

## Comentarios a la Ley N° 31589, Ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas

Por: Luis Enrique Ames.

En ediciones anteriores comenté el texto sustitutorio de los Proyectos de Ley N° 791/2021-CR, 1759/2021-CR y 1762/2021-PE cuyo objetivo era establecer un marco legal que garantice la reactivación de las obras públicas paralizadas que formen parte de las inversiones del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Estos proyectos de ley, se encontraban condicionados a la revisión y aprobación de parte del Poder Ejecutivo; el cual, el 10 de octubre del presente año, mediante una publicación en El Peruano, hizo de conocimiento público la aprobación de Ley N° 31589 “Ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas”.

### **1. Modificaciones de la Ley N° 31589**

Algo a resaltar es lo señalado en el numeral 2.1 del artículo 2 de la citada ley, el cual expone lo siguiente:

Artículo 2. Obra pública paralizada

2.1 **“La presente ley aplica a todas las entidades del Estado que tengan a su cargo la ejecución de las obras públicas paralizadas, a las que se refiere el artículo 1 (“Objeto” de la Ley N° 31589), contratadas bajo la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, que cuenten con un avance físico igual o mayor al 40% y que, a la fecha del registro del inventario al que se refiere el artículo 3 de la presente ley, cumplen con alguno de los siguientes supuestos: (i) el contrato se encuentre vigente pero sin reportar ejecución física por un periodo igual o mayor a 6 (seis) meses; o, (ii) provenga de un contrato resuelto o declarado nulo. (...)”**

El artículo expresa literalmente que la citada ley es aplicable para todas las obras paralizadas de todas las Entidades del Estado, señalando diversas condiciones y características

### **2. Junta de Resolución de Disputas (en adelante JRD)**

En la edición anterior mencioné que la Junta de Resolución de Disputas (JRD), viene a ser un medio para la solución de controversias, el cual ha adquirido distintas nominaciones en cada país; en el caso peruano, la Ley N° 30225 es la que acuña el citado término.

Por otro lado, entre las características principales que tiene una JRD se encuentra: (i) permanente y (ii) decisiones obligatorios para las partes contratantes, tras la aprobación de la Ley N° 31589, el artículo N° 10 establece en cuanto a los montos para la implementación de una JRD:

10.1. En los contratos nuevos para la ejecución del saldo de obra, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de resolución de controversias del contrato que se someten a una Junta de Resolución de Disputas. En aquellos contratos de saldo de obra cuyos montos sean iguales o superiores a s/. 5 000 000, 000 (cinco millones de soles), esta incorporación es obligatoria.

El cual concluye que, ante un nuevo contrato para la “ejecución de un saldo de obra”, se deberá implementar obligatoriamente una Junta de Resolución de Disputas siempre y cuando el monto sea igual o superior a 5 millones de soles y en caso el monto sea menor a este, el uso o implementación será de *forma facultativa*.

Por otra parte, esta regulación está sujeta únicamente para las obras que se encuentren paralizadas, el artículo N° 2.3 conceptualiza estas como aquellas que “*cuente con un avance físico igual o mayor al 50% y que no reporte operación física por un periodo mayor a seis meses o más a la fecha de registro del inventario.*” Sin embargo, este artículo no abarca a todas las obras paralizadas, porque quedan excluidas de su aplicación las obras públicas cuya paralización sea consecuencia de la falta de algún permiso, licencia, entrega definitiva de terreno o limitación presupuestal; así como, cuando sea técnica o jurídicamente inviable continuar con la ejecución contractual de la obra, esta misma observación fue la que acoté ante la propuesta del Texto Sustitutorio, empero, ahora con la aprobación de la Ley N° 31589, sí nos encontramos ante un problema e incertidumbre que espero sea solucionado próximamente.

Con relación a la Junta de Resolución de Disputas - JRD el numeral 4 del artículo 10 señala que:

*10.4 El sometimiento de las partes a una Junta de Resolución de Disputas no paraliza, en ningún caso, la ejecución de la obra.*

La precisión innecesaria que se propuso en el proyecto de ley y se mantuvo con la aprobación y publicación de este respecto a no paralizar la obra, refleja un desconocimiento de la naturaleza de la JRD; ya que, siendo la JRD permanente, su constitución va de la mano con el inicio de la ejecución de la obra teniendo como características y potestades: 1) absolver consultas y 2) emitir decisiones vinculantes para las partes; las cuales, buscan mitigar el riesgo de conflicto; por lo que, si una obra se paralizase nunca sería por la constitución de una Junta de Resolución de Disputas – JRD, todo lo contrario, es esta la que ayuda a que no se de esta situación.

### **3. Medidas Cautelares**

La tercera disposición complementaria, instaura el procedimiento para la admisibilidad y procedibilidad de las medidas cautelares que se presentan en los contratos de “ejecución de obras públicas” (dejando de lado la restricción de la Ley 31589 para ser aplicada única y exclusivamente a las “obras paralizadas”, talvez sea o no un error de

tecnica legislativa el cual vale la pena comentar en una siguiente presentación), tanto en la vía judicial como la arbitral se rigen (...):

*“1. El juez competente es el especializado en lo comercial o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad convocante o contratante.”*

Según lo señalado en este primer inciso, las medidas cautelares se deberán presentar en el Juzgado que tenga competencia territorial en el domicilio de la entidad convocante o contratante, sin embargo, no precisa qué pasa con la institución arbitral en el supuesto que se haya señalado en el convenio arbitral del contrato de obra, la posibilidad de iniciar un arbitraje si surgiese alguna controversia; por ello, en una interpretación literal del citado inciso, ese supuesto no sería aplicable a los procesos arbitrales.

Siguiendo la misma disposición, también se aprobó que:

*“2. La interposición de una medida cautelar requiere la presentación de una contracautela, la que se acredita únicamente con la presentación de una fianza bancaria la cual debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en favor de la entidad convocante o contratante(...)”*

*El monto de la contracautela lo establece el juez, el tribunal arbitral o el árbitro único ante quien se solicita la medida cautelar(...)”*

*Las empresas que emiten la fianza bancaria deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (SBS) contar con clasificación de riesgo B o superior y estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría del Banco Central de Reserva del Perú.*

De lo cual se comprende que por una cuestión de hecho y no de derecho (al menos no se precisa una derogación expresa) se modificará el contenido del Decreto de Urgencia Nro. 020-2020; en el cual, existe la posibilidad de ofrecer como contracautela fianzas patrimoniales, empero la ley actual indica que la contracautela se acreditará con fianzas bancarias, - no patrimoniales -; dejando así en evidencia una contradicción normativa.

Finalmente, la ley ha aprobado en el inciso 4 de la tercera disposición complementaria final, que:

*El juez, tribunal arbitral o árbitro único, según corresponda, corre traslado de la solicitud a la contraparte, dentro de 3 días hábiles siguientes de su presentación o de la subsanación de errores u omisiones, según corresponda, y otorga 5 días hábiles para que exprese por escrito lo conveniente a su derecho. Con o sin la absolución, se resuelve la solicitud dentro del plazo de 5 (cinco) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo para la absolución.*

De lo cual podemos comprender que la intención del inciso 4 era detallar el procedimiento y trámite de una medida cautelar; sin embargo, al no precisar qué institución será la que se encargará llámese “Juez”, “Tribunal arbitral” o “Árbitro único”, solo generará confusiones respecto a su aplicación.

En suma, la aprobación de la Ley N° 31589 “Ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas” ha dejado inconcluso muchos aspectos e imprecisiones que el Poder Ejecutivo debió realizar con una mínima diligencia correctiva, dejando en el tintero la certeza si la citada Ley es aplicable únicamente para las obras paralizadas, conforme lo señala su artículo 2 o para todos los contratos de obra pública, siendo contradictoria esta última afirmación al señalarse en el literal 9 de la Tercera Disposición Complementaria Final que supletoriamente se aplicará el Código Procesal Civil y el Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, dicho decreto regula en su artículo 47 el trámite de las Medidas cautelares en las actuaciones arbitrales, dejando clara la discrecionalidad de los arbitros para: (i) exigir las garantías que **“estime conveniente”** para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida cautelar (no se señala un monto en específico ni la forma en que deberá de entregarse la fianza) y (ii) para poner en conocimiento o no de la contraparte del pedido cautelar (en tanto se justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre).

Por lo expuesto, al ya encontrarse aprobada estaríamos frente a una nueva regulación, con desaciertos e inciertos que espero con el tiempo se puedan pulir y corregir de lo contrario solo generará efectos adversos a su primigenia intención.