

Capítulo 9

Sistemas eficaces de resolución de disputas en el Perú

El presente capítulo examina las líneas de acción que los proveedores peruanos pueden utilizar para impugnar resoluciones de contratación durante el procedimiento de contratación e implementación de contratos. Se pretende determinar, dentro del marco de la Recomendación sobre Contratación Pública de la OCDE de 2015, si se puede presumir que los cambios implementados a principios de 2016 generarán confianza en los licitantes, al establecer medios efectivos para impugnar resoluciones, con la finalidad de corregir irregularidades. El capítulo también analiza las complicaciones que pueden surgir para el OSCE, como administrador de resoluciones de disputas y supervisor del sistema en su conjunto. Igualmente, pone de manifiesto experiencias relevantes en otros países de la OCDE que pueden resultar útiles para las autoridades peruanas.

Las autoridades israelíes pertinentes proporcionan los datos estadísticos para Israel, bajo su propia responsabilidad. El uso de estos datos por parte de la OCDE se entiende sin perjuicio de la situación de los Altos del Golán, Jerusalén Este y asentamientos israelíes en Cisjordania, bajo los términos del derecho internacional.

Introducción

El nuevo marco regulatorio, introducido en enero de 2016, Ley de Contrataciones de Estado N° 30225, incluye modificaciones requeridas e innovadoras, al sistema de revisión de contrataciones públicas en el Perú. De hecho, el sistema de contrataciones ha enfrentado retos y críticas en el pasado, con imputaciones de corrupción en diferentes fases del procedimiento de contrataciones. Los cargos incluyen pagos recurrentes y sobornos para obtener contratos públicos y licencias y fondos públicos regularmente desviados a empresas, individuos o grupos, derivado del favoritismo de funcionarios de contratación (World Economic Forum, 2015-16 (Foro Mundial de Economía). Estas alegaciones fueron corroboradas durante la misión de investigación y los agentes económicos manifestaron su preocupación sobre la falta de respeto de las autoridades públicas hacia las resoluciones arbitrales.

Para que un sistema de reparaciones sea eficaz, debe estar bien diseñado, ser capaz de ofrecer protección, ser de fácil acceso para proveedores, no tener complicaciones y gestionar casos de manera económica y eficiente. Las medidas adoptadas por las autoridades peruanas para reformar el sistema marcan un paso en la dirección correcta, en términos de ofrecer mejor protección y ser más asequible. Sin embargo, el sistema es relativamente complejo y puede hacerse más eficiente esclareciendo el papel del OSCE, agilizando procedimientos de trabajo y sincronizando plazos para cumplir retos establecidos. En el Perú existe un mecanismo específico para resolver disputas durante los procedimientos de selección (pre-adjudicación) y otro para la ejecución del contrato (post adjudicación). El elaborado sistema que existe en el Perú para el periodo de post adjudicación no existe en muchos otros países de la OCDE donde los contratos públicos, una vez suscritos, están sujetos a las normas contractuales habituales. Más aún, el arbitraje con entidades públicas en materia de disputas contractuales es bastante frecuente en el Perú. Una de las posibles explicaciones es que los funcionarios no cuentan con conocimientos técnicos o no están dispuestos a tomar las decisiones necesarias para resolver problemas, por lo que los desacuerdos terminan en arbitrajes. Otra posible explicación es que la ausencia de un sistema eficaz de reparaciones en la fase previa a la adjudicación evita que surjan cuestiones durante el procedimiento de licitación, que más adelante se convierten en problemas de implementación contractual.

Tabla 9.1. **Mecanismos para resolver disputas durante procedimientos de licitación y resolución durante la implementación del contrato**

Fase	Actividad	Descripción
Licitación	<i>Consultas y observaciones</i>	Presentación de consultas y observaciones de licitantes durante los procedimientos de selección, con el fin de aclarar o modificar documentación de licitación.
	<i>Dictamen</i>	Los licitantes también pueden solicitar un dictamen (pronunciamiento) a la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE, cuando no están satisfechos con las respuestas de la entidad pública. El procedimiento se limita a casos de licitación y concurso público.
	<i>Proceso de apelación</i>	El recurso de apelación se interpone ante la entidad pública licitadora o ante el Tribunal Administrativo, según sea el caso.
Ejecución del contrato	<i>Conciliación</i>	Participación de un tercero neutral a quien las partes otorgan un cierto control.
	<i>Arbitraje</i>	El arbitraje es obligatorio para solucionar controversias en materia de contratación pública, en virtud de la legislación correspondiente. Exclusivamente controversias que pudieran surgir dentro del marco de contratos públicos.

Tabla 9.1. **Mecanismos para resolver disputas durante procedimientos de licitación y resolución durante la implementación del contrato** (*continuación*)

<i>Juntas de resolución de disputas</i>	Las juntas de resolución de disputas son un mecanismo que pretende prevenir y reducir el número de disputas surgidas durante la ejecución de obras, de manera que si las partes están de acuerdo con su decisión, el conflicto sea resuelto de manera inmediata, sin detener el trabajo.
---	--

Fuente: Información proporcionada por el OSCE.

Los hallazgos de la OCDE sugieren que ciertas características del sistema peruano podrían ser más eficientes, dependiendo de las características de cada caso. En la situación actual, los procedimientos jurídicos son demorados debido a la acumulación de casos pendientes ante tribunales y por falta de recursos o medios para acelerar los procedimientos. Para contrarrestar estas ineficiencias, las autoridades públicas han implementado medidas para educar a proveedores y funcionarios, capacitándolos en la manera de realizar procesos de contratación más eficientes y efectivos y evitar disputas innecesarias.

El objetivo del sistema de solución de controversias peruano es permitir que las irregularidades sean impugnadas y corregidas tan pronto como se generen, durante el procedimiento de contratación. El Cuadro 9.1 muestra algunos de los requisitos fundamentales para un sistema eficaz de recursos.

Cuadro 9.1. **Requisitos para un sistema eficaz de recursos**

Es importante que los proveedores cuenten con recursos de reparación disponibles para hacer cumplir las normas de contratación. Los recursos pueden motivarlos a supervisar los procedimientos de contratación y exigir que se sigan las normas de contratación, de manera que sus posibilidades de obtener un contrato no se reduzcan de manera ilegal. Por tanto, los recursos aumentan la legalidad de los procedimientos y fomentan la competencia.

Para ser eficaces, los recursos deben:

- Ser claros y sencillos, es decir, comprensibles y fáciles de usar.
- Estar disponibles para todos los agentes económicos que deseen participar en un procedimiento específico de adjudicación de contratos sin discriminación alguna, en particular por motivos de nacionalidad.
- Ser eficaces en la prevención o corrección de casos de ilegalidad por parte de proveedores y autoridades públicas.

Fuente: OCDE (2016), *Towards Efficient Public Procurement in Colombia [Hacia una contratación pública eficiente en Colombia]* *Making the Difference (Marcando la diferencia)*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>.

Las modificaciones implementadas a principios de 2016, como parte de las reformas regulatorias, ayudan a las autoridades peruanas a generar un marco claro, sencillo, asequible y efectivo para prevenir o corregir casos de ilegalidad. El Decreto Legislativo 1341, que entró en vigor en 2017, tiene un enfoque de supervisión que impone mayores exigencias de integridad a los proveedores y establece criterios más estrictos contra la corrupción. A este respecto la Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública de la OCDE de 2015 recomienda a los países "gestionar las quejas de manera justa, oportuna y transparente, estableciendo líneas de acción eficaces para impugnar resoluciones de contratación, corregir irregularidades, evitar malas prácticas y fomentar la confianza de los licitantes, incluyendo competidores extranjeros, en la integridad e imparcialidad del sistema de contratación pública. Otros aspectos clave de un sistema eficaz de denuncias son una revisión dedicada e independiente y una reparación adecuada"(OCDE, 2015). Aún más, la OCDE promueve la rendición de

cuentas en la contratación pública, haciendo hincapié en la importancia de implementar mecanismos de supervisión y control para apoyar la rendición de cuentas durante todo el ciclo de contratación pública, en todos los países. (Cuadro 9.2)

Cuadro 9.2. Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública

XII. RECOMIENDA que los Adherentes apliquen mecanismos de supervisión y control que favorezcan la **rendición de cuentas** a lo largo del ciclo de la contratación pública, incluidos los oportunos procedimientos de quejas y sanciones..

A tal fin, los Adherentes deberán:

- i) Establecer un orden jerárquico claro en la supervisión del ciclo de la contratación pública para asegurarse de que las cadenas de rendición de cuentas están bien definidas, que los mecanismos de supervisión se aplican y que los niveles de autoridad por delegación para las autorizaciones de gastos y la aprobación de las fases clave de la contratación están bien definidos. Las normas para la justificación y aprobación de excepciones en los procedimientos deberán ser completas y claras, como en el caso de las excepciones al mecanismo de licitación.
- ii) *Desarrollar catálogos de sanciones eficaces y aplicables* dirigidas tanto a los participantes del sector público como del privado, que sean proporcionadas al nivel de ilicitud para resultar suficientemente disuasorias sin generar un temor infundado a las consecuencias o una aversión al riesgo en el personal de contratación pública o entre los proveedores.
- iii) *Gestionar las quejas de un modo equitativo, ágil y transparente* mediante la implantación de vías efectivas para la impugnación de resoluciones en materia de contratación pública, dirigidas a la corrección de defectos, a impedir conductas ilícitas y a generar confianza entre los licitadores, incluidos los competidores extranjeros, en la integridad y ecuanimidad del sistema de contratación pública. Otros aspectos clave de un sistema eficaz de quejas son una fiscalización independiente y específica y unos mecanismos adecuados de reparación.
- iv) *Asegurarse de que los controles internos (incluidos los controles financieros, la auditoría interna y los controles de la gestión), así como los controles y auditorías externos, están coordinados e integrados entre sí y disponen de suficientes recursos,* con el fin de garantizar:
 1. el seguimiento del desempeño del sistema de contratación pública;
 2. un sistema fiable de presentación de información, el cumplimiento de las leyes y reglamentos y el establecimiento de mecanismos claros de comunicación a las autoridades competentes, sin miedo a represalias, de toda sospecha fundada de incumplimientos de esas leyes y reglamentos;
 3. la aplicación uniforme de las leyes, reglamentos y políticas en materia de contratación pública;
 4. la reducción de las duplicidades y una supervisión adecuada y conforme con las opciones nacionales; y

Cuadro 9.2. Recomendación de la OCDE sobre Contratación Pública *(continuación)*

5. una evaluación a posteriori independiente y, en su caso, la comunicación a los organismos supervisores competentes.

Fuente: OCDE (2015), “Recommendation of the Council on Public Procurement” [Recomendaciones del Consejo sobre Contrataciones Públicas], <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf> (consultado el 24 de abril, 2017).

La estructura del sistema de control peruano es similar a la de otros países de la región. Perú tiene una sólida cultura de supervisión y cuenta con un Tribunal Administrativo Especial de Contrataciones, con amplios conocimientos en derecho y experiencia en diversas leyes, sectores y casos. Además, un tribunal especial suele estar más familiarizado con métodos de interpretación y principios jurídicos y estar más informado sobre su implementación. Sin embargo, el Tribunal de Contrataciones del Estado sólo procesa ciertas apelaciones, la mayor parte son gestionadas por las entidades públicas. Los criterios para ser sujeto a una audiencia en el Tribunal Administrativo son estrictos. Existe una normativa que le da prioridad a contrataciones más grandes, debido a la capacidad de resolución del Tribunal Administrativo. Para que el tribunal pudiera atender otros casos, tendría que contar con recursos adicionales. Este capítulo evalúa la situación existente del mecanismo de revisión establecido, el cual pone mayor énfasis en la conciliación y explora posibilidades de implementar instrumentos tales como las nuevas Juntas de Resolución de Disputas o JRD. También toma en consideración el sistema central de arbitraje, que ha crecido en los últimos años en un intento por administrar el exceso de casos interpuestos durante la ejecución de contratos. Por último, el capítulo examina las formas en que se puede desarrollar el sistema de revisión y control de las contrataciones públicas en el Perú, para mejorar sus resultados.

9.1. Cuestionamientos a las decisiones de contratación durante el procedimiento de licitación

9.1.1. Tribunal Administrativo - Número de casos y umbrales mínimos

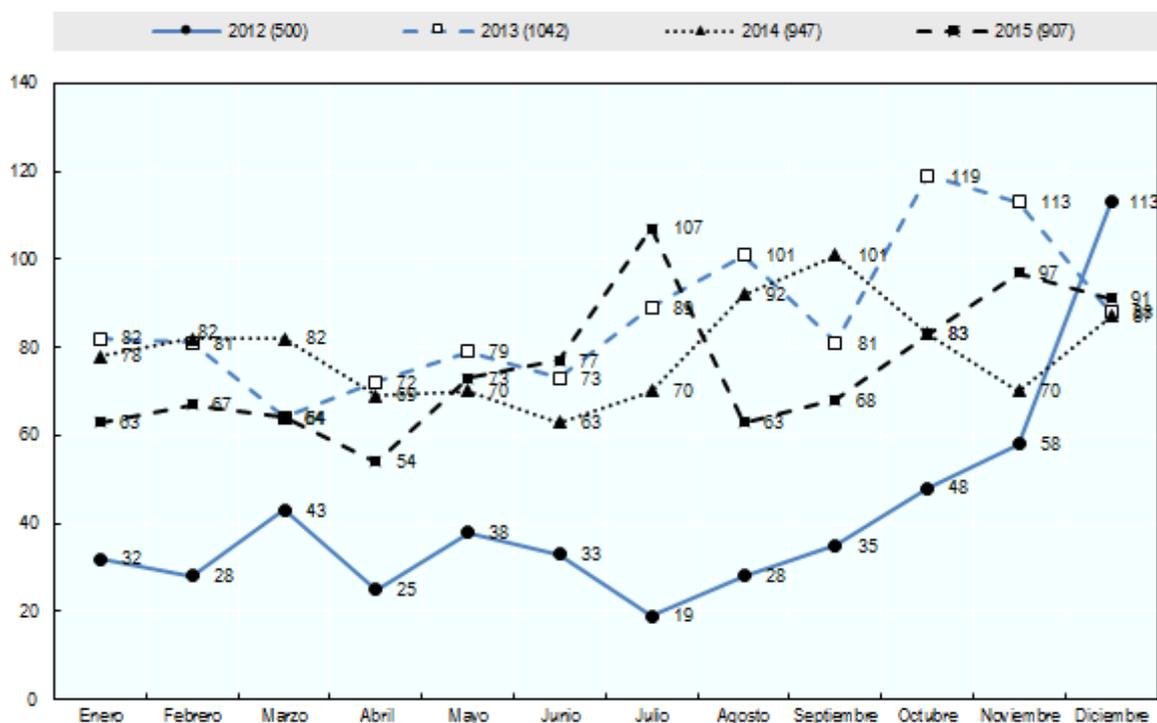
Perú debe considerar capacitar y supervisar a proveedores y órganos de supervisión de manera más puntual para mejorar la gestión de quejas en el sistema de revisión.

En el sistema jurídico peruano, los participantes o licitantes en un procedimiento de selección pueden impugnar una decisión de contratación exclusivamente bajo la premisa que dicho procedimiento impacta sus derechos o intereses. Los licitantes no seleccionados pueden presentar una inconformidad ante el Tribunal Administrativo de la entidad adjudicadora. La competencia central del Tribunal de Contrataciones del Estado radica en la resolución de litigios surgidos durante la licitación, solucionando disputas entre licitantes y poderes adjudicadores por presuntas infracciones a la ley de contratación pública. El Tribunal de Contrataciones del Estado únicamente interviene durante el procedimiento de licitación. Las disputas que pudieran surgir durante la ejecución del contrato le corresponden al sistema de arbitraje, como se discute más adelante en este capítulo. En 2007 se introdujo un cambio sustancial en los procedimientos del tribunal, en donde los participantes ya no pueden interponer una apelación durante el procedimiento. A partir 2007 sólo se permite hacerlo después de la adjudicación del contrato.

Las estadísticas muestran un número creciente de apelaciones ante entidades públicas, especialmente de orden administrativo. Los recursos de apelación presentados ante entidades públicas se

duplicaron entre 2014 y 2015. Los datos proporcionados sobre recursos interpuestos ante el Tribunal Administrativo deben ser precisos (Gráfica 9.1), sin embargo, no es posible verificar la información respecto a apelaciones interpuestas ante entidades públicas ya que en ocasiones dichas entidades no registran toda la información del caso. Un gran número de recursos interpuestos ante el Tribunal Administrativo alegan que los criterios de calificación o adjudicación fueron interpretados de manera incorrecta, mientras que relativamente pocos aluden a un argumento de discriminación a proveedores. Los casos presentados ante el tribunal del OSCE varían. En ocasiones anteriores, se han identificado infracciones en cerca del 50% de los casos, con un porcentaje de anulación de procedimientos cercano a 70%. Una cuestión que ha sido abordada por el tribunal es el tema de licitantes sin garantías suficientes. Si la apelación se interpone ante el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, el plazo de resolución es de 18 días hábiles. Puede llegar a extenderse hasta 28 días en caso que se requiera información adicional.¹

Gráfica 9.1. Número de recursos interpuestos ante el Tribunal Administrativo de Adjudicaciones 2012-2015 (total del año)



Fuente: Información proporcionada por el OSCE.

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1341, para poder interponer un recurso ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, el contrato debe ser por un monto mínimo de 50 UIT (Unidad Impositiva Tributaria, equivalente a PEN 197.500 / USD 60.000). Desde 2012, el número de apelaciones casi se ha duplicado, dado que anteriormente el monto mínimo para apelar era de 600 UIT. En la práctica, el procedimiento de apelaciones ante el Tribunal de Contrataciones del Estado dura un promedio de 40 días hábiles. Cuando el recurso de apelación se interpone ante una entidad pública, dicha entidad debe presentar un informe técnico legal sobre la cuestión que se impugna, al titular de la entidad pública. El informe no puede ser emitido por el comité de selección, ni por un miembro del organismo responsable de la contratación. La entidad pública resuelve la apelación y notifica su resolución por medio de SEACE dentro de 10 días hábiles después de la presentación de la apelación.

Tener conocimiento de las diferentes experiencias de países de la OCDE puede beneficiar al Perú. El umbral vigente en Perú es similar al de Noruega, donde existe un consejo de quejas que recibe entre 200 y 400 casos por año, y cuyo tiempo promedio de resolución es de 100 días, lo cual es superior al de Perú. El número de casos recibidos cada año por el KOFA ha fluctuado principalmente debido a la resolución, tomada en 2006, de elevar el umbral para procedimientos nacionales de 23.000 dólares americanos a 58.000 dólares americanos y a la resolución tomada en 2012 de aumentar las cuotas de 93 a 935 dólares americanos para casos de inconformidad y a 117 dólares americanos² en casos de adjudicación directa ilegal, con cobros anticipados. La fortaleza del sistema noruego parece estar en su legitimidad: a pesar de que sus conclusiones no son vinculantes, las resoluciones emitidas por el KOFA son respetadas por ambas partes (Cuadro 9.3), cosa que no siempre ocurre en el Perú.

Cuadro 9.3. Consejo de Reclamaciones sobre Contratación Pública (KOFA) de Noruega

El KOFA (*Klagenemnda for offentlige anskaffelser*) es el encargado de evaluar denuncias relativas a infracciones legislativas sobre contratos públicos y reglamentaciones conexas. Sin embargo, no se trata de un órgano de evaluación de conformidad con la directriz de la UE sobre medidas correctivas, dado que sus resoluciones no son jurídicamente vinculantes, sino recomendaciones. El KOFA es un organismo independiente, integrado por diez miembros, incluyendo el presidente. Todos ellos son abogados calificados para ser jueces en tribunales ordinarios. Algunos son abogados con prácticas privadas, algunos pertenecen a instituciones académicas y otros son jueces. El presidente actual es un juez retirado de la Suprema Corte. Sus nombramientos tienen una vigencia de cuatro años y pueden desempeñarse en el cargo por un máximo de ocho años. Reciben una compensación por caso. Los casos normalmente los procesan tres miembros, pero el KOFA puede estar integrado por cinco miembros en asuntos de principios. El KOFA cuenta con el apoyo de una secretaría integrada por oficiales jurídicos, estructurada administrativamente como una unidad dependiente de la Autoridad de Competencia Noruega (NCA) en Bergen. Además de ser responsable de asuntos administrativos, la secretaría es responsable de la preparación formal y sustancial de los casos. La secretaría puede rechazar una denuncia si es evidente que no se ha suscitado una infracción o si el caso no es "apropiado" para el KOFA, por ejemplo en caso de que no pueda procesarse con base en un procedimiento escrito. En caso de que un asunto sea rechazado, se puede presentar una apelación al presidente del KOFA. Aproximadamente un tercio de las inconformidades son rechazadas. Aproximadamente 5% de los denunciantes desisten.

El procedimiento de revisión consiste en un intercambio de alegatos por escrito, con plazos estrictos, inicialmente limitados a denuncia, defensa (diez días), replica (cinco días) y contrarréplica (cinco días). No hay procedimientos orales. De igual forma que en demandas civiles interpuestas ante tribunales, el procedimiento es adversario, en contraposición a inquisitorial, y se limita a reclamaciones, alegaciones y pruebas de las partes. Las inconformidades deben interponerse dentro de seis meses después de la fecha de terminación del contrato. Las inconformidades deben presentarse por escrito. El idioma del procedimiento es noruego. La cuota de interposición es de 8.000 NOK (1.000 dólares americanos) pagaderos por adelantado. Las partes no requieren ser representadas por un abogado.

Una denuncia no tiene por efecto la suspensión del procedimiento de adjudicación de un contrato público. A tal efecto, debe interponerse un recurso de medidas provisionales ante un tribunal. No obstante, en caso de que el contrato no haya sido suscrito aun, el órgano de contratación podrá decidir suspender voluntariamente el procedimiento hasta que el KOFA emita su resolución. En caso afirmativo, el KOFA dará prioridad al caso y lo procesará por medio de un procedimiento expedito (al igual que lo hace en caso de que se apliquen medidas provisionales y las partes acuerdan que el KOFA procese el caso). Un caso prioritario normalmente se procesa en 60 días, mientras que el tiempo promedio de procesamiento es de 100 días. Este lapso de tiempo es positivo, en comparación con el tiempo de procesamiento de casos en procedimientos judiciales. Cada parte asume sus costos.

Cuadro 9.3. Consejo de Reclamaciones sobre Contratación Pública (KOFA) de Noruega (continuación)

El KOFA detecta infracciones a normas y principios de contratación pública en aproximadamente 50% de los casos aceptados y puede determinar que tal incumplimiento ha afectado al resultado del procedimiento y debe ser anulado. El KOFA también puede determinar que el demandante tiene derecho a daños y perjuicios, ya sea por no haberle sido adjudicado el contrato o por costos derivados de su participación en el procedimiento de adjudicación, pero el KOFA no calculará ni concederá una indemnización. El denunciante tendrá que presentar una reclamación ante el órgano de contratación y, si es necesario, someter el caso ante un tribunal ordinario.

Como se indicó anteriormente, las resoluciones del KOFA no vinculan jurídicamente al órgano de contratación. Sin embargo, el KOFA goza de respeto y autoridad, y en la mayoría de los casos los poderes adjudicadores observan sus resoluciones. Las resoluciones no son apelables. Sin embargo, una resolución puede servir como evidencia ante tribunales ordinarios. Los tribunales ordinarios suelen referirse a resoluciones del KOFA como una fuente válida de derecho.

El KOFA también puede procesar presuntas adjudicaciones directas ilegales, normalmente en casos en que se alega que la entidad adjudicadora otorgó un contrato sin haber publicado una convocatoria. Esto se considera una infracción muy grave a las normas de contratación pública. Hasta 2012, el KOFA podía imponer multas administrativas en casos de adjudicaciones directas ilegales. Esta sanción fue sustituida por poderes similares concedidos a tribunales ordinarios cuando se implementó la nueva directriz respecto a medidas correctivas emitidas por la UE, en 2012. El KOFA todavía puede declarar a la entidad adjudicadora culpable de dicho incumplimiento. A partir del 1ero de enero de 2017, el KOFA puede imponer multas administrativas por un monto máximo del 15% del valor del contrato correspondiente. Estas resoluciones son legalmente exigibles y pueden ser apeladas ante tribunales ordinarios. Las denuncias de adjudicación directa ilegal deben interponerse dentro de dos años después de la fecha de terminación del contrato. La cuota de interposición vigente es de 1.000 NOK. El promedio normal de reclamaciones es entre 1 y 2% de los procedimientos de contratación.

Fuente: Direktoratet for forvaltning og IKT (Agency for Public Management and eGovernment). [Organismo para Administración Pública y Administración Electrónica]

9.1.2. Necesidad de transparencia para evaluar el impacto

Perú debe considerar incrementar la transparencia del sistema, recopilando información sobre el rendimiento (resoluciones de cumplimiento) de autoridades adjudicadoras.

Los agentes económicos involucrados en el procedimiento de licitación pueden solicitar a la entidad pública que aclare o modifique la documentación de licitación mediante consultas y observaciones. En caso de licitaciones y ofertas públicas, si los participantes no están satisfechos con las respuestas proporcionadas por la entidad pública, pueden solicitar a la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE que emita una decisión vinculante (pronunciamiento). Por otra parte, los agentes económicos (en determinadas circunstancias) pueden apelar la adjudicación de la buena pro al Tribunal Administrativo del OSCE o al titular de la entidad pública (dependiendo del umbral). Las resoluciones de esos casos sólo se pueden apelar ante el sistema judicial. Actos aprobados durante el procedimiento de selección pueden ser impugnados tras la adjudicación del contrato. En caso de que se impugnen las adjudicaciones de contratos o acciones aprobadas con antelación, la impugnación debe presentarse dentro de ocho días hábiles siguientes a la notificación en licitaciones públicas o concursos abiertos. Lo mismo aplica para subastas inversas que superen el importe establecido para licitaciones públicas y concursos públicos (400.000 PEN). En caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales, comparación de precios y subastas inversas que no excedan del importe establecido para licitaciones

públicas y concursos públicos de 400.000 PEN, la apelación debe interponerse dentro de cinco días hábiles después de la adjudicación del contrato. Los plazos indicados son aplicables a cualquier recurso, interpuesto ante el órgano de contratación o el tribunal.

Para que los asuntos puedan ser procesados, corregidos o explicados tan pronto como surjan, aumentando así la legalidad y transparencia de los procedimientos de contratación, el marco jurídico de la Unión Europea sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos exige que las autoridades evalúen las resoluciones lo antes posible, en cada etapa del procedimiento de contrataciones (Cuadro 9.4). Este mecanismo se implementa de forma distinta en cada país, y se puede incluir una cláusula que indique que en caso de conflicto se recurrirá a un comité o a un tercero independiente para solucionar el conflicto. Sin embargo, también se puede hacer referencia a un tribunal específico ante el cual se deban interponer las controversias.

Cuadro 9.4. Marco jurídico de la Unión Europea sobre medidas correctivas en la contratación pública

La Unión Europea ha adoptado dos directrices que establecen medidas correctivas en contratación pública: Directriz 89/665/EEC, para el sector público y Directriz 92/13/EEC para el sector de servicios públicos. Ambas directrices fueron modificadas por la Directriz 2007/66/EC.

En lo que atañe a contratos dentro del ámbito de aplicación de las directrices en virtud de las cuales se establecen las normas sustantivas en materia de contratación pública (Directriz 2004/17/EC y Directriz 2004/18/EC, sustituida por las siguientes directrices: Directriz 2014/23/EU, Directriz 2014/24/EU y Directriz 2014/25/EU), las Directrices sobre medidas correctivas exigen que las decisiones adoptadas por autoridades adjudicadoras o entidades adjudicadoras sean objeto de un examen eficaz y, especialmente, que se lleven a cabo de la manera más expedita posible, alegando que dichas resoluciones infringen la legislación de la UE en materia de contratación pública.

Los países miembro de la UE pueden, de conformidad con sus correspondientes sistemas jurídicos nacionales, limitar el derecho a medidas correctivas en los siguientes casos (algunos ejemplos):

- i) Se les puede negar el derecho a impugnar la adjudicación del contrato a aquellos proveedores a los cuales no se les podría haber adjudicado el contrato por motivos tales como no cumplir con calificaciones técnicas esenciales.
- ii) Los proveedores que no hayan participado en el procedimiento de contratación, no podrán impugnar las decisiones de adjudicación de contratos. El motivo es que tales decisiones no afectan a actores externos al procedimiento de contratación.

Cuadro 9.4. Marco jurídico de la Unión Europea sobre medidas correctivas en la contratación pública (continuación)

Los países miembro de la UE pueden, de conformidad con sus correspondientes sistemas jurídicos nacionales, limitar el derecho a medidas correctivas en los siguientes casos (algunos ejemplos):

- iii) Se les puede negar el derecho a impugnar la adjudicación del contrato a aquellos proveedores a los cuales no se les podría haber adjudicado el contrato por motivos tales como no cumplir con calificaciones técnicas esenciales.
- iv) Los proveedores que no hayan participado en el procedimiento de contratación, no podrán impugnar las decisiones de adjudicación de contratos. El motivo es que tales decisiones no afectan a actores externos al procedimiento de contratación.
- v) Los proveedores que hayan sido excluidos del procedimiento de contratación en fases anteriores (por ejemplo, en la fase de selección) no podrán impugnar decisiones tomadas en fases posteriores (por ejemplo, la decisión de adjudicación). En particular, en lo que respecta el derecho a impugnar la decisión de adjudicación de un contrato, de conformidad con el artículo 2 bis, apartado 2, de la Directriz 89/665/EEC, se le puede denegar el derecho a medidas correctivas a licitantes a quienes la autoridad adjudicadora les haya dado aviso previo de su exclusión, ya sea que dicha decisión haya sido impugnada y declarada lícita, o se haya cumplido el plazo para impugnar la decisión. El derecho a impugnar la decisión de adjudicación también puede negarse a licitantes que hayan sido informados por la autoridad adjudicadora del rechazo de sus solicitudes antes de la notificación de la decisión de adjudicación del contrato. El motivo es que la decisión de adjudicación del contrato no afecta a licitantes previamente excluidos del procedimiento de contratación.
- vi) Proveedores que permanezcan en el procedimiento de adjudicación no podrán impugnar decisiones irregulares adoptadas en fases anteriores del procedimiento. (por ejemplo, en la fase de selección).
- vii) Grupos comunitarios, asociaciones de contratistas, subcontratistas, asociaciones ambientales y otros interesados, podrían no tener derecho a reparaciones de contratación pública.

Para mayor información favor de referirse a http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/remedies-directives_en (consultado en julio, 2016).

Fuente: OCDE (2016), *Towards Efficient Public Procurement in Colombia* [Hacia una contratación pública eficiente en Colombia]: *Making the Difference (Marcando la diferencia)*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>.

En Perú, las decisiones de adjudicación de contratos pueden ser impugnadas mediante un recurso que se resuelve por medio de procedimientos administrativos. Se puede interponer una apelación cuando surgen desacuerdos durante el procedimiento de contratación, entre entidades públicas y participantes o licitantes, y mientras se mantengan o implementen catálogos electrónicos de convenios marco. Se pueden impugnar actos dictaminados en cualquier momento antes de la terminación del contrato, a través de este procedimiento. Controversias surgidas durante el procedimiento de selección pueden ser impugnadas exclusivamente mediante apelación. La regulación de contrataciones no ha establecido ningún otro mecanismo de impugnación. Una vez presentada la apelación, la entidad pública responsable de tomar la decisión debe registrarla en el SEACE, en la misma fecha de la apelación y notificar personalmente a todos los interesados sobre la apelación interpuesta.

Cuando a un determinado contrato es sujeto de exención del procedimiento de contratación pública, las entidades públicas pueden contratar a una empresa de forma directa, sin tener que publicar una convocatoria. Los agentes económicos no pueden impugnar la contratación directa, ni pueden interponer una apelación. Sin embargo, cualquier persona puede presentar un cuestionamiento ante la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE y cuestionar las circunstancias en las que se aprobó la excepción. Las actividades de supervisión realizadas por la dirección se limitan a actuaciones realizadas durante el procedimiento de licitación. De acuerdo con el artículo 44 de la Ley 30225, si durante el procedimiento de supervisión se detecta una irregularidad en el procedimiento de contratación, esto detona el procedimiento de anulación, en cualquier fase. Una vez que el OSCE detecta este tipo de actividades, comunica dicha información al titular de la entidad pública, quien debe declarar la nulidad del acto inválido y rastrear el procedimiento hasta dicho acto. El Decreto Legislativo 1341 contempla un nuevo supuesto en la ley que justifica la nulidad del contrato en caso de corrupción. De acuerdo con la legislación de 2016, una entidad pública - a pesar de haber suscrito un contrato y haber comenzado su implementación - puede declarar la nulidad de un contrato para proteger su legalidad y los objetivos que persigue, bajo uno o más de los siguientes supuestos:

- Que el contrato haya sido suscrito en contravención al artículo 11 de la Ley.³
- Se haya suscitado una violación al principio de Presunción de veracidad durante el procedimiento de licitación o en la firma del contrato.
- Se haya firmado el contrato mientras se esté procesando una apelación.
- No se hayan cumplido las condiciones o requisitos establecidos por el supuesto de contratación directa.
- La entidad pública no haya utilizado los procedimientos previstos en la Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito.
- Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o procedimiento de selección.
- Se haya realizado la contratación sin llevar a cabo el procedimiento de selección correspondiente.

Actualmente, las autoridades peruanas carecen de información sobre el cumplimiento de resoluciones y medidas correctivas por parte de las entidades. Es importante entender las ramificaciones de tales resoluciones, así como asegurar que están siendo implementadas por las partes pertinentes.

9.1.3. Barrera de garantías elevadas para Pymes

Perú debe considerar una garantía preferencial (1% o 2%) para Micro y Pequeñas Empresas para poder interponer una querrela durante el procedimiento de contratación.

Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo se publican en el SEACE el mismo día de su emisión. Dado que puede resultar difícil para los proveedores buscar y encontrar la jurisprudencia pertinente, es necesario que el OSCE mejore la clasificación de las resoluciones y las haga más fáciles de ubicar. Toda la comunicación relacionada con apelaciones se realiza a través del SEACE. A partir del momento en que se interpone una apelación, ya sea mediante recurso administrativo ante la entidad pública o ante el tribunal, existe la obligación de registrarla en el SEACE. A partir de ese momento se

suspende el procedimiento de contratación. El tribunal comunica su resolución, notificando a ambas partes electrónicamente, a través de su propio sistema. Interponer una apelación no tiene costo. Sin embargo, teniendo en cuenta que el recurso detiene el procedimiento de contratación y afecta oportunidades de contratación, se solicita una garantía del 3% del valor referencial, del procedimiento de contratación impugnada, que en ningún caso puede ser superior a 200 UIT. La garantía se devuelve al demandante cuando la apelación está fundamentada en su totalidad o en parte, cuando se declara la nulidad del procedimiento o carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto, cuando con posterioridad a la interposición del recurso sobrevenga un impedimento para contratar con el Estado y cuando opere la denegatoria ficta. La garantía sólo se ejecuta cuando la apelación se declara infundada en su totalidad o improcedente o cuando el impugnante se desista. Dicha garantía es ejecutada a favor del OSCE.

El procedimiento de apelación debe inspirar confianza en el gobierno y no debe ser utilizado para extender el plazo. El marco regulatorio requiere que la autoridad contratante notifique la resolución de la interposición de la apelación a todos los interesados. Generalmente, la entidad a quien se le adjudicó el contrato es quien recibe la notificación de la interposición de la apelación. Durante la misión de investigación, se plantearon preocupaciones acerca de la garantía del 3% para Pymes. Hay formas en que el Perú puede abordar esa cuestión, por ejemplo reduciendo el porcentaje de garantía para las Pymes o no aplicándola en todos los casos. Muchos países tienen enfoques diferentes respecto a las garantías, cuando implementan el sistema de reparaciones. En México, la garantía se solicita de acuerdo con las circunstancias (Cuadro 9.5).

Cuadro 9.5. Presentación de fianzas de impugnación por interrupción de procedimientos de contratación en México

El marco legal para contratación pública en México no requiere que los licitantes presenten una fianza para interponer, procesar y resolver una impugnación respecto a la legalidad de diversos actos de licitación pública o convocatorias de licitación que involucren por lo menos a tres participantes.

Los procedimientos de contratación, y cualquier otro procedimiento relacionado, pueden ser interrumpidos al presentar una impugnación, bajo los siguientes supuestos:

1. A petición de la parte inconforme, siempre que se informe a la autoridad competente de la existencia o posible existencia de actos contrarios a disposiciones legales que regulan procedimientos de contratación, y que dicho caso no causaría perjuicio al interés público ni violaría ninguna disposición legal.

La parte inconforme deberá presentar una fianza, como mínimo equivalente al 10% y no superior a 30%, del monto de su propuesta económica. Si no se puede establecer dicho importe, el porcentaje se fijará sobre la base del presupuesto autorizado para el procedimiento de contratación correspondiente.

Si hay una tercera persona interesada en el procedimiento de inconformidad, que puede ser cualquiera de los demás licitantes o el licitante a quien se le adjudicó el contrato, y dicha persona proporciona una contrafianza equivalente al monto de la fianza, la interrupción será insubsistente.

2. Por decisión de la autoridad competente, cuando se le informa sobre las irregularidades en el procedimiento de contratación motivo de la inconformidad, siempre que dicha interrupción no cause perjuicio al interés público ni vulnere una disposición de orden público.

Cuadro 9.5. Presentación de fianzas de impugnación por interrupción de procedimientos de contratación en México (continuación)

En dicho caso, la parte inconforme no está obligada a proporcionar una fianza.

Para más información, consulte el Artículo Seis, Capítulo Uno de la Ley de Contrataciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; el Artículo Seis, Capítulo Uno de sus Reglamentos; el Artículo Siete, Capítulo Uno de la Ley de Obras Públicas y Servicios Conexos y el Artículo Seis, Capítulo Uno de sus Reglamentos, en la Secretaría de la Función Pública (sin fecha)

9.1.4. Necesidad de cumplimiento más efectivo de las resoluciones sobre contratos públicos

Las partes en conflicto deben cumplir con la resolución del Tribunal Administrativo (dentro del marco de una apelación), sin reservas y bajo las condiciones establecidas por el tribunal. Cuando una autoridad contratante está en incumplimiento, dicha situación se le comunica al órgano de supervisión institucional y/o a la Contraloría General de la República. En caso de incumplimiento, el Tribunal Administrativo podrá imponer una multa de entre 5% y 8% del valor del contrato. Como medida cautelar se suspende el derecho a participar en la contratación hasta que se cancele la multa (hasta un máximo de 18 meses).

No hay datos o información disponibles respecto al cumplimiento o incumplimiento de resoluciones del Tribunal. Además, en caso de que los licitantes no estén de acuerdo con la resolución del tribunal, pueden interponer una acción administrativa ante el poder judicial (jueces). Sin embargo, la interposición no suspende el procedimiento de contratación. El poder judicial no tiene la misma competencia para resolver apelaciones en materia de contratación pública, salvo en caso de anulación del laudo arbitral. En 2015, el Poder Judicial emitió 110 resoluciones respecto de acciones administrativas interpuestas contra resoluciones del Tribunal Administrativo, de ellas 98,6% fueron favorables al Tribunal.

9.2. Disputas que surgen durante la ejecución del contrato

Perú necesita construir una estructura de mediación que ofrezca posibilidades reales de evaluación y resolución de disputas durante la ejecución del contrato.

Existen tres mecanismos para resolver disputas entre la autoridad contratante y el adjudicatario, que tienen que ver con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato. Estas son: conciliación, juntas de resolución de disputas (JRD) y arbitraje. Las partes involucradas son: i) el comprador, que corresponde a la entidad pública, y ii) el contratista, que corresponde a la parte a quien se le adjudica el contrato. La junta de resolución de disputas es un procedimiento incorporado en 2016 a la legislación vigente para contratos de obras, de conformidad con el valor de referencia y otras condiciones incluidas en las regulaciones. Dicho mecanismo tiene por objeto prevenir y reducir el número de controversias que surgen durante la ejecución de obras, de manera que si las partes llegan a un acuerdo con respecto a la resolución, el conflicto se resuelve inmediatamente sin detener el trabajo, de lo contrario la parte inconforme puede exigir un arbitraje, pero sólo después de la conclusión del contrato. Dentro del procedimiento de resolución de disputas, la Junta resuelve cualquier disputa que surja durante la ejecución del trabajo. Ambas partes deben implementar la resolución de manera inmediata, aún si no están de acuerdo con ella, y esperar hasta la conclusión del contrato para solicitar un arbitraje.

El objetivo de las reformas es resolver controversias surgidas entre entidades públicas y contratistas durante la ejecución del contrato y surgidas durante los procedimientos de licitación. El valor añadido de los nuevos mecanismos aún debe ser determinado, pero las autoridades peruanas esperan resolver los casos en un lapso menor de tiempo y lograr mayor transparencia y eficiencia en la implementación de las reparaciones. Durante la misión de investigación se criticó la duración del procedimiento de solución de controversias. En promedio puede llevar hasta 18 meses resolver un arbitraje. Durante años, los casos de corrupción más publicitados en contratación pública se han relacionado con el arbitraje. Es por ello que la nueva normativa de contratación pública (Ley N° 30225) incluye mecanismos para incrementar niveles de transparencia y evitar malas prácticas, tales como:

- El Registro Nacional de Árbitros.
- La acreditación de instituciones arbitrales.
- La obligación de instituciones y centros arbitrales que administran juntas de resolución de disputas, de enviar información sobre el procedimiento arbitral al OSCE.
- La publicación de resoluciones arbitrales en el SEACE.
- La creación de un récord arbitral, constituido por una base de datos electrónica de árbitros que trabajan en contratación pública.

La Constitución del Perú establece la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, determinando que el demandante puede apelar ante el órgano jurisdiccional del gobierno para exigir justicia, pero también ante una jurisdicción privada, reconocida por el Tribunal Constitucional peruano en un precedente vinculante sobre arbitraje. "Por consiguiente, el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplace al Poder Judicial, ni como sustituto, sino como una alternativa complementaria al sistema judicial puesto a disposición de la sociedad para la resolución pacífica de disputas..." (Cantuarias, 2006). El arbitraje privado es de hecho una alternativa al sistema judicial, pero no lo reemplaza. Sin embargo, en contratación pública el arbitraje es obligatorio para controversias que surgen después de la firma del contrato. Las partes exigirán el arbitraje directamente o después de un proceso de conciliación o de la intervención de una junta de resolución de disputas, cuando no se llegue a un acuerdo de conciliación o cuando cualquiera de las partes no esté de acuerdo, total o parcialmente, con la resolución de la junta de arbitraje.

9.3. Juntas de resolución de disputas establecidas recientemente para aumentar la eficiencia

Perú debe desarrollar indicadores clave de rendimiento para medir el impacto de las juntas de resolución de disputas, por ejemplo, respecto a la duración de procedimientos y resultados.

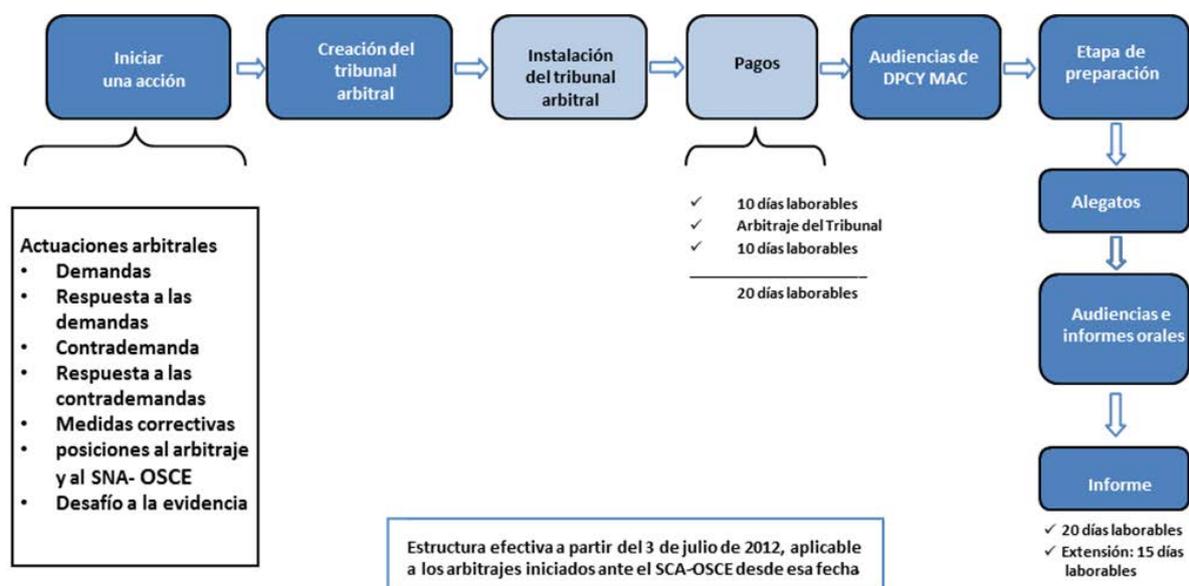
Las disputas que surjan después de la firma del contrato deben ser resueltas mediante conciliación, arbitraje (*ad hoc* o de una institución) o por medio de la junta de resolución de disputas. La conciliación implica la participación de un tercero neutral a quien las partes conceden cierto grado de control para el procedimiento, pero que no emite una resolución. El papel del conciliador es ayudarlos a llegar a una solución, aportando orientación para aclarar puntos en disputa y contribuir con sugerencias, interpretaciones, opiniones y posibles soluciones (Caivano, 1998, p.37). Las solicitudes de conciliación deben presentarse ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia del Perú. Si se acuerda el arbitraje, las partes utilizan instituciones arbitrales responsables de organizar y administrar el procedimiento (el OSCE es una de esas instituciones), o un arbitraje *ad hoc* que puede definirse en casos

específicos conforme al Decreto Legislativo N° 1341, emitido en 2017. En el caso de juntas de resolución de disputas (JRD) los casos deben ser administrados por un centro.

Las juntas de resolución de disputas no están bajo la responsabilidad del OSCE. La conciliación, así como el arbitraje, son mecanismos que se introdujeron en la legislación sobre contratación pública en 1998. Se pueden utilizar para cualquier disputa que surja durante la ejecución del contrato. El uso de juntas de resolución de disputas es voluntario y su uso depende de si se hicieron las provisiones correspondientes en el contrato. Por lo tanto, es difícil estimar el costo y duración de los procedimientos. Para procedimientos de arbitraje institucional, el costo y duración dependen de la institución de arbitraje específica.

Por otra parte, el arbitraje institucional es responsabilidad del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE y toma en consideración las disposiciones del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (véase Gráfica 9.2). Para procedimientos de arbitraje ad hoc, los plazos dependerán de las reglas establecidas por las partes y los árbitros, los costos de arbitraje de procedimientos ad hoc y los procedimientos del SNA-OSCE se regulan de conformidad con la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD. Para evaluar el impacto que estas herramientas tendrán en el futuro, las autoridades peruanas deben desarrollar indicadores que midan cómo éstas están afectando los procedimientos de contrataci, tales como duración del procedimiento, satisfacción con el procedimiento, número de casos por año, arbitrajes ganados por el gobierno, arbitrajes ganados por proveedores y el monto que el gobierno pierde a través de arbitrajes.

Gráfica 9.2. Procedimiento de arbitraje SNA-OSCE



Fuente: Subdirección de Procedimientos Arbitrales – Dirección de Arbitraje Administrativo, OSCE.

9.3.1. Mejorar la resolución de controversias para obras públicas a través de juntas de resolución de disputas

Perú debe alentar el uso de juntas de resolución de disputas que puedan prevenir o resolver controversias surgidas durante la ejecución de obras.

Antes de comenzar el trabajo, las partes que opten por la eventual utilización de una junta de resolución de disputas deben incluir una cláusula de resolución de disputas bajo responsabilidad de la JRD, siempre que el valor del contrato de ejecución de obras en cuestión sea superior a 20 millones de PEN. La JRD tiene la intención de prevenir y/o resolver eficazmente las controversias que puedan surgir durante la ejecución de las obras, de principio a fin. Las resoluciones de las JRD son vinculantes, obligatorias e inmediatas, incluso cuando cualquiera de las partes exprese su desacuerdo con dichas resoluciones y desee someter la controversia a arbitraje. Cualquier incumplimiento es causal para que la parte afectada rescinda el contrato. A pesar de que las resoluciones emitidas por la JRD deben ser obedecidas por las partes, esto no significa que no estén sujetas a arbitraje. La parte en desacuerdo total o parcial con una resolución emitida por la JRD debe enviar a la otra parte y a la JRD, dentro de los siete días siguientes a la notificación, una comunicación escrita en la que indique las razones del desacuerdo y su intención de remitir la controversia a arbitraje. El arbitraje debe iniciar dentro de 30 días hábiles después de la finalización del trabajo por parte del adjudicatario.

Las juntas de resolución de disputas son un mecanismo que pretende prevenir y reducir el número de disputas surgidas durante la ejecución de obras, de manera que si las partes están de acuerdo con su resolución, el conflicto se resuelve inmediatamente, sin necesidad de detener el trabajo. La JRD está integrada por miembros imparciales o independientes que se comprometen a visitar la obra con frecuencia y darle seguimiento de principio a fin. Su nombramiento se realiza de mutuo acuerdo entre las partes o por un centro que administra dichos mecanismos de resolución de disputas.⁴ La junta se compone de un miembro cuando el valor del contrato de obras correspondiente es igual o superior a 20 millones de PEN e inferior a 40 millones de PEN y está conformada por tres miembros cuando el contrato de obras correspondiente tiene un valor mayor o igual a 40 millones de PEN.

Todas las JRD que operan en el campo de contratos públicos deben ser administradas por un centro que provea servicios y administración organizacional. Estos centros deben cumplir con ciertos requisitos, tales como experiencia en la gestión de arbitrajes, existencia de un equipo de profesionales que proporcione apoyo fundamental y una infraestructura básica. Las JRD tienen el potencial de resolver conflictos rápidamente y reducir el riesgo de litigios prolongados y costosos. Antes de la promulgación de la nueva ley, toda controversia surgida durante la ejecución de un contrato estaba sujeta a un procedimiento de arbitraje que implicaba el cese del trabajo hasta la conclusión del procedimiento de arbitraje. El OSCE emitió una serie de opiniones en los que declaraba que la suspensión del trabajo no era una "consecuencia natural" del arbitraje. Con el establecimiento del nuevo mecanismo, el trabajo no se detendrá por motivo de disputas entre las partes.

9.4. Establecer prioridades dentro del sistema de arbitraje y reducir la carga de trabajo

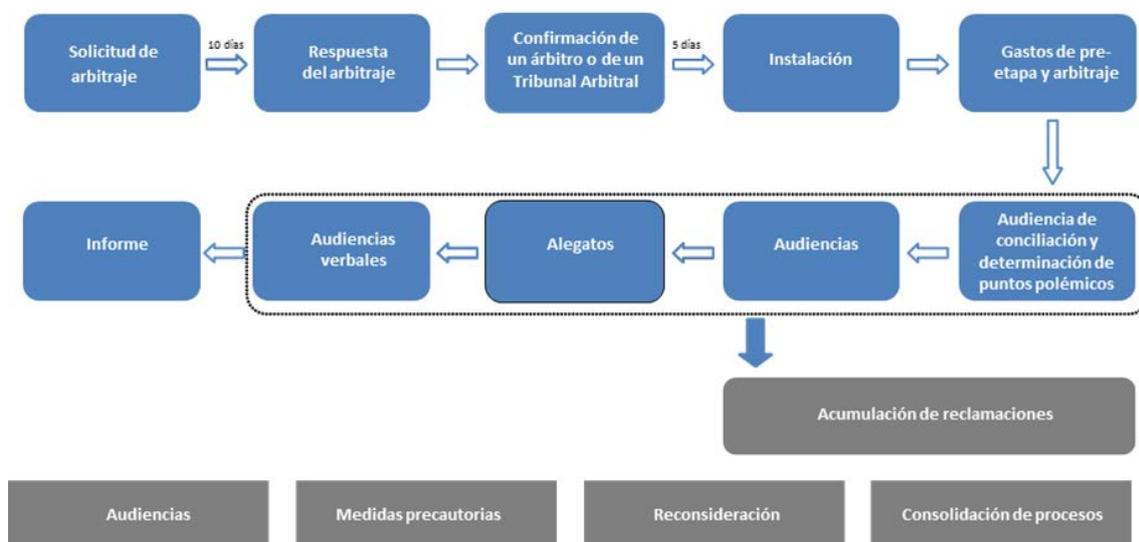
9.4.1. Necesidad de una gestión más estratégica del sistema

Perú necesita hacer el sistema de arbitraje más eficiente y administrarlo de una manera más estratégica, enfocándose menos en el manejo de casos y más en monitorear y asegurar la calidad del sistema.

El arbitraje ad hoc no involucra a una institución de arbitraje para organizar y administrar procedimientos de arbitraje, por lo que las partes determinan las reglas que regirán el procedimiento de arbitraje. De conformidad con las regulaciones de la ley de contratación pública, el arbitraje ad hoc comienza con la presentación de una solicitud de arbitraje (a menos que exista otro entendido entre las partes) y continúa, básicamente, de acuerdo con el procedimiento que se indica más abajo. No hay información disponible sobre el número total de procedimientos de arbitraje ad hoc, pero es posible identificar el total de árbitros únicos o tribunales de arbitraje ad hoc, establecidos por el OSCE de 2011 a 2015. En 2011 se establecieron 351 tribunales. Ese número ha crecido constantemente, llegando a 732 en 2015. Por lo tanto, el número de arbitrajes ad hoc se ha duplicado en cuatro años.

El arbitraje institucional involucra a las partes que designan a ciertas instituciones para gestionar casos de arbitraje. El Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE), por ejemplo, es un sistema de arbitraje institucional administrado por el OSCE, y se especializa en la solución de controversias en contratación pública. Es autónomo, regido por sus propias regulaciones y por el decreto legislativo que establece las normas de arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071). El SNA-OSCE es responsable de organizar y administrar los procedimientos de arbitraje institucional con el propósito de resolver disputas surgidas durante la ejecución del contrato, de acuerdo con el marco regulatorio entre contratistas y entidades públicas (Gráfica 9.3). Con las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1341, el SNA-OSCE sólo organiza y administra aquellos procedimientos de arbitraje en los que las partes lo acuerdan de mutuo acuerdo y siempre que se trate de contratos de bienes y servicios en general, cuyos montos originales sean menores a diez (10) UIT.

Además, existen instituciones de arbitraje en el sector privado que administran y organizan arbitrajes institucionales.

Gráfica 9.3. Procedimientos de arbitraje *ad hoc*

Fuente: Subdirección of Procedimientos Arbitrales – Dirección de Arbitraje Administrativo, OSCE.

El departamento del SNA responsable de administrar el arbitraje por lo general designa a uno o más empleados por caso. Los reglamentos no obligan a los centros de arbitraje a enviar su lista de árbitros, sin embargo los árbitros deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros. Hasta la fecha, se han registrado aproximadamente 140 árbitros. El OSCE aplica un marco regulatorio estricto, mientras que otros centros de arbitraje (institucionales) tienen sus propias reglas de arbitraje, por ejemplo, la Cámara de Comercio. Los procedimientos del SNA-OSCE iniciados durante los últimos cinco años han aumentado gradualmente la presión sobre el personal del OSCE. Los procedimientos para analizar y determinar resultados pueden ser laboriosos y, como se comentó anteriormente, el OSCE ha recibido críticas. En general, el procedimiento es por escrito, pero en algunos casos se presentan oralmente, en particular si hay necesidad de testigos o expertos, a fin de permitir un contrainterrogatorio. En 2015, el SNA captó 250 nuevos casos. El mismo año resolvió 54 casos, la mayoría interpuestos en 2013, ya que el tiempo de resolución de casos es de aproximadamente 18 meses. Los formuladores de políticas de Perú deben considerar introducir un plazo máximo para la resolución de dichos casos. Existe una oportunidad no sólo para reconsiderar este enfoque, sino también para promover alternativas privadas. El OSCE debe reconsiderar su papel como administrador de arbitrajes y hacer más énfasis en garantizar que el sistema sea transparente y eficiente. El OSCE debe seguir siendo responsable de la calidad, dando seguimiento a los procedimientos y realizando controles aleatorios en todos los centros de arbitraje institucional.

9.5. Propuestas de acción

El sistema de reparaciones y solución de disputas en el Perú se refiere tanto al procedimiento de licitación como a la ejecución del contrato. Esta revisión del procedimiento de licitación sugiere que si bien los casos pueden resolverse rápidamente, el incremento de apelaciones interpuestas ante el Tribunal Administrativo puede poner demasiada presión en dicho organismo. El nuevo marco regulatorio ha fortalecido la parte de resolución del sistema estableciendo las juntas de resolución de disputas. La introducción de estas juntas representa un cambio importante, dado que las obras públicas continúan

mientras se abordan las cuestiones en disputa. Sin embargo, es demasiado pronto para saber si los cambios conducirán a un sistema más eficiente- todavía hay margen de mejora para los casos que llegan a la fase de arbitraje. Existe el riesgo que los adjudicatarios pierdan la fe en el sistema de arbitraje si el tiempo de resolución sigue siendo superior a un año. Sin embargo, las medidas adoptadas para fortalecer la infraestructura del sistema en términos de recolección de datos y aseguramiento de calidad ayudarán a las autoridades peruanas a administrar mejor el procedimiento de revisión. Un ejemplo de avance en el sistema es la introducción del Registro Nacional de Árbitros, donde todas las partes pueden ahora acceder a una lista completa de posibles árbitros que pueden ser seleccionados por las partes contratantes. Para mejorar aún más la transparencia del sistema de revisión y reparación y reducir el número de denuncias formales contra procedimientos de contratación, las autoridades peruanas pueden considerar las siguientes acciones:

- El Perú debe considerar realizar más capacitaciones y orientación a proveedores y órganos de supervisión, para mejorar la gestión de denuncias en el marco del sistema de revisión.
- El Perú debe considerar aumentar la transparencia del sistema recopilando datos sobre rendimiento (en relación a resoluciones de cumplimiento) de las autoridades adjudicadoras.
- El Perú debe considerar una garantía preferencial (1% o 2%) para Micro y Pequeñas Empresas, de manera que sea posible procesar una inconformidad durante el procedimiento de contratación.
- El Perú debe asegurar de manera más efectiva la implementación de las normas de contratación pública.
- El Perú necesita apoyar la mediación de inconformidades, de manera que puedan ofrecer posibilidades reales de evaluación y resolución de conflictos durante la ejecución del contrato.
- El Perú debe desarrollar indicadores de rendimiento para medir el impacto de las juntas de resolución de disputas, por ejemplo, respecto a la duración de los procedimientos y los resultados.
- El Perú debe alentar el uso de juntas de resolución de disputas que puedan prevenir y/o resolver controversias surgidas durante la ejecución de obras.
- El Perú necesita hacer más eficiente el sistema de arbitraje y administrarlo de manera más estratégica. Esto se puede lograr centrándose menos en el manejo de casos y más en la supervisión y el aseguramiento de la calidad del sistema.

Notas

1. De conformidad con el artículo 113 del Reglamento de la ley de contrataciones aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, la entidad resuelve la apelación y notifica su resolución por medio del SEACE, dentro de 12 días hábiles después de la presentación del recurso o de la implementación de las medidas correctivas, adoptadas por omisiones o errores en la presentación.
2. La moneda en Noruega es la Corona Noruega (NOK). Por consiguiente, el umbral para procedimientos nacionales aumentó de 200.000 NOK (23.000 dólares americanos) a 500.000 NOK (58.000 dólares americanos) en 2006 y a partir de 2012 las cuotas aumentaron de 800 NOK (93 dólares americanos) a 8.000 NOK (935 dólares americanos) en casos de reclamación, y a 1.000 NOK (117 dólares americanos) en casos de adjudicación directa ilegal.
3. Esto constituye un nuevo impedimento para licitantes o adjudicatarios de empresas declaradas culpable de corrupción, malversación de fondos, etc., en Perú o en el extranjero. Este impedimento también aplica a empresas que hayan admitido y reconocido alguno de los delitos descritos, etc. (artículo 11-n).
4. Ver el artículo: “Dispute Resolution Board will enable to settle contractual conflicts rapidly.” (La junta de Resolución de Disputas permitirá resolver conflictos contractuales de manera expedita) <http://puntoedu.pucp.edu.pe/noticias/junta-de-resolucion-de-disputas/>.

Referencias

- Caivano, R. (1998), *Negotiation, Conciliation and Arbitration* (Negociación, Conciliación y Arbitraje), APENAC, Lima.
- Cantuarias Salaverry, F. (2006), Judgment entered in the Docket (Juicio registrado en el expediente) No. 6167-2005-PHC/TC-LIMA, Ground 7.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html> (consultado el 29 de abril, 2017).
- OCDE (2016), *Towards Efficient Public Procurement in Colombia [Hacia una contratación pública eficiente en Colombia] Making the Difference (Marcando la diferencia)*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>.
- OCDE (2015), “Recommendation of the Council on Public Procurement” [Recomendaciones del Consejo sobre Contrataciones Públicas], www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf (consultado el 24 de abril, 2017).
- SFP (sin fecha), Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas, Secretaría de la Función Pública, <http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/unaop1.htm>, en español (consultado el 29 de abril, 2017).
- World Economic Forum (2015), *The Global Competitiveness Report 2015-2016*, World Economic Forum, Geneva [Foro Económico Mundial (2015), Informe sobre Competitividad Global 2015-2016, Foro Mundial de Economía, Ginebra].



From:
Public Procurement in Peru
Reinforcing Capacity and Co-ordination

Access the complete publication at:
<https://doi.org/10.1787/9789264278905-en>

Please cite this chapter as:

OECD (2017), “Sistemas eficaces de resolución de disputas en el Perú”, in *Public Procurement in Peru: Reinforcing Capacity and Co-ordination*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264281356-12-es>

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE.

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

You can copy, download or print OECD content for your own use, and you can include excerpts from OECD publications, databases and multimedia products in your own documents, presentations, blogs, websites and teaching materials, provided that suitable acknowledgment of OECD as source and copyright owner is given. All requests for public or commercial use and translation rights should be submitted to rights@oecd.org. Requests for permission to photocopy portions of this material for public or commercial use shall be addressed directly to the Copyright Clearance Center (CCC) at info@copyright.com or the Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) at contact@cfcopies.com.