

Boletín Oficial CAE

“Vivir para aprender, aprender para enseñar, enseñar para trascender”

Siete años promoviendo el Arbitraje

Nueva Ley General de Contrataciones Públicas - Ley 32069

La Ley entrará en vigor a los 90 días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de su reglamento, el cual deberá aprobarse en un plazo de 180 días calendario contados a partir del día de mañana.



Law Arbitration representantes de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa - UNSA por ser los campeones de la Primera Competencia de Arbitraje en Contratación Pública



MTC Aprobó Cuestionado Convenido Arbitral Mediante Resolución Ministerial

Noticia de la Semana



CAE cumplió su 7to año de fundación

Más Noticias

Se realizó con éxito el VII Congreso de Contratación Pública y Arbitraje

CAE organiza el V Encuentro de Secretarios Arbitrales

Al pie de un volcán: estudiantes de la UNSA triunfan en el MOOT CAE 2024



Lo Bueno, Malo y lo Feo de La Ley General de Contratación Publica Escrito por el MG. Jorge Ruiz Bautista.



“Vivir para aprender, aprender para enseñar, enseñar para trascender”



788492808274

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Palabras del director..... | 3 |
| Los Contratos NEC, una Nueva Era..... | 5 |
| Las controversias por la ejecución de prestaciones en las contrataciones directas por situación de emergencia no regularizadas, ¿Arbitraje o enriquecimiento sin causa? | 16 |
| Eficacia o ineficiencia: La notificación mediante sistemas informáticos, un arma de doble filo para las concesionarias | 20 |
| Algunas reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en la Ley del Procedimiento Administrativo General..... | 23 |
| EL THIRD PARTY FUNDING EN ARBITRAJE CON EL ESTADO: ¿UNA OPORTUNIDAD RENTABLE? | 30 |
| LO BUENO, LO MALO Y LO FEO DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS – LEY 32069..... | 37 |
| Consejo de Ministros aprobó proyecto para nueva Ley de contrataciones del Estado | 41 |
| MTC Aprobó Cuestionado Convenio Arbitral Mediante Resolución Ministerial..... | 44 |
| Problemática sobre Registro Nacional de Árbitros | 46 |
| Proyecto de Ley que busca modificar la Ley de Contrataciones del Estado | 49 |
| Proyecto de Ley Incorpora Nuevas Causales para Sancionar a Proveedores del Estado..... | 51 |
| Casación Subsanación Voluntaria del 20.07.23 | 53 |
| CAE celebró su Séptimo Aniversario como institución académica..... | 61 |
| I Competencia Nacional de Arbitraje en Contratación Pública..... | 63 |
| Law Arbitration de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa - UNSA, campeones de la Primera Competencia de Arbitraje en Contratación Pública Pública | 67 |
| Próximos Eventos | 77 |

Palabras del director

Escuchamos el discurso por fiestas patrias de la presidenta Dina Boluarte, quien hace referencia a la inversión en obra pública, la reactivación económica y la lucha contra la corrupción, pero, ¿cómo lo ejecutará? Pues bien, tenemos la Nueva Ley General de Contrataciones Públicas – Ley 32069 que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de junio de 2024, que reformula las compras que realizarán las más de tres mil entidades públicas que existen a nivel nacional.

En ese contexto, los operadores jurídicos ¿están aptos y preparados para aplicar la Ley 32069?, es claro que urge una capacitación a nivel nacional de todos los actores que participen en un proceso de compra pública, porque las reglas una vez más cambiaron, con nuevas modalidades, nuevos principios, nuevos plazos, nuevos términos donde el OSCE ahora se llamará OECE, el SEACE se llamará PLADICOP, la contratación directa ahora se denominará Compras No Competitivas, en fin. Lo cierto es que esta nueva Ley se implementará el año 2025 ¿estamos preparados?

Si bien el esquema clásico de la compra pública se mantiene:

Actuaciones preparatorias, selección, ejecución contractual y los mecanismos de solución de conflictos como la Conciliación, el Arbitraje y la Junta de Prevención y Resolución de Disputas, debemos tener presente que en esta nueva ley se incorpora los contratos colaborativos que será un reto para las entidades que convoquen obra pública, donde la planificación será el cimiento de una buena contratación. Si seguimos fallando en los actos preparatorios, estaremos condenados a tener compras ineficientes.

Entonces ¿Por qué nos debe interesar a todos los peruanos la Contratación Pública? resolver y reflexionar sobre esta pregunta es clave para construir nuestro país. Es tendencia que en estos últimos 25 años cada gobierno de turno promulgue una nueva ley de compras públicas, justificando su exposición de motivos en el marco de "luchar contra la corrupción", pero más allá de esa lucha, debemos exigir que el Estado actúe con transparencia, que ejecute el presupuesto que sale de los impuestos de todos los peruanos, que logre el interés general donde debemos mantener no solo un control



Jorge Abel Ruiz Bautista - Presidente Círculo de Arbitraje con el Estado - CAE

concurrente, sino un control ciudadano en las tres fases de la contratación pública, porque el Estado somos los más de 32 millones de peruanos.

Sobre el particular, debemos recordar que el derecho no crea realidades, el derecho regula las conductas de las personas. En virtud a ello, la Contratación Pública eficiente, debe tener como objetivo el impacto positivo en la vida de todos los peruanos. Nuestros gobernantes no se deben poner la primera piedra, sino entregar la obra, el servicio, el bien a tiempo, en buen cristiano: hacer gestión y entregar resultados.

CAE – Círculo de Arbitraje con el Estado cumplió el 20 de julio su séptimo aniversario, renovando su compromiso en fomentar las buenas prácticas en la Contratación Pública, Arbitraje y Derecho Administrativo, formando a estudiantes que serán el futuro pero hoy el presente, por quienes debemos hacer una pausa para educarlos en valores, como abogados especialistas en la materia y con vocación de servicio para construir un Perú mejor.





Ruiz & Abogados

Especialistas en Contratación Pública y Arbitraje

Asesoría Legal en Contratación Pública y Arbitraje

Atención al cliente : (01) 5406369 | RPC: 964 114 196 | RPM: 939 207 504
Oficina Principal: Calle Bernini N° 332 – San Borja – Lima
Informes: asesorlegal@estudiojuridicoruiz.com | info@estudiojuridicoruiz.com
www.estudiojuridicoruiz.com



Encuétranos en:
www.estudiojuridicoruiz.com



Los Contratos NEC, una Nueva Era



Luis Enrique Ames Peralta

Abogado, Mediador, Adjudicador, Arbitro del RNA-OSCE y de diversas instituciones arbitrales. Member of the International Construction Law Association, Asociado del International Centre for Dispute Resolution (ICDR). Latín American and Caribbean Users' Council London Court of International Arbitration (LCIA). The Society of Construction Law Member. Miembro del Singapore Institute of Arbitrators - MSIArb. Member del Chartered Institute of Arbitrators - MCIArb, del Club Español del Arbitraje - CEA y Member Dispute Resolution Board Foundation - DRBF. Especialista en Arbitraje, Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas, Derecho Administrativo y Construcción por la: Pontificia Universidade Católica de Paraná - Brasil, Universidad San Pablo - España (CEU Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación - CIAMEN y el Chartered Institute of Arbitrators - CIArb), Consejo General de la Abogacía Española, International Chamber of Commerce - ICC Spain, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid - CIAM, Universidad Austral - Argentina, American University Washington College of Law, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Pacífico, Universidad ESAN y PUCP.

Resumen

Los contratos NEC (New Engineering Contract), son un modelo de contratos estandarizados internacionalmente cuyos pilares fundamentales son la claridad, simplicidad, flexibilidad y el estímulo de buenas técnicas de gestión de proyectos, estos vienen siendo utilizados, hace varios años atrás, por distintos países; en el caso de Perú, su uso incrementó a raíz del éxito de los juegos panamericanos.

Los contratos NEC tiene seis modalidades de contratación y obedece a resultados específicos y circunstancias especiales; por otra parte, también existe una familia de contratos por adhesión, que son los contratos FIDIC el cual comparte la misma función de los contratos NEC, alcanzar estándares eficaces en la ejecución de un proyecto.

En el presente artículo analizaremos de manera global su evolución, uso, clasificación y comparativa internacional.

Palabras clave

NEC 3, contrato de Ingeniería y construcción, contrato con precio fijo y cronograma de actividades, contrato con precio y lista de cantidades, contrato-objetivo y cronograma de actividades, contrato-objetivo y lista de cantidades, contrato de costo reembolsable, contrato de gestión, flexibilidad, claridad y simplicidad, buena gestión, NEC 4, Contratos FIDIC.

Sintesi

I contratti NEC (New Engineering Contract) sono un modello contrattuale standardizzato a livello internazionale i cui pilastri fondamentali sono la chiarezza, la semplicità, la flessibilità e l'incoraggiamento di buone tecniche di gestione dei progetti, che sono stati utilizzati per diversi anni da diversi Paesi; nel caso del Perù, il loro utilizzo è aumentato a seguito del successo dei Giochi Panamericani.

I contratti NEC hanno sei modalità di contrattazione e obbediscono a risultati specifici e a circostanze particolari; d'altra parte, esiste anche una famiglia di contratti di adesione, che sono contratti FIDIC che condividono la stessa funzione dei contratti NEC, per raggiungere standard efficienti nell'esecuzione di un progetto.

In questo articolo ne analizzeremo l'evoluzione, l'uso, la classificazione e il confronto internazionale.

Parole chiave:

NEC 3, Contratto di ingegneria e costruzione, Contratto a prezzo fisso e programma di attività, Contratto a prezzo e programma di quantità, Contratto a obiettivo e programma di attività, Contratto a obiettivo e programma di quantità, Contratto a costo rimborsabile, Contratto di gestione, Flessibilità, chiarezza e semplicità, Buona governance, NEC 4, Contratti FIDIC.

Introducción

La primera publicación de los contratos NEC tuvo lugar en el año 1993 y fue respaldado por "el Informe Latham - Construyendo el equipo", el cual analizaba la procura y los arreglos contractuales de la industria de construcción del Reino Unido. Fue así como esta primera versión tendría una secuencia evolutiva conformada por NEC 2, NEC 3 y una última versión, publicada en el 2017, NEC 4.

Pero ¿qué son los contratos NEC? En resumidas palabras vienen a ser un conjunto de acuerdos de construcción, de alcance internacional, que ayudan a promover la asociación y colaboración entre el contratista y el cliente.

El contrato más utilizado por la industria es el Contrato de Ingeniería y Construcción *The Engineering and Construction Contract (ECC)* – NEC. Este puede ser adaptado en construcciones de infraestructuras, edificios, carreteras, entre otros y cuentan con 6 opciones distintas, cada uno de ellos con sus propias características.

Estas opciones se encuentran conformadas por: Opción A, Contrato con precio fijo y cronograma de actividades (*Priced contract with activity Schedule*); Opción B, Contrato con precio y lista de cantidades (*Priced contract with Bill of quantities*); Opción C, Contrato-objetivo y cronograma de actividades (*Target contract with activity schedule*); Opción D, Contrato-objetivo y lista de cantidades (*Target contract with Bill of quantities*); Opción E, Contrato de costo reembolsable (*Cost reimbursable contract*) y Opción F, Contrato de gestión (*Management contract*). En el presente artículo analizaremos cada tipo, sus características y el impacto que tienen a nivel internacional, además de un pequeño acercamiento a los contratos FIDIC el cual también pertenece a los contratos por adhesión, pero lo compone una familia por sí mismo.

Capítulo 1

1. Antecedentes

A finales de la década de los años 80's, en Reino Unido, surgieron grandes problemas con la materialización de contratos de proyectos de inversión pública, estos forzaron al estado británico a buscar una política que les permitiese recuperar la confianza entre los actores y con ello poder llevar a cabo su proyecto decenal de inversión pública, previsto para 1994 – 2003¹.

Fue tal circunstancia la que marcaría el génesis de los contratos NEC (New Engineering Contract), posterior a ello se desarrollarían profundas investigaciones sobre la industria de construcción y fallas en Inglaterra y sería Sir Michale Latham y The Institution of Civil Engineers quienes recomendarían un nuevo enfoque. En 1991 se desarrolló este nuevo estilo de contratos de ingeniería y edificación el cual cumplía con tres objetivos fundamentales, y característicos hasta el día de hoy: flexibilidad, claridad y simplicidad.

La primera versión de los contratos NEC fue publicado en 1993 y estuvo basados en un diseño que facilitó y fomentó la buena gestión de riesgos e incertidumbres usando un lenguaje claro y sencillo para su funcionamiento. Este enfoque de contratos NEC fue respaldado con "el Informe Latham - Construyendo el equipo", el cual trataba de un análisis gobierno-industrial sobre la procura y los arreglos contractuales en la industria de la construcción del Reino Unido². Su impacto tuvo tal éxito que se publicó una segunda versión en 1995 (NEC2) el cual fue utilizado en la edificación del túnel bajo el Canal de la Mancha, además también, en la ejecución Terminal N° 5 del aeropuerto de Heathrow. Posterior a ello, su uso fue incrementando cada vez más en Reino Unido y en el extranjero lo que daría paso a su tercera edición (NEC3) publicada en el 2005. Finalmente, en el año 2017 se publicó NEC 4, contando con una actualización en el 2020.

2. ¿Que son los contratos NEC?

El Contrato de Ingeniería y Construcción NEC (ECC) es una familia de contratos estándar que presentan una gama de condiciones contractuales para las distintas estructuras de un proyecto en particular, según NEC (2013) "este ha sido desarrollado para cubrir las necesidades actuales y futuras de una forma de contratación que se pueda usar en las industrias de la ingeniería, edificación y construcción".

1. Pontificia Universidad Católica de Chile (11/10/2022) *Los contratos NEC: Simples, flexibles y con buenas prácticas, La clase ejecutiva*. <https://www.claseejecutiva.com.pe/blog/articulos/solucion-para-chile-los-contratos-nec-simples-flexibles-y-con-buenas-practicas/>

2. NEC 4. (2017). *Contrato de ingeniería y construcción*, (4 Ed.), Editorial Bell & Bain Limited.

3. Clasificación

Los contratos NEC a lo largo de los años han desempeñado un rol valioso en la industria de construcción y su aplicación puede darse en cualquier etapa o parte del proyecto. Sin embargo, pese a que estos pertenezcan a la clasificación de los contratos por adhesión al igual que los contratos FIDIC, los contratos NEC (New Engineering Contract) constituye una familia por sí mismos, conformándolo los siguientes:

- “The Engineering and Construction Contract (ECC)
- The Engineering and Construction Subcontract (ECS)
- The Engineering and Construction Short Contract (ECSC)
- The Engineering and Construction Short Subcontract (ECSS)
- The Professional Service Contract (PSC)
- The Professional Services Short Contract (PSSC)
- Framework Contract (FC)
- Term Service Contract (TSC)
- Supply Contract/Short Supply Contract (SC/SSC)
- Dispute Resolution Services Contract (DRSC) – previously Adjudicator’s Contract
- Design Build and Operate (DBO)
- Alliance Contract (ALC)
- Guidance Notes and Flowcharts” (The Scholarly Community Encyclopedia, 2022, p 2-3)

4. The Engineering and Construction Contract (ECC)

NEC (2013) menciona que The Engineering and Construction Contract (ECC) cuenta con una clasificación de 6 opciones diferentes, estos son diferentes mecanismos que sirven para pagar al Contratista, además, cada opción distribuye el riesgo de una manera diferente entre el contratante y contratista; su clasificación está escalafonada en letras, encontrando así ECC: A, B, C, D, E y F.

A continuación, precisaremos sucintamente cada uno de ellos:

NEC A: Contrato con precio y cronograma de actividades (*Priced contract with activity Schedule*)

Esta opción es un contrato de precio acompañado por un programa de actividades en el que el riesgo de realizar el trabajo va acorde al precio acordado. (NEC, 2013, 13)

Un cronograma de actividades viene a ser una lista de actividades elaborada por el Contratista la cual él espera llevar a cabo en la ejecución de obra. Cuando el contratista ha establecido el precio, el contratante debe pagar una suma alzada por cada actividad. El total de estos precios es el precio del contratista para ejecutar la totalidad de las obras, incluyendo todos los asuntos que corran a riesgo del contratista (NEC, 2013, p 14).

NEC B: Contrato con precio y lista de cantidades (*Priced contract with Bill of quantities*)

La opción B es un contrato con precio y lista de cantidades en la que el riesgo de realizar el trabajo a los precios del trabajo es asumido por el contratista (NEC 3, 2013, p 8)

Una lista de cantidades es un documento preparado por el consultor de costes quien proporciona las medidas y cantidades específicas para el proyecto, estas son identificadas mediante dibujos y especificados en el documento de licitación.

NEC C: Contrato-objetivo y cronograma de actividades (*Target contract with activity schedule*)

Este tipo de contratos-objetivos se utiliza cuando la extensión del trabajo a realizarse no está completamente definida o los riesgos son mayores, compartiendo así el contratante y contratista el riesgo financiero.

La razón es que la opción C versa sobre un contrato de coste incrementado que está sujeto a un mecanismo de participación en los gastos/ganancias bajo referencia de un coste objetivo acordado y elaborado a partir del programa de actividades. Adicionalmente, se incluyen las cláusulas como: opción principal y secundaria, calendarios de componentes de costes y datos del contrato.

NEC D: Contrato-objeto y lista de actividades (*Target contract with Bill of quantities*)

En esta opción el contratante debe elaborar una lista con las partidas y señalar la cantidad de metradas, ante ello el contratista ofertará un precio razonable por cada unidad y será remunerado por los metrados ejecutados.

Por otro lado, al final del contrato, se pagará al contratista su parte de la diferencia entre el total final de los Precios y el PWDD final de acuerdo con la fórmula establecida en la Ficha de datos del contrato. Si el PWDD final es mayor que el total final de los precios, el contratista paga su parte de la diferencia (NEC, 2013, p 15).

NEC E: Contrato de costo reembolsable (*Cost reimbursable contract*)

Este tipo de contratos se utiliza cuando se requiere iniciar pronto la ejecución de la obra y la definición de trabajo a realizarse no existe o es inadecuada.

Es así como en estas circunstancias es imposible pedir al contratista que asuma los riesgos de los costos que no impliquen el control de sus empleados y otros recursos. Ya que, él será la persona que cargará con el riesgo mínimo en la obra. Al finalizar se le pagará el costo determinado mas la tarifa que ofertó.

Johnson, Weis y Hurtado (2020) también mencionan que en el contrato de costo reembolsable se establece que el

cliente pague el costo efectivo de la obra del contratista adicionando un monto previamente acordado para él, si existe exceso de gastos o ganancias³.

NEC F: Contrato de gestión (*Management contract*)

La opción F es un contrato de gestión con reembolso de costes, en este el riesgo financiero lo asume en gran medida el cliente (NEC 3, 2013, p 6). La característica de este contrato es la subcontratación, es decir al contratar a un contratista quien gestará el proyecto, este subcontratará al personal o empresas en las actividades necesarias con tal de ejecutar el proyecto.

Aunque esta opción aún siga en constante evolución, es preciso mencionar que la responsabilidad del contratista se limita solo a realizar la cantidad de trabajo de construcción establecida en la Ficha de Datos del Contrato.

El gerente no podrá indicar al contratista que haga más trabajo fuera de lo establecido en la Ficha de Datos del Contrato, cualquier trabajo de construcción que adicionalmente quiera ser llevado estará sujeto a una nueva negociación entre el contratante y el contratista.

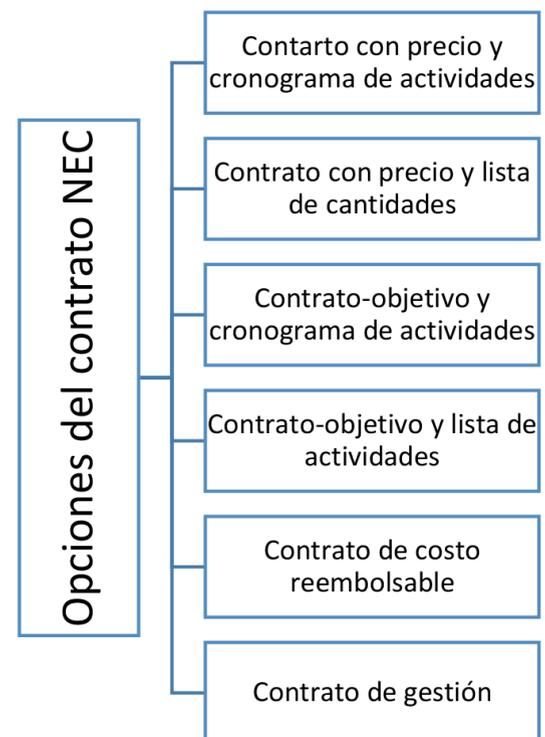
Por otro lado, los servicios del contratista aplican principalmente a la fase de construcción, pero estos, generalmente, son designados antes que inicie esa fase. Si ante ello se percatan que requieren servicios sustanciales antes de la construcción y el contratante desea cambiar al contratista de gestión – antes que inicie la construcción – se adjudicará un contrato a parte para dichos servicios. (NEC, 2013, p 15)

Adicionalmente podría indicar que, los contratos NEC A y C (contratos con plan de actividades), son contratos donde se asignan precios por cada actividad, estas se encuentran debidamente detalladas en el programa y los pagos se realizan una vez que la actividad específica sea completada, Johnson, Weis y Hurtado (2020)⁴.

Por otra parte, los autores también indican que en caso de las opciones referidas a nota de cantidades (opción B y D) se requiere la participación de un perito, él se encargará de detallar los materiales que se necesiten para la ejecución del proyecto.

Finalmente, en las opciones con precio A, B y E, se paga al contratista según los precios licitados por el trabajo que haya realizado. Él carga con todos los riesgos que no sean del contratante según lo establezca el contrato y con los efectos financieros y de tiempo de los eventos compensables. En un contrato de costo reembolsable, al Contratista se le paga el Costo Determinado, según

se defina en la Opción principal elegida. Las Opciones con objetivo C y D permiten compartir el riesgo del costo entre el Contratante y el Contratista. La Opción de gestión F es esencialmente de costo reembolsable pero la distribución del riesgo puede variar eligiendo las Opciones principales adecuadas en los subcontratos. Las Opciones con precios y objetivos permiten elegir entre dos tipos de documentos de precios que son el cronograma de actividades y la lista de cantidades. (NEC, 2013, p 14)



5. Principales características de los contratos NEC

Los contratos NEC a lo largo de su desarrollo han tenido distintas características; sin embargo, las principales y que se mantienen desde su creación son: Flexibilidad, claridad, simplicidad y buena gestión. A continuación, desarrollaremos cada una de ellas:

Flexibilidad:

NEC (2013) menciona que los ECC están diseñados para ser lo más flexibles posibles, en ese sentido puede utilizarse:

- para obras de ingeniería y construcción; sin embargo, también puede ser aplicado en otros rubros.
- para ofrecer todas las opciones actuales de tipos de contratación como son las licitaciones públicas (cuando el Contratista se compromete con los precios que ofrece), contratos-objetivo, contrato de costo reembolsable y contratos de gestión y en el Reino Unido y en otros países.⁵

3. Johnson, Weis y Hurtado (2020): Particularidades de los Contratos NEC. *Opportunities, British peruvian Chamber of Commerce*, N° 1, vol. N° 81, pg. 18.

4. Johnson, Weis y Hurtado (2020): Particularidades de los Contratos NEC. *Opportunities, British peruvian Chamber of Commerce*, N° 1, vol. N° 81, pg. 17.

5. NEC (2013). Notas orientativas para el contrato de Ingeniería y Construcción. Bell & Bail Limited. file:///C:/Users/asfal/Downloads/NEC%203%20-%20Notas%20Orientativas%20Contratos%20ECC-1.pdf

Asimismo, cuenta con características adicionales como:

- Componerse por dos versiones “long version” y “short version” y pueden ser empleados según el nivel de complejidad y de necesidades del proyecto.
- Permiten construir contratos a la medida, al poder incorporarse cláusulas adicionales, conocidas como cláusulas Z.

Claridad y simplicidad:

Los contratos NEC son muy reconocidos por el uso de un lenguaje simple, sin términos engorrosos y que no necesariamente requiera un alto grado de capacidad legal para comprenderlos.

Ante ello, los contratos NEC del 2013, señalan las siguientes características estructurales:

1. El número de cláusulas utilizado en la cantidad de texto es menor al de los contratos estándares.
2. Las oraciones se mantienen lo más cortas posibles.
3. Las oraciones han sido subdivididas usando viñetas para facilitar su comprensión.
4. Las diferentes cláusulas de las Opciones se han diseñado de tal manera que solo se suman a las cláusulas principales, más no las alteran o eliminan⁶.

Un aspecto más a resaltar es que los contratos NEC evitan las referencias cruzadas en los contratos, ello a efecto que la lectura sea más fluida, comprensible y que pueda darse sin la necesidad de un abogado.

Buena Gestión:

Una de las características más importantes de los contratos ECC, es la buena gestión, ello porque los procedimientos han sido diseñados para que su implementación contribuya en la efectividad de la gestión de la obra, no generando un efecto adverso. En este sentido, la estimulación de buenas técnicas de gestión de proyectos viene a ser uno de los objetivos principales de los contratos NEC; en este siempre deberá prevalecer la gestión prospectiva⁷, en la cual se gestionan los problemas antes que se generen disputas.

El uso del ECC tiene como propósito principal reducir los riesgos de sobrecosto y sobretiempos para el Contratante. Además, también ayuda a que el Contratista y sus subcontratista y proveedores tengan mejores probabilidades de generar ganancias. (NEC, 2013, p 3)

Para generar una buena gestión se establece lo siguiente:

- Roles para cada parte o actores que deben cumplir.
- Escala de tiempos para cumplir el trabajo.
- Fomento de mecanismos sencillos en la gestión de precios
- Fomento de plazos ante un posible evento que pueda afectarlos (caso fortuito o de fuerza mayor)

Por otro lado, este tipo de gestiones colaborativas ayudará a que las personas se sientan más motivadas porque esto contribuirá en su beneficio profesional y comercial.

NEC (2013) menciona que un buen ejemplo que refleja que los procedimientos del ECC están diseñados para estimular la buena gestión, es el procedimiento de alerta temprana.

Este procedimiento está diseñado para garantizar que las Partes sepan, lo antes posible, sobre la ocurrencia de cualquier evento que pueda

- incrementar el monto que el Contratante tenga que pagar,
- retrasar la Culminación de las obras,
- alertar la eficiencia de las obras una vez culminadas, o
- afectar a terceros que estén trabajando en el proyecto⁸.

Permitiéndoles así actuar a tiempo, evitando mayores riesgos y sobre todo buscando soluciones que los puedan beneficiar. Finalmente, entre algunas características adicionales sobre los contratos NEC, que podríamos mencionar tenemos:

- **Cultura preventiva**, el enfoque de los contratos NEC está basado en la prevención y no reacción.
- **Incentivos**, ante el logro de reducción de costos y plazos, existen incentivos económicos por haber evitado los retrasos en obras, asimismo esto manifiesta la eficacia de la dirección del proyecto.
- **Principios**, Value for money y fit for purpose, son principios rectores.
- **Prevención de conflictos**, los contratos NEC fomentan y aplican el uso de la Junta de Resolución de Disputas para prevenir o resolver controversias, sin que se paralice la obra.



6. NEC (2013). *Notas orientativas para el contrato de Ingeniería y Construcción*. Bell & Bail Limited. file:///C:/Users/asfal/Downloads/NEC%203%20-%20Notas%20Orientativas%20Contratos%20ECC-1.pdf

7. *Ibidem*, pg. 32.

8. NEC (2013). *Notas orientativas para el contrato de Ingeniería y Construcción*. Bell & Bail Limited. file:///C:/Users/asfal/Downloads/NEC%203%20-%20Notas%20Orientativas%20Contratos%20ECC-1.pdf

6. Organización y cumplimiento de roles

La organización de los proyectos de ECC incluyen a los siguientes participantes:



El ECC se utiliza para los contratos entre el contratante y contratista, este último podrá optar por otras modalidades de contratos para subcontratar.

El Gerente del proyecto: Este es designado por el contratante y puede ser de su propio personal o externo, su rol es gestionar el contrato para el contratante con la intención de lograr objetivos y terminar el proyecto, además tiene la obligación de tomar decisiones rápidas lo que implicarán que el contratante le otorgue la suficiente autoridad para que pueda ejecutarlas. Por otro lado, también tiene obligaciones como actuar en nombre del contratante y asesorarlo en la contratación del diseño, estimar costo y tiempo, en los planes alternativos y en la elección de la estrategia contractual más adecuada (NEC, 2013, p 12).

El Supervisor: Es designado por el contratante y su función radica en un contrato en particular, su rol está definido en las acciones y decisiones que debe tomar, además, de verificar que las obras se construyan de acuerdo con el contrato. Por otro lado, el Supervisor tiene una responsabilidad contractual importante, que es emitir el Certificado de defectos que indica el final de la mayoría de las obligaciones de las partes (NEC, 2013, p 12).

Mediador: Según la Opción de resolución de disputas, el Mediador debe resolver cualquier disputa que surja entre las partes de manera rápida y eficiente, el principal propósito es que las disputas puedan ser resueltas con celeridad para evitar causar malestar entre las partes. Asimismo, la decisión del Mediador es vinculante para las partes, si alguna de ellas no acepta la decisión, tendrá un tiempo limitado para notificar a la otra parte de su intención de llevar el asunto al tribunal, con lo cual la decisión se volverá definitiva y vinculante (NEC, 2013, p 12)

Capítulo 2

1. Uso de los contratos NEC en el mundo

Después de haber visto qué son los contratos NEC y cuál es su clasificación, ahora me centraré en cómo se da su uso a nivel mundial. Ante ello es preciso recordar que los contratos NEC han sido muy proliferados internacionalmente, y su aplicación se ha dado en obras de gran envergadura en distintos países y ciudades, entre ellos tenemos:

Australia

El primer proyecto de NEC realizado en Australia tuvo un valor de 260 millones de dólares australianos y se dio con la construcción del primer parque eólico de Mt Mercer que se completó con rotundo éxito a finales del 2014⁹.

Nueva Zelanda

Los contratos NEC en este país están a cargo de Constructing Excellence el cual posee la franquicia total en el país. El proyecto más destacado del año 2018 fue, Te Awahou Nieuwe Stroom, Foxton, Nueva Zelanda, el cual es un centro comunitario y de visitantes multiculturales y polivalentes en Foxton¹⁰.

Sudáfrica

En este país se ha dado la implementación de los contratos NEC en distintas obras, una de ellas es la expansión de las Universidades de Mpumalanga en Nelspruit, provincia de Mpumalanga y la Universidad de Sol Plaatje en Kimberley, en la provincia de Northern Cape, teniendo una duración de contrato de 5 años. Por otro lado, la empresa que provee nacionalmente electricidad, Eskom, ha convocado a una licitación para la prestación de servicios de mantenimiento y reparación de piezas en varias centrales eléctricas, a través de contratos NEC¹¹.

Hong Kong (China)

En esta ciudad la construcción de proyectos constituye el 8% de su fuente de ingresos, en ese sentido hoy en día se han desarrollado múltiples proyectos como: Proyecto emblemático en Sha Tin, Tseung Kwan o - Túnel de Lam Tin, el cual versa en la construcción de ampliación de la futura línea del metro que unirá Shatin con Central, el Centro Económico y Comercial. Es válido recalcar que esta ambición constituye uno de los mayores retos en el plano técnico del programa "Hong Kong 2020", permitiendo a la población ganar 30 minutos por trayecto, lo que contribuirá a descongestionar el tráfico existente¹²

Por otro lado, tenemos proyectos como el enlace transversal de la bahía, Tseung Kwan, el cual es una construcción de un cruce de bahías, el Cross bay link, Tseung Kwan o road d9 and associated Works, un proyecto ambicioso que versa en la construcción de un túnel que conectará Tseung Kwan O con Wan Po Road en el área 86 de Tseung Kwan O, este proporcionará una ruta de acceso alternativa en la parte sureste de TKO con

9. NEC (3 de marzo del 2015). *The first NEC project undertaken in Australia*. NEC <https://www.neccontract.com/news/the-first-nec-project-undertaken-in-australia>

10. *Constructing Excellence in new Zealand. Nec Awards*. <https://www.constructing.co.nz/Services/NEC3-in-New-Zealand/Delivering-NEC-in-New-Zealand>

11. Baird and Govender. *NEC in South Africa: an update*. NEC. <https://www.neccontract.com/news/nec-in-south-africa-an-update>

12. Vinci Construction. *Metro Shantin a central link – Hong Kong*. Grand Project. <https://www.vinci-construction-projects.com/es/realisations/metro-hong-kong/>

el fin de hacer frente al tráfico¹³, entre otros proyectos más como: West Kowloon reclamation: main Works (remainder), Landslip prevention and mitigation (Ipmit) programme, Development of Kwu Tung north and Fanling north new development areas, Improvement of water supply to Sheung Shui and Fanling, etc¹⁴.

Londres (Reino Unido)

En esta ciudad, el 5 de octubre se anunció la utilización de contratación NEC para la renovación de la red de autopistas de la M25 en torno a Londres en nombre de National Highways.

El consorcio responsable de la explotación y mantenimiento Connect Plus renovará su ciclo de vida hasta el 2029. Este consorcio formado por Edge Orbital Holdings Ltd, Balfour Beatty y Egis Road Operation UK, obtuvo en el año 2009 un contrato de diseño, construcción, financiación y explotación de 20 años para gestionar la M25, tramos de la M1, M3, M4, M11 y A1 y el cruce de Dartford de la A282.

Este marco de renovaciones implica una amplia variedad de activos de carreteras con una gama de características y desafíos, algunos más antiguos que la M25, el NEC a utilizarse en este proyecto es NEC opción E¹⁵.

2. Uso de los contratos NEC en Perú

La primera vez que se usaron los contratos NEC en Perú fue con los XVIII Juegos Panamericanos del 2019, en este la LI Asamblea General de la Organización Deportiva Panamericana (ODEPA o Panam Sports) eligió a la ciudad de Lima como sede de los juegos.

Fue así como el 11 de octubre del 2013 la ODEPA y el Comité Olímpico Peruano (COI), con participación de la Municipalidad de Lima, suscribieron el Acuerdo de Responsabilidades y Obligaciones para la organización de dichos Juegos, en este se definieron condiciones de organización y ejecución.

Medina (2020) menciona que entre las obligaciones asumidas por el Estado peruano se encontraban: “1. proveer una Villa Panamericana, 2. organizar ceremonias de apertura y clausura para los Juegos Panamericanos y Juegos Parapanamericanos, 3. Asumir los gastos de hospedaje y transporte de los deportistas, 4. Elaborar programas culturales”, entre otros¹⁶.

Pese a los altos y bajos que tuvo el Perú en la organización y ejecución del proyecto, el aporte más sustancial para la concreción de este fue el realizar un convenio de gobierno a gobierno, NEC 3 – opción F, con Reino Unido, en este caso este país sería el encargado de seleccionar a las empresas que ejecutarían la construcción de los complejos deportivos de los juegos panamericanos.

Fueron 3 las empresas británicas seleccionadas para la gestión de los proyectos, la primera “Arup” encargada de la supervisión de ingeniería, la segunda “Mace” encargada de llevar a cabo los procesos de selección y adjudicación, y la tercera “Four Global” encargada de la gerencia de los proyectos¹⁷.

3. Identificación de problemas: Retrasos en la construcción

Si bien el uso de los contratos NEC resultó beneficioso en los Juegos Panamericanos, en la actualidad se pueden ver reflejados otro tipo de problemas, uno de ellos y que pasa por desapercibido y aqueja al sector de construcción son los retrasos en la construcción. Según el “Journal of Construction Engineering”, menciona que nueve de cada diez contratistas afirman que sufren frecuentes demoras en la construcción. El 72% de los proyectos de construcción acaba retrasándose, y los proyectos afectados ven su duración total superada en un 38% de media, lo que aumenta los costes del proyecto en un 24% aproximadamente¹⁸.

Si bien es cierto, existen aplazamientos inevitables, la falta de existencia de medidas que puedan garantizar una mayor productividad y eficiencia en las obras es lo realmente perjudicial y preocupante. Sin embargo, los contratos NEC parecen estar un paso adelante; ya que, logran combatir este tipo de problemas con incentivos, por ejemplo, el logro de reducción de costos y plazos. Por otro lado, la implementación y uso de los “Dispute Adjudication Boards” - DABs también ayudan a prevenir o resolver de manera celeridad el surgimiento o tratamiento de disputas durante la ejecución de las obras.

Sin embargo, estas soluciones que tuvieron su origen en el ámbito privado están siendo replicadas en el ámbito estatal, por ejemplo, en Perú la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios – ARCC y el Proyecto Especial de Inversión Pública Escuelas Bicentenario – PEIP, están implementando medidas o políticas que garanticen mayor productividad y eficiencia en la ejecución de las obras.

13. Major Projects. *Cross bay link, Tseung Kwan O*. Civil Engineering and Development Department. <https://www.cedd.gov.hk/eng/our-projects/major-projects/index-id-72.html>

14. Nec (12 de diciembre del 2019). *10 years of NEC in Hong Kong*. <https://www.neccontract.com/news/10-years-of-nec-in-hong-kong>

15. NEC (5 de octubre del 2022). *London's orbital motorway network being renewed using ECC Option E*. <https://www.neccontract.com/news/london%E2%80%99s-orbital-motorway-network-being-renewed-using-ecc-option-e>

16. Medina Flores, J. (2020). Contratación pública y la experiencia de los Juegos Panamericanos. El modelo de gestión que promueve el gobierno. *Circulo de Derecho Administrativo*, N° 18, 113 – 142.

17. Panamericanos: listos y en sus marcas, 2019, abril, pg. 14.

18. Imam, I. (28 de septiembre del 2022) *Los retrasos en la construcción no son imposibles de solucionar*. El economista.es. <https://www-economista-es.cdn.ampproject.org/c/s/www.economista.es/vivienda-inmobiliario/amp/11964084/Los-retrasos-en-la-construccion-no-son-imposibles-de-solucionar>

Capítulo 3

1. NEC 4

La evolución de los contratos NEC 3, se ve materializado en los contratos NEC 4, este fue diseñado teniendo en cuenta la nueva era digital y la continuidad de la colaboración internacional que se viene dando.

Los nuevos contratos de obra de NEC 4 son:

- Engineering and Construction Contract (ECC)
- Engineering and Construction Subcontract (ECS)

Los cambios introducidos se dieron con el fin de lograr una mayor colaboración e integración de los equipos, un mayor uso de los métodos de trabajo modernos, mejor prevención de conflictos, identificación y gestión de los riesgos, buscando siempre que estos sean más eficaces¹⁹.

Asimismo, los contratos NEC 4 tienen como directriz los siguientes principios:

- Proporcionar un mayor estímulo para una buena gestión.
- Apoyar los requisitos cambiantes de los usuarios.
- Mejorar la claridad y simplicidad de los contratos.

Entre los cambios, modificaciones y actualizaciones que figuran en el NEC 4 se encuentra:

- Alcance, la información de las obras ahora pasará a llamarse alcance.
- Género neutro, los contratos ahora tendrán un género neutro para generar un mayor impulso en la diversidad del sector de construcción.
- Referencia al cliente, se sustituye la palabra de empleador por cliente.
- Porcentaje de honorarios, en el caso de los NEC 3 existía el “porcentaje de honorarios directos” y el “porcentaje de honorarios subcontratados”, ahora solo existe una modalidad que es “porcentaje de honorarios²⁰”

Finalmente, pese a que se haya publicado la versión de NEC 4 en el 2017, su uso es de manera general y tendrán que pasar varios años antes que se eliminen por completo los contratos NEC 3, ya que debemos recordar que existen muchos proyectos generados a largo plazo donde se estableció el uso de los contratos NEC 3, como en el “London’s orbital motorway network”.

Capítulo 4

1. Contratos FIDIC

A continuación traigo a colación un tipo de contrato de adhesión, FIDIC, este al igual que los contratos NEC velan por tener una mayor eficacia y operatividad en los proyectos de construcción, en esta parte se visualizará sus principales características y los tipos que la componen.

¿Qué son los Contratos FIDIC? Son una organización internacional de estándares para consultoría e ingeniería, Federation Internationale des Ingenieurs-Coseils (en Francés), International Federation of Consulting Engineers (en Inglés) y Federación Internacional de Ingenieros Consultores (en Español), se encargan de promover y desarrollar objetivos estratégicos para la ingeniería incluyendo el desarrollo de buenas prácticas y se caracterizan por dar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas. En la actualidad gozan de una amplia aceptación con reconocido prestigio internacional (Figuerola, 2016).

Su fundación fue en el año 1993 por tres asociaciones de países europeos: Francia, Bélgica y Suiza, en la actualidad, cuenta con 94 asociaciones de ingenieros en todo el mundo (FIDIC, 2014).

2. Antecedentes

Los contratos FIDIC tuvieron como primer antecedente al Libro Rojo, publicado en 1957 y estuvo basado en los contratos del Reino Unido (ICE) con un planteamiento anglosajón, en 1963 se introduce el primer Libro Amarillo, el cual tendría una evolución juntamente con el Libro Rojo el cual se materializaría en 1987 publicándose su tercera (Libro amarillo) y cuarta (Libro rojo) edición respectivamente, en 1990 nace el Libro blanco el cual servía para contratar servicios de ingeniería.

En 1995 se publicó el Libro Naranja el cual reducía las cláusulas de 72 a solo 20, además introdujo los DAB (Dispute Adjudication Board). Al año siguiente se publicó el suplemento del Libro Rojo, apareciendo en 1999 la nueva colección de libros FIDIC denominada “Rainbow Suite” caracterizado por sus colores: Rojo, amarillo, plata y verde. Finalmente, en el 2008 se publicó el Libro Oro, DBO (Design, Build and Operate) pensando su uso para concesiones en las que el Contratista diseña, construye y opera por 20 años (FIDIC, 2014).

3. Utilidad de los contratos FIDIC

Entre las utilidades que otorgan los contratos FIDIC, tenemos:

- Establecer reglas conocidas por todos
- Facilitar la integración de diferentes culturas empresariales
- Reducir esfuerzos a lo largo de los procesos del proceso de licitación y contratación
- Aportar transparencia al proceso
- Permitir concentrar esfuerzos en los aspectos técnicos

19. The Institution of Civil Engineers (03 de abril del 2022). *NEC 4. Designing Buildings*, the construction wiki. <https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/NEC4>
20. Suttling, D. (10 de febrero del 2020). *NEC 3 vs NEC 4. C-LINK*. <https://c-link.com/blog/nec3-vs-nec4/>

y organizativos

- Facilitar la gestión del contrato y resolución de conflictos (FIDIC, 2014)

4. Tipos de Libros FIDIC

Los contratos FIDIC están caracterizados según Figueroa por “dar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas para llevar a cabo la ejecución de distintos tipos de proyectos de construcción, siendo sus normas compatibles con ordenamientos jurídicos como el common law y el civil law”, entre sus libros publicados tenemos al: Libro Rojo, condiciones de contratación para construcción; Libro Amarillo, condiciones de contratación para proyecto y obra; Libro Plata, condiciones para contratación llave en mano; Libro Verde, modelo simple de contratación; Libro oro, para contratos DBO. A continuación, expondré la función y utilidad de cada uno de ellos:

Libro Rojo, condiciones de contratación para construcción
Este tipo de contrato sirve para “edificios y obra civil diseñados por la Propiedad o en su nombre” FIDIC (2014).

En este sentido, el contratista se limita a construir el diseño que le entrega la propiedad y sus obligaciones se ven reducidas a temas menores como detalles constructivos o métodos de ejecución.

Una característica de este tipo de contratos es que el cliente debe tener su diseño completo antes de la construcción.

Libro Amarillo, condiciones de contratación para proyecto y obra

FIDIC, 2014, indica que *“este tipo de contrato sirve para las instalaciones eléctricas y mecánicas para edificación y obra civil diseñados por el contratista”*

El contratista diseña el proyecto, según los requisitos del cliente, y lo construye.

Libro Plata, condiciones para contratación llave en mano

En este tipo el contratista se obliga a entregar la obra al 100% y en completo funcionamiento, el término “llave en mano” sirve para infraestructuras o edificaciones que requieren mayor certeza en el precio y el plazo.

En él, el contratista asume toda la responsabilidad del diseño, datos de partida, construcción y puesta en marcha. En este caso, el cliente tiene poca participación, pero se siguen sus requisitos.

Libro Verde, modelo simple de contratación

El libro verde es utilizado en contratos de poco importe, o para trabajos sencillos y repetitivos (FIDIC, 2014)

En este caso, los potenciales usuarios son los organismos

multilaterales que buscan contratos sencillos para países con poca costumbre de contratos complejos o grandes compañías que hacen obras menores de forma habitual. Además, se caracterizan por ser fáciles de gestionar, administrar y tener un lenguaje sencillo.

Libro oro, para contratos DBO

Este tipo de contratos busca unificar al contratista con el operador en un solo contrato, se basa en un diseño típico y un formulario de contrato de construcción donde se encuentra inmerso el periodo de operación y mantenimiento, se caracteriza por presentar un escenario “greenfield”, con una operación de 20 años, en el cual las partes extienden su cooperación durante toda la duración del proyecto

5. Conclusiones

Los contratos NEC son el único conjunto de contratos estándares diseñados para facilitar y fomentar la buena gestión de los proyectos en los que se utilizan, su lenguaje claro y sencillo, facilita su comprensión y eficacia interpretativa. Además, al ser una familia de contratos cuyos procedimientos establecidos están diseñados para estimular una buena gestión y velar por la colaboración previsora, además, de contar con directrices como la flexibilidad, claridad y simplicidad hace que este tipo de contratos sea de fácil aplicación y comprensión.

Por otro lado, los contratos FIDIC, que al igual que los contratos NEC pertenecen a los contratos por adhesión, establecen una familia por sí mismo; ya que el Libro rojo, amarillo, plata, verde y oro, constituyen su integración. La característica de este tipo de contratos son los roles específicos de uso y aplicación en cada libro de contratos. Ante ello, podemos evidenciar que existen distintas opciones para mejorar la eficacia y ejecución de un proyecto. Por lo cual, no deberíamos asombrarnos que sus usos sean aplicados al punto de llegar a una cotidianidad y que nos encontremos ante la joya contractual del pacífico.

Por otro lado, esperamos que el uso de los contratos NEC y FIDIC se fomenten más en nuestro país para así alcanzar mejores resultados en la ejecución de obras.

Bibliografía

- FIDIC (2014). Uso práctico de los contratos FIDIC. BID.
- Figueroa Valdes (2016). Los contratos de construcción FIDIC al derecho chileno. Universidad de los Andes.
- NEC (2013). Contrato de Ingeniería y Construcción F: Gestión de Contratos, Editorial Bell & Bain Limited.
- NEC 4. (2017). Contrato de ingeniería y construcción, (4 Ed.), Editorial Bell & Bain Limited.
- NEC 3. (2013). Contrato de Ingeniería y Construcción, Notas Orientativas, Editorial Bell & Bain Limited.
- NEC 3. (2013). Engineering and construction contract. A: Priced contract with activity schedule, ICE Publishing.
- NEC 3. (2013). Engineering and construction contract option B: priced contract with bill of quantities.
- NEC 3 (2013). Engineering and construction contract. F: Management contract, ICE Publishing.
- Johnson, Weis y Hurtado (2020): Particularidades de los Contratos NEC. Opportunities, British peruvian Chamber of Commerce, N° 1, vol. N° 81.
- Medina Flores, J. (2020). Contratación pública y la experiencia de los Juegos Panamericanos. El modelo de gestión que promueve el gobierno. Circulo de Derecho Administrativo, N° 18, 113 – 142.
- Panamericanos: listos y en sus marcas, 2019, abril.



AMES

Las controversias por la ejecución de prestaciones en las contrataciones directas por situación de emergencia no regularizadas, ¿Arbitraje o enriquecimiento sin causa?



Alexandra Catherine Tirado Ibáñez

Abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego, Bachiller en Educación de la Facultad de Educación y Ciencias de la Comunicación, con mención en Lengua y Literatura de la Universidad Nacional de Trujillo.

Especialista en contrataciones del Estado y en Arbitraje en Contrataciones del Estado por la Escuela Nacional de Administración de Negocios para Graduados (ESAN), certificada por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), con tres años de experiencia en el sector público.

Resumen

Las controversias que surgen de la ejecución de prestaciones, en el marco de la aprobación de contrataciones directas por la causal de situación de emergencia no regularizadas, generan discrepancia; puesto que, por un lado, es factible sustentar que, al no haberse perfeccionado el contrato, no existiría materia arbitrable.

Sin embargo, a través del presente ensayo se pretende sustentar y determinar que, pese a no haberse realizado la suscripción formal del contrato bajo el marco de regulación previsto en el Artículo 100 del Reglamento de Contrataciones del Estado, ello no enerva el derecho de los contratistas a someter a arbitraje los conflictos derivados a partir del inicio

de la ejecución del servicio; puesto que ello representa, materialmente, la existencia de una relación contractual válida y; por tanto, correspondería aplicarse las reglas generales de la fase de ejecución contractual.

Palabras clave: contrataciones directas, situación de emergencia, actos de regularización y arbitrabilidad.

I. Introducción

Preservar el equilibrio económico financiero en vínculos contractuales derivados de contratos celebrados por el Estado, resulta imprescindible para garantizar el principio de equidad contemplado en el Texto Único de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y así, ofrecer un escenario de mayor participación contractual y, por ende, mejorar la competencia.

No obstante, es indiscutible que las entidades públicas ostentan el mayor poder de toma de decisiones en tales relaciones contractuales; ante ello, la normativa vigente procura regular y limitar las actuaciones administrativas, a fin de ajustar la potestad de las partes, salvaguardar y garantizar derechos fundamentales.

Por otro lado, existen escenarios excepcionales que contempla, tanto la Ley de Contrataciones del Estado como su Reglamento; por los cuales, se permite que las entidades públicas se eximan de realizar la fase de procedimiento de selección de los procesos de contratación, a fin de contratar directamente con un proveedor que cumple con los requisitos exigibles para atender una necesidad que surge en una situación no regular. Ante tales contextos, mantener el equilibrio de las partes, también es fundamental; por lo que se exige criterios de interpretación normativa que merecen ser desarrolladas.

El numeral 27.1. del Artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, contempla los supuestos de procedencia que facultan la aprobación del procedimiento de selección de selección de contratación directa, recociéndose en el literal b), del referido numeral, ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa de los supuestos anteriores, o de una emergencia declarada por el ente rector del sistema de salud; solo bajo dichas circunstancias es procedente su aprobación en vías de regularización, tal y como lo ha previsto el numeral 101.4 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

La naturaleza de la contratación directa por situación de emergencia - la cual abordaremos en la presente - permite que, ante una condición sui generis, las entidades públicas puedan, inmediatamente, solicitar el inicio de la ejecución de determinadas prestaciones requeridas por el área usuaria, para atender una necesidad sin la obligación de ajustarse a los requisitos convencionales de la norma, por una situación debidamente justificada, acreditada y que, en esencia, permite el adelanto de la ejecución contractual sin que el contrato se haya celebrado en la forma regular prescrita.

Sin embargo, pese a que la normativa permite contratar directamente con un proveedor, el proceso de contratación se sujeta a los plazos de regularización que la normativa prevé y, por el cual, la Entidad debe cumplir con los actos de administración interna hasta la materialización del perfeccionamiento del contrato, situación que no en todos los casos se ejecutan.

En ese sentido, en la realidad de las condiciones, suele suceder que las entidades públicas no cumplen con la regularización de las contrataciones directas y, por tanto, se genera el desequilibrio financiero contractual que describíamos en inicio y que resulta imprescindible preservar; pero que, en la realidad, ante el incumplimiento por parte del Estado, desalienta la participación de proveedores en el proceso de contratación.

Evidentemente, ante tales incumplimientos, surgen controversias que merecen ser atendidas; pero ¿Cómo se dirimen las controversias en las contrataciones directas que

no se regularizaron y, por tanto, no llegaron a perfeccionar formalmente un contrato, pese al cumplimiento de la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad?

Ante tales cuestionamientos, existen posiciones diferidas, por un lado, un sector de la doctrina, puede sustentar que, no habiéndose llegado a perfeccionar el contrato, las controversias no podrían someterse a arbitraje y, por otro lado, otros podrían sostener que habiéndose ejecutado las prestaciones en base a lo requerido en los términos de referencia, especificaciones o expediente técnicos y por una solicitud formal de la entidad, corresponde aplicar las reglas generales de la fase de ejecución contractual.

Al respecto, en el presente ensayo se pretende sustentar por qué no existiría impedimento que permita que los árbitros atiendan las controversias derivadas de la contratación directa por situación de emergencia; pese a que el contrato no haya llegado a perfeccionarse; puesto que, dicho procedimiento de selección posee un carácter excepcional que debe atenderse con especial interpretación normativa.

II. Las contrataciones directas por situación de emergencia y su carácter excepcional.

Tal y como se ha expuesto, el Artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el Artículo 100 de su Reglamento, la norma permite celebrar la contratación directa entre una Entidad con un proveedor, sin mediar el procedimiento de selección; ello no enerva que se apliquen las reglas generales que corresponden a las actuaciones preparatorias y la ejecución contractual.

En tal contexto, mediante Opinión N° 104-2020/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, se estableció:

“(…) la contratación directa es un procedimiento de naturaleza excepcional y no competitiva, que faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor sin la necesidad de realizar determinadas actuaciones propias de los procedimientos de selección clásicos; siendo necesarios precisar que dicha situación no enerva la obligación de la Entidad de cumplir – en el marco de los procesos de contratación que emplean las contrataciones directa – con los requisitos y condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidas en la Ley y el Reglamento para las fases de actuaciones preparatorias y de ejecución contractual”

Es decir, pese a que no se siga el procedimiento clásico, la Entidad está obligada, en fase de ejecución contractual, a cumplir con las reglas fundamentales de la misma; tal y como es, la emisión de la conformidad, el pago de las prestaciones ejecutadas o la realización de observaciones a la ejecución de las prestaciones, la resolución o la nulidad del contrato. Todo ello pese a no haberse logrado el perfeccionamiento formal del contrato.

Además, cabe tener en cuenta que la normativa ha determinado un plazo en el que la Entidad debe cumplir con la regularización de los actos administrativos en el rango de 20

días hábiles; permitiendo su prórroga por 10 días hábiles en el caso de regularizar las cartas de fiel cumplimiento.

Al respecto, Huayna (2021) señala que “en el caso que la Entidad no cumpla con dicha regularización a pesar que se hayan efectuado las prestaciones por parte del proveedor en favor de la entidad (entrega y aceptación de bienes o realización de servicios), si no se cumple con regularizar los actos para la aprobación de la referida contratación, entres estos la suscripción contractual, se configuraría una contratación irregular pues ya no se cumplen con las condiciones normativas” (p.43)

No obstante, cabe precisar que pese a no haberse regularizado la formalización contractual; ello no enerva el reconocimiento de una relación jurídica que debe cumplir con las obligaciones reconocidas.

III. Prestaciones ejecutadas en contrataciones directas por situación de emergencia no regularizadas.

A fin de atender el tratamiento especial del reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en contrataciones directas por situación de emergencia no regularizadas; cabe atender lo que establece la Resolución N° 4064-2021-TCE-S1, siendo que el Tribunal de Contrataciones del Estado señala que “(...) al tratarse de una contratación directa por situación de emergencia sanitaria, por su propia naturaleza y condiciones, corresponderá efectuar el análisis bajo este método de contratación (...); por tanto, no se podrá realizar una interpretación en función al sentido regular de la aplicación de la normativa, como, por ejemplo, no se puede corroborar el consentimiento de la buena pro de la contratación, puesto que, tal acto no existe en el supuesto de la contratación directa.

Así, tampoco podrá hacerse una interpretación literal del artículo 142 del Reglamento de Contrataciones del Estado, el que prescribe que el cómputo del plazo de ejecución contractual se computa a partir del día siguiente de perfeccionado el contrato; puesto que, en la consideración especial de la contratación directa, la fase de ejecución contractual habrá dado inicio desde el inicio de la ejecución de las prestaciones sin contar con el contrato perfeccionado.

En ese sentido, por lo descrito, el Tribunal de Contrataciones del Estado también concluye que “la emergencia presentada justifica actuar de manera inmediata, primero contratando, para luego regularizar la documentación. Con ello, la formalización del contrato (el documento) derivado de una situación de emergencia adquiere un propósito más de orden administrativo que como condición para el cumplimiento de las obligaciones para las partes, en razón que, al momento de realizarse la formación, dichas obligaciones pueden haberse ejecutado”

Ante ello, también correspondería aplicar las reglas previstas en el Título IX del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en atención del Capítulo I por los medios de solución de controversias, en el que se dispone en el numeral 223.1 artículo 233 que “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 (...)”

Por tanto, teniendo en cuenta lo descrito; la falta de regularización formal del contrato no prohíbe que las controversias surgidas desde el inicio de la ejecución del servicio o entrega de un bien – inicio material de la relación contractual entre el proveedor y la entidad – no debe inhibir el derecho de las partes a someter cualquier problemática a la jurisdicción arbitral.

IV. Conclusión

Los mecanismos conducentes a fin de solucionar controversias en materia de contrataciones directas, por situación de emergencia y que posteriormente no fueron regularizadas, ello no enerva que exista un vínculo contractual válido; puesto que prevalece materialmente la regularización y, por tanto; pese a no haberse perfeccionado formalmente el contrato, es factible la arbitrabilidad de la materia.

V. Referencias

Resolución N° 4064-2021-TCE-S1 emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado el 23 de noviembre de 2021.

Huayna, P. (2021). El reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por proveedores en contrataciones directas por situación de emergencia (Tesis de Magíster) Pontificia Universidad Católica del Perú.



PODCAST CAE

Contratación Pública, Arbitraje y Derecho administrativo

Eficacia o ineficiencia: La notificación mediante sistemas informáticos, un arma de doble filo para las concesionarias



Jenifer Villanueva Ventura

Abogada por la Universidad Privada Antenor Orrego, con especialidad en derecho administrativo y regulatorio. Locadora de la Comisión de Protección al Consumidor sede Lima Norte del Indecopi. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Nacional de Trujillo. Practicante profesional de la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos de Osinergmin. Secigrista de la Oficina Defensorial La Libertad. Practicante pre profesional de la Gerencia Regional de Salud La Libertad. Practicante pre profesional del Estudio Jurídico Rubio Azabache y abogados. Asociada del Círculo de Arbitraje con el Estado.

En la actualidad, en un procedimiento de reclamo, los usuarios de los servicios públicos de electricidad o gas natural por ducto prestan su consentimiento para ser notificados mediante correo electrónico ante cualquier acto administrativo que emita la concesionaria. Pero qué sucede, si el usuario presenta su queja solicitando la aplicación del silencio administrativo positivo aduciendo que la concesionaria nunca notificó su resolución de primera instancia en el correo señalado en el reclamo y la concesionaria emite descargos argumentando que la notificación fue realizada mediante un sistema informático y adjunta el cargo electrónico. Las preguntas ganadoras son ¿La notificación fue eficaz? ¿Siempre será válido la notificación mediante un sistema informático? ¿Existe alguna limitación para este tipo de notificación? ¿Existen consecuencias? Las respuestas a estas interrogantes serán resueltas en las

siguientes líneas.

Para entender el mundo de las notificaciones, primero se debe definir qué es la notificación electrónica, siendo descrita por Morón Urbina, J. (2019), como: *“aquella efectuada por medios electrónicos y que por su naturaleza es alternativa a la notificación física, sujeta a ciertos presupuestos y condiciones físicas”*¹. Si bien, el autor indica que la notificación electrónica debe responder algunos presupuestos, lo cierto es que la normativa vigente prevé que en caso se opte por una notificación de esta naturaleza, *“la entidad debe recibir la respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado o esta sea generada en forma automática por una plataforma tecnológica o sistema informático que*

1. Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo*, Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2019, p. 391.

garantice que la notificación ha sido efectuada” (Decreto Supremo N.° 004-2019-JUS, Art. 20, 2019)².

Es decir, al notificar electrónicamente la entidad debe asegurar que esta se efectuó de manera correcta, indicando, por lo menos, en el cargo electrónico: nombre del destinatario, correo electrónico a notificar, nombre y tipo del documento que se está notificando, ya que como se indicó una de las formas válidas de garantizar dicha notificación es mediante el uso de sistemas informáticos.

Pero, ¿qué es este sistema? En buena cuenta es una plataforma informática debidamente registradas ante Indecopi, conforme al Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados digitales, que certifican que efectivamente se realizó la notificación, precisando, el día, la hora, los minutos y la fracción de segundos. Así, por ejemplo, en el caso de la concesionaria Enel Distribución Perú S.A.A.³ (en adelante, Enel) esta utiliza el sistema informático eSignabox, la concesionaria Gas Natural de Lima y Callao S.A.⁴ (en adelante, Cálidda) emplea Softnet, y en el caso de Contugas S.A.C.⁵ (en adelante, Contugas) emplea el sistema informático bigdavi.

Por tanto, es correcto afirmar que en caso alguna concesionaria notifique algún acto administrativo mediante correo electrónico, con expreso consentimiento del usuario, utilizando algún sistema informático dicha notificación sería válida; por ende, eficaz.

Por otro lado, cabe precisar que, no es necesario comunicar al ente regulador, en este caso a Osinergmin⁶, que se va emplear este medio de notificación, ya que lo único que exige esta entidad es que el cargo electrónico tenga los requisitos mínimos que permita dilucidar que el acto que se pretende notificar sea el correcto y que este sea remitido al correo autorizado por el usuario en su reclamo, caso contrario dicha notificación sería ineficaz. En ese sentido, el único límite para la concesionaria en torno a la notificación mediante el uso de sistemas informáticos es que el cargo electrónico debe contar con los requisitos mínimos exigidos por el ente regulador, caso contrario se estaría frente a una gestión ineficiente.

Un caso práctico es lo que, actualmente, sucede con Cálidda, ya que, al momento de revisar los descargos presentados por la concesionaria frente a una queja por aplicación del silencio administrativo positivo, si bien adjuntan todos los actos administrativos emitidos durante el proceso de reclamo (boleta de atención del reclamo, resolución de primera instancia, cargo electrónico de notificación, entre otros), al momento de revisar el cargo electrónico, se verifica que en la descripción del nombre y tipo de documento, la concesionaria completa dicho campo con otras descripciones extrañas, que muchas veces, no se relacionan con la resolución de primera instancia, no generando certeza que efectivamente se haya cumplido

2. Decreto Supremo N.° 004-2019-JUS. *Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/279563-004-2019-jus>

3. Empresa distribuidora del servicio público de electricidad.

4. Empresa distribuidora del servicio público de gas natural por ducto.

5. Empresa distribuidora del servicio público de gas natural por ducto.

6. Organismo supervisor de la inversión en energía y minería que se encarga de regular y supervisar a las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minería que cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan.

con notificar el acto que resuelve el reclamo, trayendo como consecuencia que la queja sea declarada fundada a favor del usuario, no tomando valor que los demás campos del cargo electrónico estén llenados de manera correcta.

En ese sentido y de conformidad con lo antes esbozado, me permito decir que la notificación electrónica mediante el uso de sistemas informáticos garantiza que la notificación sea eficaz siempre y cuando el cargo de notificación contenga como mínimo el nombre del destinatario, el correo a notificar, el nombre y tipo de documento, así como la fecha y hora de notificación, caso contrario si no contiene estas características, la notificación será ineficaz e ineficiente el sistema informático.

EN VIVO



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO



TODOS LOS DOMINGOS



Domingo



7.00 pm

Algunas reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en la Ley del Procedimiento Administrativo General



Saul Jose Coca Guzmán

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios en la Universidad San Ignacio de Loyola, asociado y encargado del área civil en Extralej Perú, especialista del Departamento de Derecho Civil y Procesal Civil del CIED de la Universidad San Antonio Abad del Cusco, asociado y miembro del área de investigación del Círculo de Arbitraje con el Estado. Asimismo, cursa estudios de derecho alemán en el Heidelberg Center Latin America.

Sumario. - 1. La transversalidad de la responsabilidad civil, 2. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública como una de las garantías del administrado, 3. La expropiación como supuesto de indemnización y no de resarcimiento, 4. La responsabilidad extracontractual de la Administración pública por la falta de servicio, 5. Los elementos de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública, 5.1. Antijuridicidad, 5.1.1. Las causas de justificación, 5.1.1.1 El deber jurídico del administrado de soportar el daño (o el ejercicio regular del derecho de la administración) (art. 260.2 LPAG), 5.1.1.2. La actuación (razonable y proporcional) de la administración en defensa de las personas (vida, integridad o bienes) o en salvaguardar los bienes públicos (o la legítima defensa de las personas o de los bienes públicos) (art. 260.2 LPAG), 5.2. Daño, 5.3. Nexo

causal, 5.3.1. Supuestos de ruptura del nexo causal, 5.3.1.1. El caso fortuito y la fuerza mayor (art. 260.2 LPAG), 5.3.1.2. El hecho determinante del administrado damnificado (art. 260.2 LPAG), 5.3.1.3. El hecho determinante de tercero (art. 260.2, LPAG), 5.4. Falta del servicio del funcionario o servidor público, 6. Derecho de repetición de la Administración contra sus funcionarios o servidores públicos, 7. Algunos aspectos procesales, 8. Conclusiones, 9. Bibliografía.

1. La transversalidad de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil parte de la premisa: “Aquel que causa un daño a otro está obligado a repararlo”. Advertimos pues que el elemento esencial de la responsabilidad civil es el daño el cual, junto a la antijuridicidad, el nexo causal y los criterios

de imputación configurar un supuesto de responsabilidad ya sea por inexecución de obligaciones o por violar el deber genérico de no dañar a otros (*alterum non laedere*). Tal es la importancia de la responsabilidad civil, que la obligación de reparar el daño causado se ha extendido a otras áreas del derecho, así tenemos a la responsabilidad civil por daño ambiental, por ilícitos antitrust (conductas anticompetitivas), derivada de la competencia desleal, de los jueces, del notario, del registrador, del médico, del árbitro, por productos defectuosos, por infracciones del derecho de autor, del empleador por accidentes de trabajo, del empleador por enfermedades profesionales u ocupacionales, patrimonial del estado, etc. Nosotros abordaremos, sucintamente, a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en la Ley del Procedimiento Administrativo General debido a la escasez doctrinaria, legislativa y jurisprudencial sobre el tema al menos a nivel nacional. Surge entonces la siguiente pregunta ¿Qué justificaría entonces la creación de una responsabilidad patrimonial autónoma de la administración?

2. La responsabilidad patrimonial de la administración como una de las garantías del administrado frente al poder de la Administración pública:

Cuando nos referimos al propósito del Derecho administrativo como ciencia jurídica, es habitual traer a colación aquella definición tradicional que deja en manos de esta rama del Derecho el reconocimiento y configuración de un conjunto de garantías a favor del administrado necesarias para hacer frente al poder ejercido por la Administración pública. Sin duda, ejemplos de este conjunto de garantías son el procedimiento administrativo, el proceso contencioso administrativo, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Dependerá de cuán eficazmente haya sido regulada cada una de ellas, para poder concluir cuán protegidos se encuentran los particulares frente al ejercicio de dicho poder (Sánchez. 2015, p. 322).

Desde luego, estas garantías de protección no están destinadas a impedir que la Administración ejerza los poderes que le asisten, sino que los mismos sean ejercidos debidamente. No sólo ello, sino que en el caso particular de la responsabilidad patrimonial de la Administración objeto de este estudio, el análisis transcurre necesariamente por la evaluación de si el régimen vigente garantiza realmente que a los particulares se les indemnice por los daños que sufren con ocasión de toda actuación –inclúyase también la omisión– desplegada por la Administración pública (Ídem).

En el ordenamiento nacional la responsabilidad patrimonial de la Administración, como garantía del administrado, si bien está prevista dentro de los principios del procedimiento administrativo¹ y en el artículo 268² de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) no lo está ni en el Código Civil peruano de 1984 (en adelante CC) ni en la Constitución Política del Perú de 1993 lo cual hubiese sido deseable como ocurre en otros ordenamientos latinoamericanos.

3. La expropiación como supuesto de indemnización y no de resarcimiento

Se sostiene erróneamente por doctrina administrativista tanto nacional como extranjera que la expropiación³, como una de las garantías del administrado frente a la Administración, constituye un supuesto de daño lícito ante el cual el administrado tiene el deber de soportar el despojo o privación de su propiedad, por razones de seguridad nacional o necesidad pública, a cambio de un pago en efectivo de un justiprecio. Pero ello no es así, ya que siempre que hablemos de indemnización, la compensación económica dada a un sujeto de derecho tendrá como fuente nada más y nada menos que a la ley (la que podrá establecer la obligación legal de indemnizar en base a criterios de equidad o solidaridad familiar por citar). En cambio, cuando nos refiramos a un

1 Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.18. Principio de responsabilidad. - La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

2. Artículo 260.- Disposiciones Generales

260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

260.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante del administrado damnificado o de tercero. Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

260.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

260.4 El daño alegado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

260.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

260.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución.

3. Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

resarcimiento, ello involucrará la realización de un juicio de responsabilidad civil o el análisis de los elementos de la responsabilidad civil: La antijuridicidad, daño, nexo causal y criterios de imputación. Por tanto, la expropiación que duda cabe resulta ajena al campo de la responsabilidad civil.

Para muestra de ello un botón, el III Pleno Casatorio Civil establece que la indemnización en el proceso de divorcio por causal de hecho no tiene naturaleza resarcitoria sino una de carácter legal basada en la solidaridad familiar:

57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor Leysser León Hilario, también en calidad de *amicus curiae*, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal, las concausas, entre otras.

Una doctrina nacional nos da la razón, a pesar de sostener que la indemnización sirve para compensar los daños causados por la administración al administrado, al advertir que no resulta imprescindible analizar los criterios de imputación (subjetivos u objetivos) para atribuir una responsabilidad patrimonial al Estado:

La expropiación forzosa no da lugar a discusiones referidas a la imputación –subjetiva u objetiva– de la actividad desplegada por la Administración (el despojo) ni mucho menos se cuestiona la decisión de despojar, sino que supone un régimen expreso de protección patrimonial de aplicación previa, que da lugar al pago de una indemnización justipreciada –único extremo dejado para su discusión judicial o arbitral–. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual de la Administración genera un proceso judicial en el cual se discute la imputación de determinada conducta a una entidad administrativa, se sustentan los daños susceptibles de indemnización y se exige el pago de esta última (Sánchez. 2015, p. 324).

4. La responsabilidad extracontractual de la Administración pública por la falta de servicio

Nosotros nos vamos a referir a la responsabilidad extracontractual de la Administración pública frente al administrado, es decir aquella que surge precisamente por los daños ocasionados por aquella a este sin que haya existido vínculo contractual previo entre ambas partes.

5. Los elementos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública

Como cualquier supuesto especial de responsabilidad civil, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere de ciertos elementos para configurar una obligación resarcitoria a su cargo. Veamos a continuación cada uno de ellos.

5.1. Antijuridicidad

Desde nuestra óptica no existe ningún supuesto especial de responsabilidad civil que pueda prescindir de la antijuridicidad como uno de sus elementos o presupuestos ni si quiera en los casos de daño ambiental⁴. No obstante, la ley puede encargarse de establecer supuestos de causas de justificación que excluyan la antijuridicidad de las actividades administrativas que causen daños a los administrados como aquellas contempladas en el artículo 1971⁵ CC. Teniendo, excepcionalmente, los administrados en tales casos el deber de soportar el daño ocasionado por la Administración.

5.1.1. Las causas de justificación

A continuación, pasaremos a enumerar cada uno de las causas de justificación (es decir, aquellas que excluyen la antijuridicidad del daño) y a sus equivalentes en el derecho civil.

5.1.1.1. El deber jurídico del administrado de soportar el daño (o el ejercicio regular del derecho de la administración) (art. 260.2 LPAG)

Cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

5.1.1.2. La actuación (razonable y proporcional) de la Administración en defensa de las personas (vida, integridad o bienes) o en salvaguarde los bienes públicos (o la legítima defensa de las personas o de los bienes públicos) (art. 260 LPAG)

Cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los

4. Artículo 142 de la Ley General del Ambiente (en adelante LGA) .-

Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

En nuestra opinión, los daños ocasionados por actividades lícitas, es decir no contraviniendo disposición jurídica alguna, siguen siendo actos u omisiones antijurídicos desde el momento en el que causaron un daño a otro sin que este haya tenido la obligación de soportarlo.

5. Artículo 1971.- Inexistencia de responsabilidad

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos.

5.2. Daño

El daño es, en líneas generales, aquel menoscabo, detrimento o perjuicio que sufre un sujeto de derecho en sus bienes (patrimonial) o en su persona (extrapatrimonial). Cuando los daños recaigan sobre sus bienes comprenderán a dos subtipos, es decir al daño emergente y al lucro cesante. En cambio, cuando recaigan sobre su persona abarcarán a otros dos subtipos: el daño moral y el daño a la persona.

En sede administrativa el daño alegado deberá ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos (art. 260, inc. 4, LPAG). De igual forma la indemnización comprenderá al daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (art. 260, inc. 5, LPAG).

5.3. Nexo causal

El nexo causal, en líneas generales, consiste en aquella relación o vínculo existente entre una acción u omisión desplegada por un sujeto de derecho y el daño acaecido en la esfera patrimonial o personal de otro. Teniendo el daño que ser consecuencia de la acción u omisión realizada y esta su antecedente.

En sede obligacional se acoge la teoría de la causa próxima⁶ mientras que en sede extracontractual la teoría de la causa adecuada⁷.

En sede administrativa las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas (art. 260.1, LPAG). Es decir, se recepciona a la teoría de la causa próxima.

5.3.1. Supuestos de ruptura del nexo causal

A continuación, pasaremos a enumerar cada una de las rupturas del nexo causal (es decir, aquella causa ajena o causa no imputable que corta el vínculo o lazo entre la acción u omisión de la Administración y el daño sufrido por el administrado) y a sus equivalentes en el derecho civil.

6. Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

7. Artículo 1985.- Contenido de la indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

5.3.1.1. El caso fortuito y la fuerza mayor (art. 260.2 LPAG)

No hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, es decir, aquella causa no imputable o causa ajena, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (art. 1315 CC).

5.3.1.2. El hecho determinante del administrado damnificado (art. 260.2 LPAG)

No hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de hecho determinante del administrado damnificado. Este es otro caso de causa no imputable o causa ajena en el cual el daño se lo autoproduce el propio administrado damnificado.

5.3.1.3. El hecho determinante de tercero (art. 260.2 LPAG)

No hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de tercero. Este es otro caso de causa no imputable o causa ajena en el cual el daño causado al administrado es producido por un tercero.

5.4. Falta del servicio del funcionario o servidor público (hechos dolosos o culposos de terceros de los que se vale el deudor para ejecutar su obligación).

En los supuestos de responsabilidad indirecta, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario (art. 1325 CC). Es decir, el deudor será el responsable de resarcir los daños derivados de las acciones u omisiones dolosas o culposas de las personas de las que se valió para cumplir su prestación.

En sede administrativa, las entidades son patrimonialmente responsables por los actos de la Administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas (art. 260, inc. 1, LPAG). Asimismo, las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico (Art. IV. 1.18.).

Esto quiere decir que las entidades ejecutan actos de la Administración o prestan servicios públicos a través de los funcionarios y servidores públicos. En consecuencia, aquellos actos o servicios realizados de manera dolosa o culposa que cause daños a los administrados harán responsables a las entidades.

Debemos advertir que la Administración responderá de manera objetiva luego de que los funcionarios y servidores públicos no hayan podido demostrar que no obraron con dolo o culpa, es decir, la carga de la prueba de la culpa se trasladará a los funcionarios y servidores públicos para evitar la impunidad de la Administración sobre todo en aquellos casos en los que los administrados no puedan hallar a los autores materiales del daño irrogado.

6. Derecho de repetición de la Administración contra sus funcionarios o servidores públicos

En sede extracontractual, aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria (1981 CC).

En sede administrativa, cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución (art 260.6, LPAG).

Somos de la opinión que en sede administrativa debería existir, de igual forma que en la vía civil, solidaridad entre los funcionarios y servidores públicos y la Administración, por los daños ocasionados al administrado, a efectos de que este pueda demandar indistintamente a cualquiera o a ambos simultáneamente. Surgiendo el derecho de repetición en cabeza de quien haya resarcido primero el daño al administrado.

7. Algunos aspectos procesales

A efectos de saber de qué manera puede reclamarse un caso bajo el régimen de Responsabilidad Patrimonial, debemos leer de manera conjunta el comentado artículo 260 con el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, que indica que la exigencia de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración establecida en el artículo 260 de la Ley N° 27444 se realiza en sede judicial a través de una demanda contencioso administrativa, tramitándose bajo las reglas del proceso especial, y como una pretensión accesoria, es decir, debe existir una pretensión principal a la que se acumula la exigencia de una reparación por un daño generado por la Administración mediante la institución de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (Villavicencio, 2018, p. 109).

Hay que tener en cuenta que la Ley N° 27584 tiene dentro de sus fines el realizar un control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública desde el Poder Judicial, sin embargo, para realizar dicho proceso es usual agotar la vía administrativa, es decir, haber seguido un procedimiento administrativo previo en la entidad de la que fuese el caso, por lo que luego de haber obtenido una respuesta por parte de esta o en aplicación del silencio administrativo positivo o negativo (es decir, teniendo una denegatoria ficta), se acudiría a esta vía. Ello va relacionado también a lo establecido en el artículo 18 del TUO de esta Ley, el mismo que indica que el administrado tiene un plazo de caducidad de tres meses para presentar la demanda desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada (Idem).

En suma, para poder hacer exigible la responsabilidad patrimonial de la Administración resultará necesario, como primer paso, el agotamiento de la vía administrativa para posteriormente demandar en la vía contencioso administrativa, como pretensión accesoria, el resarcimiento de los daños ocasionados por los funcionarios o servidores públicos.

8. Conclusiones

La responsabilidad civil es transversal a varias áreas del derecho y el ordenamiento administrativo no es la excepción. Teniendo como supuesto especial de la responsabilidad civil a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. La responsabilidad patrimonial de la Administración es una de las garantías del administrado frente a los excesos o abusos de la Administración pública.

La expropiación es un supuesto de indemnización y no de resarcimiento por eso al concedérsela no se requiere de un juicio de responsabilidad civil o un análisis de los elementos de la responsabilidad civil.

La indemnización es una compensación económica que tiene como fuente a la ley (la cual podrá tener como criterios a la equidad o a la solidaridad familiar por citar).

Los hechos dolosos o culposos de los funcionarios o servidores públicos, que causen daños a los administrados, se imputarán a la Administración pública. La responsabilidad de esta será objetiva en cambio la de aquellos subjetiva.

Los elementos de la responsabilidad civil, las causas de justificación, los supuestos de ruptura del nexo causal, la responsabilidad indirecta, la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, la solidaridad y el derecho de repetición son aplicables mutatis mutandis a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Debería plasmarse a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública tanto en el CC como en la Constitución de 1993 como ocurre en otros ordenamientos latinoamericanos y así fomentarse más su uso por parte de los administrados.

Para poder hacer exigible la responsabilidad patrimonial de la Administración resultará necesario, como primer paso, el agotamiento de la vía administrativa para posteriormente demandar en la vía contencioso administrativa, como pretensión accesoria, el resarcimiento de los daños ocasionados por los funcionarios o servidores públicos

Por último, invitamos a la academia civilista y administrativista a dialogar conjuntamente para poder mejorar y visibilizar este mecanismo de tutela del administrado.



9. Bibliografía

Sánchez, L. (2015). “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ordenamiento peruano: Aproximaciones a una institución pendiente de reforma”. En: *Revista Derecho & Sociedad*, 45, 321-332.

Villavicencio, L. (2018). “Responsabilidad patrimonial de la administración pública: apuntes para una propuesta de cambio en la Ley peruana del Procedimiento Administrativo General”. En: *Revista Derecho & Sociedad*, 50, 99-114.



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

LEGAL ONLINE

Agenda tu cita virtual con abogados expertos en Arbitraje, Contratación Pública y Derecho Administrativo, desde la comodidad de tu hogar vía tele consultas mediante nuestra plataforma virtual.



www.caeperu.com



EL THIRD PARTY FUNDING EN ARBITRAJE CON EL ESTADO: ¿UNA OPORTUNIDAD RENTABLE?



Renato Cjahua Alvites

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM. Practicante profesional en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Cuenta con estudios en Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad del Rosario - Colombia, egresado del CEU en Asociaciones Público - Privadas (APP) y Proyectos en Activos de Proinversión, miembro del Taller de Derecho Empresarial y financiero - TADEF de la UNMSM, miembro de la Asociación Internacional "Arbitraje Alumni" y miembro del Círculo de Arbitraje con el Estado - CAE.

Resumen: El Third Party Funding es un mecanismo de financiamiento fascinante que ha incrementado su uso y el conocimiento que se tiene acerca de este, pese a que aún no está regulado en Perú. Por otro lado, al contar con el arbitraje como mecanismo predilecto para la resolución de controversias en materia de contratación pública, consideramos que el arbitraje con el Estado es un mercado óptimo para la utilización del Third Party Funding, ya que muchas veces existen arbitrajes archivados o inconclusos a causa de no poder costear los costos arbitrales.

Abstract: Third Party Funding is a very fascinating financing mechanism that has increased its use and the knowledge about it, despite the fact that it is not yet regulated in Peru. On the other hand, by having arbitration as the preferred mechanism

for resolving public contracting disputes, we believe that arbitration with the State is an optimal market for the use of Third Party Funding, since many times there are arbitrations filed or inconclusive due to not being able to afford the arbitration costs.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos o controversias ha demostrado ser muy eficiente aun en aquellos casos en que se hayan registrado demoras durante el proceso, aun cuando muchos usuarios persisten en prácticas dilatorias o frívolas, pese a distintas complicaciones que puedan presentarse durante el desarrollo arbitral, mantiene constante los beneficios que siempre se le han atribuido como

la celeridad, la cercanía o el mayor contacto de los árbitros a la controversia, la no necesidad de un procedimiento ritualista o preclusivo, así como la especialización de los árbitros (Guzman-Barrón, 2017, pp.38-39), entre otras ventajas.

La celeridad de este mecanismo es un rasgo que no ha sido desaprovechado ni pormenorizado, muestra de ello es el mecanismo utilizado en la resolución de controversias entre Entidades y contratistas, es decir, el arbitraje con el Estado. Si bien también se señala en la normativa respectiva otros mecanismos, cabe señalar que la otra alternativa es la conciliación, mecanismo alternativo a la vía judicial que requiere la asistencia voluntaria a un Centro de Conciliación Extrajudicial, donde el conciliador queda a la expectativa de que las partes lleguen a consensos, a diferencia del arbitraje donde desde la firma del convenio contenido en el contrato ya aceptaron su sometimiento a la decisión de los árbitros y adoptar lo resuelto por estos.

Sin embargo, no es ningún descubrimiento el siguiente hecho: litigar cuesta, ya sea en una vía judicial o vía arbitraje, es por ello que no es factible pretender, muchas veces, dar inicio a un proceso judicial o arbitral aun cuando se tiene una posición favorable o un caso ganador (Ríos, 2017, p. 237). Sin embargo, también es cierto que la indisposición de una parte a pagar los costos en un arbitraje no siempre significa que el costo sea elevado o prohibitivo, lo cual ocurre muchas veces en los arbitrajes con el Estado.

En la misma línea, no es difícil encontrar procesos arbitrales, en las distintas instituciones a cargo, archivados debido a falta de pago, ello pese a que los montos fijados para cubrir estos costos no son siempre muy elevados, y, como veremos, muchas veces el privado no puede ejercer o reclamar su derecho respecto de la controversia que convoca el arbitraje. Es en este contexto en que el concepto de los Third Party Funding puede jugar un papel esencial a fin de responder ante estas circunstancias donde lo que se requiere es financiamiento a contratistas interesados en resolver sus controversias sobre contrataciones con el Estado.

¿QUÉ ES EL THIRD PARTY FUNDING?

Los Third Party Funder, en adelante TPF, es aquel tercero ajeno a la controversia decide asumir total o parcialmente los costos o gastos producto del proceso arbitral, ello a cambio de ciertas contraprestaciones y/o ciertas facultades durante el arbitraje, ello dependiendo del nivel de involucramiento de este tercero. Consecuentemente, podemos entender el Third party funding como aquella actividad o acuerdo donde una de las partes litigantes recurre al tercero desarrollado anteriormente.

Los orígenes del financiamiento de litigios ha sido discutido y analizado, concluyendo que los antecedentes de este mecanismo financiador se ubicaría en Australia (Lysaught & Hazelgrove, 2012, p. 645) a finales del siglo XX, siendo empresas que buscaban inyectar capital suficiente a aquellos sujetos involucrados en litigios pero que no tuvieran los recursos suficientes, ello a fin de recuperar no solo el capital invertido, sino obtener ganancias que justifiquen su participación;

posteriormente se expandió a países del Common Law tardíamente ya que las doctrinas del Maintenance, el Champerty, entre otras, prohibían y sancionaban (Jackson, 2011, p. 5) la participación de terceros sancionadores, lo que fue cambiando a lo largo del tiempo.

Otro antecedente histórico relevante (Cillóniz, 2020, p. 100) es el caso de Paula Jones, quien aseveró haber sido víctima de acoso sexual por parte de Bill Clinton; este hecho histórico resulta relevante puesto que se recurrió al financiamiento del Fondo de Inversiones de Rutherford Institute, quien tuvo un nivel de intervención y participación tal que negoció y cerró un acuerdo por un monto de US\$ 850,000.00, mientras que Jones pretendía inicialmente US\$ 750,000.00.

Otro caso que es menester destacar es el de Philips Morris vs. Uruguay (CN. ARB/10/7, 2016), donde el país en cuestión obtuvo apoyo financiero en el proceso que llevaría a cabo iniciado por la tabacalera Philips Morris, donde se pareció un supuesto donde el fondo actuaba sin fines de lucro, persiguiendo un beneficio no económico.

Asimismo, otras instituciones o figuras financieras o jurídicas que se podrían considerar similares al tipo de financiamiento tópico del presente texto, ya sea los acuerdos de cuota litis, un préstamo directo de personas cercanas, de una entidad bancaria, siendo este último un mecanismo tradicional de financiamiento, o incluso asimilarse a los contratos de seguro, una de las formas de financiamiento más antiguas (Clanchy, 2016, p. 222).

¿EN QUÉ SE DIFERENCIA DE OTROS MECANISMOS?

Como se mencionó anteriormente, existen una serie de figuras jurídicas que pueden asimilarse a la función de los TPF; sin embargo, hay diferencias claras y notables que permiten comprender mejor esta institución jurídica.

Un mecanismo internacionalmente utilizado era la celebración de un contrato de cesión de créditos, ya sea total o parcial, tal como está contemplada en el Artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas, entendiéndolo como aquel contrato mediante el cual se puede transferir un derecho a percibir un monto dinerario contenido en un contrato preexistente; si bien tanto en la cesión de créditos como en el TPF es factible trasladar el derecho a cobrar un monto, mediante el primero se cede el crédito como tal, mientras que en el segundo una de las partes vende incluso posibles frutos del crédito litigioso (Cremades, 2011, p.11), es decir, se reconoce un porcentaje negociado previamente que responde al resultado del proceso, a modo de contraprestación por el servicio que puede no solo incluir financiamiento.

Otro mecanismo tradicional o clásico es el contrato de seguro, o el caso de los contratos de seguro de responsabilidad civil contractual, el cual cubre ciertos hechos o actos referidos a la defensa legal en procesos judiciales, cuyo servicio puede alcanzar a la celebración de acuerdos extrajudiciales, judiciales o mecanismos alternativos de resolución de controversias. La clasificación de este puede variar de acuerdo al momento en que se contrate, ya sea antes o después del litigio; al igual que el

TPF proporciona fondos a uno de los litigantes de un proceso legal, pero la diferencia radica en el pago de una prima que si se realiza en el contrato de seguro, tal como señala Carmen Alonso Cánovas:

“(…) no percibirá ninguna prima, ni otra retribución predeterminada del beneficiario, con carácter previo al advenimiento del eventual siniestro. Por el contrario, su remuneración únicamente se devengará cuando recaiga la sentencia o laudo, y siempre y cuando éstos resulten favorables a la parte financiada, lo que genera una comunidad de intereses y objetivos entre la parte financiadora y la parte financiada que alejan definitivamente a esta figura del contrato de seguro, donde, en palabras de Olivier Cojo en el artículo antes citado “los riesgos se desplazan, no se comparten”. (Alonso, 2016, p. 13).

Por otro lado, respecto de la cuota litis o los “honorarios contingentes”, basta decir que la diferencia es un poco más clara al tener en cuenta que estos son otorgados por sujetos ya involucrados en el caso, es decir, son otorgados por el abogado de parte, cuya actividad se encuentra sometida a reglas de ética profesional, entre otros aspectos, mientras que el TPF puede brindar asesoramiento, puede involucrarse en distintos niveles, y aún se encuentra mayormente desregulado, si bien hay normativas que han desarrollado márgenes para la actividad de estos financiadores, aún no es uniforme ni altamente controlado la labor de un TPF (Castellanos).

Otra figura a la cual podría asimilarse son los préstamos o créditos bancarios, mas las diferencias son claras al enfocarse en los participantes en ambas figuras, ya que mientras que en un préstamo bancario es una entidad financiera que evalúa la capacidad del solicitante de poder realizar el pago del monto prestado, el caso de un TPF es un fondo de inversión especializado que analizará la factibilidad de éxito en el proceso judicial o arbitral; asimismo, parte de las obligaciones del solicitante de un préstamo es el pago de los respectivos intereses, mientras que un TPF no cobra o exige la devolución del monto con intereses, sino que está pendiente del monto que resulte de la resolución del litigio.

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS TPF

Es claro que no hay una conceptualización única y uniforme, propio de esta variedad de definiciones es el caso del concepto brindado por Carmen Alonso Cánovas, quien señala:

“(U)n conjunto heterogéneo de métodos de financiación por los que empresas o fondos de inversión especializados proporcionan fondos a potenciales litigantes para costear sus pleitos o arbitrajes (de los que los financiadores no son parte), a cambio de una retribución, calculada habitualmente como un porcentaje (que normalmente, se establece entre un 20 y un 50 por ciento) sobre la eventual ganancia obtenida en virtud de la sentencia o laudo condenatorio, o alternativamente, como un múltiplo sobre los fondos proporcionados”. (Alonso, 2016, p. 9).

Si bien podría considerarse una de las definiciones más acertadas, hay aspectos que no considera como el supuesto

de donación o inexistencia de contraprestación, que muchas normativas si contemplan, como veremos más adelante.

Otras definiciones plantean que se requiere (a) un profesional o entidad que lo sea, (b) el cual financia una controversia legal o a la defensa sin un interés preexistente, y (c) que recibe el beneficio (Derric, 2016). Sin embargo, no siempre se cumple el rasgo de “profesional” ya que cualquier persona o empresa puede realizar la labor de un TPF en tanto cumpla con las características generales.

Por otro lado, a este financiamiento lo caracterizan no solo la especialización, sino también sus modalidades, pudiendo realizarse mediante un portfolio funding, el cual también se puede ejecutar (1) financiando estructuralmente una serie de casos de un bufete de abogados, o (2) financiando casos de una entidad corporativa (ICC, 2018, P.38). Otra modalidad responde al financiamiento adicional a las costas del proceso, mediante el cual el tercero no solo cubre los gastos que surjan del proceso sino también otros pasivos que el financiado no pueda cubrir. Una modalidad también utilizada recurrentemente es el equity financing, donde en lugar de obtener una retribución económica, como contraprestación recibe acciones en la entidad financiada, tomando control sobre su inversión. También se puede clasificar de acuerdo al nivel de involucramiento, teniendo los hands-on approach con una participación del TPF más activa que los hands-off approach, pudiendo el primero involucrar la designación de abogados y capacidad de decisión sobre la estrategia legal en algunos casos.

Asimismo, la Norma General (6)(b) de las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses también se refiere a los TPF definiéndolo como cualquier sujeto que contribuya fondos u otro recurso a fin de colaborar con el desarrollo del proceso con un interés económico directo en el laudo que resulte del arbitraje; existe también normativa referida como el Acuerdo Económico y Comercial Global celebrado entre Canadá y la Unión Europea, que en su artículo 8.1 define a este tipo de financiamiento considerando la posibilidad de que no exista contraentrega, la cual resulta ser una definición muy similar a la contenida en el Tratado Libre de Comercio entre la Unión Europea y Vietnam, así como en el Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). Las Reglas de Arbitraje de Inversión del Consejo para la Promoción del Comercio Internacional de China/Cámara de Comercio Internacional de China, definen a la actividad de los TPF como la situación donde un sujeto que no es parte en una controversia brinda fondos a una de las partes a fin de cubrir todos o una parte de los costos procesales, ello a través de un acuerdo entre el financiador y la parte financiada.

Así como las normativas mencionadas, también existen otros ordenamientos que han evaluado la figura del TPF, como el caso de Estados Unidos, Singapur, Hong Kong (Jhangiani & Rupert, 2016); sin embargo, una de las definiciones más acertadas (Volio, 2019, p. 87) y que mejor abarca el concepto estos financiadores es la contenida en el ICCA-Queen Mary TPF Task Force, el cual señala:

“El término “third-party funder” se refiere a cualquier persona física o jurídica que no sea parte de una disputa legal ni el abogado de la parte, pero que acuerda con una parte, un afiliado de la parte o un bufete de abogados que lo represente:

- a) a fin de proveer de fondos u otro apoyo material para financiar parte o la totalidad de los costos del proceso, ya sea individualmente o como parte de un grupo o rango específico de casos y;
- b) tal soporte o financiamiento se proporciona mediante una donación o subsidio, a cambio de una remuneración o reembolso total o parcialmente dependiendo del resultado de la disputa.” (ICC, 2018, p. 50).

Siendo que esta definición abarca aspectos lo suficientemente generales como para poder ser aplicable a las distintas modalidades de contratación de los TPF, reflejando un alto nivel de consenso internacional al provenir de una revisión de varias conceptualizaciones.

¿OPORTUNIDAD EN EL ARBITRAJE CON EL ESTADO?

El arbitraje es un mecanismo de resolución de controversia consolidado en el Perú en constante desarrollo, adoptado por la normativa a nivel constitucional mediante distintos artículos como el 62, 63.4 y 139.1, regulado mediante el Decreto Legislativo 1071; ello en comunión con la ratificación y celebración de tratados internacionales ha permitido un incremento notorio en las últimas décadas en el desarrollo del arbitraje no sólo normativo, sino también a través de laudos o de la producción constante de doctrina al respecto.

Uno de los motivos de este crecimiento y desarrollo notorio es gracias también a la Ley de Contrataciones del Estado que determinaba al arbitraje como el mecanismo de resolución de controversias, generando una nueva dinámica entre el entidades y contratistas, quienes recurrirán ante un árbitro para resolver sus problemas sobre pagos, nulidad contractual, etc.

Actualmente, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, ha establecido las disposiciones y lineamientos que han de ser observadas por las Entidades Públicas en la contratación de bienes, servicios, obras, etc, que realicen; el artículo 45 de la norma mencionada brinda contenido relevante respecto de la resolución de controversias, como disponer que mediante reglamento se estipulan los supuestos para recurrir al arbitraje ad hoc, también se refiere a la notificación mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), mediante el artículo 52 se refiere a la función del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado como organizador y administrador de arbitrajes y su facultad de designar árbitros y resolver recusaciones, entre otros aspectos.

Un tema relevante muy discutido respecto del arbitraje son los costos arbitrales o gastos procesales, entendiéndose como aquellas “obligaciones que nacen de la actividad arbitral y que está orientada al reembolso. No se trata de un pago

propriadamente dicho; sino de un “reembolso”” (Ledesma, 2010, pp. 75-80), ello ya que el pago de estos puede seguir la teoría de “cost follow the events” o incluso puede contemplarse una exoneración en el laudo. Cabe decir que el Decreto Legislativo 1071 prioriza la libertad de las partes para determinar los costos procesales y la asunción de los mismos; sin embargo, como veremos posteriormente, no sucede lo mismo en un contexto de arbitraje con el Estado.

Ahora bien, de un análisis realizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2014) se pudo apreciar varios hechos relevantes respecto del desarrollo de los arbitrajes del Estado en materia de Contrataciones Públicas, como que entre el 2002 y el 2013 se apreció que un 95% de los arbitrajes eran iniciados por los contratistas.

Esto se debe, de acuerdo a Ricardo Gandolfo, a que el Estado tiene multiplicidad de opciones para reaccionar frente a un incumplimiento del contratista, mientras que “*Si, en cambio, la entidad es la que incumple sus obligaciones, el contratista no tiene tantas alternativas. Es más, sólo tiene una. Sólo puede reclamar en la vía arbitral*” (Gandolfo, 2014); ello de la mano con que en las contrataciones públicas el Estado es la parte deudora, por lo que es natural que se le exijan pagos.

Esta característica de las contrataciones públicas es muy discutida a nivel doctrinario, puesto que es cierto que la Entidad Pública Puede suspender los pagos ante un incumplimiento, posteriormente recurrir a la aplicación de penalidades conforme a ley, incluso la resolución del contrato, lo que conlleva a la ejecución de las cartas fianza o garantías de fiel cumplimiento y finalmente someterse al Tribunal de Contrataciones del Estado a fin de aplicar sanciones al Contratista.

Otro dato relevante es que en el mismo lapso mencionado se vió que había aproximadamente un 15% de arbitrajes donde se le exigía al Estado cifras superiores al millón de soles, como se verá en el siguiente cuadro.



Fuente: “Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales”, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, 2014.

Sin embargo, es menester mencionar que el 60% de los laudos de ese periodo de tiempo no superó el medio millón de soles; pero también hay que considerar que el mismo estudio nos señala que hubo un 35.4% de laudos en donde el Estado como demandado ha sido condenado a pagar entre el 81% al 100% del monto exigido, es decir, se le condenó a pagar casi la totalidad de lo demandado.

Considerando las cifras mencionadas anteriormente, es menester señalar que una de las ventajas del arbitraje con el Estado, especialmente en aquellas controversias administradas por el OSCE, son las tarifas módicas, no son muy altas e incluso pueden ser calculadas mediante las plataformas virtuales brindadas, como la Calculadora de Gastos Arbitrales (OSCE, 2020) del SNA - OSCE, donde distingue entre los Gastos Administrativos referidos a la labor de la Secretaría del SNA - OSCE, y los honorarios arbitrales.

CRÍTICAS A LOS TPF

Por otro lado, los TPF no siempre han recibido elogios o argumentos a favor de su uso, si bien es un mecanismo innovador y que cuenta con defensores que señalan que beneficia la promoción del acceso a la justicia y serviría de filtro de casos no meritorios al realizar un due diligence que analice el caso, ya que está en juego el capital invertido; también hay detractores que rechazan el uso de este mecanismo.

Si bien hay una variedad de críticas, incluso se ha llegado a afirmar que los TPF son una forma de *“sacar ventaja injustamente”* (Wertheimer, 1996), una de las críticas que se pueden vincular al supuesto en que se recurra a los TPF en materia de contrataciones públicas es aquella que señala que los TPF transfieren riquezas a sus dueños a costa de los Estados demandados y los recursos de sus ciudadanos (García, 2018); si bien esta crítica va a un aspecto ético o moralmente correcto de la actividad del TPF, lo cierto es que no ha impedido el desarrollo de este financiamiento, por lo que no habría ningún impedimento para que se desarrolle en el mercado de las contrataciones públicas.

Otro aspecto discutido es respecto a la regulación, como ya hemos mencionado, hay ciertas normativas que lo han desarrollado y países que han evaluado la posibilidad de regular la actividad de los TPF; al respecto hay tres posturas, la primera refiere a la necesidad de regular, la segunda a la no necesidad de regular y la tercera es una postura prohibitiva.

La postura que mantiene el presente texto concuerda con lo señalado por Daniel Linares Avilez, quien tras explorar las tres posibilidades concluye que resulta prioritario que *“quede establecida la necesidad que las partes divulguen de manera inmediata la existencia de un TPF, y la identidad del tercero que asume los gastos, a fin de que los árbitros determinen si tienen o no conflicto de intereses”* (Linares, 2021), ello a fin de evitar cuestionamientos sobre la independencia e imparcialidad del tribunal, que es otro aspecto muy debatido sobre los TPF.

CONCLUSIONES

Mediante el presente trabajo se ha pretendido esclarecer ciertos aspectos relativos a la actividad de los TPF, sus clasificaciones, sus conceptualizaciones a nivel internacional, entre otros aspectos, tratando de evidenciar muchos de sus beneficios y su amplio desarrollo a causa de lo novedoso que resulta a pesar de que no tiene un origen reciente.

Sin embargo, principalmente se ha tratado de exponer la compatibilidad que existe entre la actividad de un TPF y los arbitrajes en Contrataciones Públicas, puesto que existen una serie de problemáticas que responden al financiamiento o a la solvencia de los contratistas litigantes, además de cifras y estadísticas que consideramos vuelven factible la participación de los TPF en un mercado como los arbitrajes con el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Cánovas, Carmen. "Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes," *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016). pp. 9 y 13.
- Castellanos Howell, Álvaro. "¿Intereses Extraños en Litigios?". Obtenido en: <https://iuristec.com.gt/index.php?title=Articulo:0122>
- Cillóniz Atoche, Bryan Harold. "Implicancias del Financiamiento de Terceros en el Arbitraje". 2020. pp. 100. Obtenido en: <https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4360/CILLONIZ%20ATOCHE%20BRYAN%20HAROLD%20-%20TITULO%20PROFESIONAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Clanchy, James. "Navigating the Waters of Third -Party Funding in Arbitration," *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, No. 3, (2016): pp. 222.
- Cremades, Bernardo. "Third party litigation funding: investing in arbitration," *Transnational Dispute Management Journal* 8(4), No. 4, (2011): 11
- Derric, Yeoh. 2016: "Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?" *Journal of International Arbitration*.
- Gandolfo, Ricardo. 2014. Entrevista: "La solución es darle fuerza de ley al Reglamento para que tenga sentido el orden de prelación establecido en la Ley" En: *Revista Arbitraje PUCP N°04*
- García, Frank J. "Argumentos Contra el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje de Inversión". 2018. Obtenido en: <https://www.iisd.org/itn/es/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>
- Guzman-Barrón Sobrevilla, César. *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*, pp. 38-39, 2017
- Jhangiani, Sapna y Rupert Coldwell. 2016. *Third-Party Funding for International Arbitration in Singapore and Hong Kong - A Race to the Top?* *Kluwer Arbitration Blog*. <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/30/third-party-funding-for-international-arbitration-in-singapore-and-hong-kong-a-race-to-the-top/>
- Ledesma Narvaez, Marianella, *Los costos en el arbitraje*, *Foro Jurídico*, Núm 11 (2010), pp. 75-80
- Linares Avilez, Daniel. "Acerca de la regulación de los TPF". *Boletín Sector Legal*. *Camara de Comercio de Lima*. 2021. Obtenido en: <https://drive.google.com/file/d/19Yut-ylyEIPWJzZ5nWAI3prOnmPF8q32/view>
- Lysaught, G., & Hazelgrove, D. S. (2012). Economic implications of Third-Party litigation financing on the U. S. Civil Justice System. *Journal of Law, Economy and Policy* - Volumen 8, p. 645.
- Ríos Pizarro, Carlos. "¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales". *Ius et veritas*, N° 54, 2017. pp. 237.
- Volio Soley, Felipe. "El financiamiento por terceros frente a la Cautio Judicatum Solvi (Caución en costas) en el Arbitraje Internacional Comercial y de Inversión". 2019. pp. 87. Obtenido en: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/08/Tesis-Felipe-Volio-Soley.pdf>
- Wertheimer, A. (1996). *Exploitation*. New Jersey: Princeton University Press.
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, "Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales", 2014. Obtenido en: <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>
- Clarín (1998), Fin para la causa por acoso sexual. Clinton paga US\$ 850.000 a Paula Jones y cierra el caso. Obtenido en: https://www.clarin.com/ediciones-antecedentes/clinton-paga-us-850000-paula-jones-cierra-caso_0_SypWRgMkU2e.html
- International Council for Commercial Arbitration, 2018, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.38 y 50.
- Lord Justice Jackson, "Third Party Funding or Litigation Funding", (Sexta Conferencia en el Programa The Civil Litigation Costs Review Implementation Programme para los Reales Tribunales de Justicia, 23 de noviembre de 2011).
- Phillips Morris vs. Uruguay. 8 de Julio de 2016 (envío a las partes), *Caso CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*. CN. ARB/10/7.
- Washington Post. (1998). *Jones vs. Clinton*. Obtenido de <https://www.washingtonpost.com/wpsrv/politics/special/pjones/timeline.htm>



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

→ CURSO DE
**CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

NUEVA LEY N° 32069 - LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



INICIO 20 DE AGOSTO



TODOS LOS MARTES
9:15 P.M. A 10:45 P.M.

Síguenos en:



www.caeperu.com

LO BUENO, LO MALO Y LO FEO DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS – LEY 32069



Jorge Abel Ruiz Bautista

Doctorando en derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Contrataciones Públicas, Concesiones y Servicios Públicos por la Universidad Castilla – La Mancha (España). Cuenta con posgrado en la Universidad de ESAN Graduate School of Business con especialidad en Derecho Administrativo, Contrataciones del Estado, y Arbitraje, y especialidad en Arbitraje Internacional por la Universidad de Alcalá (España) y Arbitraje de Inversión por la Universidad del Pacífico. Abogado por la Universidad Particular de San Martín de Porres.

Se desempeña actualmente como Presidente del Círculo de Arbitraje con el Estado – CAE, y Docente Universitario en la Universidad Continental y Universidad de San Martín de Porres – Facultad de Derecho, en el curso de Arbitraje y Contratación del Estado. Árbitro adscrito en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colegio de Ingenieros, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Arbitra Perú, Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ayacucho, Cámara de Comercio de Cusco, Colegio de Ingenieros, Cámara de Comercio de Trujillo, entre otros

El 24 de junio de 2024 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley General de Contrataciones Públicas – Ley 32069, que despertó dentro de la comunidad jurídica críticas, aciertos y sobre todo incertidumbre en todos los operadores que participan en la Contratación Pública y los mecanismos de solución de conflictos como la Conciliación, el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas.

En el actual gobierno de la presidenta Dina Boluarte, estamos en una coyuntura donde recientes estadísticas publicadas por el INEI – Instituto Nacional de Estadísticas e informática, se refleja que el Perú afronta una tasa de más del 80 % de informalidad, un crecimiento del 30 % de incremento en la pobreza y una escases de competencia en licitaciones y concursos públicos menor al 4% en el 2023 según CONOSCE

– OSCE, con déficit de recaudación tributaria.

Entonces nos preguntamos ¿cómo reactivar la economía a través de la Contratación Pública?, pues bien, con la Ley General de Contrataciones Públicas, hay cosas positivas, otras negativas y otras para el olvido que generarán una externalidad negativa para el país si es que el reglamento omite proponer una solución.

LO BUENO:

El Congreso y el Ejecutivo entendieron que para luchar frontalmente con la corrupción en las compras que realiza las más de 3 mil entidades públicas a nivel nacional, se requiere de transparencia y mecanismos efectivos de prevención

dentro del proceso de selección.

Según el informe de la Contraloría General de la República el año 2023, el Perú perdió por temas de corrupción más de S/ 24 mil millones de soles, donde nace la pregunta ¿cómo luchamos contra la corrupción dentro de los concursos o licitaciones públicas?

Los proveedores que tenían conocimiento de irregularidades y actos de colusión dentro del proceso de selección, realizaban denuncias administrativas, penales y hasta periodísticas que caían en saco roto, porque ninguna impedía que el Estado firme el contrato con el adjudicatario que había sobornado o actuado de manera irregular. La única acción legal válida para denunciar transgresiones a la Ley de Contrataciones es y lo sigue siendo, el Recurso de Apelación una vez se publique la buena pro. No obstante, con la actual Ley 30225 y su Reglamento, se establecía una barrera burocrática para impugnar, esto es, el postor que quedó en segundo lugar tenía que pagar una garantía del 3 % del monto adjudicado, lo cual vulneraba derechos constitucionales como el acceso a la justicia y debido proceso (para mayor ilustración pueden leer el Caso Salazar Yarlénque - Exp. 3741-2004-AA/TC)

Sobre el particular, la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, dispone que ahora para interponer un recurso de apelación dentro de la segunda fase de la contratación (ahora se llamada selección), el postor impugnante únicamente pagará el 0.5 % lo cual es un monto razonable, que evidentemente generará un incremento en los recursos de apelación, pero también permitirán que el Tribunal de Contrataciones del Estado, se pronuncie sobre irregularidades o temas de corrupción para revocar adjudicaciones dirigidas a determinadas empresas coludidas con algún funcionario público o que en buena cuenta hayan transgredido la normativa. Los que no están de acuerdo con esta medida, es por que están de acuerdo con que la corrupción continúe en nuestro país, y a los que indican que se dilatarán las licitaciones, les respondo: cuando el órgano encargado de la contratación sabe planificar, también programa los plazos de apelación. Asimismo, el OECE puede implementar salas especializadas únicamente para ver los recursos de apelación. En la actualidad el Tribunal del OSCE es muy célere resolviendo apelaciones en menos de 30 días calendarios. ¿quién les dijo que comprar rápido es sinónimo de eficiencia?

Sobre los principios no hay novedad, debido a que el principio como el valor por dinero, causalidad, presunción de veracidad ya se encontraban reguladas en el Derecho Público, pero sí debemos destacar, que el legislador, tomó conocimiento que e Tribunal del OSCE actualmente viene sancionando entre el año 2021, 2022 y 2023 a más de 100 empresas mensualmente, cuyas externalidades negativas la estamos pagando todos los peruanos al día de hoy. Por ello, esta nueva ley adopta una posición más garantista y menos inquisitiva, donde se debe sancionar bajo criterios de causalidad aplicando una responsabilidad subjetiva en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Esperemos que los vocales del Tribunal del OSCE entiendan el mensaje. Lo que debe señalar expresamente el nuevo reglamento es que la responsabilidad sea subjetiva en procedimientos sancionadores conforme lo

estipula la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (revisar Sentencias del Tribunal en los Expedientes 02050-2002-PA/TC, 02192-2004-PA/TC, 00156-2012-PHC, 00020-2015- PI/TC)

Finalmente, durante estos últimos 25 años tanto el Ejecutivo y el Congreso entendieron que los mecanismos de solución de controversias en materia de contratación pública deben seguir siendo la Conciliación, el Arbitraje y la Junta de Prevención de Resolución de Disputas, y no regresar al poder judicial. El reto está en que el reglamento, articule procedimientos especiales para que se optimicen los mecanismos de solución de controversia, promoviendo la transparencia, el registro de los árbitros y sus laudos, el control y supervisión a los más de 250 Centros de Arbitraje que hay en el Perú. El camino es fortalecer las instituciones.

LO MALO:

Si bien el esquema de la Contratación Pública se mantiene: a) actos preparatorios; b) proceso de selección y c) ejecución de contrato (con otros términos que son irrelevantes); el Estado está apostando por las contrataciones a través de los contratos colaborativos y por Perú Compras. Esto será nuevo para todas las entidades y siendo sinceros los funcionarios no están capacitados para llevar adelante este tipo de procesos, salvo honrosas excepciones. ¿Esta nueva ley está pensada para empresas peruanas o empresas extranjeras? Que no nos sorprenda que empresas de China ganen obras públicas millonarias.

Lo que llama la atención es que la Ley le da el poder a Jefe de Perú Compras que puede ser asumido por cualquier persona que tenga 5 años de experiencia en la administración pública. ¿Ojo, que Perú Compras tendrá mayor protagonismo y presupuesto en esta nueva Ley, y la normativa ¿no le pide especialidad al jefe de Perú Compras?

Hay nuevas modalidades de contratación que son muy similares a las que ya existen en la actual Ley 30225 y su Reglamento. ¿cambiarle de nombre o el título o parafrasear el contenido de los artículos genera un cambio? ¿de que sirve nuevas modalidades en la contratación pública si hay poca competencia? El reglamento debe promover el apoyo a las pequeñas y medianas empresas para reactivar y dinamizar la economía.

El Reglamento debe articular en brindar una solución donde más fallamos (actos preparatorios) no sabemos planificar en la mayoría de casos, compramos a la peruana: a última hora, esto es, una de las razones por las cuales el Estado no ejecuta el presupuesto asignado. Se debe articular el Sistema Nacional de Abastecimiento Público, mejorar el SIAF, el presupuesto público.

El reto está en que el reglamento articule y detalle los procedimientos que se deben seguir en los errores frecuentes que tiene el Estado al momento de contratar como por ejemplo: detallas el procedimiento de los actos preparatorios y establecerles plazos al órgano encargado de contratación, mejorar el procedimiento para realizar consultas

y observaciones a las bases y pedir la elevación de bases al OECE para su pronunciamiento, mejorar el procedimiento para los adicionales, la modificación de los contratos, la garantía para el perfeccionamiento de contrato, la negociación del convenio arbitral,

LO FEO:

No logro entender porqué el legislador no mantuvo el término: “Ley de Contrataciones del Estado” cuando lo que esta nueva ley es una versión actualizada. Desde el decreto legislativo N° 1017 se mantuvo el término ya conocido por todos los actores de la contratación que entendían la finalidad de la actual ley 30225, y cuándo se debe aplicar.

Incorporar de contrabando contratos colaborativos en la Ley 32069, no hace que sea ley general de contrataciones públicas. Cuando uno hace referencia a contratos públicos, debe entender que el Estado tiene diferentes herramientas legales para contratar bienes, servicios y obras, como: las APPs, Reconstrucción con Cambios, Obras por impuestos, Contratos de Gobierno a Gobierno, Qali Warma, etc.

Indicar que estamos ante una nueva Ley General de Contrataciones Públicas, es un engaño muchachos. Sólo estamos ante una nueva versión de una Ley de Contratación con el Estado.

Había necesidad de que el OSCE ahora se llame OECE, el SEACE se llame PLADICOP ¿cuánto de presupuesto innecesario se gastará en realizar el cambio? Lo que va a suceder es la misma transición que tuvo el CONSUCODE (alguien recuerda esta página web que sigue en internet) con el OSCE. ¿ya se está implementando todas las plataformas que debe contar la nueva ley 32069?

Qué peor desacierto de poner como título: OECE – Organismo Especial de las Contrataciones Públicas Eficientes, entonces, ¿qué organismo supervisará las compras ineficientes? ¿qué organismo supervisará las compras donde hay corrupción? Ponerle la palabra eficiente, no creara una nueva realidad en nuestro país.

Más allá de la crítica constructiva, es pensar en el reglamento donde el legislador debe convocar a todos los actores a que participen, den su opinión, recoger mejoras porque si con esta nueva ley no se apoya al empresario peruano, seguiremos con mayor crisis en la economía, menos competencia, donde solo ganen licitaciones y concursos públicos, los malos empresarios que financian campañas políticas para luego pedirle un favor al gobierno de turno.



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

ENVÍA TU ARTÍCULO

Sobre Temas de Coyuntura en Arbitraje, Contratación
Pública y Derecho Administrativo



CORREO

eventos@caeperu.com / secretarioarbitral@caeperu.com

Consejo de Ministros aprobó proyecto para nueva Ley de contrataciones del Estado



El titular del Gabinete Ministerial, Alberto Otárola, anunció hoy durante conferencia de prensa que el Consejo de Ministro aprobó un proyecto de ley que propone una nueva Ley de contrataciones del Estado.

“Se ha aprobado el texto de una norma que va a marcar un antes y un después en el contexto de las adquisiciones del Estado”, aseguró el premier Otárola.

Al respecto refirió que el proyecto de ley es pionero ya que busca maximizar el uso de los recursos en las contrataciones que realiza el Estado.

“El Consejo de Ministros ha aprobado el proyecto de ley de la nueva Ley de contrataciones del Estado. Esta es una norma pionera pues va a maximizar el uso de los recursos en las contrataciones de bienes, servicios y obras”, remarcó.

Asimismo, señaló que dicha iniciativa tiene como base la lucha frontal contra la corrupción, ello debido a los altos índices de corrupción dentro de las entidades estatales además del gran número de funcionarios que se encuentran procesados.

“En la época del Covid ha existido más de 1,356 casos de

funcionarios que en estos momentos están siendo procesados por peculado, colusión, negociación incompatible, entre otras cosas, por un inadecuado uso de esta ley o por la falta de enfoque de prevención de corrupción y la ley vigente”, añadió Otárola.

Además, se considera también el destrabe de obras, acción necesaria para contribuir al desarrollo de las diferentes regiones donde existen obras que, por diversos motivos, aún no se han hecho realidad.

Añadió que dentro de las reformas planteadas se considera establecer contratos estandarizados y procesos más sencillos a fin de lograr la optimización de las obras.

“Se incorpora contratos estandarizados de ingeniería y de construcción con la experiencia internacional. Esta norma asimismo establece procedimientos de selección sencillos”, informó.

Finalmente, señaló que también se dispondrá de mayores impedimentos para que aquellos sancionados por corrupción no accedan a las contrataciones que realiza el Estado.



“Se amplían los impedimentos de los sancionados por corrupción y se establece el pacto de integridad en las contrataciones. Además, los procesos de contratación serán más cortos y eficientes”, resaltó.

En otro momento, el premier también manifestó que se prorrogará el Estado de emergencia en La Libertad y las provincias de Putumayo y Mariscal Castilla en Loreto con motivo de enfrentar a las mafias organizadas en dichas zonas.

Primera version del proyecto de la nueva ley de contrataciones (DALE CLIC)

Posible version final del proyecto aprobado por el consejo de ministros (DALE CLIC)



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

Membresía CAE - 2024

Únete a la red más grande de árbitros, y adquiere nuestros beneficios institucionales.



www.caeperu.com



MTC Aprobó Cuestionado Convenio Arbitral Mediante Resolución Ministerial



Es claro que la Ley de Contratación Pública, apuesta por el Arbitraje Institucional, esto es, por que un Centro de Arbitraje de prestigio y serio que administre arbitrajes donde participe el Estado Peruano.

No obstante, mediante Resolución Ministerial 351-2024-mtc/01 de fecha 21 de junio del presente año, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC aprobó una proforma de convenio arbitral que sería vinculante e incorporada en las bases estandarizadas al momento de publicarse una licitación pública o concurso Público u otra modalidad de contratación.

El convenio arbitral propuesto llamó la atención a varios operadores del arbitraje, toda vez que se nombra una lista cerrada de Centros de Arbitraje, entre ellos, Centros de Arbitraje reconocidos por su trayectoria y respaldado por universidades o cámaras de comercio de prestigio, pero también en el anexo 2, se advierte Centros de Arbitraje de dudosa reputación que tienen denuncias a nivel arbitral, judicial y hasta penal, por actuaciones irregulares en arbitrajes de emergencia, y dando trámite a procesos cuyo convenio arbitral designada a otras instituciones por voluntad de las partes.

En este contexto, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Cuál es el estándar que tiene el MTC para nominar una lista cerrada de Centros de Arbitraje? ¿Dónde queda la libertad de las partes en fijar un centro de arbitraje? ¿qué pasa con los centros de arbitraje de provincia? ¿qué pasará con las opiniones del OSCE que se pronuncian sobre el convenio arbitral?

Si se quiere salvaguardar la institución del Arbitraje en nuestro país, las buenas prácticas es tarea de todos los actores que participan en este mecanismo eficiente y eficaz para solucionar de la controversia. Es clave hoy por hoy, separar el trigo de la paja, de lo contrario, habrá congresistas que no dudarán en aprovechar la coyuntura para proponer que el Estado deba solucionar sus conflictos en el Poder Judicial. ¿Es tiempo de regular una Ley de Arbitraje en Contratación Pública?

Enlace para ver la noticia completa:

<https://www.caeperu.com/noticias/MTC-aprobado-cuestionado-convenio-arbitral-mediante-resolucion-ministerial.html>

GRACIAS A TODOS LOS QUE HICIERON POSIBLE VII CONGRESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE



UNA GRAN COMUNIDAD ARBITRAL

Problemática sobre Registro Nacional de Árbitros



Lima, 31 de Agosto 2023

OFICIO N° 0562-2023-MTC/07

Señora Doctora

LAURA LISSET GUTIÉRREZ GONZÁLES
PRESIDENTA EJECUTIVA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE
AV. GREGORIO ESCOBEDO CDRA 7 RES. SAN FELIPE SN
(RESIDENCIAL FELIPE) LIMA LIMA JESUS MARIA - JESÚS MARÍA
Presente.-

Asunto : Reitero problemática sobre Registro Nacional de Árbitros.

Referencia : Oficio N° 0487-2023-MTC/07 (HR 384372-2023)

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme a usted, a fin de saludarla cordialmente y hacerle llegar nuestro reconocimiento por la implementación del Registro Nacional de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, instrumento relevante en la defensa jurídica del Estado,

así también por el exhaustivo procedimiento de registro de profesionales para su desempeño como árbitros en los procesos de arbitraje sobre materia de contrataciones públicas.

Consideramos oportuno hacer presente que en el sector de Transportes y Comunicaciones (Provias Nacional, Provias Descentralizado, Equipo Especial de Reconstrucción Transportes y otros) existe una cantidad muy importante de contratos vigentes, los cuales en su gran mayoría tienen objetos contractuales especializados y de millonarios montos contractuales, siendo relevante que cada contrato represente a uno o varios procesos arbitrales en potencia con características de complejidad y elevada cuantía, que necesariamente deberán ser resueltos por árbitros idóneos, altamente especializados y con amplia experiencia en la resolución de las controversias en dichas materias.

Además, como es de público conocimiento, este Despacho tiene la mayor carga procesal en arbitrajes a nivel nacional, y siendo responsable de la efectiva defensa jurídica del Estado peruano en cada uno de los procesos arbitrales en materia de obras públicas, consultoría de obras públicas, adicionalmente, asumimos el delicadísimo encargo de proponer la designación de árbitros, lo cual y en aras de evitar la reiteración en la designación de árbitros y cumplir con el mandato legal

establecido en el artículo 45.16 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado¹ ha sido arduo.

Para cumplir con lo dispuesto en la normativa señalada, y en los últimos años, el listado de árbitros ha sufrido diversos cambios, en el 2021 se encontraban inscritos 44 árbitros, en el 2022, 152 árbitros y a la fecha son 74 árbitros. Es entendible que este nuevo panorama ocasione una profunda y justificada preocupación, pues las alternativas de elección para la defensa del Estado se han reducido drásticamente y lo colocan en una situación de indefensión innecesaria por lo siguiente:

- De los profesionales que se encuentran registrados, se advierte que no todos tienen experiencia previa y acreditada en obras públicas o consultorías de obras públicas, materia recurrente en nuestros procesos arbitrales.
- De la actual lista, este Despacho ha designado a diversos profesionales y volver a elegirlos significa un alto riesgo de que sean recusados por los contratistas bajo el pretexto de su participación reiterada en los arbitrajes en trámite y, lo que es peor, la Entidad tendrá que volver a elegir un nuevo árbitro con la consecuencia de que las actuaciones arbitrales se repitan, se reajusten los honorarios arbitrales y el laudo se emitan fuera de los cronogramas establecidos. Todo ello conlleva a que el Estado aún mantenga en sus registros los contratos vigentes porque se encuentran en arbitraje, retrasando la oportuna satisfacción del interés público.
- Los profesionales inscritos en el Registro y por elevada cantidad de procesos arbitrales que a nivel nacional se tramitan, es muy probable que no acepten las designaciones por no contar con la disponibilidad de participar por los compromisos asumidos como integrantes de tribunales.

En ese sentido, muy respetuosamente, reiteramos nuestra sugerencia de implementar mecanismos idóneos y eficaces para ampliar el número de árbitros inscritos en el mencionado Registro o a fin que la defensa jurídica del Estado sea equitativa a la defensa de los contratistas, y en un próximo futuro contar con una extendida lista a fin de elegir profesionales con vasta y reconocida experiencia en la resolución de controversias en materia de contrataciones con el Estado.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

DAVID ANIBAL ORTIZ GASPAR

PROCURADURIA PUBLICA

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

CC:

Dirección General de Abastecimiento
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

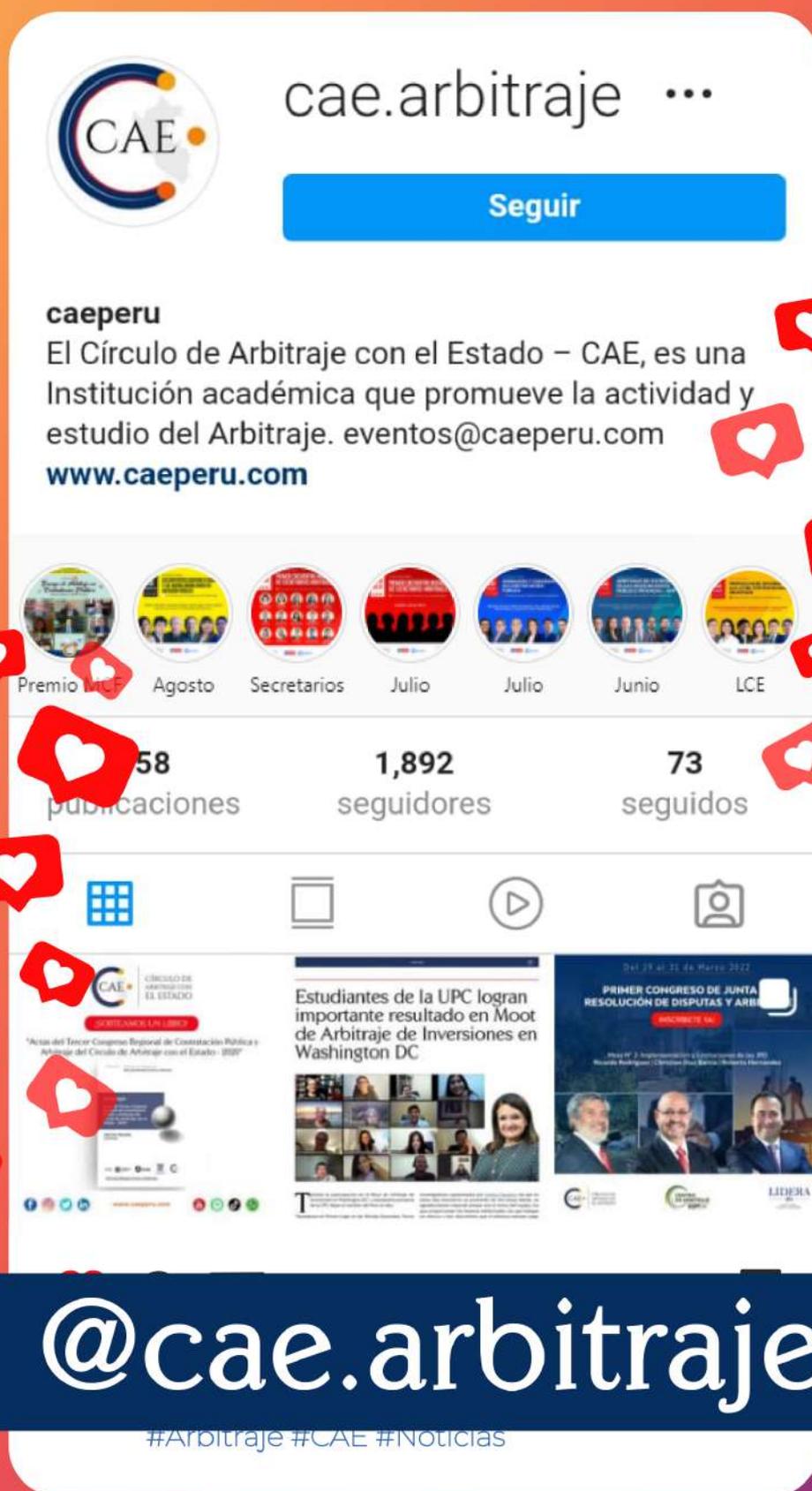
DAOG/vcldl

Adjunto: Oficio N° 0483-2023-MTC/07

1. Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (...)

45.16 Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Asimismo, para la designación residual del presidente del Tribunal Arbitral en una institución arbitral o ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros."

Síguenos en Instagram



www.caeperu.com



Proyecto de Ley que busca modificar la Ley de Contrataciones del Estado

Proyecto de Ley N° 5472/2022-PE

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Lima, 23 de junio de 2023

OFICIO N° 206 -2023 -PR

Señor
JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del 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 de Contrataciones del Estado.

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

Atentamente,

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA
Presidenta de la República

LUIS ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Consejo de Ministros



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

**CONÉCTATE
CON CAE**

**ÚNETE A LA
COMUNIDAD
DEL MUNDO
DEL ARBITRAJE**

984 106 319

951 044 680



www.caeperu.com



Proyecto de Ley Incorpora Nuevas Causales para Sancionar a Proveedores del Estado

Proyecto de Ley N° 5472/2022-PE

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Lima, 23 de junio de 2023

OFICIO N° 206 -2023 -PR

Señor
JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del 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 de Contrataciones del Estado.

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

Atentamente,

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA
Presidenta de la República

LUIS ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Consejo de Ministros



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

Secretaría Arbitraje CAE

Sede San Borja



CONTÁCTANOS
01) 5406369 - 984 106 319

INFORMES
Eventos@caeperu.com
secretarioarbitral@caeperu.com



www.caeperu.com



Casación Subsanación Voluntaria del 20.07.23

probatorios presentados en la etapa administrativa, y corresponde al órgano jurisdiccional valorarlos a fin de cautelar el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ambos protegidos constitucionalmente, como en efecto ha ocurrido en la presente controversia por parte de las instancias de mérito, lo que se ajusta a derecho.

3.6.4 Cabe señalar que en la presente controversia, conforme lo tienen determinado las instancias de mérito, durante el procedimiento contencioso tributario, tanto el ente recaudador como el Tribunal Fiscal han soslayado el principio de verdad material, aplicable supletoriamente conforme a la norma IX del título preliminar del Código Tributario, por lo que en mérito del referido principio, estas entidades debieron verificar plenamente los hechos que sirvieron de motivo a sus decisiones, para lo cual debieron adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En tal sentido, correspondía que las mencionadas entidades, admitieran y valoraran los medios probatorios presentados en forma extemporánea a fin de determinar la fehaciencia de las operaciones observadas, y, de este modo, dar cumplimiento al principio de verdad material antes señalado.

3.6.5 Finalmente, es del caso citar a Juan Monroy Gálvez, quien expone: "Desde la perspectiva de la tutela jurisdiccional efectiva, el objeto del contencioso

CASACIÓN N° 8716-2022 LIMA

TEMA: EXIMIENTE DE SANCIÓN DE MULTA

Sumilla: Conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo de artículo 145 de la Ley General de Aduanas, establecía como condiciones para eximirse de la sanción de multa: i) que la mercancía encontrada fuese mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera; ii) que se declare la mercancía encontrada, se pague la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan; y iii) se solicite la rectificación de la declaración aduanera de mercancías dentro de los tres (03) meses transcurridos desde la fecha del otorgamiento de levante.

PALABRAS CLAVE: subsanación voluntaria, eximente de sanción de multa, artículo 145 de la Ley General de Aduanas, declaración aduanera incorrecta o incompleta

Lima, dieciséis de mayo de dos mil veintitrés

QUINTA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VISTOS La causa número ocho mil setecientos dieciséis - dos mil veintidós, Lima; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha: la Sala

TEMA: EXIMIENTE DE SANCIÓN DE MULTA

Sumilla: Conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas, establecía como condiciones para eximirse de la sanción de multa: i) que la mercancía encontrada fuese mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera; ii) que se declare la mercancía encontrada, se pague la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan; y iii) se solicite la rectificación de la declaración aduanera de mercancías dentro de los tres (03) meses transcurridos desde la fecha del otorgamiento del levante.

PALABRAS CLAVE: subsanación voluntaria, eximente de sanción de multa, artículo 145 de la Ley General de Aduanas, declaración aduanera incorrecta o incompleta

Lima, dieciséis de mayo de dos mil veintitrés

QUINTA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VISTOS La causa número ocho mil setecientos dieciséis - dos mil veintidós, Lima; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; la Sala integrada por los señores

Jueces Supremos Burneo Bermejo (Presidente), Bustamante Zegarra, Delgado Aybar, Llap Unchon y Tovar Buendía, luego de verifi cada la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de mcasación interpuesto por el representante legal de la empresa CASOR ADUANEROS S.A.C., mediante escrito de fecha veinticinco de enero de dos mil veintidós (fojas dos mil trece del expediente judicial electrónico - EJE), contra la sentencia de vista emitida con resolución número catorce, del veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno (fojas ciento ochenta y seis del EJE), que confi rma la sentencia apelada expedida mediante resolución número diez, del veintiuno de julio de dos mil veintiuno (fojas ciento veintiocho del EJE), que declaró infundada la demanda en todos sus extremos.

I.1. Antecedentes

I.1.1 Demanda

El veintinueve de octubre de dos mil diecinueve, la empresa CASOR ADUANEROS S.A.C. interpone demanda contencioso administrativa contra el Tribunal Fiscal y contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración

Tributaria (SUNAT), formulando pretensiones de nulidad de la Resolución de Tribunal Fiscal N° 06683-A-2019, que confirmó el artículo tercero de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018-000925, del veintidós de junio de dos mil dieciocho, emitida por la Intendencia de Aduana Marítima del Callao. Como pretensión accesoria, solicita se declare la nulidad de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018-000925 y la Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017-000601. Fundamentos de la demanda La demandante sustenta su demanda en los siguientes fundamentos: 1. Sostiene que el importador le entregó únicamente la factura Comercial FV/1/17/01162, y la Factura Comercial FV/1/17/01163 le fue entregada por el importador después del despacho aduanero cuando la mercancía ya se encontraba en el local del importador.

Agrega que el formato B de la DAM se declaró solo la primera factura y una sola maquina compresora añadiendo que se incluye accesorios y repuestos para su normal funcionamiento, y que en el almacén el importador empieza el armado de la compresa encontrando partes y piezas sobrantes que inicialmente consideró accesorios y repuestos pero después comprendió que era en realidad otra compresora, y por tal razón se recomendó solicitar la rectificación de la DAM para incorporar la segunda factura y pagar los tributos correspondientes, así, con fecha 22 de junio de 2017 se genera la autoliquidación de cobranza N° 118-117114 pagando los tributos de la segunda compresora por un monto de US\$ 40,709.00, y se solicita la rectificación de la DAM para abrir la serie 2 e incorporar la maquina compresora correspondiente a la segunda factura al amparo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas. 2. Señala que no ha contradicho la infracción y la consecuencia es la multa, pero cuando los privados voluntariamente reconocen esta infracción rectifican la DAM para incluir la mercancía no declarada y pagan los tributos, se les exige de sanción. 3. Refiere que el Tribunal Fiscal no ha comprendido el artículo 145 de la Ley General de Aduanas pues la infracción no está en cuestionamiento, el tema se centra en la sanción, si bien ante la infracción procede la multa, se exige de ella cuando la subsanación es voluntaria por lo que la SUNAT no debió cobrar la sanción. 4. Sostiene que se cumplió el supuesto del artículo 145 debido a que la mercancía es encontrada por el dueño o consignatario con posterioridad al levante y la mercancía es mayor a la consignada en la declaración aduanera debido a que se declaró un compresor y se encontró dos compresores, por lo que podía ser declarar sin ser sujeto a sanción y con el solo pago de la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan; agrega que carece de relevancia si el error fue del proveedor, del agente de carga, del transportista, del agente de aduana, del almacenista o del importador, no se trata de averiguar quién cometió el error, sino de tender un puente para restablecer la situación y pagar los tributos. 5. Señala que es una paradoja que si no se verifica el artículo 145, esto es, si lo encontrado (dos compresores) no es mayor a lo declarado (un compresor), entonces, como el Tribunal Fiscal señala que los hechos se subsumen en la infracción de declaración incorrecta de cantidad comercial.

I.1.2 Sentencia de primera

instancia El Décimo Octavo Juzgado Especializado en lo

Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, por sentencia emitida mediante resolución número diez, del veintiuno de julio de dos mil veintiuno (fojas ciento veintiocho del EJE), declaró infundada la demanda. Fundamento: El Juzgado sustenta su resolución principalmente en lo siguiente: [...] debe entenderse que cuando el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas hace referencia a que el dueño o consignatario encuentre mercancía mayor a la consignada en la declaración quiere decir que se encuentre un exceso de unidades físicas de la mercancía declarada, sea este exceso del mismo tipo de la mercancía declarada, lo cual no ocurrió en el presente caso, debido a que se encontró otra mercancía que no había sido declarada a pesar de contar con la documentación para ello, por lo que incurrió en una incorrecta declaración.

I.1.3 Sentencia de vista La Séptima

Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite la sentencia de vista mediante resolución número catorce, del veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno (fojas ciento ochenta y seis del EJE), que confirma la sentencia apelada expedida mediante resolución número diez, del veintiuno de julio de dos mil veintiuno (fojas ciento veintiocho del EJE), que declaró infundada la demanda en todos sus extremos. Fundamentos La sentencia de vista sostiene: “En el caso en concreto, se advierte de autos administrativos, que al numerarse la DAM N° 118-2017-10-227225 se consignaron los datos referidos a la compresora sustentada en la Factura Comercial N° FV/1/17/001162, indicándose en el casillero 7.35 “Descripción Mercancías” los detalles relacionados a esta, como: “Maquina Compresora 1800, N° de pedido 4700005630, Número de Serie 24787, Incluye: accesorios y repuestos para su funcionamiento”, entre otros. Sin embargo, cabe precisar que el Conocimiento de Embarque N° EME -848241 consignado en el casillero 7.8 de la DAM, está relacionado a las Facturas Comerciales N° FV/1/17/001162 y N° FV/1/17/001163, cada una de las cuales está referida a una compresora diferente e identificable conforme se puede apreciar de las mismas, que se distinguen entre sí por su descripción del producto, número de serie, valor FOB, pedido de cliente, código de producto y otros. Asimismo, en el casillero 9 de la DAM se incluyó un listado de documentos que fueron detallados en el Volante de Despacho N° 6500386744, que a su vez están relacionados con el Conocimiento de Embarque mencionado y con el detalle de ambas compresoras contenido en el documento BL N° EME848241 (Bill of Lading). En ese sentido, se corrobora que la Agencia de Aduanas efectuó una declaración incompleta respecto al valor y cantidad de las mercancías, porque en el respaldo documentario de la DAM se incluyeron las dos compresoras que fueron sustentadas en dos facturas diferentes y pese a ello no se consignaron expresamente los datos de ambas. Bajo tal contexto, esta Sala Superior considera que el derrotero para identificar la configuración del supuesto previsto en el artículo 145 de la acotada Ley consiste en determinar si la compresora sustentada en la Factura N° FV/1/17/001163 constituyó mercancía en exceso; sin embargo, como se ha determinado, ello no fue así,

porque la DAM se sustentó con diversa documentación en la que sí se consideraba dicha mercancía. Por tanto, teniendo en cuenta que en la declaración se consignó el Conocimiento de Embarque que hacía referencia a ambas compresoras, se colige que no se confi guró la existencia de un exceso de unidades físicas". I.2 Recurso de casación Me diante escrito de fecha veinticinco de enero de dos mil veintidós, la empresa CASOR ADUANEROS S.A.C. interpone recurso de casación (fojas doscientos trece del EJE). Sustenta su recurso en las siguientes infracciones normativas: a) Infracción normativa consistente en la afectación del numeral 3 del literal b del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1053 La recurrente menciona que la Sala Superior ha señalado en su sentencia de vista que no se verificó el supuesto de infracción previsto en el numeral 3 del literal b del artículo 192 de la Ley General de Aduanas. Sin embargo, ha ratificado la imposición de la sanción, basándose meramente en que la comisión de la infracción no era materia de cuestionamiento por parte de la recurrente; pese a que lo correcto era, más allá de lo discutido en la controversia, aplicar con rigurosidad lo previsto en la ley. b) Infracción normativa consistente en la afectación del artículo 145 de la Ley General de Aduanas La parte recurrente señala que la Sala Superior no ha considerado que todas las condiciones fácticas previstas en el artículo 145 de la Ley General de Aduanas concurren. En primer lugar, que el dueño o consignatario ha hallado mayor o distinta mercancía a la consignada en la declaración aduanera. En ese aspecto, la norma en cuestión no atiende subjetividades como de quién fue el error, sino que busca tener un puente para poner en funcionamiento el círculo virtuoso de su fundamento económico. Por otro lado, la segunda condición fáctica es que la mercancía hallada haya sido mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera; lo cual evidentemente se da, ya que, de lo contrario ni siquiera se habría confi gurado la infracción prevista en el numeral 3 del literal b del artículo 192 de la Ley General de Aduanas. Finalmente, la tercera condición fáctica hace referencia a que, a opción del importador, la mercancía podría ser declarada con el solo pago de la deuda tributaria aduanera y recargos correspondientes, sin ser sujeta a sanción. Es por todo ello que, en el presente caso, corresponde la exención de sanción a la recurrente; ya que de lo contrario, en ningún otro escenario, sería aplicable el artículo 145 de la Ley General de Aduanas. Auto calificatorio Mediante el auto calificatorio de fecha veintiuno de junio de dos mil veintidós, emitido por la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se declara procedente el recurso de casación interpuesto por CASOR ADUANEROS S.A.C. por las causales señaladas en el acápite anterior (fojas ciento trece del cuaderno de casación).

III. CONSIDERANDO Primero: Delimitación del petitorio Es objeto de pronunciamiento en sede casatoria el recurso extraordinario de casación interpuesto por la empresa CASOR ADUANEROS S.A.C. contra la sentencia de vista, que confi rmó la sentencia apelada, que declaró infundada la demanda contenciosa administrativa sobre nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 06683-A2019, del veintidós de julio de dos mil diecinueve. Segundo: Sobre la infracción normativa consistente en la afectación del numeral 3 del literal b) del

artículo 192 de la Ley General de Aduanas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1053 2.1 La empresa recurrente aduce en esencia que en la sentencia de vista no se verificó el supuesto de infracción previsto en el numeral 3 del literal b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas. Sin embargo, afirma que ha ratificado la imposición de la sanción, basándose meramente en que la comisión de la infracción no era materia de cuestionamiento por parte de la recurrente, pese a que lo correcto era, más allá de lo discutido en la controversia, aplicar con rigurosidad lo previsto en la ley. 2.2 A fin de verificar si la sentencia impugnada ha incurrido en la infracción normativa denunciada, corresponde acudir a sus fundamentos:

2.2.1 Al respecto, en su considerando sexto, la recurrida expone los hechos acontecidos en la presente controversia: [...] mediante Declaración Aduanera de Mercancía N° 118-2017-10-227225 5 numerada el 21 de junio de 2017, seleccionada a canal de control verde, la empresa SAN MIGUEL INDUSTRIAS PET S.A., representada por la Agencia de Aduanas CASOR ADUANEROS S.A.C., solicitó a consumo 12 bultos con un peso bruto de 28,980.00 kilos, conteniendo 01 maquina compresora, amparada en la Factura Comercial N° FV/ 1/17/01162 consignando un valor FOB de US\$ 202,087.442, un Flete de US\$ 5,902.853 y un Seguro de US\$ 111,800, así como amparada en el Conocimiento de Embarque N° EME-848241. Sin embargo, el 22 de junio del mismo año, la mencionada Agencia de Aduanas solicitó la rectificación de tal DAM con la finalidad de que se incorpore una serie y se adicione la Factura Comercial N° FV/1/17/01163, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas. Ante lo cual, la SUNAT expidió la Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017-000601, de fecha 3 de julio de 2017, mediante la que declaró la improcedencia de dicha solicitud y dispuso su rectificación de oficio, así como le impuso sanción de multa por comisión de la infracción prevista en el numeral 3, inciso b) del artículo 192 de la acotada Ley. Seguidamente, la Agencia de Aduanas interpuso recurso de reclamación contra la citada resolución, la misma que fue desestimada mediante la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018 -000925, de fecha 22 de junio de 2018, que a su vez fue apelada por la ahora demandante, dando lugar a la Resolución del Tribunal Fiscal N° 06683-A-2019, de fecha 22 de julio de 2019, en la que el colegiado administrativo confi rmó el Artículo Tercero de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018- 000925, esto es, el único extremo cuestionado por la Agencia de Aduanas referido a la imposición de sanción multa. No estando conforme con dicha decisión, CASOR ADUANEROS S.A.C. interpuso demanda contenciosa administrativa señalando como sustento de sus pretensiones nulificantes que en la DAM declaró solo un compresor porque la segunda factura correspondiente al otro compresor le fue entregada con posterioridad, cuando la mercancía ya estaba en el local del importador y ellos mismos detectaron al proceder con el armado que en realidad habían dos unidades de compresores; motivo por el cual solicitó la rectificación de la DAM, para incorporar la segunda factura vinculada al segundo compresor y pagar los tributos correspondientes. De esta forma, tanto en la vía administrativa como en el presente proceso, la recurrente ha alegado principalmente que no discute la infracción, sino que la sanción de multa impuesta por la Aduanas no se le haya eximido, en

aplicación del artículo 145 de la Ley General de Aduanas, en tanto, existió voluntariedad de su parte para rectificar la DAM, cumpliendo con todas las condiciones de dicho dispositivo normativo [...]. [Subrayado agregado] 2.2.2 De otra parte, la recurrente aduce que en la sentencia de vista no se verificó el supuesto de infracción previsto en el numeral 3 del literal b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas. Al respecto, en el décimo considerando de la sentencia recurrida, página once, se expone que: [...] según los fundamentos esbozados por el colegiado administrativo, se concluyó que en la DAM N° 118-2017-10-227225 se declaró el valor y la cantidad de las mercancías de forma incompleta porque la documentación que la sustentó no guarda conformidad con dichos aspectos; lo cual, no supone per se, que los hechos se subsuman en el supuesto expresado en el precitado artículo 145, dado que no se trató de mercancía encontrada por el dueño mayor a la consignada en la declaración aduanera, sino que en esta se detallaron datos que interpretados conjuntamente con su documentación sustentatoria permiten colegir que la declaración aduanera contiene información incompleta de las mercancías [...]. 2.2.3 En tal sentido, se advierte que la sentencia de vista, en efecto, contiene un pronunciamiento sobre que la recurrente incurrió en la infracción imputada sobre la base de lo anteriormente analizado por el colegiado administrativo, de modo que, conforme lo afirma la recurrente, en la sentencia de vista no se verificó el supuesto de infracción previsto en el numeral 3 del literal b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas¹, toda vez que dicho aspecto, al no haber sido impugnado en el presente proceso judicial, la sala revisora entiende que tiene calidad de cosa decidida, habiendo quedado firme dicho extremo, razón por la cual, resultaba válido que no proceda a su verificación.

Sobre la calidad de cosa decidida, el Tribunal Constitucional ha interpretado que: La inmutabilidad de la cosa juzgada forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, que esta garantía se extiende a los actos administrativos firmes que hayan adquirido la cualidad de cosa decidida (cf. STC 05807-2007-PA/TC y 00419-2013-PA/TC). Sin que ello implique negar las diferencias entre proceso judicial y procedimiento administrativo, el Tribunal ha entendido que las garantías de inimpugnabilidad e inmodificabilidad de la cosa juzgada se extiendan, mutatis mutandis, a los actos administrativos firmes.² En la presente controversia, la empresa recurrente no ha cuestionado en el presente proceso judicial, la infracción imputada por la autoridad aduanera mediante Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017- 000601, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete, que le impuso la sanción de multa por la comisión de la infracción prevista en el numeral 3 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, con lo cual dicho acto administrativo ha quedado firme. 2.2.4 Cabe señalar que, conforme se expone en el ítem 2.2.1 del segundo considerando, la sentencia impugnada tiene anotado que la empresa recurrente no discute la comisión de la infracción imputada. Al respecto, se advierte que la empresa recurrente en su escrito de demanda, ítem 4.5, indica: 4.5 Respecto a la infracción no existe cuestionamiento, por lo que el Tribunal Fiscal se equivoca al señalar que, por haberse cometido infracción, no procede la aplicación del artículo 145 [...]. Pero, repetimos, la infracción no estaba en cuestionamiento.

[Énfasis agregado] 2.2.5 En consecuencia, por los fundamentos antes señalados, no se aprecia que la sentencia de vista haya incurrido en afectación del numeral 3 del literal b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1053, conforme denuncia la recurrente. Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso presentado. Tercero: Sobre la infracción normativa consistente en la afectación del artículo 145 de la Ley General de Aduanas 3.1 La parte recurrente señala que la Sala Superior no ha considerado que todas las condiciones fácticas previstas en el artículo 145 de la Ley General de Aduanas concurren. En primer lugar, que el dueño o consignatario ha hallado mayor o distinta mercancía a la consignada en la declaración aduanera; en ese aspecto, la norma en cuestión no atiende subjetividades, como de quién fue el error, sino que busca tener un puente para poner en funcionamiento el círculo virtuoso de su fundamento económico. La segunda condición fáctica es que la mercancía hallada haya sido mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera; lo cual evidentemente se da, ya que, de lo contrario, ni siquiera se habría configurado la infracción prevista en el numeral 3 del literal b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas. Finalmente, la tercera condición fáctica hace referencia a que, a opción del importador, la mercancía podría ser declarada con el solo pago de la deuda tributaria aduanera y recargos correspondientes, sin ser sujeta a sanción. Es por todo ello que afirma la empresa recurrente que, en el presente caso, le corresponde la exención de sanción de multa conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas. 3.2 Conforme lo tienen determinado las instancias de mérito, la sentencia de vista expone en su sexto considerando que: 3.2.1 Con fecha veintiuno de junio de dos mil diecisiete, fue numerada la Declaración Aduanera de Mercancía N° 118-2017-10-227225, seleccionada a canal de control verde, por la cual la recurrente solicitó a consumo doce bultos con un peso bruto de 28,980.00 kilos, conteniendo una maquina compresora, amparada en la Factura Comercial N° FV/1/17/01162; se consignó un valor FOB de doscientos dos mil ochenta y siete dólares con cuatrocientos cuarenta y dos centavos (US\$ 202,087.442), un flete de cinco mil novecientos dos dólares con ochocientos cincuenta y tres centavos (US\$ 5,902.853) y un seguro de ciento once mil ochocientos dólares (US\$ 111,800), así como amparada en el Conocimiento de Embarque N° EME-848241. 3.2.2 Con fecha veintidós de junio del mismo año, la empresa recurrente en su condición de agencia de aduanas solicitó la rectificación de la referida declaración aduanera de mercancías con la finalidad de que se incorpore una serie y se adicione la Factura Comercial N° FV/1/17/01163, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas. 3.2.3 Ante dicha solicitud de rectificación, la SUNAT expidió la Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017- 000601, del tres de julio de dos mil diecisiete, mediante la que declaró la improcedencia de la solicitud de la recurrente, dispuso la rectificación de oficio de la misma declaración aduanera de mercancía, y le impuso la sanción de multa por comisión de la infracción prevista en el numeral 3 del inciso b) del artículo 192 de la mencionada ley. 3.3 Respecto a la norma denunciada, la sentencia de vista se pronuncia en el tercer párrafo de la página trece y en el último párrafo del décimo primer considerando, señalando lo siguiente: [...] Sin

embargo, la configuración del tipo infractor precisado relacionado a la incompleta declaración de la información referida a la cantidad comercial de la mercancía, no implica per se la configuración del supuesto de hecho contenido en el artículo 145 de la normativa especial, toda vez que, el cuestionamiento de la cantidad de la mercancía para la imposición de sanción no supone que en vía de rectificación esta se trate de una cantidad en exceso. Máxime, si a ello se añade que para la aplicación de la exención de multa no se requiere únicamente la condición de voluntariedad, como señala la apelante, sino la concurrencia de todas las condiciones que su regulación misma abarca [...]. [...] Bajo tal contexto, esta Sala Superior considera que el derrotero para identificar la configuración del supuesto previsto en el artículo 145 de la acotada Ley consiste en determinar si la compresora sustentada en la Factura N° FV/1/17/001163 constituyó mercancía en exceso; sin embargo, como se ha determinado, ello no fue así, porque la DAM se sustentó con diversa documentación en la que sí se consideraba dicha mercancía. Por tanto, teniendo en cuenta que en la declaración se consignó el Conocimiento de Embarque que hacía referencia a ambas compresoras, se colige que no se configuró la existencia de un exceso de unidades físicas. En consecuencia, corresponde desestimar los agravios invocados [...].

3.3.1 Conforme se advierte de lo desarrollado por la sentencia de vista, la misma no analiza los presupuestos comprendidos en el artículo 145 de la Ley General de Aduanas ni desarrolla cuáles son las condiciones que deben concurrir para la exención de la multa; solo centraliza su análisis en los elementos que concurrieron para afirmar que la empresa recurrente incurrió en la infracción imputada, lo cual, como se ha señalado, no ha sido materia de cuestionamiento.

3.4 En tal sentido, corresponde analizar las disposiciones del segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1053 y modificado por el Decreto Legislativo N° 1102 (publicado el veinte de junio de dos mil doce), el cual establece que: Artículo 145.- Mercancía declarada y encontrada En caso que la mercancía encontrada por el dueño o consignatario con posterioridad al levante fuese mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera, a opción del importador, ésta podrá ser declarada sin ser sujeta a sanción y con el solo pago de la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan, o podrá ser reembarcada. La destinación al régimen de reembarque sólo procederá dentro del plazo de treinta (30) días computados a partir de la fecha del retiro de la mercancía. Asimismo, corresponde concordar las disposiciones del artículo 145 con el artículo 199 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2009-EF, modificado por Decreto Supremo N° 245-2013-EF, que establece lo siguiente: Conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley, el dueño o consignatario podrá solicitar la rectificación de la declaración aduanera dentro de los tres (03) meses transcurridos desde la fecha del otorgamiento del levante en caso encontrará mercancía en mayor cantidad o distinta a la consignada en la declaración de mercancías. La Autoridad Aduanera aceptará la rectificación de la declaración previa presentación de la documentación sustentatoria y del pago de la deuda tributaria aduanera y recargos que correspondan. Las normas bajo comentario establecen las condiciones para eximirse de la sanción de multa, que son: i) que la mercancía

encontrada fuese mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera; ii) que se declare la mercancía encontrada, se pague la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan y iii) se solicite la rectificación de la declaración aduanera de mercancías dentro de los tres (03) meses transcurridos desde la fecha del otorgamiento del levante. Nótese que la norma del citado artículo 199 señala que: “La Autoridad Aduanera aceptará la rectificación de la declaración, previa presentación de la documentación sustentatoria y del pago de la deuda tributaria aduanera y recargos que correspondan”, lo que enfatiza el aspecto voluntario de la subsanación de la infracción imputada por parte del infractor, todo lo cual supone que, de producirse las condiciones antes enumeradas, tal infractor resultará eximido de la sanción.

3.5 Cabe concordar las disposiciones del segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas con el artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, norma publicada el veinte de marzo de dos mil diecisiete³. En la misma línea, el numeral 1 del artículo 255 del anotado texto único, establece las condiciones eximentes de responsabilidad por infracciones, señalando en el literal f) como causal eximente a “la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253”. 3.5.1 Sobre el particular, Natalia Mori Torres ha sostenido que la finalidad de la subsanación voluntaria es “promover el autocontrol por parte de los sujetos infractores de modo que estos, voluntariamente, y sin activar el aparato estatal, con los costos que ello implica, corrijan su conducta”, por lo que afirma que “al haber incorporado la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad ha reconocido que el restablecimiento de la legalidad prima sobre el interés de imponer un castigo al infractor. En otras palabras, la ley prefiere incentivar que los administrados subsanen voluntariamente sus infracciones administrativas antes que imponerles un castigo”. Continúa explicando que “se trata de la aplicación de la llamada ‘técnica de las excusas absolutorias’ en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, privilegia el efectivo restablecimiento voluntario de la legalidad quebrantada por la infracción cometida”. Concluye esta autora que “la subsanación voluntaria como eximente es perfectamente compatible con el fin preventivo de la sanción en tanto incentiva a que los sujetos corrijan su conducta y se adecúen a lo previsto en la respectiva normativa”. Para definir el término “subsanar”, la misma autora lo define en el sentido que el sujeto infractor debe acreditar haber efectivamente corregido su conducta cumpliendo con el acto debido o dejando de incurrir en la conducta prohibida, dependiendo de si se trata de una infracción por acción u omisión, respectivamente. En suma, para Mori Torres, “la subsanación voluntaria implica adoptar voluntariamente las medidas que sean necesarias para restablecer el orden alterado por la infracción cometida”⁵

3.5.2 En la presente controversia, con la solicitud de rectificación de la declaración aduanera de mercancías,

presentada el veintidós de junio de dos mil diecisiete, mediante Expediente N° 118-URD109-2017-035779-9 (fojas noventa y cuatro a del expediente electrónico administrativo), es posible advertir que se cumplen los supuestos legales establecidos por el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas, toda vez que con posterioridad al levante y dentro del plazo legal establecido, mediante la solicitud de rectificación antes referida, la recurrente procedió a declarar una compresora adicional sustentada en la Factura Comercial N° FV/1/17/001163, de fecha nueve de mayo de dos mil diecisiete, la cual constituye una mercancía distinta a la consignada en la declaración aduanera de mercancías, realizó el pago de los tributos y recargos correspondientes, por lo que corresponde sea eximida de la sanción de multa, en mérito a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley General de Aduanas. Asimismo, se observa que, con anterioridad a la acción de fiscalización de la administración aduanera, conforme se ha señalado en el párrafo precedente, la empresa recurrente subsanó en forma voluntaria la declaración de la compresora adicional antes referida y procedió al pago de los tributos aduaneros correspondientes, mediante la solicitud de rectificación de la declaración aduanera de mercancías, razón por la cual resulta de aplicación lo señalado por el citado artículo 199, en el sentido de que “la Autoridad Aduanera aceptará la rectificación de la declaración previa presentación de la documentación sustentatoria y del pago de la deuda tributaria aduanera y recargos que correspondan”. Al haber la demandante subsanado la infracción incurrida prevista en el numeral 3 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, al declarar y proporcionar información completa de las mercancías mediante la solicitud de rectificación de la declaración aduanera de mercancías, en forma voluntaria y con anterioridad a la acción de fiscalización y de imputación de cargos, por mérito de lo establecido en el numeral 1 del artículo 255 del anotado texto único, que establece las condiciones eximentes de responsabilidad por infracciones, señalando en el literal f) como causal eximente a “la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253”, corresponde que la demandante sea eximida de la sanción de multa impuesta con la Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017-000601, de fecha tres de julio de dos mil diecisiete.

3.5.3 Finalmente, cabe enfatizar que en el desarrollo del poder punitivo de la administración y en la actuación de los administrados durante los procedimientos administrativos, sus actuaciones tienen su guía y orientación en el principio de la buena fe procedimental, previsto en el numeral 1.8 del artículo IV del citado Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, según el cual: 1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta

contra la buena fe procedimental. Por todo lo anteriormente expuesto, se observa que la sentencia de vista ha incurrido en afectación del artículo 145 de la Ley General de Aduanas, por lo que corresponde declarar fundado el recurso de casación de la empresa recurrente por esta causal deducida. Actuación en sede de instancia.

3.6. Al haberse estimado el recurso de casación de la parte demandante por esta última causal, corresponde casar la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, revocar la sentencia apelada, que declaró infundada la demanda en todos sus extremos, y, reformándola, declarar fundada la demanda; en tal sentido, declarar la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 06683-A-2019, que confirmó el artículo tercero de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018-000925, del veintidós de junio de dos mil dieciocho, emitida por la Intendencia de Aduana Marítima del Callao, así como la nulidad de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018-000925 y de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017-000601. DECISIÓN Por tales consideraciones y de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil, DECLARARON FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la empresa CASOR ADUANEROS S.A.C. En consecuencia, CASARON la sentencia de vista emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución número catorce, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno. Actuando en sede de instancia, REVOCARON la sentencia apelada, expedida mediante resolución número diez, del veintiuno de julio de dos mil veintiuno, que declaró infundada la demanda, y, reformándola, DECLARARON FUNDADA la demanda en todos sus extremos. Por tanto, SE DECLARA la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 06683-A-2019, que confirmó el artículo tercero de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018-000925, del veintidós de junio de dos mil dieciocho, emitida por la Intendencia de Aduana Marítima del Callao, y SE DECLARA la nulidad de la Resolución Jefatural de División N° 118 3D7100/2018-000925 y la Resolución Jefatural de División N° 118 3D5100/2017-000601; en los seguidos por CASOR ADUANEROS S.A.C. contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal sobre acción contencioso administrativa. Notifíquese por Secretaría y devuélvase los actuados. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano conforme a ley. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Bustamante Zegarra. SS. BURNEO BERMEJO, BUSTAMANTE ZEGARRA, DELGADO AYBAR, LLAPUNCHON, TOVAR BUENDÍA.

Artículo 192.- Infracciones sancionables con multa Cometen infracciones sancionables con multa:

[...]

b) Los despachadores de aduana, cuando:

[...]

3.- Formulen declaración incorrecta o proporcionen información incompleta de las mercancías, en los casos que no guarde conformidad con los documentos presentados para el despacho, respecto a:

-Valor;

-Marca comercial; -Modelo; -Descripciones mínimas que establezca la Administración Aduanera o el sector competente; -Estado; -Cantidad comercial;

-Calidad; -Origen; -País de adquisición o de embarque; o -Condiciones de la transacción, excepto en el caso de INCOTERMS equivalentes;

2 Fundamento 16 de la sentencia de Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 04850-2014-PA/TC, de fecha veinte de abril de dos mil dieciséis.

3 Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.

b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.

d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b) Otros que se establezcan por norma especial." (Texto modificado según el Artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)

4 MORI TORRES, Natalia (2020). "¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria". En Derecho y Sociedad,

N° 54; p. 387.

5 Ibidem, p. 389.

C-2195376-33



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

#RutaArbitral

TRANSMISIÓN EN VIVO

CONVERSEMOS SOBRE ARBITRAJE, Y CONOCE MÁS
SOBRE EL ÁRBITRO QUE QUIERES DESIGNAR

Por las rutas
del Arbitraje



www.caeperu.com





CAE celebró su Séptimo Aniversario como institución académica





CAE - Círculo de Arbitraje con el Estado, agradece su apoyo

32K

Yá somos 32 mil seguidores!

Síguenos en:



www.caeperu.com

I Competencia Nacional de Arbitraje en Contratación Pública



I EDICIÓN

REGLAS DE LA COMPETENCIA

1. Introducción

La Competencia Nacional de Arbitraje y Contrataciones con el Estado tiene diversos objetivos que giran en torno a la formación de los estudiantes de Derecho en cuestiones relativas a las Contrataciones con el Estado y su resolución mediante Arbitraje, organizada por el Círculo de Arbitraje con el Estado.

2. Registro

a. Proceso

Los participantes deben inscribirse presentando el formulario de inscripción por medio de la página web del CAE: <https://www.caeperu.com/competencia-arbitraje/inscripcion.html> (en el apartado inscripción). El plazo de inscripción de competidores y su/s entrenador/es será hasta la fecha límite para la presentación del Memorándum de la parte demandante, según el cronograma publicado en la página del CAE.

b. Tasas

La inscripción en la competencia es gratuita.

3. Equipos

a. Composición

Cada equipo participante debe estar integrado por al menos dos competidores de una misma facultad de derecho. Una facultad de derecho puede contar con un máximo de tres equipos inscritos. Podrán participar también los estudiantes que, habiendo terminado de cursar materias no se encuentren o hayan en algún momento estado legalmente habilitados para ejercer la profesión de abogados en cualquier jurisdicción. No hay restricciones en cuanto al número máximo de participantes en un equipo. No obstante, durante la fase oral solamente podrán participar dos oradores por audiencia.

b. Entrenadores

Los equipos pueden contar con la participación de entrenadores. Los entrenadores cumplen estrictamente una función docente. Durante la etapa escrita, los entrenadores pueden

asistir a los estudiantes en identificar cuestiones relevantes, evaluar el carácter persuasivo de los argumentos presentados e incluso sugerir otros argumentos a ser considerados por los estudiantes. Sin embargo, el producto final debe ser obra de los competidores. Durante la preparación de las audiencias, no hay restricción alguna en la asistencia que los entrenadores pueden suministrar a los participantes.

4. El caso

a. Materia y Resolución de controversias

La base de la competencia consiste en un caso práctico que versará sobre temas relativos a Contrataciones con el Estado y al Arbitraje nacional.

b. Publicación del caso

El caso será publicado en la web del CAE. La URL de la misma es <https://www.caeperu.com/competencia-de-arbitraje.html>.

c. Hechos

Los hechos de la controversia que son objeto de la competencia son los enunciados en el caso. Estos hechos se darán por ciertos y sólo podrá discutirse su consideración jurídica bajo las normas que sean de aplicación. Está prohibido introducir datos adicionales más allá de los que estén expresamente establecidos en el caso.

d. Aclaraciones

Las solicitudes de aclaración sobre el caso podrán ser enviadas al CAE hasta la fecha establecida en el cronograma. Los pedidos de aclaraciones deberán tener relevancia legal en el contexto del caso e incluir una explicación sobre dicha relevancia. Las solicitudes que no contengan una explicación de este tipo no serán consideradas. El CAE determinará, a su criterio, qué aclaraciones efectuará y en qué términos. Esto indica que puede no responder todos los pedidos de aclaración. Las solicitudes de aclaración deberán enviarse a la siguiente dirección de correo electrónico: Info@caeperu.com

e. Publicación de las aclaraciones

Las aclaraciones serán publicadas en la página web del CAE: <https://www.caeperu.com/competencia-de-arbitraje.html>. La publicación de las aclaraciones se realizará en la fecha establecida en el cronograma de la competencia. Las aclaraciones pasarán a formar parte del caso y deberán ser tomadas en consideración, bajo la responsabilidad de cada equipo.

5. Memoriales

a. Escritos

Los alumnos habrán de presentar un memorial que apoye

su posición como demandante, en una primera fase, y posteriormente como demandados.

b. Formato

Los escritos de demanda y de contestación a la demanda tendrán un máximo de 40 páginas con espaciado sencillo (1), en formato Times New Roman 12, tamaño A4 y con márgenes de 2,5 cm en todos los lados. Se excluyen de este máximo de páginas: la portada, índice, listado de bibliografía y listado de abreviaturas. Las notas a pie de página deben ser en formato Times New Roman 10. Los párrafos deben estar numerados y se hará referencia a los mismos en los escritos. Los memoriales deben contener las siguientes secciones en el orden indicado:

- Portada
- Índice
- Listado de bibliografía
- Listado de abreviaturas
- Exposición de los hechos
- Argumentos legales
- Petitorio.

c. Bibliografía

Esta sección debe incluir los libros, artículos, documentos legales, casos, laudos y otros documentos utilizados en el desarrollo de la memoria. La bibliografía deberá incluir las descripciones de cada autoridad necesarias para permitirle al lector identificar y ubicar la autoridad en una publicación. De igual forma, deberá incluir la página de la memoria en la cual se encuentra citada la autoridad.

d. Plagio

Los equipos participantes no podrán incorporar ningún pasaje escrito del trabajo de otro autor, palabra por palabra o en su esencia, a no ser que se reconozca este trabajo mediante una referencia bibliográfica. Cualquier sospecha de plagio se deberá reportar al CAE. El CAE examinará las acusaciones y tomará cualquier medida que considere necesarias.

e. Sanciones

La memoria que incumpla con alguna de las disposiciones de este capítulo no será considerada para ningún premio.

f. Envío de los escritos

Se subirán dos Memoriales a la plataforma electrónica (Info@caeperu.com) en formato PDF. La primera versión deberá contener el nombre o logo de la universidad, instituto o escuela y el nombre y apellidos de cada uno de los miembros integrantes del equipo. La segunda versión no contendrá referencia alguna que permita identificar la procedencia de la universidad, instituto o escuela, como tampoco contendrá referencia alguna que permita identificar a los integrantes del equipo. Los árbitros que evalúen los memoriales y que determinarán los premios correspondientes a la parte

escrita, recibirán la segunda versión anónima identificada exclusivamente por una clave numérica asignada por el CAE. Los Memoriales que no cumplan con estas indicaciones quedarán fuera de la consideración de los Premios a memorias escritas. En la realización del escrito de contestación a la demanda, los equipos habrán de tomar en consideración los argumentos que se desarrollan en el escrito de demanda que se les proporcionará, pero también aquellos otros elementos que, a su juicio, deben formar parte de la contestación, aunque no hayan sido tomados en consideración en el escrito de demanda.

g. Distribución de memorias

En las fechas indicadas en el cronograma, el CAE enviará a las personas de contacto de cada equipo la memoria de la parte demandada escrita en respuesta a su memoria como parte demandante, así como las memorias de los restantes equipos contra los cuales competirá en las rondas generales.

6. Fase oral

a. Lugar

Las rondas generales de la competencia se realizarán de manera virtual a través de la plataforma del CAE. Las rondas de octavos, cuartos, semifinal y final se realizarán en diferentes localizaciones en la ciudad de Lima. El CAE publicará en su página web las distintas localizaciones en las que tendrán lugar los enfrentamientos. Los estudiantes deberán presentarse con 15 minutos de antelación en el lugar indicado en el documento publicado. En caso de retraso, quedará siempre a la discreción del Tribunal Arbitral la determinación del tiempo de espera y en su caso la organización de la audiencia incluyendo la aplicación de las normas sobre rebeldía. El CAE se reserva el derecho de modificar, si las circunstancias lo exigen, las fechas, los horarios, y los emplazamientos de los enfrentamientos, previo aviso expreso a los equipos interesados o a sus entrenadores.

b. Rondas Generales

Cada equipo competirá cuatro veces en rondas generales: dos como demandante y dos como demandado. Las rondas generales tendrán lugar en los primeros cuatro días de la Competencia.

El tiempo total de cada sesión es de 2 horas, pero se recomienda que el total no supere el tiempo de 1 hora y media. Los árbitros tendrán discreción para dirigir la audiencia, incluido el orden de la audiencia, y la existencia de réplicas y dúplicas. Los árbitros pueden interrumpir la audiencia en cualquier momento para formular preguntas.

Se espera que los árbitros traten a las partes de manera imparcial y que lleven a cabo la audiencia como un verdadero arbitraje. El equipo se deberá presentar como abogados de su respectivo representado.

No está prevista la presentación de documentos en formato de presentación electrónica, u otros soportes audiovisuales.

El número de participantes por equipo y audiencia será de 2. Ello supone que, durante las rondas generales, los equipos pueden utilizar entre 2 y 8 oradores en total. No obstante, para optar al premio a mejor orador, la persona debe haber argumentado como Demandante y como Demandado.

Cada árbitro puede puntuar equipos en una escala del 1 al 100. El número total de puntos obtenidos en las cuatro rondas generales determinará la clasificación final del equipo y su progresión a las rondas eliminatorias. Sólo durante las dos primeras audiencias, el equipo debe ceñirse a los principales argumentos presentados en el escrito. Los equipos podrán variar sus argumentos después de aquellas dos primeras audiencias.

Las audiencias son públicas, pero los miembros de un equipo no pueden asistir a la audiencia del otro equipo durante las rondas generales.

c. Duración de la presentación de cada parte

Cada equipo participante contará con veinte (20) minutos para presentar sus argumentos. Los Competidores deberán distribuir el tiempo en forma equitativa. Antes del comienzo de la audiencia, los Competidores deberán comunicar al tribunal la forma en que se dividirán el tiempo (20 minutos) entre el primer orador, el segundo orador y eventualmente la réplica y la dúplica. El tribunal podrá extender el límite de tiempo hasta por quince (15) minutos adicionales, lo que completaría un total de cuarenta y cinco (35) minutos por equipo.

d. Uso de materiales durante las audiencias

Sin perjuicio de lo que se establezca para el caso de las audiencias virtuales y presenciales, durante las audiencias, los equipos participantes podrán utilizar únicamente y sólo en papel, el caso de la competencia y las aclaraciones, sus memorias y la bibliografía que tengan intención de citar. Se prohíbe el uso de todo aparato electrónico como computadores portátiles, tabletas, teléfonos, teléfonos inteligentes o dispositivos similares. El control del tiempo deberá hacerse con reloj digital o análogo. Cuando inicie la audiencia, se prohíbe la comunicación con otros miembros del equipo o con sus entrenadores, por cualquier medio. Sólo se podrán comunicar entre sí, los miembros del equipo que estén participando como oradores en la audiencia.



Thank you

3K

FOLLOWERS

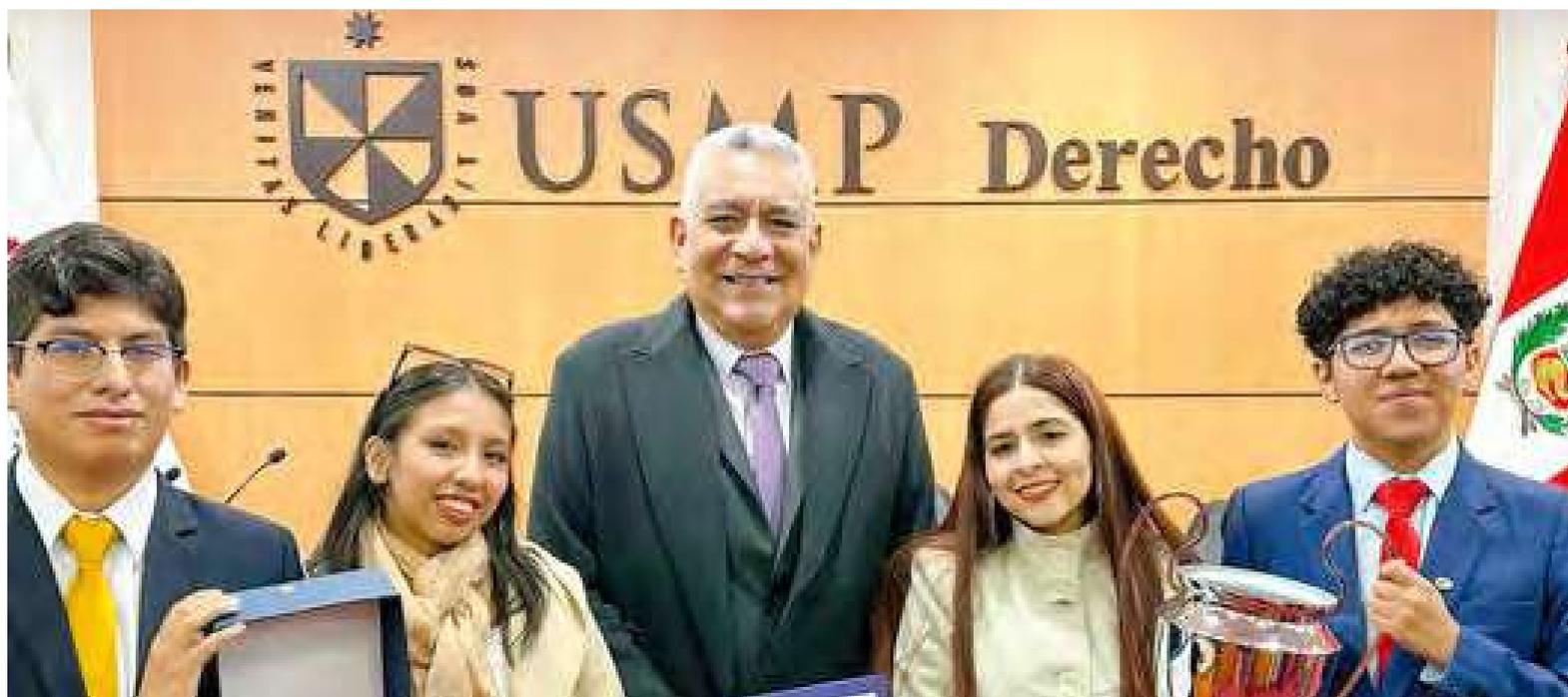
@caeperu

Síguenos en:



www.caeperu.com

Law Arbitration de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa - UNSA, campeones de la Primera Competencia de Arbitraje en Contratación Pública Pública









CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

CAE - Círculo de Arbitraje con el Estado, suscribió convenio de cooperación Académica



"Nuestra Institución suscribe un Convenio Institucional
con el CENTRO DE ARBITRAJE CCPTSM"



www.caeperu.com





CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

www.caeperu.com



PODCAST CAE

Roy Álvarez



www.caeperu.com





CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

Asesoría de Tesis y Expedientes

CONTÁCTANOS

01) 5406369 - 984 106 319

INFORMES

Eventos@caeperu.com

Secretarioarbitral@caeperu.com



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO



TikTok

Síguenos en:

[tiktok.com/@caeperu](https://www.tiktok.com/@caeperu)



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

www.caeperu.com



PODCAST CAE

Renzo Zárate



www.caeperu.com





CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

“Tenemos más de 76 mil casos de contrataciones a dedo realizadas en el 2022 y que han movido más de S/ 9250 millones. Sobre estos funcionarios sabemos quiénes son, donde están sus cuentas, cuáles son las órdenes de servicio, donde trabajan y hacia allá vamos. En los próximos meses les llegará su acción de control para la expliquen por qué hicieron esta barbaridad.”

Contralor Nelson Shack



#LéeloDosVeces



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO

→ CURSO DE

ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

NUEVA LEY N° 32069
LEY DE CONTRATACIONES
PÚBLICAS



INICIO 22 DE AGOSTO



TODOS LOS JUEVES DE 9:15 P.M. A 10:45 P.M.

Síguenos en:



www.caeperu.com

PRÓXIMOS EVENTOS

PRÓXIMOS EVENTOS

VIERNES
28
OCTUBRE
6.00 PM

II CONVERSATORIO

ARBITRAJE EN EL DERECHO INMOBILIARIO

● Transmisión por Facebook Live/[@caearbitraje](#)

GRANDES EXPOSITORES



CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO





CÍRCULO DE
ARBITRAJE CON
EL ESTADO



WEBINAR

SEXTA CUMBRE DE MUJERES EN EL MUNDO DEL ARBITRAJE

— *Mujeres del Bicentenario* —



INFORMES

Eventos@caeperu.com



FECHA Y HORA

21 al 25 de Noviembre
6:00 pm - 9:00 pm



LUGAR

Plataforma Virtual y
Redes Sociales

Síguenos en:



www.caeperu.com

CENTRAL
(01) 5406369

LLÁMANOS AHORA
RPC: 984 106 319 RPM: 951 044 680

OFICINA PRINCIPAL
Calle Bernini N° 332 – San Borja – Lima

INFORMES
ESCRÍBENOS TUS CONSULTAS Y SUGERENCIAS A:
Eventos@caeperu.com
Info@caeperu.com

PÁGINA WEB
www.caeperu.com

