

LA DEFENSA DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO: A propósito del Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE

Mario Castillo Freyre¹

Gina Vargas Herrera²

Sumario. -

Introducción. - II. Comentarios a las reformas promovidas por el Poder Ejecutivo para suprimir el arbitraje mientras se nos distrae con reformas paralelas para su “eficiencia”. - 2.1. De las modificaciones al Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. - 2.1.1. Acreditación de los Centros de Arbitraje (artículo 7). - 2.1.2. Competencia en la colaboración y control judicial (artículo 8). - 2.1.3. Medidas cautelares (artículo 47). - Abandono (artículo 50-A). - 2.2. De las modificaciones a la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. - 2.2.1. Medios de Solución de Controversias de la ejecución contractual (artículos 10 y 45). - 2.2.2. Resolución de los contratos (artículos 33 y 36). - 2.3. De las Disposiciones Complementarias Modificatorias. - 2.3.1. Sobre la modificación de los artículos 4, 5, 9 y 25 de la Ley n.º 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo y la incorporación de los artículos 24-B y 37-A.- III. Conclusiones.

Palabras claves.

Proyecto de Ley, Arbitraje, Contrataciones del Estado, Poder Judicial, Proceso Contencioso Administrativo.

¹ Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; Presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el período 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

² Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid y Magíster en Contratación Pública por la Universidad de Castilla La Mancha. Doctoranda del Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido abogada y coordinadora arbitral de la Procuraduría Pública del MIDIS, consultora especializada de la Procuraduría Pública del OSITRÁN y experta procesal en materia arbitral de la Procuraduría General del Estado. Actualmente, se desempeña como consultora independiente y árbitro.

I. Introducción.

El 27 de julio del presente año, el Poder Ejecutivo remitió a la Presidenta del Congreso de la República, el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE, que busca modificar diversos artículos del Decreto Legislativo n.º 1071 (Decreto Legislativo que norma el arbitraje) y de la Ley n.º 30225 (Ley de Contrataciones del Estado); modificaciones que, cabe resaltar, comprenden, a su vez, la incorporación de diversos artículos en la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo y en la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Del citado proyecto se advierte que su génesis habría obedecido a la necesidad de “garantizar la adecuada ejecución de las obras públicas y a optimizar el marco normativo alrededor de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas con la finalidad de evitar perjuicios para la sociedad debido a la paralización de obras y a la falta de regulación eficiente de los procesos arbitrales y judiciales relacionados a estas”; sin embargo, como veremos más adelante, el objetivo de la propuesta pierde todo sentido si, para su viabilidad, subsisten modificaciones que, de entrar en vigencia, podrían afectar gravemente lo que se aspira a “cautelar” y cuyo análisis pretendemos desde este espacio académico.

De otro lado, entre las modificaciones propuestas se advierte una serie de incongruencias respecto de las motivaciones en las que se sustentan y, a su vez, su relación con las demás reformas, como lo es, por ejemplo y con notoria claridad, el hecho de que, por un lado, se busque la “eficiencia” de los procesos arbitrales y, por el otro, se pretenda su eliminación manifiesta por medio de la judicialización de las controversias en contratación estatal.

En ese contexto y a fin de abordar los cambios más saltantes que plantea el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE, hemos considerado pertinente dividir su análisis en tres bloques, siendo éstos los siguientes: (i) Modificaciones al Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, (ii) Modificaciones a la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, (iii) Disposiciones Complementarias Modificatorias, que implican modificaciones e incorporaciones a la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

II. Comentarios a las reformas promovidas por el Poder Ejecutivo para suprimir el arbitraje, mientras se nos distrae con reformas paralelas para su “eficiencia”.

2.1. De las modificaciones al Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

2.1.1. Acreditación de los Centros de Arbitraje (artículo 7).

En primer lugar, citaremos la reforma que plantea el Poder Ejecutivo y cuál es la posición que asumimos al respecto:

Anteproyecto ³ de lo que sería el Proyecto de Ley N° 2736/2022-PE	Proyecto de Ley N° 2736/2022-PE	Opinión
<p>“Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional. (...) 2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas con o sin fines de lucro. En los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encarga de su acreditación, registro, renovación y supervisión. (...)”</p>		<p>De acuerdo</p>

Al respecto, coincidimos con la propuesta; no obstante, consideramos pertinente tener en cuenta que la denominada “adecuación” a la que hace referencia la Segunda Disposición Complementaria Final, que implica la creación de los “instrumentos normativos, recursos, entre otros para la acreditación, registro, renovación y supervisión”, debiera ser implementada considerando los aportes u observaciones que las instituciones arbitrales tengan a bien formular, toda vez que sus principales destinatarios serán precisamente los centros de arbitraje.

De otro lado, es importante destacar que la reforma delimita el alcance de sus efectos jurídicos a los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, por lo que no podría ser susceptible de aplicación al arbitraje entre particulares. De hecho, la casuística por la que se justifica esta modificación y que ha sido recogida en la exposición de motivos, proviene exclusivamente de controversias con participación del Estado peruano en calidad de parte.

Entendemos, también, que la supervisión debiera ser de orden administrativo, es decir, relativa al cumplimiento de requisitos formales y no extenderse a otros rubros o competencias que no están comprendidos dentro de las facultades establecidas por el Proyecto de Ley y que, por supuesto, tampoco se podrían crear por medio de los instrumentos normativos que se implementen con el objeto de la ya mencionada “adecuación”.

No obstante, comprendemos la preocupación del medio arbitral sobre la intervención del Estado en los centros de arbitraje, más aún si proyectos como éste, respecto de otras modificaciones que contiene, representan una amenaza para la existencia misma del arbitraje. Pero de esto nos ocuparemos más adelante.

De igual forma, hay que señalar que esta iniciativa no es nueva, pues tiene sus antecedentes en el numeral 45.5. del artículo 45 de la Ley n.º 30225, que dispuso que: “los centros arbitrales debían estar acreditados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)” y para cuyo efecto se expidió la Resolución n.º 277-2016-OSCE/PRE, que aprobó la “Directiva de Acreditación de

³ Publicado el 7 de febrero de 2022 por el Círculo de Arbitraje con el Estado:
https://www.caeperu.com/noticias/proyecto-de-ley-que-busca-modificar-la-ley-de-arbitraje-y-la-ley-de-contrataciones-del-estado.html?fbclid=IwAR2Un1e7rC21NQCwVPiTYaus8tFuXbvonMSwwPkMsiB56h_WifFxrziIJSY

Instituciones Arbitrales por el OSCE”); directiva que nunca entró en vigor y que fue derogada mediante Resolución n.º 023-2019-OSCE/PRE.

Lo propio ocurrió con la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final del TUO de la Ley n.º 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, en la que se prevé literalmente, que “(...) la Presidencia del Consejo de Ministros establece la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales. Dicha autoridad regula el procedimiento para tal efecto.” Ello tampoco se implementó.

Sobre este extremo nos parece ilustrativo añadir que la idea de que exista un tercero que *inscriba, promueva y asesore* a las instituciones arbitrales es incluso mucho más antigua de lo que se piensa, pues en realidad, de acuerdo con las investigaciones efectuadas por la coautora del presente artículo, a propósito de su trabajo de tesis doctoral, dicho planteamiento se sostuvo como parte de las normas precursoras del arbitraje desde febrero del año 1992 (es decir, hace más de treinta años), en un anteproyecto de Ley de Arbitraje que elaboró el Instituto Libertad y Democracia.

A continuación, un breve extracto al respecto:

“RESUMEN EXPLICATIVO

(...)

- Se crea, como parte del Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de Arbitrajes, organismo encargado de promover el empleo del arbitraje e inscribir, fomentar y asesorar instituciones arbitrales.
- Se fomenta y simplifica la creación de instituciones arbitrales. Este es un punto de crucial importancia puesto que, las instituciones arbitrales son el verdadero motor del arbitraje en toda sociedad moderna.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

(...)

SEGUNDA.- Constitúyase en el Ministerio de Justicia el Consejo Nacional de Arbitrajes, encargado de promover la utilización del arbitraje a nivel nacional, coordinar y asesorar a las instituciones arbitrales y cumplir con las demás funciones que le asignen.

El Consejo Nacional de Arbitrajes llevará un registro de instituciones arbitrales. La inscripción en dicho registro se regirá por los principios y normas contenidos en la Ley N° 25035.

Mediante Decreto Supremo se aprobará la composición, organización, funciones y recurso del Consejo Nacional de Arbitrajes.⁴”

Como vemos, históricamente sigue vigente la idea en torno a la existencia de un tercero encargado de la inscripción de los centros de arbitraje y sería importante valorar si por medio de su implementación se podría coadyuvar a frenar su proliferación a nivel nacional; pues a la fecha, oscilan en 156⁵. Recordemos, que

⁴ Proyecto de Normas sobre Arbitraje, Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1992.

⁵ Fecha de consulta: 29 de agosto de 2022, a través del siguiente enlace:

desde que el arbitraje es mayoritariamente institucional por disposición de la Ley de Contrataciones del Estado, se vienen constituyendo personas jurídicas que se hacen llamar “centros de arbitraje”, cuando realmente no lo son o, por lo menos, no operan con las garantías mínimas que requiere la administración de justicia vía arbitraje.

Finalmente, queremos puntualizar que nunca estuvimos de acuerdo en que los contratos estatales prescindan de la elección de un centro de arbitraje específico, más aún si consideramos la problemática que se puede derivar de lo dispuesto por el artículo 226 del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que habilita que, en determinados supuestos, el arbitraje pueda iniciarse “ante cualquier institución arbitral”.

2.1.2. Competencia en la colaboración y control judicial (artículo 8).

Al respecto, conforme procedimos con el desarrollo del punto anterior y para lo sucesivo, nuestro análisis partirá por identificar el artículo objeto de planteamiento de modificación y, posteriormente, por estudiar cuáles son las observaciones que formulamos:

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE	Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE (Nota: Los cambios respecto del denominado anteproyecto, se destacan en color azul)	Opinión
<p>“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial. (...) 2. (...) Los afectados con la medida acudirán al juez competente quien será el especializado en lo comercial, o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo.</p> <p>En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la entidad pública afectada, con una vigencia no</p>	<p>“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial. (...) 2. (...) En caso de medidas cautelares referidas a procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas es competente el juez subespecializado en lo comercial, o en su defecto, el juez especializado en lo civil del domicilio principal de la parte sobre la que recae la medida. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo, salvo las excepciones reguladas en el inciso 9 del artículo 47º de la presente ley.</p> <p>En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la entidad pública afectada,</p>	<p>Observado</p>

<p>menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad que cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos.</p>	<p>con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú o cuenta con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos.</p>
<p>El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el órgano arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar.</p>	<p>El monto de la contracautela lo establece el juez o la jueza o el tribunal ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar.</p>
<p>La autoridad judicial o el órgano arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida.</p>	<p>La autoridad judicial o el tribunal arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida.</p>
<p>La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el órgano arbitral, según corresponda. (...)"</p>	<p>La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda. (...)"</p>

Sobre el particular, nos parece correcto que exista un solo juez competente para conocer las medidas cautelares y que ello conste de forma expresa, toda vez que lo contrario puede generar aquello que en la práctica reseña el Proyecto de Ley. Pero, advertimos que se ha delimitado su alcance únicamente al supuesto de medidas cautelares referidas a procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas, excluyendo de esta manera a contrataciones vinculadas a bienes, servicios o consultorías, por lo que la propuesta no plantea una regulación uniforme al respecto.

De otro lado, con relación a la forma de la fianza bancaria y/o patrimonial, nos parece interesante citar una parte de la exposición de motivos, que refiere: “(...) Situación que genera la necesidad de un cambio normativo, dado que en muchas de

las cautelares otorgadas por los peticionantes, el monto consignado como contracautela ciertamente es desproporcionado; considerando que muchas controversias y cautelares que protegen ciertos derechos, derivan de sumas inferiores al monto de la garantía de fiel cumplimiento (...). Esta reflexión por parte del Poder Ejecutivo permite evidenciar que este extremo del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que modificó el Decreto Legislativo n.º 1071, con fecha 24 de enero de 2020, no respondía a una situación de igualdad entre las partes; la misma que, como sabemos, originó desde su entrada en vigor, que algunos árbitros apliquen el control difuso⁶ de esta norma, por considerarla inconstitucional.

Pese a la cita precedente, no se aprecia de la exposición de motivos, algún análisis de carácter constitucional con el objeto de sustentar esta nueva modificación, cuyo principal cuestionamiento ha sido y es colocar en una situación de privilegio al Estado respecto de los particulares. Consideramos, en todo caso, que el Proyecto de Ley ha perdido la oportunidad de abordar este aspecto y, en ese sentido, todo parece indicar, que el desequilibrio alegado por el contratista seguirá vigente en el decurso de las actuaciones procesales en sede judicial y arbitral. Por ejemplo, con relación a la procedencia de la caución juratoria, que, en virtud del Proyecto de Ley, sólo estará habilitada para el Estado cuando ostente la posición de demandante, pero no cuando sea demandado por el contratista.

Por último, en lo que respecta al extremo propuesto, que señala: “La autoridad judicial o el tribunal arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida”, el mismo nos parece correcto y estamos de acuerdo con dicha regulación, pese a que se trata de un deber implícito de quienes ejercen función arbitral o judicial.

2.1.3. Medidas cautelares (artículo 47).

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE	Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE (Nota: Los cambios respecto del denominado anteproyecto, se destacan en color azul)	Opinión
<p>“Artículo 47.- Medidas cautelares. (...)</p> <p>4. (...) Cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el órgano arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días para que manifieste lo</p>	<p>“Artículo 47.- Medidas cautelares. (...)</p> <p>4. (...) Cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el tribunal arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días hábiles para que</p>	<p>Observado</p>

⁶ Interpretación a la que están facultados en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los casos María Julia (Expediente n.º 0142-2011-PA/TC) y Constructora Arco S.A (Expediente n.º 6197-2013-PA/TC).

<p>conveniente a su derecho. Con o sin absolución, la autoridad judicial o el órgano arbitral emitirá una decisión sobre el pedido. Es nula la medida cautelar otorgada sin traslado previo al procurador público de la entidad.</p> <p>En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisión, la autoridad judicial o el órgano arbitral deberá evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público.</p> <p>5. Constituido el órgano arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al órgano arbitral del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, en el plazo máximo de cinco (05) días.</p> <p>Sin perjuicio de ello, cualquiera de las partes puede presentar al órgano arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará el medio impugnatorio interpuesto bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.</p> <p>Son nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del órgano arbitral. La autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que vienen siendo conocidas por órgano arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410° del Código Penal vigente.</p> <p>El juez consulta a la institución arbitral para determinar que existe un órgano arbitral previamente constituido y verificar la existencia de la cláusula arbitral correspondiente. (...)”</p>	<p>manifieste lo conveniente a su derecho. Con o sin absolución, la autoridad judicial o el tribunal arbitral emite una decisión sobre el pedido. Es nula la medida cautelar otorgada sin traslado previo al procurador público de la entidad.</p> <p>En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisión, la autoridad judicial o el tribunal arbitral debe pronunciarse de manera expresa sobre la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público.</p> <p>5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal arbitral del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles.</p> <p>Sin perjuicio de ello, cualquiera de las partes puede presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará el medio impugnatorio interpuesto bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.</p> <p>Son nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral. La autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que vienen siendo conocidas por órgano arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410° del Código Penal vigente.</p> <p>El juez consulta a la institución arbitral para determinar que existe un tribunal arbitral previamente constituido y verificar la existencia de la cláusula arbitral correspondiente. (...)”</p>	
--	--	--

Sobre este punto, advertimos que el Decreto Legislativo n.º 1071 ya establece como regla que antes de que el tribunal arbitral resuelva una medida cautelar, “pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte”; no obstante, admite como excepción que, “cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre”, se puede omitir el traslado a la contraparte.

Lo que plantea el Proyecto de Ley, es eliminar la excepción a la regla vigente (que se aplica para ambas para partes) y establecer que en los casos en los que el Estado peruano sea el afectado con la medida cautelar, la regla siempre sea el traslado de la solicitud para su absolución, bajo apercibimiento de nulidad.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley, se advierte como principal sustento una referencia a la sentencia 23-2005/AI-TC, que analiza la constitucionalidad del artículo 15 del ahora derogado Código Procesal Constitucional; sin embargo, pese a que se cita buena parte del *test de igualdad* que se aplicó en ese caso, no se hace lo propio con esta modificación normativa. Ciertamente, no se trata de supuestos semejantes, considerando que la modificación propuesta incide en el marco de los efectos o alcance de la ejecución de un contrato y no precisamente, de una relación jurídico-administrativa, cuyos derechos provengan o se limiten como consecuencia de la autonomía local o regional traducida en actos administrativos.

Por último, con relación a declarar “nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral”, éste nos parece un mecanismo de control que puede coadyuvar a resguardar la jurisdicción arbitral y el respeto por el principio de *kompetenz – kompetenz* del arbitraje.

Sin perjuicio de ello, con relación al delito de avocamiento indebido por el cual se comprende la conducta vinculada a aquella “autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que vienen siendo conocidas por órgano arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410º del Código Penal vigente”, consideramos pertinente que dicho planteamiento de reforma debiera ser leído, interpretado y aplicado en el marco de la legislación penal, por las consecuencias jurídicas que de la referida conducta se pueden derivar. No obstante, creemos que la penalización del arbitraje y de la actividad judicial relacionada con el mismo no constituyen soluciones adecuadas a los problemas del arbitraje en materia de contratación pública.

2.1.4. Abandono (artículo 50-A).

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE	Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE (Nota: Los cambios respecto del denominado anteproyecto, se destacan en color azul)	Opinión
---	--	----------------

<p>“Artículo 50 - A.- Abandono. (...) Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje ah doc (sic) y no se constituye el órgano arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral.</p> <p>La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.”</p>	<p>“Artículo 50 - A.- Abandono. (...) Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje ah hoc y no se constituye el tribunal arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral.”</p>	<p>Observado</p>
--	---	-------------------------

En relación con el abandono, consideramos que si la intención del Proyecto de Ley era la de regular de forma integral la conclusión de un proceso arbitral por inactividad o inacción de las partes (en la que una de ellas es el Estado peruano), hubiere contemplado su aplicación de pleno derecho dentro de determinado tiempo para ambos tipos de arbitraje, esto es, tanto para el arbitraje ad hoc como para el arbitraje institucional. No obstante, se han mantenido las diferencias en su regulación y alcance, puesto que en el arbitraje institucional se sigue requiriendo una declaración expresa de abandono por parte de la secretaría general del centro de arbitraje de que se trate.

En lo referido a los efectos del abandono, su impacto será diferente, pues en tanto sea el Estado o el particular quien ostente la posición de demandante, las consecuencias podrían incluso habilitar para el caso de los procuradores públicos, una evaluación sobre el ejercicio idóneo de su función. En cualquier caso, entendemos que el objetivo de esta reforma responde a la búsqueda de celeridad en la resolución de controversias vía arbitraje y el término de la zozobra por inacción del demandante.

2.2. De las modificaciones a la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

En este punto, estudiaremos las reformas que plantea el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE con relación a la Ley de Contrataciones del Estado vigente, cuyo principal impacto se traduce en la eliminación del arbitraje como eje central, pese a que, en la primera parte del Proyecto, que ha sido comentada en el numeral 2.1., todas las reformas tendrían por fin, el fortalecimiento o eficiencia de los procesos arbitrales en los que el Estado es parte.

En otras palabras y lo que se pretende resaltar aquí, es el desarrollo de criterios antagónicos que contiene el Proyecto en sí mismo, pues, por un lado, aunque parece estar en la búsqueda de un arbitraje más “garantista”; por el otro, no tiene real interés en que se mantenga el arbitraje como el mecanismo de resolución de conflictos en esta materia, a pesar de que su existencia data de hace un cuarto de siglo.

En ese contexto, a continuación, abordaremos este y otros puntos de relevancia, que también están siendo objeto de propuesta de modificación por el Poder Ejecutivo.

2.2.1. Medios de Solución de Controversias de la ejecución contractual (artículos 10 y 45). –

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE	Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE (Nota: Los cambios respecto del denominado anteproyecto, se destacan en color azul)	Opinión
<p>“Artículo 10. Supervisión de la Entidad (...) 10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato durante su vigencia y estas se sometan a un proceso judicial o arbitraje.”</p>	<p>“Artículo 10. Supervisión de la Entidad (...) 10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato durante su vigencia y estas se sometan a un proceso judicial o arbitraje, por el tiempo que dure este.”</p>	<p>En desacuerdo</p>
<p>“Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual</p> <p>45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, proceso judicial o arbitraje. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje.</p> <p>Si al momento de la elaboración de las bases la entidad opta por acudir a la vía arbitral, dicha decisión debe encontrarse sustentada en un informe técnico que justifique la conveniencia para el interés público de acudir, en ese caso en particular, a la vía arbitral antes que a la judicial.</p> <p>En el caso de la contratación de ejecución de obras, si por el objeto</p>	<p>“Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual</p> <p>45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, proceso judicial o arbitraje. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje.</p> <p>Tratándose de procesos de selección de obras públicas, al momento de la elaboración de las bases, la entidad pública debe sustentar mediante un informe técnico, la vía para la resolución de las controversias teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia que garanticen la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos. Dicho informe técnico debe ser elaborado teniendo en cuenta los criterios desarrollados en el reglamento respectivo.</p> <p>Si por el objeto de la controversia se produce la paralización o</p>	<p>En desacuerdo</p>

<p>de la controversia se produce la paralización o suspensión de la ejecución de la obra o se incurre en alguna causal de ineficacia estructural o funcional del contrato, se realiza la liquidación de la misma hasta el momento en que se configuró el hecho que suscita la controversia. Realizada la liquidación, la entidad pública afectada inicia acciones para continuar o reanudar la ejecución de la obra, sin perjuicio del proceso judicial o arbitral que se siga.</p> <p>Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra.</p> <p>45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse pactado que la vía sea la arbitral o de conciliación, se iniciará en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva. (...)</p> <p>45.7 Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse pactado que la vía sea la arbitral o de conciliación, se iniciará en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.</p> <p>45.8 En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las</p>	<p>suspensión de la ejecución de la obra o se incurre en alguna causal de ineficacia estructural o funcional del contrato, la Entidad afectada, sin perjuicio de la liquidación de la obra, continúa o reanuda la ejecución de la misma en resguardo del interés público. El proceso arbitral o judicial que se siga no suspende la ejecución de la obra.</p> <p>Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra.</p> <p>45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse establecido en las bases que la vía sea la arbitral o de conciliación, se iniciará en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva. (...)</p> <p>45.7 Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse establecido en las bases que la vía sea la conciliación o la arbitral, se inicia en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.</p> <p>45.8 En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las</p>	
--	---	--

<p>decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a proceso judicial o arbitraje, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. (...)</p> <p>45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede acudir a otra vía judicial o iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad. (...)</p>	<p>decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a proceso judicial o arbitraje, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. (...)</p> <p>45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede acudir a otra vía judicial o iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad. (...)</p>	
--	--	--

Sobre el particular, de la lectura del Proyecto de Ley y su exposición de motivos, se advierte que la reforma propuesta está dirigida abiertamente, a la judicialización de las controversias derivadas del procedimiento de selección y ejecución de obras reguladas por la Ley de Contrataciones con el Estado, y la consecuente creación de la vía procedimental denominada “proceso abreviado” en la especialidad contenciosa administrativa a cargo del Poder Judicial, como principal, sino única, vía jurisdiccional para resolver controversias en materia de contratación con el Estado.

Sin embargo, antes de que revisemos qué se propone hacer con la resolución de las controversias en contratación estatal y, de forma especial con el arbitraje, nos parece sumamente valioso, el comentar las estadísticas de acceso público que permiten apreciar el panorama de administración de justicia del Poder Judicial. Ello, con la intención de conocer con meridiana claridad, cuál es el panorama del Sistema de Justicia en la jurisdicción ordinaria, considerando que es allí, a donde se pretende trasladar las controversias en materia de contratación con el Estado.

En ese sentido, de acuerdo con el *Boletín Estadístico Institucional n.º 04-2021*, cuyo período data de enero a diciembre de 2021⁷, se aprecia que, sólo en ese año ingresaron al Poder Judicial en estado de trámite 1’478,348 procesos judiciales principales, presentando un aumento de 617,357 expedientes con relación a los ingresos del año 2020.

⁷Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ab535d0046812012badbbb76dd7c9e83/BOLETIN+N4-DICIEMBRE-2021F.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ab535d0046812012badbbb76dd7c9e83>

Asimismo, del *Boletín Estadístico Institucional n.º 01-2022*, cuyo período data de enero a marzo de 2022⁸ (último boletín de acceso público al momento de elaboración de este trabajo), se advierte que ingresaron al Poder Judicial en estado de trámite 347,185 procesos judiciales principales, presentando un aumento de 18,333 expedientes con relación al año pasado.

Ahora, si queremos hacernos una idea sobre la cantidad de procesos pendientes en trámite, según especialidad, al inicio de cada año y durante los últimos cinco años, entonces podemos referir las siguientes estadísticas:

- *Boletín Estadístico Institucional n.º 04-2020 (enero a diciembre de 2020)*⁹:

**PODER JUDICIAL: TOTAL, DE PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD,
AL INICIO DE CADA AÑO, ENERO / 2018-20**

Actualizado al 19/01/2021

Especialidad	Procesos Pendientes			Variación 2020/19	
	2018 (A)	2019 (B)	2020 (C)	Diferencia (D) = (C)-(B)	% (E)=(D/B)%
Civil	292 385	295 003	278 330	- 16 673	-5.7%
Familia	268 084	260 067	254 102	- 5 965	-2.3%
Laboral	245 962	247 209	243 792	- 3 417	-1.4%
Penal	279 497	297 104	338 640	41 536	14.0%
Total	1 085 928	1 099 383	1 114 864	15 481	1.4%
Plazo de Impugnación	566 314	667 498	694 109		

Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación

- *Boletín Estadístico Institucional n.º 01-2022 (enero a marzo de 2022)*¹⁰:

**PODER JUDICIAL: TOTAL, DE PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD,
AL INICIO DE CADA AÑO, ENERO / 2020-22**

Actualizado al 18/05/2022

Especialidad	Procesos Pendientes			Variación 2021/20	
	2020 (A)	2021 (B)	2022 (C)	Diferencia (D) = (C)-(B)	% (E)=(D/B)%
Civil	277 090	243 256	248 219	4 963	2.0%
Extinción de Dominio	94	148	275	127	85.8%
Familia	253 133	225 834	228 734	2 900	1.3%
Laboral	239 208	204 530	205 853	1 323	0.6%
Penal	334 726	325 846	360 639	34 793	10.7%
Total	1 104 251	999 614	1 043 720	44 106	4.4%
Plazo de Impugnación	690 721	797 603	902 230		

Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación

⁸ Fuente:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f/BOLETIN+N%C2%B01-MARZO-2022%5BF%5D%5BF%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f>

⁹ Fuente:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/425e110041e6a4ebad72bd5aa55ef1d3/BOLETIN+N4-DICIEMBRE-2020.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=425e110041e6a4ebad72bd5aa55ef1d3>

¹⁰ Fuente:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f/BOLETIN+N%C2%B01-MARZO-2022%5BF%5D%5BF%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f>

Asimismo, con relación a la especialidad contenciosa administrativa (vía a la que se pretende trasladar las controversias en contratación con el Estado), la carga procesal que hemos identificado como específica o acotada en los diversos boletines más recientes que publica el Poder Judicial, es la que se desprende de las *Estadísticas de la Función Jurisdiccional a nivel nacional, durante el período de enero a marzo de 2021*¹¹; y son las siguientes:

CUADRO N° 12
PODER JUDICIAL: CARGA PROCESAL Y PROCESOS RESUELTOS TRÁMITE Y EJECUCIÓN, POR
ÓRGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD
 Período: Enero - Marzo 2021

Actualizado al 21 de abril del 2021

Órgano Jurisdiccional / Especialidad	N° Dependencias al 31/03/2021	Pendientes al 01/01/2021 (A)	Ingresados (B)	Carga Procesal (C = A+B)	Procesos Resueltos
Salas Superiores	233	69 296	34 934	104 230	35 452
Civil	54	15 766	10 845	26 611	10 937
Constitucional	2	1 470	635	2 105	1 085
Contencioso Administrativo	8	9 967	1 549	11 516	2 255
Extinción de Dominio	3	215	18	233	17
Familia	2	678	254	932	255
Laboral	45	17 969	14 712	32 681	13 634
Mixto	20	5 165	2 300	7 465	2 500
Penal	99	18 066	4 621	22 687	4 769
Juzgados Especializados y Mixtos	1 815	1 484 434	216 283	1 700 717	211 627
Civil	300	277 138	38 526	315 664	37 331
Constitucional	14	13 859	1 786	15 645	1 834
Contencioso Administrativo	26	25 756	2 005	27 761	2 648
Extinción de Dominio	22	4 696	91	4 787	258
Familia	251	375 050	78 181	453 231	77 694
Laboral	195	279 882	31 897	311 779	25 248
Mixto	117	72 596	11 809	84 405	11 709
Penal	887	432 591	51 876	484 467	54 738
Tránsito	3	2 866	112	2 978	167
Juzgados de Paz Letrados	626	854 740	116 048	970 788	93 831
Total	2 674	2 408 470	367 265	2 775 735	340 910

Nota: La variable Ingresados no incluye los procesos provenientes de otra dependencia.

Fuente: Sistema Integrado Judicial (SIJ) / Formulario Estadístico Electrónico (FEE).

Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub - Gerencia de Estadística.

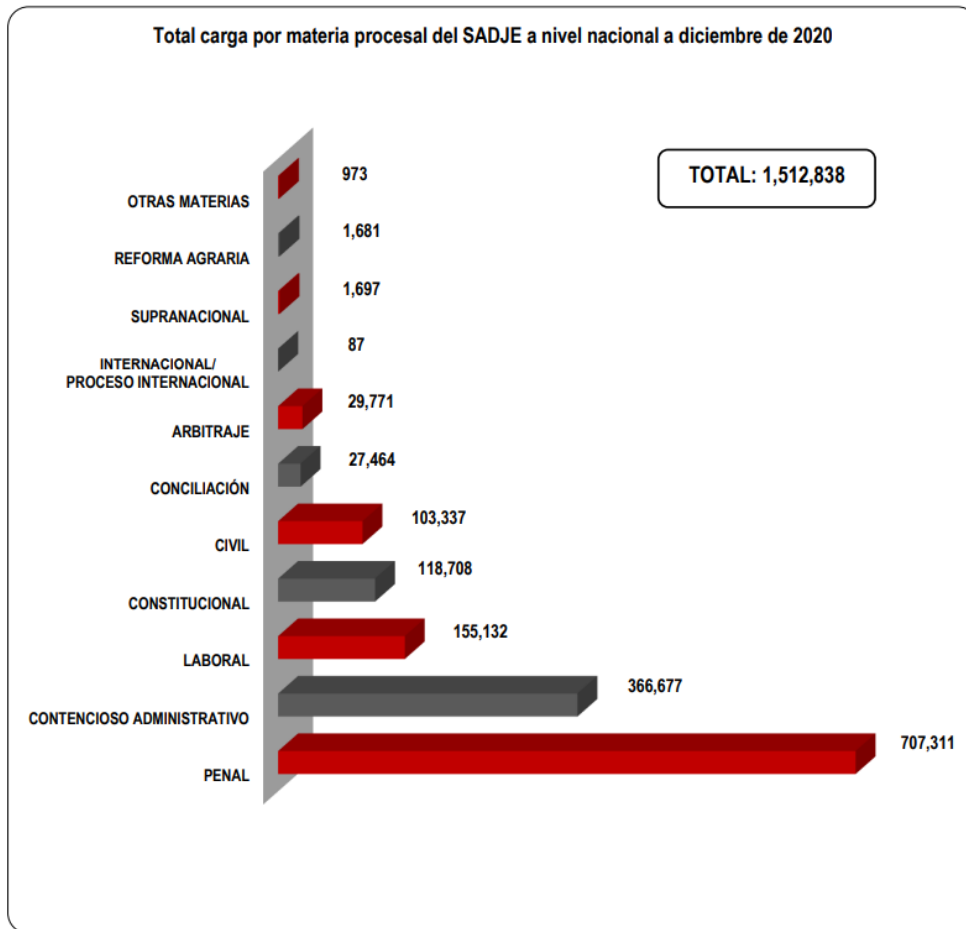
En ese contexto, la estadística nos permite visualizar que sólo en el período de tres meses (enero a marzo de 2021), las Salas Superiores en lo Contencioso Administrativo (órgano jurisdiccional competente que sustituiría la labor de los tribunales arbitrales), registró 11,516 expedientes como carga procesal.

Ahora, si además revisamos la carga total por materia procesal que registra la Procuraduría General del Estado, advertimos de su *Memoria Anual del 2020*¹² (última versión de acceso público identificada en su página web), que sólo la especialidad contencioso-administrativa registró 366,677 expedientes, conforme se aprecia a continuación:

¹¹ Fuente:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1e376680431e0a8199a4b91c629fb1f0/Estadisticas+2021Ipdf_mK1xgkAF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1e376680431e0a8199a4b91c629fb1f0

¹² Fuente: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2027341/Memoria%202020%20PGE..pdf.pdf>



Fuente: Procuradurías Públicas del SADJE

Procesos contenciosos administrativos, a los cuales alertamos, se le sumarían los arbitrajes que a la fecha se encuentren en curso y los venideros, en virtud de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del proyecto de ley, que dispone:

“PRIMERA: Aplicación de la norma

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

Esta Disposición Complementaria Final resulta sumamente cuestionable, porque se estaría violando la solidez de las estipulaciones contractuales en relación con el medio de solución de controversias adoptado en el propio contrato, de acuerdo con la normativa vigente al momento en que se inició el proceso que dio lugar a su celebración.

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, es muy claro cuando establece en su primer párrafo, que “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)”

Lo que plantea el Proyecto de Ley es que se prescinda del convenio arbitral contenido en todos los contratos que el Estado ha celebrado antes de la eventual modificatoria, a efectos de que no rija el arbitraje, sino que los conflictos derivados de los mismos sean conocidos por el Poder Judicial.

Se trata de un precepto abiertamente inconstitucional.

Por otra parte, si además evaluamos las estadísticas de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA)¹³, de los últimos cinco años, con el objeto de estudiar la cantidad y tipo de sanciones que registran los magistrados y auxiliares, podemos identificar los siguientes resultados respecto del panorama del sistema de administración de justicia por el Poder Judicial:

SANCIONES O.C.M.A. - 2018

Concepto	Magistrados	Auxiliares	Total
AMONESTACIÓN	93	129	222
MULTA	79	100	179
PROP. DESTITUCIÓN	203	85	288
SUSPENSIÓN	42	17	59
Total	417	331	748

SANCIONES O.C.M.A. - 2019

Concepto	Magistrados	Auxiliares	Total
AMONESTACIÓN	75	150	225
MULTA	75	63	138
PROP. DESTITUCIÓN	71	56	127
SUSPENSIÓN	65	44	109
Total	286	313	599

¹³ Fuente: <https://ocma.pj.gob.pe/Estadisticas/MapaInteractivo>

SANCIONES O.C.M.A. - 2020

Concepto	Magistrados	Auxiliares	Total
AMONESTACIÓN	96	139	235
MULTA	119	71	190
PROP. DESTITUCIÓN	151	91	242
SUSPENSIÓN	43	62	105
Total	409	363	772

SANCIONES O.C.M.A. - 2021

Concepto	Magistrados	Auxiliares	Total
AMONESTACIÓN	115	144	259
MULTA	223	104	327
PROP. DESTITUCIÓN	106	67	173
SUSPENSIÓN	106	76	182
Total	550	391	941

SANCIONES O.C.M.A. - 2022

Concepto	Magistrados	Auxiliares	Total
AMONESTACIÓN	142	77	219
MULTA	384	37	421
PROP. DESTITUCIÓN	37	23	60
SUSPENSIÓN	13	24	37
Total	576	161	737

Como se puede apreciar de los cuadros precedentes, sólo en el año 2019 hubo una “tendencia a la baja” con relación a la cantidad de sanciones impuestas por la OCMA; no obstante, en los últimos cinco años, se ha mantenido una cifra elevada, que bordea como mínimo 700 sanciones por año. Sólo en el 2019 se alcanzó un pico de 941 sanciones impuestas a magistrados y auxiliares en total.

Asimismo, no perdamos de vista la altísima cantidad de propuestas de destitución de magistrados que ha registrado el Poder Judicial desde el 2018 a la fecha, que alcanza los 568 en total, según fuente oficial del propio Poder Judicial.

Finalmente, sin perjuicio de las sanciones, también se puede mencionar las denuncias que registra el OCMA en el período más reciente¹⁴, el cual data del año pasado y que se aprecia a continuación:

DENUNCIAS REGISTRADAS POR MOTIVOS - O.C.M.A. - 2021

Motivos	Total.
RETARDO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	222
INCURRIR EN ACTO U OMISIÓN QUE SIN SER DELITO, VULNERA LOS DEBERES DEL CARGO	83
NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL CARGO	12
CORRUPCION DE FUNCIONARIOS	9
Total General	326

Vemos que la mayor cantidad de denuncias son causadas por retardo en la administración de justicia o por vulnerar los deberes del cargo, con lo cual esta situación sin duda es importante también, en el marco del contexto intrínseco al Proyecto de Ley bajo comentario.

De lo expuesto hasta aquí, resulta evidente que la exposición de motivos del Proyecto no refiere alguno de los aspectos antes desarrollados como parte de su análisis, motivo por el cual, la modificación normativa y su exposición de motivos, adolecen de variables fundamentales para que nuestro país dé un giro de 360° en materia de resolución de conflictos en contratación estatal, como el que se pretende dar. En ese sentido, no se ha podido apreciar fuente alguna de información documentada y periódica que evidencie por medio de estadísticas u otros, el funcionamiento actual y eficiente de los órganos jurisdiccionales que resolverían controversias en materia de contratación pública y, de manera específica, en obras.

Asimismo, de la lectura del Proyecto de Ley tampoco se puede apreciar un análisis sobre los resultados obtenidos en los arbitrajes con participación del Estado peruano, pese a que se ha contado con algunas estadísticas provenientes de la Procuraduría General del Estado para otros extremos del propio Proyecto de Ley. Es importante que se conozca esta información, pues, sin siquiera analizar la eficiencia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, se le pretende eliminar.

En esa línea, consideramos más bien, que lo primero que cabe preguntarse a raíz del panorama de la administración de justicia en la jurisdicción ordinaria, es si el

¹⁴ Fuente: <https://ocma.pj.gob.pe/Estadisticas/MapaInteractivo>

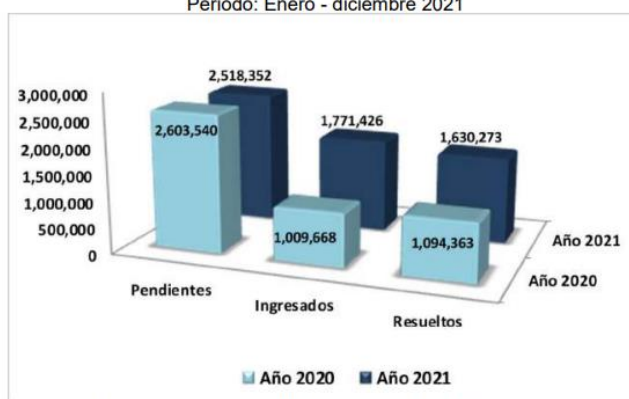
Poder Judicial realmente es la vía idónea para afrontar este desafío en el marco de la aplicación inmediata que postula el Proyecto de Ley.

Creemos que la respuesta es negativa. A continuación, se reseñan algunos factores generales, que nos hacen pensar de esta manera. Ellos son los siguientes:

1. Incremento de la carga procesal existente.

De acuerdo con las *Estadísticas de la Función Jurisdiccional a nivel nacional del período de enero a diciembre de 2021*¹⁵, que publica el Poder Judicial en su página web, se aprecia que sólo el año pasado, se habría iniciado con 2'518,352 procesos principales pendientes; y, durante ese mismo año, habrían ingresado, además, 1'771,426 expedientes, de los cuales sólo se habrían podido resolver en el 2021, 1'630,273 procesos principales. A continuación, presentamos el gráfico que así lo reseña:

GRÁFICO N° 9
PODER JUDICIAL: PROCESOS PRINCIPALES PENDIENTES, INGRESADOS Y RESUELTOS
Periodo: Enero - diciembre 2021



Fuente: Sistema Integrado Judicial (SIJ)Formulario Estadístico Electrónico (FEE)
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub-Gerencia Estadística

En ese sentido y como se podrá percibir, el Poder Judicial tiene un alto nivel de procesos en giro y sin poder resolver, que origina que, año tras año, se ocasione un incremento en los procesos que califican como pendientes; situación objetiva que no se ha podido superar y que, por cierto, fue una de las razones que abrió paso al arbitraje en materia de contratación con el Estado.

2. Carencia de personal suficiente y capacitado para administrar controversias en materia de contratación con el Estado.

¹⁵ Fuente:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83>

De acuerdo con las *Estadísticas de la Función Jurisdiccional a nivel nacional del período de enero a diciembre de 2021*¹⁶, antes comentado, es posible advertir que durante el período 2020-2021, el personal jurisdiccional y administrativo por régimen de contratación, asciende a 33,430 trabajadores (personal activo), conforme se reseña por el mismo Poder Judicial:

Cuadro N° 19
PODER JUDICIAL: PERSONAL JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVO POR RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN, SEGÚN DEPENDENCIA, DICIEMBRE / 2020-21

Dependencia	Diciembre 2020										Diciembre 2021						
	Total		Jueces D. Leg. 276	Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos				Repres. de la Sociedad Civil	Total		Jueces D. Leg. 276	Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos			Repres. de la Sociedad Civil		
	N°	%		Decreto Leg. 276	Decreto Leg. 728		CAS		N°	%		Decreto Leg. 276	Decreto Leg. 728			CAS	
			Perma-nente		Plazo Fijo					Perma-nente	Plazo Fijo						
Total	30 089	100.0%	3 386	76	13 492	4 387	8 734	14	33 430	100.0%	3 506	70	13 195	4 651	11 994	14	
Porcentaje (%)	100.0%		11.3%	0.3%	44.8%	14.6%	29.0%	0.0%	100.0%		10.5%	0.2%	39.5%	13.9%	35.9%	0.0%	
Corte Suprema	1 064	3.5%	66	1	435	138	422	2	1 243	3.7%	71	2	445	133	590	2	
Consejo Ejecutivo	316	1.1%	4	0	103	35	173	1	319	1.0%	4	0	98	22	194	1	
Gerencia General	1 187	3.9%	0	0	383	88	716	0	1 314	3.9%	0	0	391	49	874	0	
Distritos Judiciales	27 522	91.5%	3 316	75	12 571	4 126	7 423	11	30 554	91.4%	3 431	68	12 261	4 447	10 336	11	

Fuente: Gerencia de Recursos Humanos y Bienestar.
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación.

A diciembre 2021 el número de personal del Poder Judicial asciende a 33,430 trabajadores constituyendo el total del personal (Activo) que labora en nuestra Institución, de los cuales 3,576 (10.7%) se encuentran bajo el régimen laboral del D.L. 276, dentro del D.L.728 se encuentran laborando 17,860 (53.4%) y, en tanto que 11,994 (35.9%) se encuentran bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (CAS). Ver Anexo N° 31.

En ese sentido, estamos hablando de que se contaría con 33,430 trabajadores activos, para la resolución de más de dos millones de expedientes al año, si tomamos como referencia la cantidad de expedientes no resueltos (pendientes) con los que el Poder Judicial habría iniciado el 2021. Dicho personal también se avocaría a la resolución de las controversias en materia de contratación estatal, en virtud de la reforma que pretende el Poder Ejecutivo. Y, en ese sentido, la pregunta que cae de madura es si dicho personal está capacitado y cuenta con la experiencia y especialización para resolver estas controversias. Sobre el particular tampoco se menciona algo en el Proyecto de Ley.

3. Falta de recursos humanos y especialización de los jueces en las materias propias de la contratación con el Estado.

La reforma plantea que sean las Salas Contenciosas Administrativas las competentes para resolver las controversias en materia de contratación estatal, que desde hace veinticinco años se deciden en la vía arbitral, sin que fluya de la exposición de motivos, algún estudio mínimo que permita evaluar si tales profesionales cuentan con la experiencia necesaria como para resolver estas materias de natural complejidad y especialización.

¹⁶ Fuente:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83>

De hecho, de acuerdo con información oficial del Poder Judicial, a diciembre de 2021 se registraban ocho Salas Contenciosas Administrativas¹⁷, integradas por un colegiado de tres jueces superiores, que, para situarlas en un contexto lo más real posible, serían como ocho tribunales arbitrales, que resolverían las controversias en materia de contratación estatal que, a nivel nacional, estén en giro y aquellas que se susciten en el futuro. A continuación, el detalle:

CUADRO N° 3
PODER JUDICIAL: DEPENDENCIAS JUDICIALES POR ESPECIALIDAD, SEGÚN TIPO DE ÓRGANO JURISDICCIONAL
 Período: Diciembre 2021

Órgano Jurisdiccional	Especialidad										
	Civil	Constitucional	Contencioso Administrativo	Penal	Laboral	Familia	Mixto	Extinción Dominio	JPL	Total	%
Salas Superiores	54	3	8	102	45	2	19	3		236	8.6%
Juzgados Especializados y Mixtos	303	14	26	956	194	258	111	22		1 884	68.6%
Juzgados de Paz Letrados									626	626	22.8%
Total	357	17	34	1 058	239	260	130	25	626	2 746	100.0%
%	13.0%	0.6%	1.2%	38.5%	8.7%	9.5%	4.7%	0.9%	22.8%	100.0%	

Nota: No incluye el Juzgado de Turno Permanente de Lima ni las dependencias de la Corte Suprema
 Fuente: Sistema Integrado de Gestión Administrativa (SIGA)
 Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub - Gerencia de Estadística

Asimismo, debemos considerar que dichas Salas no se avocarían únicamente a resolver lo que pretende el Proyecto de Ley, sino que, además, tienen su propia carga procesal a la fecha; la misma que proviene de los veintiséis Juzgados Especializados y Mixtos en lo contencioso administrativo y los casos que, por excepción, asume como primera instancia en virtud de lo regulado en el TUO de la Ley n.º 27584.

Con esta información de acceso público, resulta valedero reflexionar si, en efecto, los jueces que serían competentes por disposición del Proyecto de Ley, estarían en capacidad técnica, especializada y operativa para asumir los arbitrajes existentes y los venideros, con rigurosidad, eficiencia, celeridad y efectividad. Nuevamente, sobre este punto nada menciona el Proyecto de Ley.

4. Falta de celeridad y eficiencia en la resolución de los casos que son administrados por el Poder Judicial.

Al respecto, ya hemos visto que el retardo en la resolución de los procesos es una de las causas por las que más sanciones tienen los magistrados, de acuerdo con información oficial de la OCMA. Sin embargo, revisemos algunas estadísticas sobre la demora en los procesos judiciales. La editorial Gaceta Jurídica, por ejemplo, hizo un estudio bajo la dirección de Walter Gutiérrez, que abordó los cinco grandes problemas de la justicia en el Perú¹⁸, con relación al Poder Judicial, reseñando información valiosa que reproducimos a continuación:

¹⁷ Fuente: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83>

¹⁸ Fuente: https://issuu.com/gacetaj/docs/informe_la_justicia_en_el_peru_2015

CUADRO COMPARATIVO DE LA DURACIÓN LEGAL Y REAL DE LOS PROCESOS JUDICIALES

PROCESO	DURACIÓN REAL	DURACIÓN SI SE CUMPLIERAN LOS PLAZOS	MESES DE DEMORA
Desalojo por ocupación precaria *	4 años y 3 meses	5 meses	46 meses más
Ejecución de garantías *	4 años y 6 meses	5 meses	49 meses más
Hábeas corpus	1 año y 8 meses	1 mes y medio	18 meses y medio
Corrupción de funcionarios	4 años y 6 meses	10 meses	44 meses más
Robo agravado **	4 años y 2 meses	7 meses	43 meses más
Violación sexual **	4 años y 1 mes	7 meses	42 meses más

* El cómputo del tiempo incluye la fecha de inicio del proceso hasta la emisión de la sentencia con calidad de cosa juzgada. En el promedio no se incluye el plazo de ejecución de la sentencia judicial, el cual asciende a un año y medio adicional.
 ** El cómputo es realizado sobre la base del proceso penal ordinario del Código de Procedimientos Penales.

DEMORA EN LOS PROCESOS JUDICIALES



Al ver estas estadísticas, que, si bien datan de un estudio publicado en el 2015 (es decir, hace siete años), es difícil pensar que se haya producido variaciones considerables, si consideramos las estadísticas que hemos comentado respecto al funcionamiento presente del Poder Judicial. Ciertamente, no son buenas noticias para los que buscamos tutela jurisdiccional y un debido proceso en la jurisdicción ordinaria y es, por supuesto, una situación que merece especial atención y un cambio necesario a largo plazo.

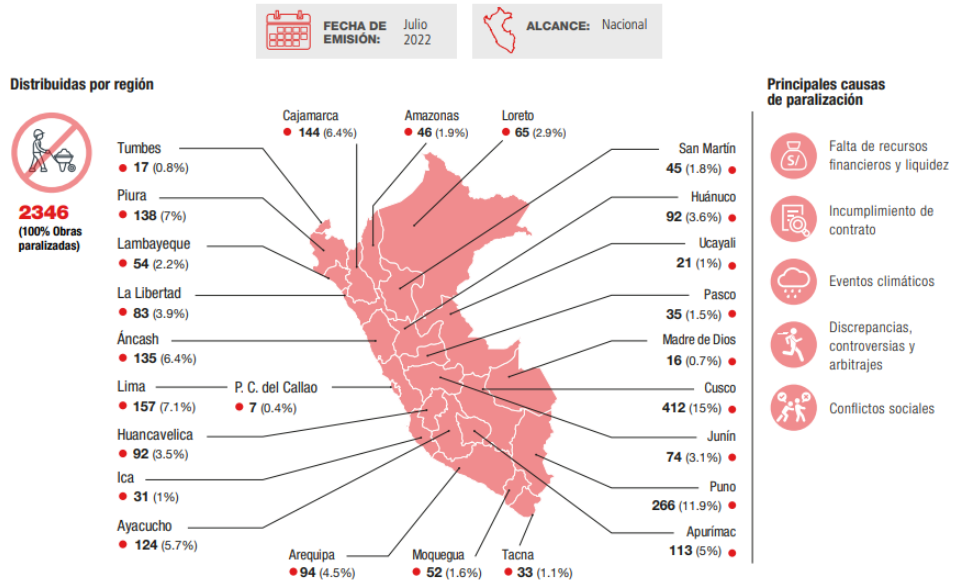
Para concluir con este punto, diremos que la exposición de motivos del Proyecto de Ley refiere que: “(...) según la Contraloría General de la República, el 28% de obras paralizadas tienen como motivo de paralización al arbitraje. Esto quiere decir que un gran número de obras en el país se encuentran paralizadas como consecuencia de un proceso arbitral que se encuentra en curso, lo cual evidencia que también existen demoras en la resolución de controversias en dicha vía.”. No obstante, dicha información proviene de una fuente desactualizada.

Así, tenemos que, con fecha 22 de agosto de 2022, la Contraloría General de la República, ha emitido la Nota de Prensa n.º 871-2022-CG/GCOC¹⁹, en la que precisa que, del último Reporte de Obras Paralizadas en el Territorio Nacional, sólo el 4.3% presentarían a los arbitrajes como causa de una paralización. A continuación, una infografía elaborada por dicha entidad en la que, además de este aspecto, se puede visualizar otra información de relevancia que no ha sido considerada en la elaboración del el Proyecto de Ley:

¹⁹ Fuente: <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/643238-contraloria-existen-2346-obras-publicas-paralizadas-por-mas-de-s-29-mil-millones>

Existen 2346 obras paralizadas por más de S/ 29 mil millones

Cusco, Puno y Lima concentran el mayor número de inversiones paralizadas



Señalado todo esto, es importante acotar que la lista precedente de factores a tener en cuenta en esta reforma, no se limita a los ya mencionados, sino que, entre otros, se podría considerar, a modo de preguntas que tampoco responde el Proyecto de Ley, las siguientes: 1) ¿Estamos ante una reforma que puede afectar o desincentivar la inversión privada extranjera y local?; 2) ¿El Estado puede ser visto como juez y parte?; 3) ¿Cuál sería el costo económico y real para la implementación de esta reforma?; 4) ¿Se ha consultado a los procuradores públicos a nivel nacional sobre la reforma que se plantea?. Esta última pregunta será abordada al momento de tratar el denominado “proceso abreviado”.

Por todo lo expuesto, y lo que veremos en el numeral 2.3. del presente artículo, manifestamos nuestro desacuerdo con el propósito central del Proyecto de Ley bajo análisis.

Sin perjuicio de ello, procederemos a observar la modificación normativa específica con las siguientes interrogantes, que no han sido desarrolladas en la exposición de motivos, las mismas que sólo generan incertidumbre e inseguridad jurídica respecto de su viabilidad técnica y aplicación práctica, pudiendo apreciar que, además de los particulares, el Estado también se verá perjudicado:

<p align="center">Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE</p>	<p align="center">En desacuerdo y como observaciones adicionales, se señala:</p>
<p>“Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual</p> <p>45.1 (...) Tratándose de procesos de selección de obras públicas, al momento de la elaboración de las bases, la entidad pública debe sustentar mediante un informe técnico, la vía para la resolución de las controversias teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia que garanticen la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos. Dicho informe técnico debe ser elaborado teniendo en cuenta los criterios desarrollados en el reglamento respectivo.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ¿Si después de la elaboración de las bases, las partes consideran que es mejor recurrir al arbitraje, su procedencia será limitada también? - ¿El informe técnico formará parte integrante de las bases? - ¿Qué debemos entender por los parámetros que señala el Proyecto de Ley? - ¿Quién regula los términos del convenio arbitral, una vez emitido el informe técnico que concluye que la vía idónea será el arbitraje? - ¿El informe técnico se pone en conocimiento de los postores para su observación o consultas? - ¿Los postores pueden presentar como propuesta el arbitraje para que se reformule el informe técnico que hubiere elegido la vía judicial? - ¿El procurador público es consultado respecto a cuál es la vía más idónea para resolver determinado conflicto? - ¿En qué plazo se elabora el informe técnico? - ¿Quién elabora el informe técnico? ¿El titular de la Entidad, el Jefe de Administración, el Jefe de Asesoría Jurídica, el procurador público u otros? ¿Dependerá de la etapa en que se pacte el arbitraje? - ¿A quién se dirige? ¿La facultad es delegable? - ¿Cuáles son los criterios que podrían sustentar el informe técnico que se reserva para el reglamento? (Del denominado “anteproyecto” se advierte que han retirado “informe técnico que justifique la conveniencia para el interés público de acudir, en ese caso en particular, a la vía arbitral antes que a la judicial.”) - ¿Podría existir una contingencia de responsabilidad futura para el funcionario público, por elegir el arbitraje antes que la vía judicial? Una supervisión de la Contraloría General de la República, por ejemplo.

En conclusión, sería un claro error el judicializar las controversias en materia de contratación estatal y la exposición de motivos del Proyecto de Ley no soporta el impacto de la inmensa y radical reforma que pretende llevar adelante el Poder Ejecutivo.

2.2.2. Resolución de los contratos (artículos 33 y 36).

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE	Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE (Nota: Los cambios respecto del denominado anteproyecto, se destacan en color azul)
<p>“Artículo 33º- Contrato (...) 32.3. Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias, d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento, y e) Cláusula resolutoria expresa (...)”</p>	
<p>"Artículo 36. Resolución de los contratos (...) 36.2 Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe convenir expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.</p> <p>En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, se realiza la liquidación de la obra, procediendo que la entidad pública afectada inicie acciones para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público.</p> <p>33.5. (...)</p>	<p>"Artículo 36. Resolución de los contratos (...) 36.2 Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe convenir expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.</p> <p>En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, la Entidad afectada, sin perjuicio de la liquidación de la obra, continúa o reanuda la ejecución de la misma en resguardo del interés público.”</p>

Con relación a este punto, los autores del presente artículo, no compartimos de forma integral la misma postura; pues, por un lado, la coautora no advierte impedimento legal o constitucional en la inclusión de una cláusula resolutoria expresa en los contratos regulados bajo la Ley de Contrataciones del Estado; y considera que si el diseño de dicha cláusula (caso por caso), es el óptimo y genera que situaciones de incumplimiento de ambas partes den lugar a la extinción del vínculo contractual, ello podría coadyuvar incluso, a generar los incentivos necesarios para la ejecución debida de los contratos.

El coautor del presente trabajo considera que: “El Estado nada ganaría resolviendo un contrato a través de este mecanismo, sin siquiera dar la oportunidad para que el contratista ejecute la obligación supuestamente incumplida.” Estima, además, que,

“(…) la existencia de una cláusula resolutoria expresa será una tentación muy grande para deshacerse del otro contratante, por las razones que fuere, dentro de las cuales no podemos dejar de mencionar a aquellas de orden político, muy comunes en nuestro país cuando cambian las autoridades de la entidad”²⁰

Sin perjuicio de ello, la coautora comparte con el coautor su preocupación respecto a la regulación técnica, eficiente, justa y equitativa que se pueda formular en el diseño y contenido de la citada cláusula resolutoria expresa²¹.

De otro lado, con relación al segundo párrafo del numeral 36.2. del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado que se pretende modificar, ambos autores criticamos la citada regulación, puesto que ante la eventualidad de declararse inválida la resolución del contrato practicada por la Entidad, el contratista habrá perdido toda oportunidad de ejecutar la obra y, por supuesto, durante el desarrollo del arbitraje y aun antes de su inicio, estaría impedido legalmente de suspender la ejecución de la obra, por ejemplo, a través de alguna medida cautelar. En ese sentido, consideramos que este extremo del Proyecto de Ley podría generar una situación de inequidad entre las partes. En todo caso, con relación a este punto, nada se dice en la exposición de motivos y adolece de cualquier sustento que le brinde soporte o viabilidad.

A propósito de este tema, nos parece ilustrativo comentar que el documento denominado “anteproyecto” disponía lo siguiente: “Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra.”; texto que fue retirado en el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE y, que, todo parece indicar, habría sido adecuado en la modificación de otro artículo (el numeral 36.2. del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado) para alcanzar los mismos fines, aunque su regulación no sea expresa o literal.

2.3. De las Disposiciones Complementarias Modificatorias.

2.3.1. Sobre la modificación de los artículos 4, 5, 9 y 25 de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo y la incorporación de los artículos 24-B y 37-A.

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE	Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE (Nota: Los cambios respecto del denominado anteproyecto, se resaltan en color azul)	Opinión
MODIFICACIONES		

²⁰ CASTILLO FREYRE, Mario. “El Arbitraje con el Estado. Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal”, el mismo que fue publicado en febrero de este año por el Círculo de Contrataciones del Estado en el siguiente enlace: [boletin-oficial-CAE-edicion-N-002.pdf](#)

²¹ Con relación a la posición del coautor, resulta conveniente la remisión a su artículo denominado: “El Arbitraje con el Estado. Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal”, el mismo que fue publicado en febrero de este año por el Círculo de Contrataciones del Estado en el siguiente enlace: [boletin-oficial-CAE-edicion-N-002.pdf](#)

<p>“Artículo 4.- Actuaciones impugnables Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.</p> <p>Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:</p> <p>(...)</p> <p>7. Las omisiones o actuaciones realizadas por el contratista en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas.”</p>	<p>“Artículo 4.- Actuaciones impugnables Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.</p> <p>Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:</p> <p>(...)</p> <p>7. Las omisiones o actuaciones del contratista cuya obligatoriedad de abstención o acción se encuentre prevista en los respectivos contratos de ejecución de obra pública o en los procedimientos de selección que le dieron origen.”</p>	<p>En desacuerdo</p>
<p>Artículo 5.- Pretensiones En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:</p> <p>(...)</p> <p>6. La interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de actuaciones realizadas en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas. 7. La realización o abstención de una actuación por parte del contratista en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas”.</p>	<p>Artículo 5º.- Pretensiones En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:</p> <p>(...)</p> <p>6. La interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de actuaciones realizadas en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas, luego de haberse agotado la vía administrativa. 7. La realización o abstención de una actuación por parte del contratista en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas”.</p>	<p>En desacuerdo</p>
<p>Artículo 9.- Competencia funcional.- (...) Cuando el objeto de la demanda versa sobre las pretensiones que se tramitan en el proceso abreviado, es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia del domicilio principal de la entidad. En estos casos, solamente el Presidente de la Sala se avoca al conocimiento de la causa. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema resuelve en apelación. En este caso, se avocan al conocimiento de la causa, el Presidente y los dos jueces más antiguos. No procede recurso de casación.</p>		<p>En desacuerdo</p>
<p>Artículo 25.- Proceso ordinario Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 24 y 24-B de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes: (...)”</p>		<p>En desacuerdo</p>
<p>INCORPORACIONES</p>		
<p>“Artículo 24-B.- Proceso abreviado. Se tramitan como proceso abreviado únicamente las pretensiones previstas en los incisos 6 y 7 del artículo 5.</p> <p>El proceso se tramita según las siguientes reglas de procedimiento:</p> <p>1. Los plazos aplicables al proceso abreviado, bajo responsabilidad, son los siguientes:</p>		<p>En desacuerdo</p>

<p>a. Tres (03) días para interponer tachas u oposiciones, así como excepciones o defensas previas.</p> <p>b. Cinco (05) días para contestar la demanda y/o reconvenir</p> <p>c. Tres (03) días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en estado de dictar sentencia.</p> <p>d. Luego del informe oral, el juez emite sentencia. Excepcionalmente, el juez da a conocer el sentido del fallo, debiendo notificar la sentencia en un plazo de cinco (05) días.</p> <p>e. En caso ninguna de las partes hubiera solicitado informe oral, el plazo de cinco (05) días para emitir sentencia se computa desde el día siguiente de vencido el plazo para solicitar informe oral.</p> <p>f. Cinco (05) días para apelar la sentencia.</p> <p>Los plazos se computan desde el día siguiente de recibida la notificación.</p> <p>2. En esta vía procedimental procede la reconvencción.”</p>	
<p>“Artículo 37-A.- Medidas cautelares en los procesos abreviados</p> <p>En el proceso abreviado pueden solo expedirse medidas cautelares de suspensión de los efectos del acto cuestionado. No cabe medida cautelar fuera del proceso. La Sala puede conceder en todo o en parte la medida solicitada.</p> <p>Para el otorgamiento de una medida cautelar se toman en cuenta los siguientes elementos:</p> <p>a. Se considere la verosimilitud del derecho invocado.</p> <p>b. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso.</p> <p>c. La medida resulte adecuada y razonable para garantizar la eficacia de la pretensión, atendiendo a la irreversibilidad de la medida adoptada y al perjuicio que esta pueda generar al interés público. Para tal efecto, se debe ponderar la razonabilidad y la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría la medida cautelar al interés público, en especial a los beneficiarios de la obra pública, o a terceros, y el posible perjuicio que causaría al solicitante su no otorgamiento.</p> <p>d. Se exija y se presente una contracautela consistente en una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la entidad pública afectada, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad que cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privadas de Fondos de Pensiones, cuyo importe sea no menor al diez por ciento (10%) del costo total de la obra, de acuerdo al expediente técnico, a fin de garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda irrogar la ejecución de la medida, bajo responsabilidad. En ningún caso se puede admitir como contracautela la caución juratoria.</p> <p>La solicitud cautelar se tramita ante el mismo órgano jurisdiccional que conoce la demanda. Presentada la solicitud de medida cautelar, se corre traslado con sus recaudos a la parte demandada por el término de cinco (05) días hábiles. Transcurrido dicho plazo, la Sala resuelve dentro de los cinco (05) días siguientes, bajo responsabilidad.</p> <p>Contra el auto que resuelve la solicitud cautelar procede recurso de apelación ante el mismo órgano competente para conocer el recurso de apelación en el proceso principal.</p> <p>La medida cautelar se extingue de pleno derecho con la emisión de la resolución que pone fin a la instancia, desestimando la demanda.”</p>	<p style="text-align: center;">En desacuerdo</p>

Al respecto, sin perjuicio de lo extensamente comentado sobre el panorama del Poder Judicial y nuestro desacuerdo en judicializar las controversias en materia de contratación estatal, nos referiremos al denominado “proceso abreviado”, que el Poder Ejecutivo pretende crear en la vía contenciosa administrativa.

En ese sentido, revisada la fórmula legal que se deriva de la incorporación de los artículos 24-B y 37-A, es posible advertir que dichos cambios responden a un desconocimiento real respecto a cuáles son las materias controvertidas más recurrentes en contratación estatal; cuál es su grado de complejidad y especialidad; cuál es el común desarrollo de las actuaciones procesales en sus distintas etapas; cuáles son las dificultades que en el ejercicio de la defensa jurídica tiene el Estado para diseñar su estrategia, aplicarla y tener éxito en sus casos; etc. En otras palabras, el Proyecto de Ley bajo comentario se presenta como antitécnico porque no guarda correspondencia con la casuística en esta materia; y, entendemos, puede haber sido diseñado de esta manera, producto de la falta de conocimiento y experiencia en estos temas.

Así, por ejemplo, cuando hablamos de controversias en materia de contratación estatal, debemos pensar que frente a la regulación de un procedimiento en el que una de las partes es una entidad pública, el ejercicio de su defensa jurídica tiene problemas propios y que no necesariamente son ni tienen que ser los mismos que afrontan los particulares para litigar. Por tal motivo, cuando hablamos de la defensa jurídica del Estado, no podemos obviar en nuestro análisis a las procuradurías públicas, porque resulta necesario conocer sobre su realidad e incluso, si no hay algún estudio de acceso público, consultar a la fuente oficial que resulte necesaria, sobre el desarrollo de las controversias en las que son parte. Y si alguna consulta se hizo a las procuradurías públicas a nivel nacional, nos debemos preguntar cuál es el motivo por el cual ello no se menciona en la exposición de motivos del Proyecto de Ley.

Lo aseverado es de suma importancia, si tenemos en consideración que el “proceso abreviado” que se propone crear, prevé plazos irreales e incoherentes con la naturaleza de las materias a resolver y las dificultades que las procuradurías públicas afrontan en el ejercicio de su función, las mismas que, de forma referencial y no limitativa, mencionamos a continuación:

- i) Recopilación oportuna, completa, legible y ordenada de la documentación e información necesaria para el desarrollo de su estrategia.
- ii) Dificultad para una coordinación fluida con las áreas técnicas y legales respecto al estudio y análisis de las materias controvertidas que son complejas; en las distintas etapas del proceso, en las que se requiere su participación técnica con el objeto de coadyuvar al fortalecimiento de la defensa jurídica a cargo de los procuradores públicos.
- iii) Limitado o reducido tiempo después de recibir la documentación para efectuar el respectivo análisis y diseño de la estrategia a su cargo, debido a problemas logísticos para su remisión, insuficiente personal en las áreas técnicas o legales y/o lo señalado en los numerales i) y ii).

- iv) Generación oportuna y eficaz de los medios probatorios que acrediten la posición de la Entidad, más aún si a diferencia del contratista, el procurador público no acompaña la ejecución del contrato desde el inicio. (testigos, informes periciales, inspección ocular, audiencias especiales de carácter técnico, etc.).
- v) Elevada carga procesal en todas las materias de la procuraduría e insuficiente personal o carencia de personal especializado para litigar en materia de contratación con el Estado.
- vi) Elevada carga en la atención de requerimientos de carácter administrativo o de otra naturaleza distinta al ejercicio mismo de la defensa jurídica del Estado.
- vii) Eventuales problemas vinculados con el respeto por la autonomía funcional e independencia con la que todo procurador público debe desempeñar su cargo.

En ese contexto, establecer como plazos, tres o cinco días, es utópico y sólo pondría en grave riesgo el derecho de defensa de las partes en el decurso del proceso y, especialmente, del propio Estado en calidad de parte. La complejidad y especialización de las distintas materias que hoy se arbitran (y que se quiere judicializar) tampoco lo permitiría, considerando que las controversias no sólo cuentan con un componente legal, sino con uno de carácter técnico, según la obra a ejecutarse (tecnología, infraestructura, civil, ambiental, eléctrica, arquitectura, suelos, entre otros). Lo mismo sucede con el plazo que se estipula para resolver este tipo de controversias. La fórmula legal sólo genera desconfianza sobre el contenido y alcance de una decisión adoptada de esta manera.

Por otro lado, con respecto a la regulación de las medidas cautelares en el marco de los procesos abreviados, nada se ha dicho en la exposición de motivos, de modo tal que no podemos adivinar cuáles puedan ser las razones por las cuales se ha propuesto una regulación en los términos que han sido formulados. Tampoco comprendemos cuál es la coherencia entre la regulación de las medidas cautelares en el Poder Judicial, que se ha planteado como reforma al Decreto Legislativo n.º 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje) y lo que, a su vez, se pretende y, al parecer de forma contradictoria, con la incorporación del artículo 37-A en la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo. Sobre este punto, adviértase el procedimiento, los elementos para su concesión, los diversos tipos de medidas cautelares que se admite, entre otros.

Por último, es curioso que, pese a las estadísticas que son citadas en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, las cuales arrojan que la mayor parte de las medidas cautelares en contra del Estado han sido concedidas por el Poder Judicial (53%), el Poder Ejecutivo omite considerar, además, esa variable en su fórmula legal y aun así, estime que es mejor concederle más potestades por medio de una instancia extraordinaria denominada “proceso abreviado”, con la que se pretende

experimentar en la resolución de controversias de gran envergadura y que sólo perjudicará aquello que se pretende cautelar.

III. Conclusiones.

Por todo lo expuesto, señalamos las siguientes conclusiones respecto del Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE:

- Ha sido formulado sin tomar en consideración el panorama y la realidad actual del sistema de administración de justicia en el Poder Judicial.
- No se aprecia de su contenido, el haber solicitado y analizado las opiniones de los diversos actores en los que recaerán las reformas que se plantea.
- Evidencia un desconocimiento de la materia que se pretende regular, cuando se proyecta efectuar cambios e incorporaciones en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.
- Genera una contingencia para la defensa jurídica del Estado en lo que respecta a la judicialización de las controversias en materia de contratación estatal, por medio del denominado “proceso abreviado”.
- Carece de indicadores objetivos, estadísticos y documentados, que permitan afirmar que la vía idónea de resolución de conflictos es la judicial.
- Crea una barrera de acceso al arbitraje como “supuesta” vía alternativa de solución de controversias en materia de contratación con el Estado, siendo su verdadera intención el proceder a derogarla.
- No motiva el tratamiento diferenciado a nivel constitucional de las reformas que plantea.
- Plantea la increíble y absolutamente inusual aplicación inmediata en materia procesal de sus reformas, generando un peligro para la adecuada resolución de las controversias en materia de contrataciones del Estado; ello, además de violentar abiertamente el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en los contratos que ya contienen convenios arbitrales.

Lima, 30 de agosto de 2022