

Alta litigiosidad en contratos públicos y mecanismos de prevención y solución de conflictos en Perú

Zita Aguilera Becerril

Temario

01 Regímenes de contratación estatal en Perú

02 Mecanismos de prevención y solución de controversias

03 Dispute Boards- Junta de Disputas en proyectos de infraestructura pública

04 Realidad peruana: Alta litigiosidad.- causas y consecuencias

05 Posibles alternativas para reducir la litigiosidad

06 Conclusiones

Regímenes de contratación

**Abastecimiento de
bienes y servicios**

T.U.O. Ley 30225

Obra pública

Ley 30225

**Contratos de
Gobierno a Gobierno
(NEC/FIDIC)**

**Obras por
Impuestos**

T.U.O. 29230

**Asociaciones Público Privadas
y Proyectos en Activos
(D. Leg. 1362)**

Mecanismos de prevención y solución de controversias

Trato Directo
Amigable Componedor
Conciliación

Peritaje Técnico
**Junta de Disputas/
Dispute Board**

**Arbitraje Nacional
e Internacional**

Junta de Disputas

Obras públicas- TUO Ley 30225

- Obligatorio: Obras mayores a US\$ 5,300,000.00
- Panel de expertos, que acompañan la ejecución de la obra desde la etapa más temprana (una vez entregado el terreno)
- Competentes hasta que se entrega la obra. No pueden conocer pretensiones indemnizatorias, ni controversias sobre prestaciones adicionales o derivadas.
- Función consultiva: absolver consultas de las partes, sin carácter vinculante.
- Función decisoria: solución de controversias, **obligatorias para las partes y se implementan de inmediato.**
- Ingenieros, arquitectos, abogados.
- Requisito de arbitrabilidad: Evaluación de costo-beneficio antes de recurrir a arbitraje.

Dispute Board

Contratos de gobierno a gobierno

- Utilizan FIDIC y NEC
- Honorario mensual y diario
- Aplican reglas del Reglamento de ICC y contratos tripartitos (adaptados)
- Profesionales extranjeros como Adjudicadores.
- Sí pueden conocer reclamos de indemnización.
- La función consultiva es más eficaz.

Arbitraje

Art. 63 Constitución Política del Perú

- La inversión nacional y extranjera están sujetas a las mismas condiciones.
- El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, así como también pueden someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

Arbitraje Nacional

Contratos bajo Ley 30225 (bienes, Servicios y obra pública):

- Obligatorio para controversias, una vez suscrito el contrato.
- Ad- Hoc (Excepción): controversias en contratos menores a US\$ 1,300,000.00 aprox.
- Institucional: Centros arbitrales
- Nómina de Árbitros del Sistema Nacional de Arbitraje: Árbitros designaciones por el Estado y Presidente (designación residual)
- Requisitos de árbitros: especialidad en derecho administrativo, arbitraje y contratación pública.
- Árbitro único y Presidente de Tribunal deben ser abogados.

Arbitraje Internacional

Fuente: Tratados bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones – BITS y Tratados de Libre Comercio.

Convenio Arbitral: Para controversias No Técnicas/Umbrales

Reglas de arbitraje CIADI, CNUDMI, etc.

Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión- SICRECI (Ley N° 28933).- Comisión multisectorial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión en todas sus etapas, incluyendo el trato directo.

Hay 10 arbitrajes en trámite y 17 concluidos

Solución de Controversias

**Ejemplo: Proyecto Asociación Público Privada -
Hospitales (Bata Verde y Gris)**

ARBITRAJE NACIONAL DE DERECHO

Controversia No Técnica

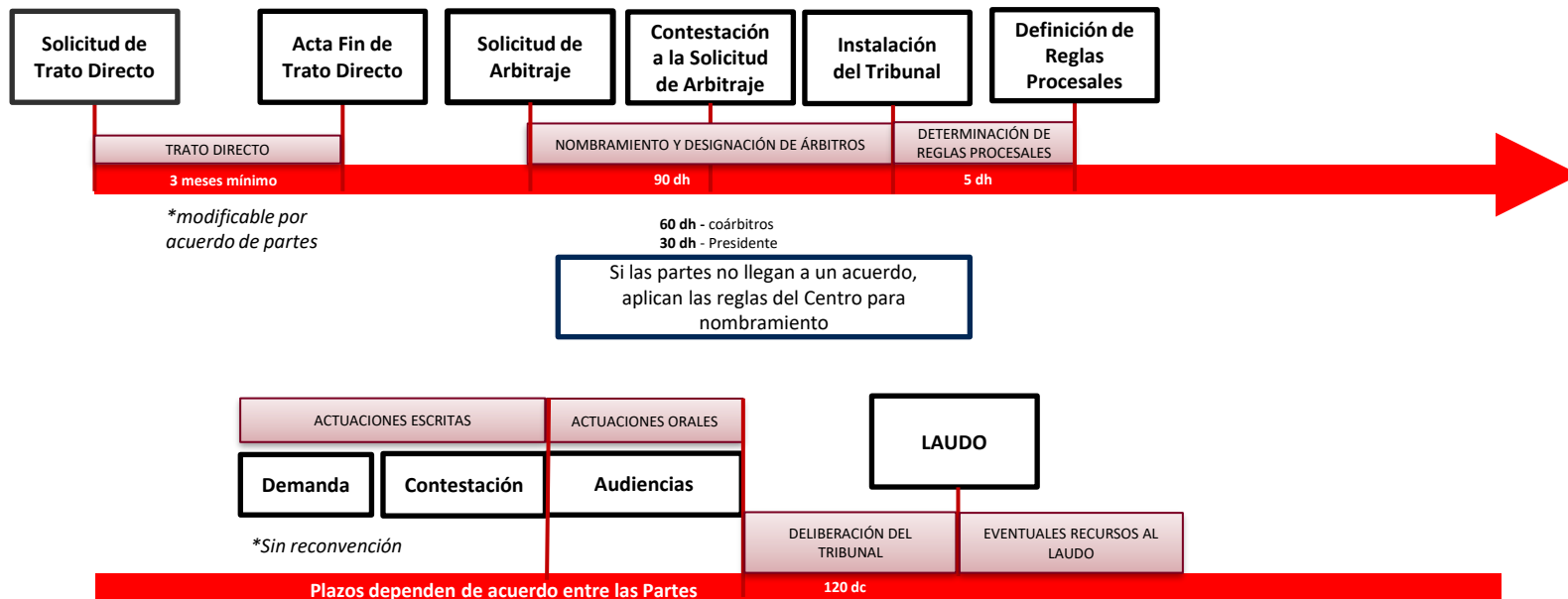
= o menor US\$ 30,000,000.00

Reglas CAR PUCP

Sede: Lima, Perú

Ley peruana

Administrado por el Centro de Análisis y
Resolución de Conflictos de la PUCP



ARBITRAJE INTERNACIONAL DE DERECHO

Controversia No Técnica

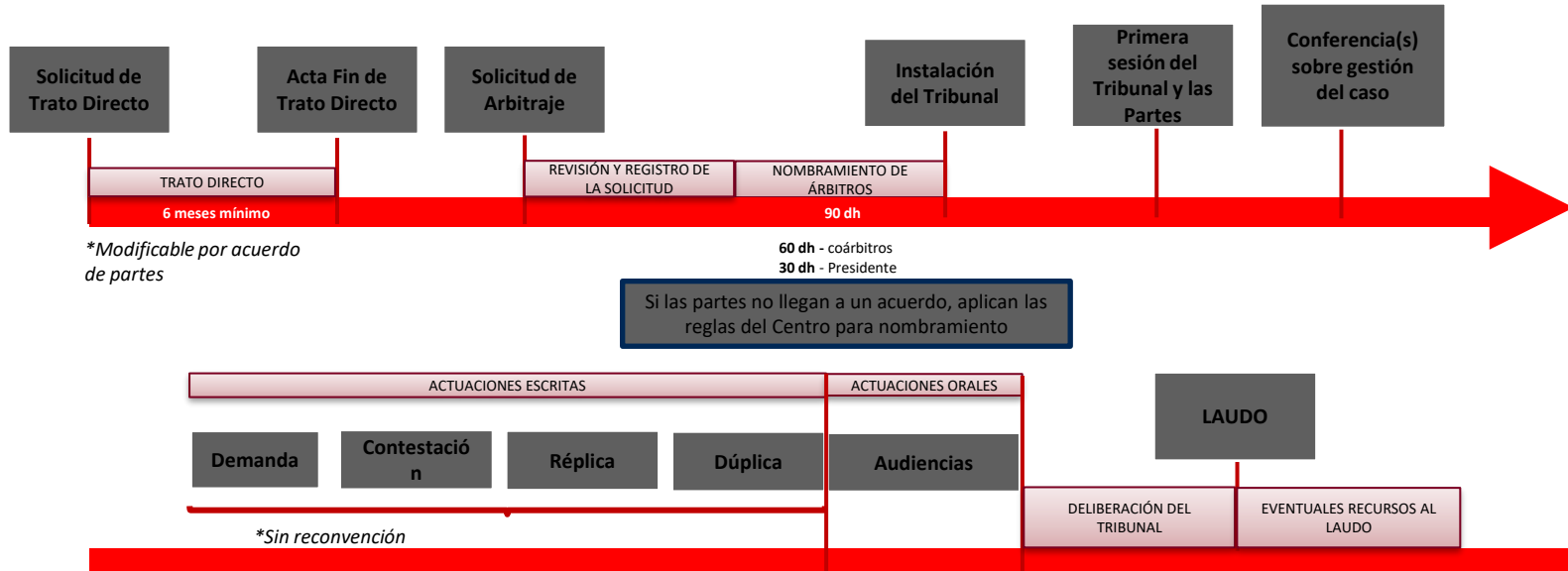
+ US\$ 30,000,000.00

Reglas CIADI

Sede: Washington D.C., Estados Unidos

Ley peruana

Administrado por el Centro Internacional de Arreglo
de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI

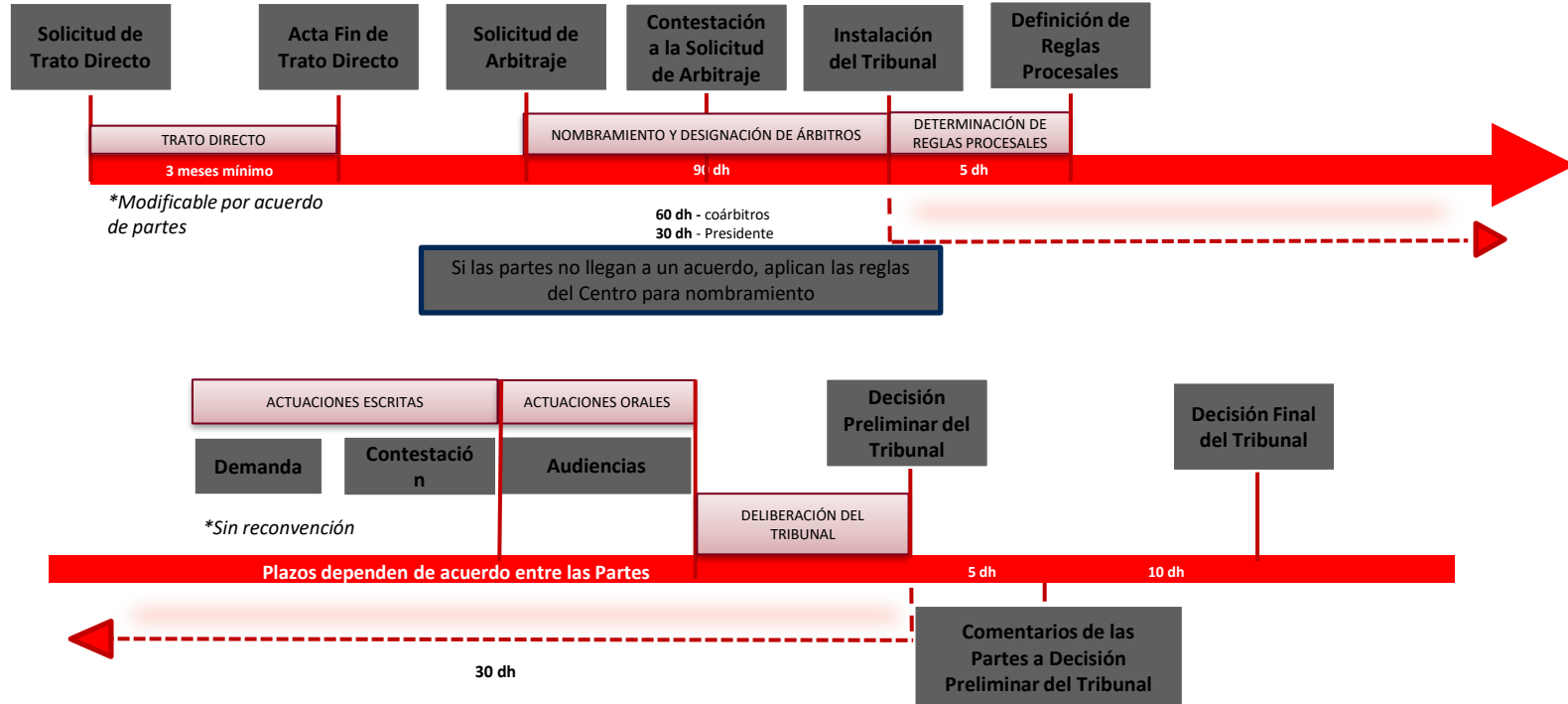


ARBITRAJE NACIONAL DE CONCIENCIA

Controversia Técnica



Administrado por el Centro de
Análisis y Resolución de Conflictos
de la PUCP

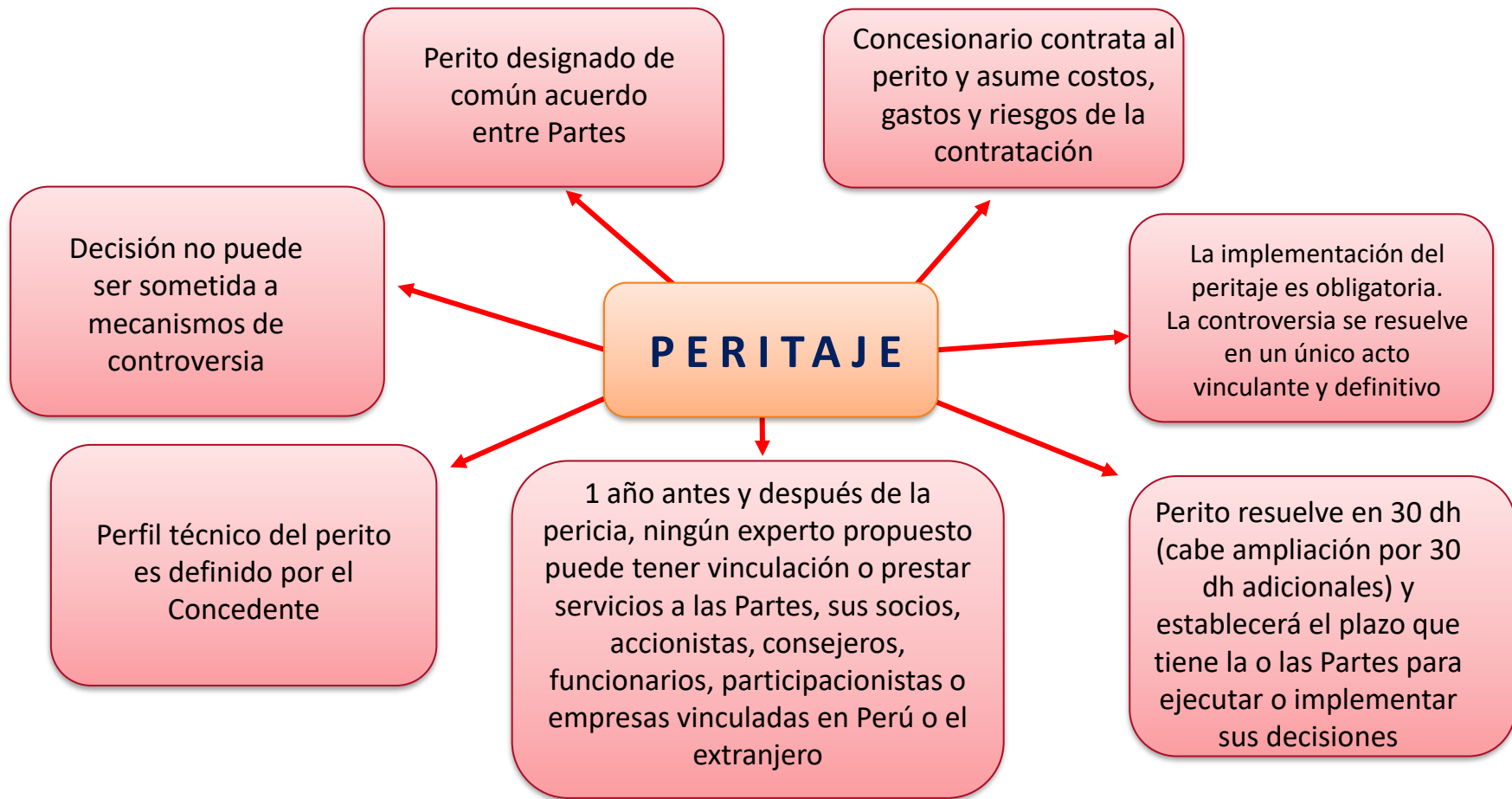


Junta de Resolución de Disputas

Cláusula 26.7

Conforme lo dispuesto en las Leyes y Disposiciones Aplicables, en la etapa de Trato Directo, por acuerdo de las Partes se podrán someter las controversias a una **Junta de Resolución de Disputas**, la cual emitirá una decisión de carácter vinculante y definitiva, por lo que no podrá ser sometida a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Capítulo.

Las reglas aplicables a la competencia, composición, mecanismo de designación, características de sus miembros, honorarios, plazos y similares, serán establecidas expresamente por las Partes en el acuerdo que disponga someter dicha controversia a la Junta de Resolución de Disputas, a falta de acuerdo entre las Partes será de aplicación el reglamento de la **Cámara de Comercio Internacional (CCI)** relativo a los Dispute Boards.



Causas de la alta litigiosidad

- **Graves errores o ambigüedades en estudios de preinversión, Expedientes Técnicos o Términos de Referencia.**
- Deficiente identificación y asignación de riesgos de los contratos.
- Precios contratados subvaluados y plazos de entrega de imposible cumplimiento (ofertas temerarias)
- Mala selección de contratistas- No tienen experiencia, ni solvencia técnica o financiera (se adjudica al precio más bajo)
- Excesiva y rígida reglamentación de los contratos públicos.
- **Diseño contractual lesivo para contratistas/concesionarios (penalizaciones excesivas)**
- **Temor del funcionario público a tomar decisiones por el riesgo de que los órganos de control gubernamental le imputen responsabilidad (administrativa, civil, penal)**
- La inacción o tomar una decisión arbitraria en contra del contratista no genera responsabilidad.
- Alta rotación de funcionarios públicos y deficiencias en capacidades
- **Falta de trazabilidad sobre la ejecución de los contratos (no hay una base de datos centralizada, digitalizada)**

Consecuencias de la alta litigiosidad

- Pérdida de interés de empresas en participar en Licitaciones con el Estado, lo que, a su vez, genera que el Estado no tenga pluralidad de postores para elegir la mayor oferta.
- Distracción del enfoque: en vez de focalizar su atención en la obra, se concentran en el litigio, y la relación entre las partes, en la obra, se torna accidentada/con fricciones en el día a día.
- Obras retrasadas o paralizadas y necesidades de la población desatendidas.
- Impacto en la economía del país: ruptura de cadena de pagos a personal, proveedores y contratistas.
- Condena al Estado de pagar costos arbitrales, intereses.

Posibles alternativas

- Mejorar planificación y programación de necesidades de las Entidades.
- Intenso acompañamiento y asesoría técnica a las entidades para la correcta identificación de riesgos de los proyectos y en la etapa de ejecución (asistencia técnica, PMO).
- Centralizar la contratación de obras emblemáticas y de mayor envergadura en una entidad especializada (ANIN)
- Enfoque de gestión por resultados (administración eficaz y eficiente de recursos públicos) e integridad.
- Cambio del diseño contractual: pasar del modelo adversarial a uno colaborativo, y utilización de modelos de contratos estandarizados.
- Nueva generación de gestores públicos / Empoderar al funcionario público: incentivo para la toma de decisiones
- Cambio en el enfoque de control: actualmente policíaco/inquisidor, y revisar la política de bonos del personal de Contraloría General de la República.
- Publicar en plataforma digital las principales decisiones/actos de la etapa de ejecución contractual.

Conclusiones

- Urge un cambio real en metodología de selección de contratistas y en el diseño de los contratos: pasar de modelo adversarial a uno colaborativo, con incentivos a contratistas: KPI por entrega anticipada o rendimientos/calidad.
- La gestión de los contratos debe estar a cargo de funcionarios altamente calificados.- atracción de talento y empoderamiento para la toma de decisiones:acompañamiento/asistencia técnica por consultores en obras de mayor relevancia (Ejm. PMO)
- Nuevo enfoque de control gubernamental (Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31288.- Ley que tipifica conductas infractoras y potestad sancionadora de la CGR)

Preguntas

Contacto



Zita Aguilera

Socia

zita.aguilera@bakermckenzie.com

Estudio Echecopar.

Member Firm of Baker & McKenzie International

Baker McKenzie delivers integrated solutions to complex challenges.

Complex business challenges require an integrated response across different markets, sectors and areas of law. Baker McKenzie's client solutions provide seamless advice, underpinned by deep practice and sector expertise, as well as first-rate local market knowledge. Across more than 70 offices globally, Baker McKenzie works alongside our clients to deliver solutions for a connected world.

bakermckenzie.com

Estudio Echecopar is a member firm of Baker & McKenzie International, a global law firm with member law firms around the world. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a "partner" means a person who is a partner, or equivalent, in such a law firm. Similarly, reference to an "office" means an office of any such law firm. This may qualify as "Attorney Advertising" requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

© 2023 Estudio Echecopar