera pars*, para aquellas solicitudes cautelares que puedan incidir directamente en obras públicas de trascendencia nacional, y por ende en el interés público, tales como las que se otorgan en los arbitrajes contra el Estado, "pues conforme lo explica ampliamente el TC en su sentencia, este responde a un fin constitucional legítimo (interés público), pues si bien, la carta magna protege el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, ello no es óbice para desconocer la importancia de otros bienes de relevancia constitucional"[5].

Aquí corresponde precisar, "que la práctica procesal, nos muestra que en muchos casos, el proceso de amparo puede ser utilizado como un mecanismo para suspender la actuación de los gobiernos locales en asuntos sensibles que pueden incidir sobre el interés público de la ciudadanía, que hacen necesario que el Juez antes de resolver conozca la versión de la entidad involucrada; por ejemplo, en aquellos casos donde se pretenda suspender un procedimiento administrativo sancionador que ordene la suspensión de actividad minera por riesgo de contaminación, o en aquellos casos, donde se pretenda suspender un procedimiento de ejecución coactiva que ordene el cierre de un restaurante por violaciones a normas de salubridad[6].

En ese sentido, es importante anotar que "el traslado previo de una solicitud cautelar para situaciones especiales, no constituye un restricción arbitraria (discriminadora) del derecho a la tutela judicial de las personas, sino más bien, estamos frente una restricción leve del derecho en busca de tutelar un fin constitucional legítimo, sin que ello implique vaciar el contenido al derecho, pues no se está prohibiendo el derecho que tiene toda persona a pedir tutela cautelar en un proceso constitucional, sino que únicamente se propone un traslado previo a la entidad en aras de evitar posibles afectaciones irreversibles, que impacten en el interés de la sociedad en su conjunto."[7]

Se debe precisar, que a nivel legislativo, no es lo mismo un trato "diferenciado" con un trato "discriminatorio", pues el primero de ellos responde a una justificación válida en busca de tutelar un fin constitucional legítimo, de manera tal que el tratamiento diferenciado no responde a una violación *per se*, sino más bien a una restricción legitima del derecho en base

---

[4] Tribunal Constitucional. Expediente N° 00023-2005-PI/TC. Sentencia de 27 de octubre de 2006, f. j. 84.

[5] Rojas Silva, Omar Kadafi. La tutela cautelar en el proceso de amparo. Tratamiento en el nuevo Código Procesal Constitucional y su relación con la jurisprudencia. *Gaceta Constitucional*. Número 116. 2021, p. 73.

[6] Ibidem, p. 73.

[7] Ibidem, p. 74.

a una justificación constitucional; mientras que el segundo, parte de una discriminación legislativa injustificada y arbitraria, vale decir de un trato desigual en la Ley.

Así el Tribunal Constitucional en su STC N° 03461-2010-PA/TC, ha tenido la oportunidad de señalar que:

> "(...) la aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.
>
> (...)
>
> Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. **En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables**. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable"[8]. (negritas agregadas)

De este modo, se advierte que la diferenciación legislativa es constitucionalmente admitida, en la medida que esta responda a un fin constitucional legítimo, lo que precisamente ocurre en el caso de la presente propuesta normativa, donde se busca otorgar un trámite diferenciado a las solicitudes cautelares dictadas dentro de los procesos arbitrales, o fuera de ellos, cuando el Estado peruano es la parte afectada con la medida a otorgarse, estableciéndose la obligatoriedad -bajo sanción de nulidad- de realizar un traslado previo a la decisión a la entidad, en aras de evitar afectaciones al interés público.

En tal sentido, la presente propuesta normativa, en el extremo que establece un traslado obligatorio a la entidad de toda solicitud cautelar dictada dentro o fuera del arbitraje en contra del Estado peruano, supera una análisis de constitucionalidad, pues esta busca resguardar el interés público, debido a la íntima relación que tienen los arbitrajes en los que el Estado es parte, pues la gran mayoría de ellos, se encuentran vinculados a grandes y trascendentes obras públicas que impactan directamente a servicios públicos esenciales de la población, tales como educación, salud, medio ambiente, entre otros, de ahí de la necesidad de establecer mecanismos que eviten su afectación, sin que ello suponga una violación al derecho a la tutela judicial efectiva.

e) Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar

En este aspecto, y de la información proporcionada por las procuradurías públicas, se ha tomado conocimiento del otorgamiento de medidas cautelares por parte de tribunales arbitrales, desconociendo la regla establecida para la determinación y exigencia de la contracautela, la misma que bajo el análisis de ser exorbitantes en comparación con las pretensiones que se buscan resguardar, concluyen con la decisión de otorgar contracautelas menores al monto establecido como parámetro (garantía de fiel cumplimiento), o llegan

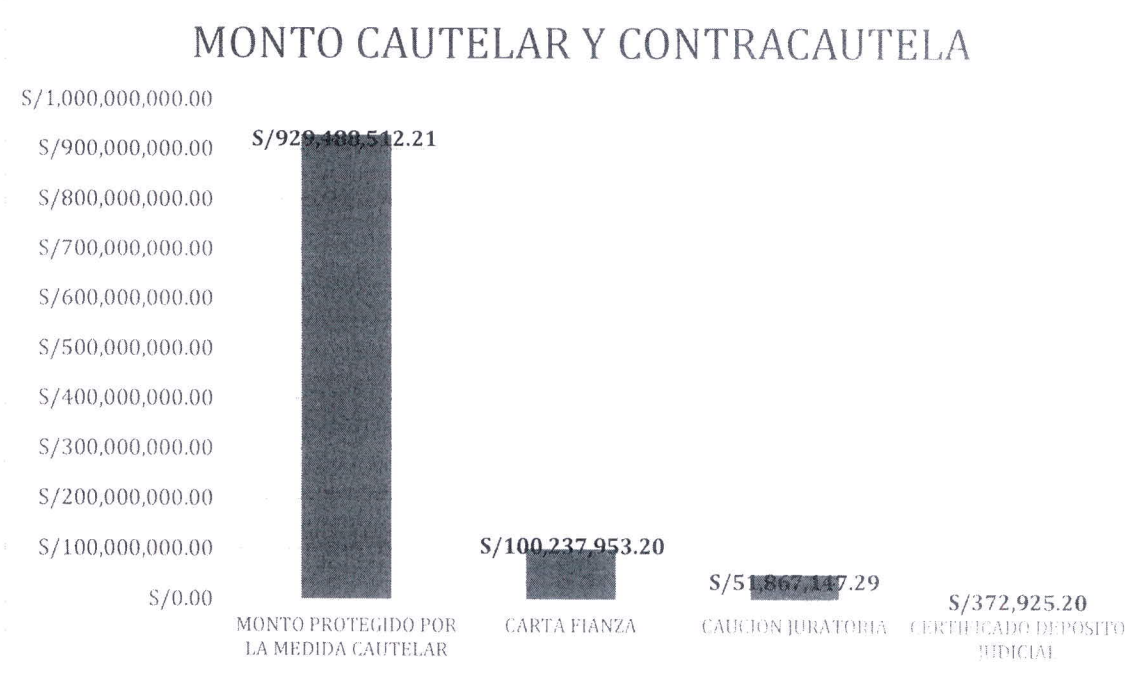
[8] Tribunal Constitucional. Expediente N° 03461-2010-PA/TC. Sentencia de 15 de junio de 2011, f. j. 3 y 4.

incluso a disponer la presentación de cauciones juratorias por montos indeterminados, los mismos que en teoría se determinarían una vez acreditado el daño.

En este sentido, debe tenerse presente que la contracautela fijada por el Decreto de Urgencia Nº 020-2020, es uno desarrollado en el escenario en que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar; debido a que es innegable la afectación causada a los fondos públicos y al desarrollo de las actividades contractuales por parte del Estado. En esa medida, es deber de los órganos jurisdiccionales (tanto en el ámbito judicial como arbitral) el desarrollar criterios y decisiones que prevean los posibles escenarios que causen daños al Estado, considerando la finalidad publica de los contratos.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Así tenemos que, de la revisión de treinta y cuatro (34) medidas cautelares que han sido concedidas en sede judicial como arbitral, se advierte que el Estado peruano ha sido afectado con un monto total ascendente a S/. 929'488,512.21 soles; mientras que la contracautela para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar se presenta como irrisoria, según la estadística que de forma ilustrativa presentamos a continuación:

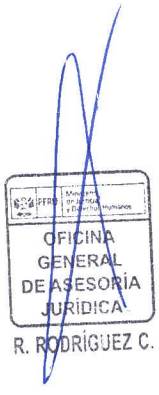


Cuadro 4: Cuadro comparativo entre el monto de la solicitud cautelar y contracautela
Fuente: Procuraduría General del Estado

En ese sentido, como se podrá apreciar, la contracautela de mayor valor (cartas fianzas) sólo representa el 10.7% del valor total de las medidas cautelares con las que se ha visto afectado el Estado peruano.

Siendo ello así, se requieren adoptar medidas para evitar mayores perjuicios al Estado, de ahí que se advierte la importancia de complementar lo ya regulado en el Decreto de Urgencia Nº 020-2020, con el objeto de ampliar los supuestos no previstos, atendiendo a la casuística; tal es el caso, de regular una contracautela equivalente al monto protegido por la medida cautelar

que se pretende, si es que el monto total de la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento del contrato. Ello en atención, a que, por un lado, se viene desconociendo por diversos árbitros lo regulado en el numeral 2 del artículo 8° del Decreto de Urgencia N° 020-2020, por medio de la aplicación del control difuso regulado en el artículo 138° de la Constitución Política del Perú, y por el otro, simplemente se inaplica sin ninguna base constitucional o legal en que se ampare.



En ese sentido, la presente fórmula legal, pretende evitar que se continúen haciendo control difuso del numeral 2 del artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 020-2020, estableciéndose una excepción, en la cual la contracautela sea proporcional con la medida otorgada, pues en la práctica arbitral, existen muchas controversias que puedan generarse, cuyas cuantías son significativamente inferiores al valor de la garantía de fiel cumplimiento, por lo que no habría proporcionalidad de en esos casos, al exigirse una garantía superior al monto que se pretende afectar, de ahí la necesidad, de establecer una excepción en la cual, la contracautela a exigirse sea igual al valor de la pretensión cautelar.

f) Abandono del proceso arbitral ad hoc, sin constitución del tribunal arbitral.

De los casos expuestos por las procuradurías públicas a nivel nacional, se ha detectado el vacío legal de la declaración de abandono del proceso arbitral ad hoc cuando el árbitro o tribunal arbitral no se ha constituido.

Del escenario expuesto, se ha evidenciado la existencia de casos en los que el inicio de los arbitrajes ad hoc se ha producido en el año 2017, fecha desde la cual no han procedido a designar al árbitro único, o conformar el tribunal arbitral, y menos aún, concretar su instalación.

El abandono procesal es una forma especial de terminación del proceso, sin pronunciamiento sobre el fondo, que se produce por la inactividad de las partes durante el plazo de cuatro (4) meses, según el CPC y ahora en la Ley de Arbitraje, de conformidad con el Decreto de Urgencia N° 020-2020. Efectivamente, si bien la Décima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, establece que, sus disposiciones procesales respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil, podemos hacer referencia al concepto del abandono que es recogido por la Corte Suprema del país, al señalar que, es "(...) de interés público que los procesos terminen por los diferentes mecanismos que las normas jurídicas procesales establecen, resolviendo el conflicto de intereses o eliminando la incertidumbre jurídica en forma definitiva como finalidad concreta del proceso. Fin que no se observa cuando un proceso se encuentra paralizado ad infinitum, a voluntad de las partes, a quienes corresponde el impulso procesal (...)". (Sentencia N° 4288-2006 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 7 de enero del 2007).[9] (el énfasis es nuestro).

En consistencia a la figura de abandono desarrollado en el CPC, la Ley de Arbitraje ha desarrollado lo propio para el abandono de procesos arbitrales que, por falta de impulso, mantienen su paralización *ad infinitum,* dicho desarrollo traído por el Decreto de Urgencia N° 020-2020, desarrollo el escenario de la declaración de abandono en los procesos arbitrales institucionales (declarado por la secretaria general) y el arbitraje ad hoc (declarado por el

[9] Queija Alvarado, Sonia. Sobre las reglas de abandono en los arbitrajes con el Estado: A propósito del artículo 50-A de la Ley de Arbitraje. *Foro Jurídico.* Número 18. 2020, p. 69.

árbitro); no obstante, no desarrolló el escenario relativo al arbitraje ad hoc en el cual aún no se tiene designado/nombrado el árbitro único o tribunal arbitral.



Es dicho escenario el advertido con la respuesta efectuada por la Dirección de Arbitraje del OSCE, mediante el cual la Directora de Arbitraje del OSCE pone en conocimiento de la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, los informes técnicos N° D00001- 2021-OSCE-SDAA-HIA, N° D00001-2021-OSCE-SDAA-TDO y Memorando N° D000002-2021-OSCE-SDAA[10], a través de los cuales da respuesta al pedido de la procuraduría pública, respecto a la declaración de abandono y consecuente conclusión de veintidós (22) procedimientos arbitrales (bajo la figura de *"conclusión de los casos arbitrales y/o declaración del vencimiento del plazo para solicitar la designación residual de árbitro"*), que tenían una inactividad aproximada de cinco (5) años desde el emplazamiento del pedido arbitral, sin el nombramiento y constitución del árbitro o tribunal arbitral.

Es así que, la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado concluyó que **la dirección a su cargo no es competente para atender la solicitud,** dado que dicha declaración no forma parte de las funciones de la dirección.

Motivando su argumento con lo siguiente: "(…) 2.2 Sobre el particular, es pertinente señalar que el artículo 105 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE (en adelante, ROF del OSCE), establece las funciones de la Subdirección que tiene a su cargo. Dentro de las cuales se puede apreciar que no se encuentran la administración y organización de procesos arbitrales. Por tal razón, vuestro Despacho carecería de competencia para declarar la conclusión de los arbitrajes señalados en el anexo 1-A, al no encontrarse dentro del ámbito de sus funciones. (…)".

Es así como, la fórmula propuesta busca el impulso por las partes en el desarrollo de los procesos arbitrales, a fin de cumplir con el principio de proceso arbitral, que busca la celeridad de la resolución de conflictos. Asimismo, la propuesta normativa busca en la misma línea que desarrolló el Decreto de Urgencia N° 020-2020, cerrar los escenarios en el que se presentaría el abandono.

g) Obligatoriedad del pronunciamiento sobre la cláusula anticorrupción en los contratos públicos.

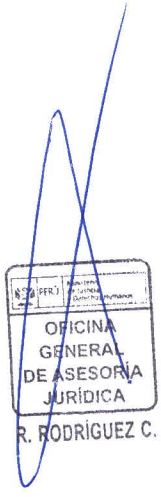
Inicialmente la cláusula anticorrupción fue planteada en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, a través de su modificatoria aprobada por el Decreto Legislativo N° 1341, que promueve la incorporación de esta como cláusula obligatoria en todas las modalidades de contratación bajo el ámbito de dicha norma.

En ese sentido, el artículo 138.4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, regula la exigencia de incorporar dicha cláusula, bajo sanción de nulidad, y regula también su contenido mínimo, según el siguiente texto:

[10] Anexo 12, páginas del 05 al 14.

"138.4. Cláusulas Anticorrupción Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo:

a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.



b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.

c) El compromiso del contratista de:

i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y

ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar."

Asimismo, tenemos que en el artículo 39 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1326, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, incorporó la cláusula anticorrupción, bajo sanción de nulidad.

Como se aprecia, ambos marcos normativos, coinciden en la necesidad de regular aspectos que sancionen los actos de corrupción en el ámbito contractual, según lo mostramos a continuación:

Ley de Contrataciones del Estado	**Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos**

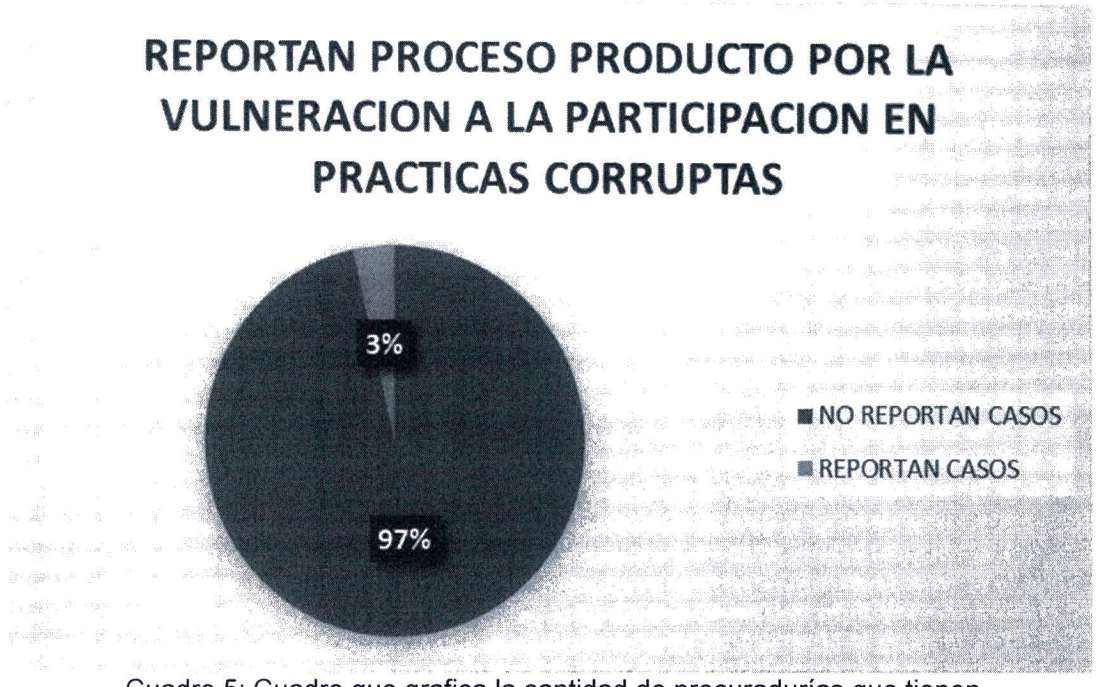
Ley de Contrataciones del Estado, Ley Nº 30225 modificada por el Decreto Legislativo Nº 1341. (Vigente desde el 03.04.2017) "**Artículo 32º**.- Contrato (...) 32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento."	Decreto Supremo Nº 240-2018-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. "**Artículo 39**. Cláusula Anticorrupción 39.1 Los Contratos de APP a ser suscritos por el Estado peruano deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad. (...)"
Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF (Vigente desde el 30.01.2019) "**Artículo 138**. Contenido del Contrato (...) 138.2. El contrato incluye, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: i) Garantías, ii) Anticorrupción, iii) Solución de controversias y iv) Resolución por incumplimiento. (...) 138.4. Cláusulas Anticorrupción Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. (...) El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar."	

PERÚ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Dicha incorporación, a la luz de los acontecimientos nacionales, habría permitido una reducción de los actos de corrupción en los contratos derivados de la Ley de Contrataciones, y en los contratos APPs; tal es así que, en un sondeo a las procuradurías públicas a nivel nacional, se recopiló información respecto a la transgresión o incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción regulada en contratos suscritos bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones con el Estado, y proyectos de inversión bajo las modalidades de Asociación Público Privada y de Proyectos en Activos, informando si a la fecha tienen en curso algún arbitraje, proceso civil o proceso penal producto de la vulneración a la no participación en prácticas corruptas contenidas en la Cláusula Anticorrupción, para lo cual en su documento de respuesta, deberán señalar entre otros: (i) el contrato involucrado, ii) la cuantía del contrato, iii) empresa involucrada (representantes legales), iv) la identificación del acto que transgrede la Cláusula

Anticorrupción y v) el estado actual de las acciones legales existentes. Obteniendo como resultado lo siguiente:

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.



Cuadro 5: Cuadro que grafica la cantidad de procuradurías que tienen procesos arbitrales respecto al incumplimiento de la cláusula anticorrupción
Fuente: Procuraduría General del Estado

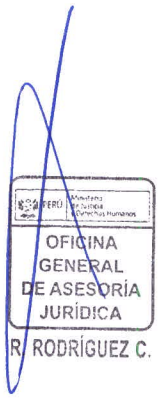
Es de los resultados mostrados y de la realidad nacional, que dichas incorporaciones normativas en la Ley de Contrataciones y en los contratos de APPs, habrían demostrado la creación de incentivos en el sentido de evitar prácticas corruptas que determinen la extinción del vínculo contractual por este concepto; lo que motivaría su incorporación en todas las modalidades de contratación que no se rijan por el marco normativo del TUO de la Ley N° 30225 y el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

En ese orden de ideas, vemos que en el marco normativo nacional no existe una norma de contratación que abarque todos los tipos de contrataciones en las que el Estado participa, lo que obliga a la búsqueda de una norma de alcance general para todas las contrataciones con el Estado; cuya incidencia además, comprenda la habilitación de aspectos que no sólo son sustantivos sino también, podrían comprender aspectos procesales frente al eventual cuestionamiento de la resolución por haber operado la cláusula anticorrupción.

En ese sentido, considerando los casos observados por la Procuraduría General del Estado, en virtud de la propuesta de modificación normativa y frente a un eventual arbitraje en el que se discuta la resolución del contrato producto de la cláusula anticorrupción; resulta necesario que el órgano arbitral esté habilitado para resolver sobre el particular sin necesidad de esperar el resultado de la determinación de responsabilidad penal o administrativa a la que haya lugar, en tanto según nuestra normativa nacional e internacional, una acción trae como

consecuencia distintas vías procedimentales que se pueden activar, tales como la civil, administrativa y penal, pudiendo ser su lectura, procedimiento y resultado no necesariamente idéntico en cuanto a su análisis y oportunidad de la decisión definitiva.

Bajó esa lógica, la presente propuesta normativa, partiendo de lo establecido en el artículo 138, inciso 4, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, busca establecer la necesidad de que en vía arbitral exista un pronunciamiento con relación a la aplicación de la cláusula anticorrupción.



Esto quiere decir que la presente propuesta normativa no se ocupa de establecer conceptualmente a qué se hace referencia cuando se habla de la cláusula anticorrupción -porque ello ya está delimitado en el Reglamento- sino que, lo que se busca a través de esta propuesta normativa es señalar expresamente que se debe emitir un pronunciamiento en la vía arbitral sobre la aplicación de dicha cláusula.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que la actuación del tribunal arbitral se limitará a constatar el incumplimiento de la cláusula anticorrupción, cuestión distinta es que en la vía administrativa o judicial se determinen las responsabilidades a que hubiera lugar por el incumplimiento de la misma. En definitiva, ya no se podrá invocar la existencia de cuestiones pendientes en la vía administrativa o judicial para no aplicar las consecuencias del incumplimiento de dicha cláusula.

Por otro lado, la propuesta normativa también establece que, una vez producida la resolución del contrato, se deberá proceder a la liquidación de la obra. Se precisa que dicho proceso se hará de conformidad con lo establecido al respecto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese sentido, se debe precisar que la propuesta normativa no tiene como objeto regular una nueva forma para la liquidación de la obra luego de la resolución del contrato, pues ello evidentemente excede los límites del presente proyecto normativo.

h) Necesidad de incluir en todos los contratos con el Estado una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad.

Otro aspecto novedoso de la propuesta normativa consiste en incorporar a la denominada "cláusula resolutoria expresa", desarrollada por la teoría general del contrato, como un elemento de validez de los contratos regulados por la ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

El recurso a la cláusula resolutoria expresa procede cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, señalada con toda precisión en el contrato. La resolución se produce automáticamente y de pleno derecho cuando la parte perjudicada comunica a la otra que se ha producido la resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar.

La figura de la cláusula resolutoria expresa se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1430 del Código Civil, el cual dispone que: "Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno

derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria."

Sobre la naturaleza de este tipo de cláusula, Torres Vásquez ha sostenido que:

> Por la cláusula resolutoria expresa las partes estipulan que el contrato quedará resuelto cuando una de ellas no ejecuta determinada prestación a su cargo establecida con toda precisión. **La resolución se produce automáticamente, sin intervención del juez, por el incumplimiento de la prestación prevista en dicha cláusula**, cuando la parte fiel comunica en forma indubitable a la infiel su voluntad de hacer valer la cláusula resolutoria. (...)
> La cláusula resolutoria no requiere de forma, pero **debe cumplir dos requisitos de contenido**: la previsión expresa de que el incumplimiento será automáticamente resolutorio; y la previsión debe vincular la resolución al incumplimiento de una o varias obligaciones indicadas específicamente[11].

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

En esa lógica, la propuesta normativa plantea que en los contratos regulados por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, se establezca este tipo de cláusula resolutoria expresa, pero ciertamente adecuando la figura a los fines de la contratación pública. Y es que, en efecto, al tratarse de una figura que se ha concebido en el ámbito del Derecho Civil en donde la materia contractual se rige por la voluntad de las partes, su inclusión en la legislación que regula lo concerniente a las contrataciones del Estado debe responder a los fines que se persiguen en este ámbito. Se trata de una causal nueva de resolución de contrato, cuya aplicabilidad es independiente de las demás causales de resolución de contrato previstas en la normativa vigente.

A través de los contratos públicos se persigue garantizar fines públicos que, en última instancia, suponen el beneficio de la sociedad en general. De ahí que en el ámbito de la contratación pública, a diferencia de la contratación privada o común, se hable de las llamadas "prerrogativas exorbitantes".

Según dichas prerrogativas exorbitantes, "los organismos tienen, conforme a la ley, capacidades que no son usuales en la contratación privada que representan una suerte de ejecutoriedad administrativa unilateral -institucionalizada al interior del contrato que se celebra con el Estado y es incorporada como un régimen jurídico general por el ordenamiento legal- para dirigir y controlar la ejecución del contrato."[12]

En ese sentido, se establece en la presente propuesta normativa que las entidades contratantes deben incluir la cláusula resolutoria expresa a fin de fijar determinadas prestaciones que considere como esenciales, y en ese sentido, su incumplimiento da lugar a la resolución automática y de pleno derecho del contrato, bastando únicamente para ello que se comunique a la otra parte que se va a aplicar dicha cláusula.

Cabe recalcar, que la propuesta normativa tiene como propósito que cada entidad, en el contrato, defina claramente las prestaciones cuyo incumplimiento se encuentra sujeto a la

---

[11] Torres Vásquez, Aníbal. Teoría General del Contrato. Tomo 2. Jurista Editores, 3ra.Edición, 2021. pp. 1738-1741.

[12] Morón, Juan Carlos y Aguilera, Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación pública*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2017, p. 31.

aplicación precisamente de la cláusula resolutoria expresa. Esto quiere decir que no cualquier incumplimiento dará lugar a la aplicación de dicha cláusula.

La finalidad constitucional de esta medida radica evidentemente en la necesidad de resguardar el interés público que subyace a la ejecución oportuna y eficiente de los contratos que celebra el Estado, el cual involucra en última instancia el bienestar general de la población, según lo previsto en el artículo 44 de la Constitución. En ese sentido, la figura de la cláusula resolutoria expresa constituye un mecanismo contractual que permite que la parte perjudicada con el incumplimiento de determinada prestación -identificada previamente como consustancial a la existencia misma del contrato-, pueda decidir acogerse a la resolución automática y de pleno derecho.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Así por ejemplo, en un contrato celebrado con el Estado podrían dar lugar a este tipo de resolución los siguientes supuestos: i) la no entrega del bien mueble o inmueble materia de una compraventa en determinado plazo; ii) la ejecución manifiestamente negligente de una obra pública (sea respecto a las características de la obra, el plazo, etc.); iii) el no pago del precio pactado; entre otros. Frente a estos escenarios, la entidad contratante se encuentra legalmente habilitada para invocar la resolución inmediata del contrato. Frente a este escenario, la propuesta normativa está dirigida a que se pueda proceder a la liquidación de la obra, y en ese sentido se inicien las acciones pertinentes para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público.

Sin perjuicio de ello, es importante precisar que no cualquier incumplimiento de prestación puede dar lugar al uso de esta cláusula por el acreedor que corresponda, sino que debe tratarse de un incumplimiento injustificado y que revista cierta gravedad. En ese sentido, se ha pronunciado la doctrina civil, al señalar que: "El incumplimiento resolutorio previsto en la cláusula resolutoria insertada en el contrato debe cumplir con los requisitos previstos en general la resolución: que sea injustificado y de cierta gravedad. Un incumplimiento nimio no puede ser resolutorio, porque se estaría permitiendo el ejercicio abusivo del derecho de resolver el contrato, lo que la ley prohíbe (art. II del T.P. del CC)"[13].

i) La habilitación de la competencia del Poder Judicial para la solución de controversias

Otra situación que se ha evidenciado en años recientes es el uso del arbitraje como un mecanismo para eludir la correcta aplicación del Derecho, a través de redes de corrupción que involucra a contratistas, árbitros y centros de arbitraje, con la finalidad de perjudicar al Estado. En ese sentido, la propuesta busca atender esta situación, también desde la revisión de la normativa vigente que establece la obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones públicas, proponiendo la modificación de diversas disposiciones de la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado y de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

Al respecto, el inciso 45.1 del artículo 45 de la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado, dispone que "[l]as controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación

[13] Torres Vásquez, Aníbal. Teoría General del Contrato. Tomo 2. Jurista Editores, 3ra.Edición, 2021. pp. 1748.

o arbitraje, según el acuerdo de las partes. (...) Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje".

De manera similar, el artículo 223 del reglamento de la citada ley, contempla:

> "223.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.
>
> 223.2. Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje".

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

A través de dichas disposiciones se establece que las controversias originadas del contrato celebrado entre el Estado y el contratista solo pueden resolverse de dos maneras: i) a través de conciliación, o ii) a través de un arbitraje. En ese sentido, Kundmüller, sostiene que, por imperio de la ley, la conciliación y el arbitraje son las únicas vías establecidas para la solución de controversias derivadas de las contrataciones y adquisiciones del Estado[14].

Así, en virtud al marco normativo vigente, nos encontramos frente a la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el ámbito de la contratación pública -además de la conciliación cuando esta tenga lugar-, dejando de lado la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial. En ese sentido, Arrarte y Paniagua afirman que "en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio, que las controversias derivadas de los contratos de ejecución de obras públicas, sean resueltas a través de un arbitraje -mecanismo esencialmente privado-, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales (entiéndase, el Poder Judicial), vía "originaria", prevista en la Constitución Política del estado para estos efectos[15].

Esta obligación legal de someter las controversias derivadas de la contratación pública al arbitraje, debe evaluarse desde dos puntos de vista. Uno de carácter teórico y otro práctico.

Desde un punto de vista teórico, debe tenerse presente que un aspecto consustancial al arbitraje está en que se origina en la voluntad de las partes que suscriben el convenio arbitral[16]. Así, la obligación legal para establecer necesariamente el arbitraje como solución de controversias resulta contraria a la naturaleza del arbitraje como jurisdicción voluntaria. Al respecto, Baca Oneto sostiene que "el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos,

---

[14] *Cfr.* Kundmüller, Franz. (2003). "Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho". En: *Ius et praxis*, N° 34. Lima: Universidad de Lima, p. 72. Cabe señalar que el autor se refiere a la anterior ley de contratación; sin embargo, el TUO de la ley vigente mantiene la misma disposición a la que el autor hace referencia.

[15] Arrarte, Ana y Carlos Paniagua. (2007). "Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra". En: *Advocatus*, N° 16. Lima: Advocatus, p. 181. Cabe señalar que los autores se refieren a la ley de contrataciones anterior. No obstante, la disposición a la que hacen referencia, se mantiene en el TUO de la ley vigente.

[16] Lohmann Luca de Tena, Guillermo. (1987). "El arbitraje". En: VVAA. Biblioteca para leer el Código Civil, v. 5. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 39; Cantuarias, Fernando y Manuel Aramburú. (1994). "El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, p. 39.

excluyendo así su control judicial, pues esto será contrario al derecho a la tutela judicial efectiva"[17]. Así, "tal desapoderamiento [...] del ejercicio de un derecho fundamental sólo es admisible en cuanto se basa en el consentimiento explícito de su titular"[18]. En esa lógica, el artículo 63 de la Constitución establece la posibilidad de que el Estado y las demás personas de derecho público puedan someter las controversias derivadas de relación contractual a arbitraje nacional o internacional, más no reconoce una fórmula obligatoria.

PERÚ
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Este problema que incide en la naturaleza misma del arbitraje con el Estado, se podría superar si se permite que la administración, en atención a las consideraciones de cada caso particular y en aras de salvaguardar el interés público, pueda determinar "caso a caso" si resultará más conveniente establecer un convenio arbitral, al cual se adherirá el contratista en virtud de su voluntad de participar como postor con conocimiento de las bases del concurso o licitación. Con ello, el arbitraje, incluso en las contrataciones con el Estado, se encontrarían acorde con su naturaleza voluntaria.

De otro lado, esta situación también debe analizarse desde un punto de vista práctico. Y es que, se ha señalado que el uso del arbitraje en el ámbito de las contrataciones públicas cuenta con mayores beneficios frente a los procesos judiciales ventilados en la vía ordinaria. Así, los procesos arbitrales contarían con una mayor celeridad y presentarían mayores garantías de imparcialidad, toda vez que cada una de las partes puede designar a un miembro del Tribunal Arbitral y son estos, a su vez, quienes designan a la persona que ejercerá la presidencia del mismo[19]. Por otro lado, Cantuarias apunta que "si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (solo participarían aquellos que tienen menos adversión (sic.) al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones de intercambio)"[20].

Sobre esta cuestión, además, es necesario poner en evidencia que la referida celeridad que se predica del arbitraje como una de sus principales ventajas no sería una cuestión que se pueda entender como totalmente cierta en la actualidad o que se presente de manera uniforme en todos los escenarios posibles de un proceso arbitral. Al respecto, se ha señalado que en los tiempos actuales ya no está tan claro que la celeridad sea una cuestión que necesariamente se encuentre presente en todo proceso llevado a cabo en sede arbitral.[21] Esto quiere decir que, aquello que antes constituía uno de los principales motivos para la defensa del fuero arbitral, hoy es una cuestión que hay que observar con detenimiento.

---

[17] Baca, Víctor. (2006). "Los medios 'alternativos' de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)". En: *Lima Arbitration,* N° 1. p. 232.

[18] Huergo, Alejandro. (2000). "La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo. Bolonia: Real Colegio de España, p. 154, citado por Baca, Víctor. *Loc cit.*

[19] Danós, Jorge. (2016). "La evolución del ordenamiento administrativo en el Perú. En: V.V.A.A. "Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Lima: ECB Ediciones, p. 73.

[20] Cantuarias, Fernando. (2002). "Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales". En: *Advocatus,* N° 7- Lima: *Advocatus*, p. 192.

[21] *Cfr.* Barona Vilar, Silvia. Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Número 1. Volumen XI. 2018, p. 14.

En efecto, según la Contraloría General de la República, el 28% de obras paralizadas tienen como motivo de paralización al arbitraje.[22] Esto quiere decir que un gran número de obras en el país se encuentran paralizadas como consecuencia de un proceso arbitral que se encuentra en curso, lo cual evidencia que también existen demoras en la resolución de controversias en dicha vía.

Asimismo, es importante resaltar que la imparcialidad es una garantía que se encuentra presente en todo orden jurisdiccional. Por dicha razón, la forma de designación de uno u otro juzgador, sea por las propias partes, sea por un organismo constitucionalmente autónomo e independiente como lo es la Junta Nacional de Justicia en el caso de los jueces del Poder Judicial, requiere de un sistema regulatorio que así lo garantice. En el caso del Poder Judicial, la existencia de un organismo constitucionalmente autónomo, distinto del Poder Judicial, encargado de nombrar y sancionar jueces, brinda también mecanismos que aseguran la imparcialidad de los juzgadores.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Al respecto, la imparcialidad cuenta tanto con una vertiente subjetiva como con una objetiva. La primera se refiere a "cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso"[23], mientras que la dimensión objetiva se refiere a "la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema"[24].

Por otro lado, recientes hechos han evidenciado que la imparcialidad no es una ventaja intrínseca del arbitraje, pues la realidad muestra importantes casos en los cuales estos habrían estado coludidos para defraudar el interés público. Así se encuentra el caso de la "red Orellana", relacionada a una presunta organización criminal que habría obtenido beneficios indebidos, a través de tribunales arbitrales *ad hoc*, en perjuicio de particulares y entidades públicas.

Otro caso similar es el que involucró a un ex presidente regional de Tumbes, en el cual se habría reconocido a favor de una empresa, de manera irregular, una liquidación mediante una conciliación ilegal dentro de un proceso arbitral, para ello se habría contado con la participación del procurador regional, un empresario y el presidente del tribunal arbitral. Ello generó un perjuicio al Estado ascendente a S/. 9.2 millones de soles.

En atención a las circunstancias descritas en los acápites anteriores, la celeridad que puede aportar un arbitraje no constituye el único elemento determinante para identificar al arbitraje como única vía idónea para la solución de controversias.

Asimismo, la actual regulación contempla dos situaciones que deben atenderse. En primer lugar, una disposición de carácter obligatoria, que no permite un margen de apreciación por parte de la entidad acerca de la conveniencia o no de incluir un convenio arbitral en los contratos que esta celebre, niega la naturaleza voluntaria consustancial al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, que, además, desconoce la autonomía que algunas entidades tienen para la gestión de sus bienes y recursos, lo que incluye el ámbito de la

---

[22] *Cfr.* Contraloría General de la República. Reporte de obras paralizadas 2019, p. 5. Documento disponible en: https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2019/Reporte_Obras_Paralizadas.pdf

[23] Tribunal Constitucional. Expediente N° 00512-2013-PHC/TC. Sentencia 19 de junio de 2013, f. j. 3.3.4.

[24] Ibidem, f. j. 3.3.4.

contratación pública y la determinación de los mecanismos que consideren más oportunos o eficientes para resolver las disputas en las que formen parte.

Desde dicha perspectiva, se debe tener en cuenta, además, que el artículo 139°, inciso 1, de la Constitución no establece al arbitraje como la vía primigenia para la solución de todas las controversias. En efecto, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, en nuestro sistema se ha consagrado a la jurisdicción arbitral como una vía excepcional.[25]

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

No obstante, lo expresado previamente no supone desconocer las ventajas que un mecanismo de solución de controversias como el arbitraje pueda conllevar. Sin embargo, sí supone tomar conciencia acerca de la realidad del arbitraje y los problemas que enfrenta. Por dichas razones es que se propone eliminar la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública, con la finalidad de que su empleo se encuentre fundamentado en una evaluación por parte de la entidad que la lleve a determinar, en cada caso concreto, si resulta conveniente introducir en el contrato un convenio arbitral o, de ser el caso, optar por llevar una eventual controversia ante el Poder Judicial.

En ese sentido, la propuesta normativa apunta a incorporar una disposición según la cual se deba elaborar un informe técnico a través del cual se sustente la decisión de establecer la vía judicial o la arbitral como la pertinente para la solución de las controversias que se deriven del contrato. Dicho sustento, como es evidente, deberá basarse en lo que mejor resguarde el interés público en cada caso concreto. Además, se precisa que los criterios para la elaboración de este informe técnico serán desarrollados en el reglamento respectivo. Una medida de esta naturaleza dotará de mayor transparencia a una cuestión que, con la regulación vigente, ni siquiera puede ser puesta en cuestionamiento.

Además de lo expuesto, la incorporación de una obligación de esta naturaleza responde al principio de transparencia recogido por el literal c) del artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual, se debe proporcionar información clara y coherente en todas las etapas de la contratación. De igual forma, responde a los principios de eficacia y eficiencia establecidos en el artículo 3 del Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública aprobado por Decreto Supremo N° 123-2018-PCM, según los cuales, las entidades públicas deben orientar su actuación hacia el logro de objetivos institucionales con el manejo racional y óptimo de los recursos.

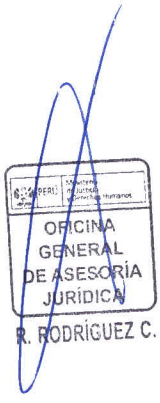
Ahora bien, con la finalidad de garantizar que la vía judicial resulte un camino eficiente para solucionar las controversias derivadas de las contrataciones públicas, se ha considerado pertinente establecer una regulación especial que brinde un mecanismo célere y eficaz para ventilar estos casos.

En ese sentido, la propuesta considera que las citadas controversias, serán conocidas a través del proceso contencioso administrativo, atendiendo a la vinculación con el interés público y con las actuaciones administrativas de las entidades del Estado que participarán como parte en estos procesos. Por ello, se crea la vía del proceso abreviado, encargado exclusivamente de tramitar este tipo de procesos. Asimismo, se establece una regulación especial para el trámite de las medidas cautelares en el marco de dichos procesos, con la

[25] Tribunal Constitucional. Expediente N° 06167-2005-PHC/TC. Sentencia 28 de febrero de 2006, f. j. 7.

finalidad de que estos mecanismos respondan a su naturaleza intrínsecamente variable y provisional, evitando situaciones perjudiciales al interés público a partir de su uso irregular.

En ese marco, se contemplan también reglas para la competencia en este tipo de procesos, habida cuenta de la magnitud de los intereses en conflicto, su impacto en el interés público y la necesidad de una atención célere para evitar que los procesos lejos de contribuir a una eficaz solución de controversias, constituyan mecanismos que dilaten o impidan la ejecución de importantes obras públicas.



En la misma línea, se contempla que estas controversias serán resueltas por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, a través de su Presidente y la apelación, lo será por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Ello, de manera similar a lo dispuesto por el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N°27584[26], que establece que cuando el objeto de la demanda en el proceso contencioso sean las actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), de la Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y de la Superintendencia Nacional de Salud, la demanda, en primera instancia, es de conocimiento de "la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva" y si no la hubiera, la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente. Asimismo, se dispone que, en apelación, resuelve la Sala Civil de la Corte Suprema y, en casación, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Finalmente, es pertinente recordar que en la experiencia nacional cuando se ha buscado que el Poder Judicial conozca materias adicionales a las que ya tiene asignadas, ello ha tomado un natural proceso de implementación que involucran aspectos personales, técnicos y logísticos. Como ejemplo de ello tenemos a los procesos de implementación del Nuevo Código Procesal Penal o de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, cuya implementación ciertamente ha demandado y sigue demandando un alto grado de compromiso no solamente por parte del Poder Judicial, sino que también exige la acción del propio Poder Ejecutivo.

Sin embargo, la existencia de este necesario proceso de adaptación e implementación no debe nunca servir de argumento válido para dejar de involucrar al Poder Judicial en el conocimiento de temas importantes que merecen ser resueltos. Antes bien, dichas exigencias sirven para enfatizar en la necesidad que existe de dotar de mayores y mejores herramientas a dicho poder del Estado para cumplir cabalmente las funciones que la Constitución y las leyes le encomiendan.

j) La necesidad de establecer sanciones para las entidades financieras que incumplan con la obligación de ejecución de las garantías otorgadas dentro del plazo legal establecido en la Ley N° 30225

En el desarrollo de la presente propuesta normativa se ha podido evidenciar, como uno de los problemas, la falta de mecanismos que aseguren la ejecución de las garantías que se otorgan bajo los alcances de la Ley N° 30225. Esto se debe en gran medida a la falta de mecanismos coercitivos reales que estén dirigidos a asegurar el cumplimiento de las mismas.

---

[26] Aprobado por Decreto Supremo N° 011-2019-JUS.

En ese sentido, resulta conveniente, para los fines de la propuesta, establecer que la Superintendencia de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) pueda imponer sanciones a las entidades financieras que incumplan con la obligación de ejecución de las garantías otorgadas dentro del plazo legal establecido en la Ley N° 30225.

Por lo tanto, para armonizar la propuesta normativa a otros instrumentos legales sobre los cuales pudiera tener incidencia la misma, es que se hace necesario incorporar dicha facultad señalada supra a través de la incorporación de un nuevo artículo en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

Al respecto, es importante precisar que lo que se sanciona con la medida establecida no es el incumplimiento de las entidades financieras a partir de una decisión judicial o arbitral, sino, el incumplimiento unilateral de la ejecución de garantías.

Aunado a lo anterior, se debe precisar que la sanción prevista no genera un nuevo costo de transacción a las empresas financieras, por cuanto se trata de una sanción que implica una condición previa, como es, el incumplimiento unilateral y deliberado de la ejecución.

En ese sentido, la medida resulta razonable para proteger el interés público, toda vez que plantea un mecanismo preventivo que busca evitar el incumplimiento deliberado de garantías financieras en perjuicio del Estado.

k) La necesidad de establecer sanciones por la presentación de recursos carentes de fundamentación jurídica a nivel judicial, arbitral o administrativo

En el marco de lo que son las garantías del debido proceso, el Tribunal Constitucional ha señalado que "no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención" (STC 00271-2010-PHC/TC, f. j. 8). Esto, que si bien es una cuestión que se ha establecido en el ámbito judicial, es una cuestión que fácilmente puede predicarse a nivel de los procedimientos administrativos o las controversias arbitrales. Y es que, a fin de cuentas, lo que se busca es desincentivar el actuar malicioso y con fines subrepticios.

Es por eso que en los diversos órdenes procesales se establecen una serie de consecuencias para aquellos litigantes que, con propósitos subalternos, interpongan recursos que de antemano se sabe que serán inconducentes con la única finalidad de entorpecer las funciones del órgano llamado a resolver la controversia.

Por lo tanto, a fin de evitar dichas acciones, en la presente propuesta normativa se establecerá que el Tribunal de Contrataciones del Estado pueda sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra que hagan uso malicioso de los recursos que la legislación prevé a nivel judicial, arbitral o administrativo.

Naturalmente que para la concreción de este extremo de la propuesta haría falta un proceso de implementación en el que se coordine con el Poder Judicial la implementación de un mecanismo que permita al Tribunal de Contrataciones del Estado acceder a la información

sobre las decisiones judiciales que hayan determinado el actuar malicioso a nivel procesal por parte de quienes pretendan contratar con el Estado.



No obstante, es necesario precisar que actualmente el Tribunal de Contrataciones del Estado ya cuenta en la legislación con sanciones administrativas que le obligan a llevar a cabo un procedimiento de cruce de información pertinente para poder aplicarlas. Así, por ejemplo, tenemos las siguientes:

- La causal prevista en el literal i) del artículo 50.1 establece como una infracción el "presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Central de Compras Públicas-Perú Compras".

- El literal j) del artículo 50.1 establece como una infracción el "presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), o a la Central de Compras Públicas-Perú Compras".

- La causal prevista en el literal n) del artículo 50.1 establece como una infracción el "presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados el pliego de absolución de consultas y/o observaciones".

En ese sentido, la inclusión de esta nueva infracción, señala que el impedimento estará referido a las personas naturales o jurídicas sobre las cuáles ya recaiga una sanción por haber presentado recursos carentes de fundamentación o por haber incurrido en temeridad procesal.

III. PROPUESTA NORMATIVA

Teniendo en cuenta la problemática advertida *supra*, la propuesta normativa plantea los siguientes cambios normativos:

a) **Respecto a las mejoras planteadas en las normas que regulan el arbitraje sobre contrataciones con el Estado:** Se propone la modificación de los artículos 7 (arbitraje ad hoc e institucional), 8 (competencia en la colaboración y control judicial), 47 (medidas cautelares), y 50-A (abandono en arbitraje ad hoc) del Decreto Legislativo 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje. Asimismo, se plantea la incorporación del artículo 51-A.

   Los cambios normativos están dirigidos a abordar los siguientes temas concretos:

   - La exigencia de acreditación de centros de arbitraje por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en los arbitrajes en que el Estado sea parte.

   - Sobre el trámite de medidas cautelares en los procesos de arbitraje y/o medidas cautelares en procesos judiciales: Se proponen los siguientes cambios: i) Se establece como regla la prohibición de prórroga de la competencia; ii) Se precisan determinados requisitos que debe cumplir la contracautela en estos casos,

precisando que no procede en ningún caso la caución juratoria; iii) Se exige la notificación de la solicitud de medida cautelar al procurador público de la entidad involucrada antes de proceder a su dictado, bajo sanción de nulidad; iv) Se exige, previo a la decisión, el pronunciamiento sobre la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que ésta pudiera generar al interés público; v) Se dispone la nulidad de las medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del órgano arbitral.

- Se establece que procede el abandono del proceso arbitral *ad hoc* en caso de que el órgano arbitral no se constituya por causas imputables a las partes.



Asimismo, se propone la incorporación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria Final al Decreto Legislativo 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje, a fin de establecer la obligatoriedad de pronunciamiento sobre la cláusula anticorrupción en los contratos públicos.

En este punto cabe precisar que el contenido de la cláusula anticorrupción deberá ceñirse a lo que establece el artículo 138°, inciso 4, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

b) **Respecto a las modificaciones planteadas a la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado:** Se propone la modificación de los artículos 10 (supervisión de la entidad), 32 (contrato), 33 (garantías), 36 (resolución de los contratos), del literal b) del numeral 50.4 del artículo 50 (infracción y sanción administrativa) y 45 (medios de solución de controversias de la ejecución contractual). Asimismo, se plantea la incorporación de los literales u), v), y w) al artículo 11 (impedimentos), así como el literal o) al numeral 50.1 del artículo 50 (infracción y sanciones administrativas).

Los cambios normativos están dirigidos a abordar los siguientes temas concretos:

- Se habilita la competencia del Poder Judicial para resolver controversias derivadas de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas, por lo que se deja sin efecto la fórmula anterior de arbitraje obligatorio.

- Se exige la inclusión de una cláusula resolutoria expresa en todos los contratos con el Estado.

- Se establece que, en caso de incumplimiento en la ejecución de las garantías otorgadas, la Superintendencia de Banca y Seguros y Administración Privadas de Fondos de Pensiones impone la sanción prevista en la legislación vigente.

- Se incluye la figura de la cláusula resolutoria expresa como una causal válida de resolución contractual. En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, sin perjuicio de la liquidación de la obra, la entidad pública afectada debe continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público.



- Se incorpora como causal de infracción administrativa, la conducta de presentar recursos o solicitudes cautelares en sede administrativa, arbitral o judicial manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico a fin de evitar que el Estado ejerza sus potestades establecidas en la presente Ley y su Reglamento.

- Respecto a los impedimentos para participar en los procedimientos de contratación con el Estado, se incluyen las siguientes causales:

  i) Las personas naturales o jurídicas con contrato resuelto como consecuencia de una sentencia judicial de primera instancia o laudo arbitral que haya determinado su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contractuales o que tengan un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44 de la presente ley, según declaración jurada. El impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad en la que recayeron los recursos arbitrales y/o judiciales hasta 12 meses después de la emisión del acto resolutivo correspondiente;

  ii) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido sancionadas por presentar recursos en instancias administrativas, arbitrales y/o judiciales carentes de fundamentación jurídica, o, que hayan sido sancionadas por haber incurrido en temeridad procesal para evitar que el Estado ejerza sus potestades, en los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, según declaración jurada, y

  iii) Las personas naturales o jurídicas contra quienes se hayan impuesto más de tres penalidades en los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección, según declaración jurada.

b.1) Con relación al impedimento para contratar dirigido a las personas naturales o jurídicas con contrato resuelto como consecuencia de una sentencia judicial de primera instancia o laudo arbitral (incorporación del literal u) al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado)

Respecto al impedimento que establece que no podrán contratar con el Estado las personas naturales o jurídicas con contrato resuelto como consecuencia de una sentencia judicial de primera instancia (que en el proyecto normativo se incorpora como literal u) al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado), se debe precisar que la presunción de inocencia no necesariamente exige la existencia de una sentencia firme para poder ser desvirtuada, pues, una cosa es la garantía de la pluralidad de instancias (artículo 139.6 de la Constitución) y otra la de la presunción de inocencia (literal e) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución).

En el actual modelo procesal penal peruano son mayores las posibilidades, al menos teóricamente, de que el sentenciado en primera instancia sea efectivamente culpable de los delitos que se le acusan. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo sistema inquisitivo, en donde el juez cumplía una labor de investigación, en el modelo acusatorio actual el juez sólo tiene facultades decisorias, reservándose para el fiscal los actos de investigación. En esa línea, se puede concluir que, en los tiempos actuales, por la propia dinámica del sistema, se ha fortalecido el derecho a ser juzgado por un juez imparcial y, en ese sentido, se

reduce ostensiblemente la posibilidad de la emisión de sentencias condenatorias de primera instancia desprovistas de las garantías mínimas del debido proceso.

Como ejemplo de lo anteriormente expresado tenemos el artículo 39-A de la Constitución que establece que están impedidas de ejercer la función pública, mediante designación en cargos de confianza, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria de primera instancia.



b.2) Con relación al impedimento para contratar dirigido a las personas naturales o jurídicas que hayan sido sancionadas por presentar recursos en instancias administrativas, arbitrales y/o judiciales carentes de fundamentación jurídica (incorporación del literal v) al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado)

Tal y como se expresó anteriormente, el Tribunal Constitucional ha señalado que "no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez acarrea una desatención de otras causas que merecen atención" (STC 00271-2010-PHC/TC, f. j. 8).

En ese sentido, el impedimento que se pretende incorporar a través del nuevo literal v) al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado apunta precisamente a no permitir que quienes actúen maliciosamente en los órdenes judiciales, arbitrales o administrativos puedan participar en procesos de selección para la ejecución de obras públicas.

b.3) Con relación al impedimento para contratar dirigido a las personas naturales o jurídicas contra quienes se hayan impuesto más de tres penalidades por infracciones graves previstas en el reglamento en los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección (incorporación del literal w) al artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado)

Este tercer impedimento que se incorpora a través de la propuesta normativa establece un motivo razonable para que las personas naturales o jurídicas incursas en dicho motivo no puedan contratar con el Estado.

Sin embargo, a fin de mantener un equilibrio y a efectos de no generar una situación excesivamente gravosa se establece cómo límite temporal que, aquellas tres penalidades por infracciones graves según el reglamento a las que se hace referencia, deben estar presentes en los últimos doce (12) meses anteriores al proceso en el que la persona natural o jurídica pretende participar.

Finalmente, la propuesta normativa señala que para la verificación de este impedimento la persona natural o jurídica deberá presentar una declaración jurada. Se establece ello teniendo en cuenta que para la aplicación de las nuevas causales que se proponen podría hacer falta un proceso de implementación para el cruce y constatación de información por parte del órgano a cargo del proceso de contratación.

c) **Respecto a las modificaciones planteadas a la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo:** Se propone la modificación de los artículos 4



(actuaciones impugnables), 5 (pretensiones) ,9 (competencia funcional), y 25 (proceso ordinario).

Los cambios normativos están dirigidos a abordar los siguientes temas concretos:

- Al haberse habilitado la competencia del Poder Judicial para resolver controversias derivadas de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas, se incluye dicha pretensión en el listado enunciado en los artículos 4 y 5.

- Para estas pretensiones, se establece la competencia, en primera instancia de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia del domicilio principal de la entidad, precisando que sólo el Presidente de la Sala se avoca al conocimiento de la causa. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema resuelve en apelación; siendo que, se avocan al conocimiento de la causa, el Presidente y los dos jueces más antiguos. Finalmente, se establece que no procede recurso de casación.

Asimismo, Se propone la incorporación de los artículos 24-B y 37-A a la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, a fin de crear el proceso abreviado y sus medidas cautelares, y con ello garantizar la resolución oportuna y efectiva en los casos de cuestionamientos de actos vinculados con los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas.

d) **Respecto a la modificación planteada a la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros:** Se propone incorporar el artículo 361-A.

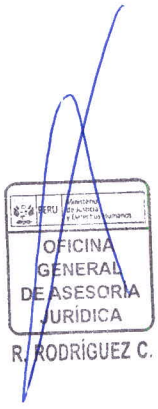
El cambio normativo está dirigido a establecer la facultad que tendrá la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para aplicar multas a las entidades financieras que incumplan con la obligación de ejecutar las garantías otorgadas dentro del plazo legal que se establece en la Ley N° 30225.

El objetivo de este extremo de la propuesta normativa descansa en la necesidad de asegurar el cumplimiento de las garantías otorgadas. Por lo tanto, en línea con el interés público que persigue toda obra pública, se busca establecer un mecanismo que coadyuve en el cumplimiento de dicha finalidad a través de una medida de coerción que prevenga actos que tengan como finalidad desconocer la obligación de ejecutar las mencionadas garantías.

e) **Respecto a la aplicación inmediata de las modificaciones introducidas por la norma:**

La presente propuesta normativa plantea una Primera Disposición Complementaria Final que señala que "las modificaciones reguladas por la presente Ley se aplican de manera inmediata a todos los procesos judiciales y arbitrales en trámite en los que el Estado peruano es parte, aun cuando el tribunal arbitral no esté constituido y la controversia que lo haya originado derive de un contrato suscrito con anterioridad a su entrada en vigor.

Sobre el particular, se debe tener en consideración que la aplicación inmediata de la norma "es la aplicación natural de la norma, ya regla, ya principio (...). Todo hecho, situación o relación jurídica que se produce bajo su vigencia, será el ámbito de aplicación inmediata de la norma vigente".[27] De ahí que el artículo 109 de la Constitución señale que "la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial".



Ahora bien, con relación a la aplicación de normas procesales en el tiempo, es menester recalcar que, según el Tribunal Constitucional, en el caso de las normas procesales rige el principio *tempus regis actum*, el cual que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto.[28] En ese sentido, lo dispuesto en este extremo de la propuesta normativa resulta plenamente coherente con las reglas que rigen la aplicación de la norma en el tiempo

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la norma propuesta no generará gastos al erario nacional, por el contrario, permitirá mejorar la justicia actual en el Perú, permitiendo a los órganos judiciales conocer lo pertinente a la controversia por la contraparte, y evitando así la emisión de cautelares en perjuicio del fondo público, creando así mayor predictibilidad y seguridad jurídica en todos los peruanos.

Por otro lado, se abre también la posibilidad de que las controversias derivadas de la contratación pública puedan ser canalizadas a través de procesos judiciales especialmente diseñados para atender dichas controversias sin generar dilaciones indebidas y a través de un diseño que evita que se generen perjuicios al interés público, mediante el abuso de los medios procesales, tales como las medidas cautelares.

También se establecen restricciones y sanciones para los contratistas, las cuales se encuentran amparadas en la práctica contractual y en la necesidad de establecer mecanismos que aseguren una conducta ética de parte de estos, con la finalidad de evitar circunstancias que puedan poner en riesgo o que directamente perjudiquen la ejecución de importantes obras públicas, en beneficio de toda la ciudadanía.

Ahora, si bien algunos puntos de la propuesta podrían generar ciertos costos para las empresas que pretendan presentarse a los procesos de selección y contratación, se debe tener en cuenta que, en comparación con los beneficios que se obtendrán con las medidas que se proponen, dichos costos resultan plenamente justificados. El beneficio más importante que se obtendrá tiene que ver precisamente con una cuestión que descansa en el interés de la colectividad como lo es la terminación de las obras públicas que, como ya se indicó en esta Exposición de Motivos, suponen una herramienta fundamental para la prestación de muchos servicios públicos necesarios para la sociedad.

---

[27] Arce Ortiz, Elmer *Teoría del Derecho.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2019, p. 254.

[28] *Cfr.* Tribunal Constitucional. Expediente N° 04059-2010-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2011, f. j. 4.

Entonces, desde ese punto de vista, debe recordarse que el análisis costo-beneficio es una metodología a la que se pueden incorporar una serie de criterios más allá del simple costo económico, como pueden ser los beneficios culturales o redistributivos[29]. En ese contexto, es evidente que la propuesta ahonda en esta clase de beneficios y responde a un interés de justicia y a la satisfacción de necesidades básicas para la población.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

En esa línea, la presente propuesta, a través de las modificaciones propuestas, busca dotar de un marco normativo que garantice el adecuado desarrollo de las controversias suscitadas a propósito de las obras públicas, garantizando los derechos de las partes pero, a la vez, estableciendo medidas que, atendiendo al interés público y a los recursos públicos que se pueden ver afectados con dichas controversias, impidan diversas situaciones que puedan poner en riesgo la consecución de importantes finalidades constitucionalmente previstas, las cuales se busca atender, a través de la ejecución de las obras públicas.

En lo que respecta a la ciudadanía en general, tenemos que la propuesta normativa redundará en un beneficio en una gestión de los recursos públicos más eficiente, asegurando la continuidad de los proyectos relacionados con los procesos de selección y ejecución de obras públicas. Esto supondrá que la ciudadanía no se verá con la realidad de obras inconclusas o paralizadas.

Por otro lado, también beneficiará al Estado, en la medida que les permitirá a las diversas entidades contratantes tener mecanismos eficientes para evitar la paralización de obras públicas.

Por último, las propias empresas contratistas también se verán beneficiadas debido a que, con una gestión más transparente y clara de las controversias que surjan a raíz de los procesos de selección y de ejecución de obras públicas podrán tener un mayor grado de certeza y confianza para llevar a cabo sus inversiones.

Ahora bien, con relación las 7 dificultades señaladas en la descripción del problema, es pertinente señalar lo siguiente con relación a los beneficios que generaría la presente propuesta:

i) Acreditación de centros de arbitraje: la acreditación de los centros arbitraje permitirá llevar a cabo una gestión más eficiente de los órganos arbitrales encargados de resolver las disputas que surjan como consecuencia de los procesos de selección de obras y de ejecución de obras. En ese sentido, la acreditación de los centros de arbitraje se convierte en una herramienta que dota de mayor transparencia a todo el proceso.

ii) Competencia territorial para solicitar el otorgamiento de las medidas cautelares en sede judicial: Tal y como se ha indicado en la presente Exposición de Motivos, existe en la actualidad una problemática muy seria con relación al poder que tienen los contratistas de "escoger" el órgano judicial ante el cual plantear la solicitud de una medida cautelar. En ese sentido, la propuesta normativa apunta también a combatir dicha práctica, lo

[29] Cfr. USAID y Transparencia. Guía para la evaluación de proyectos de ley. USAID. Lima, 2008. p. 18.

cual, a la larga significa un beneficio para el Estado en lo que respecta a la garantía de la predictibilidad.

iii) Formas de la fianza bancaria y/o patrimonial: a partir de la identificación del problema relacionado con las formas de las fianzas bancarias y/o patrimoniales (que se ha detallado supra) se ha previsto regular de manera más concreta lo concerniente a este tipo de garantías, con especial énfasis en las medidas cautelares. Esto, en términos amplios, supone un beneficio para las entidades contratantes que se ven sometidas a un litigio.

OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.

iv) Otorgamiento de medidas cautelares en sede judicial bajo la figura *inaudita altera pars*: dada la naturaleza de lo que se ventila en los procesos arbitrales o judiciales relacionados con los procesos de selección de obras y ejecución de obras, es necesario establecer, tal y como lo sugiere la propuesta normativa, que en las controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, se debe emplazar al Procurador Público de la entidad involucrada para que alegue lo que juzgue conveniente. La lógica detrás de esta previsión, como ya se adelantó, es la de evitar la adopción de medidas cautelares de manera indiscriminada y sin la participación del Estado, generando así la paralización de las obras. Incluso, la participación del Estado en el incidente cautelar, lo puede ayudar a prever -en caso se otorgue la misma- los posibles escenarios futuros que deberá conjugar para evitar la paralización de las obras.

v) Otorgamiento de medidas cautelares posteriores a la constitución del tribunal arbitral: al igual que con la medida descrita en el acápite iv) *supra,* lo que se busca con esta medida es asegurar una mayor eficiencia en el uso de los mecanismos que la ley prevé para este tipo de controversias.

vi) Impacto que la medida cautelar pudiera generar al interés público: a lo largo de la presente exposición de motivos se ha remarcado que las medidas cautelares muchas veces generan obstrucción en la consecución de los fines públicos de las obras. En ese sentido, la regulación que se propone supone un beneficio que, precisamente, pretende otorgar herramientas legales para que las autoridades puedan lidiar con esa realidad.

vii) Abandono del proceso arbitral ad hoc, sin constitución de tribunal arbitral: sobre este aspecto la propuesta normativa plantea también disposiciones concretas que buscan regular la forma en la que se debe tratar el abandono del proceso en materia arbitral para la clase de controversias sobre las cuales gira la reforma planteada. En ese sentido, se evidencia un beneficio tanto para la colectividad como para el propio Estado, en la medida que se tendrá una mayor predictibilidad a la hora de determinar el abandono del proceso.

ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta modifica diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje; de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado; e incorpora diversos artículos a la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo y a la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica

de la Superintendencia de Banca y Seguros a fin de regular el otorgamiento de medidas cautelares cuando el Estado peruano es parte, así como la declaración de abandono de procesos arbitrales ad hoc sin tribunal arbitral constituido para resguardar el interés público. Asimismo, se habilita la posibilidad de que las controversias derivadas de obras públicas puedan ser conocidas por el Poder Judicial, a través de un proceso idóneo y célere.

OFICINA
GENERAL
DE ASESORÍA
JURÍDICA
R. RODRÍGUEZ C.