

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE ARBITRAJE
(CIAR)**

INVESTIGACIÓN



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

2013



MEDIDAS NECESARIAS PARA FORTALECER LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO

ÍNDICE

TÍTULO I

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

1.2.2 Problemas específicos

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

1.3.2 Objetivos específicos

1.4 Justificación de la investigación

1.5 Limitaciones del estudio

1.6 Viabilidad del estudio

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

2.2 Bases teóricas

- a. El arbitraje en general
- b. Sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado
- c. La Conciliación
- d. Árbitros
- e. Arbitraje Institucional y Arbitraje Ad Hoc

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño Metodológico

3.2 Enfoque

3.3 Población y muestra

- a. Población
- b. Muestra

3.4 Operacionalización de las variables

3.5 Técnicas de recolección de datos

3.6 Técnicas para el procesamiento de la información

CAPÍTULO IV

RECURSOS 4.1

Recursos

4.1.1 Humanos

4.1.2 Económicos

4.1.3 Físicos

CAPÍTULO V

FUENTES DE INFORMACIÓN

TÍTULO II

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LA CONCILIACIÓN

CAPITULO II

2.1. El arbitraje

2.2. El arbitraje en materia de contrataciones con el Estado

2.3. El arbitraje en el Perú: mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos promotor de la fiducia estatal cortoplacista o la procrastinación del mismo en la adopción de una reforma jurisdiccional

CAPITULO III

CONCLUSIONES

BORRADOR DE PROYECTO DE LEY

TÍTULO I

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.7 Descripción de la realidad problemática

Debemos de tener claro que las compras y contrataciones públicas constituyen un factor importante para que las entidades de la Administración Pública puedan cumplir con los objetivos institucionales encomendados por el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, garantizar que las entidades obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados repercute significativamente en el desarrollo nacional, fortalece al sector privado, articula la creación de nuevos puestos de trabajo y puede, asimismo, constituir un instrumento capaz de distribuir la riqueza de forma más eficiente.

Sin embargo, luego de que la Entidad contratante y el contratista han suscrito el contrato, existe la posibilidad que una de las partes no cumpla con los términos acordados y establecidos en el referido documento, o surja una controversia sobre la interpretación, resolución, inexistencia, nulidad o invalidez del contrato.

El incumplimiento contractual ocasiona necesariamente que una de las partes reclame o exija a la otra que cumpla con lo acordado, lo que, a su

vez, genera que entre ambas surja un conflicto, cuya solución puede ser conducida por las partes o por un tercero.

De acuerdo con información proporcionada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE¹, del total de adjudicaciones realizadas en el año 2011, el 40.04% correspondió al rubro obras, 34.89% a bienes y el 25.07% a servicios. Asimismo, registra que el 78.88% de las controversias generadas en este periodo corresponden también al rubro de obras, 12.31% a servicios y el 9.08% a las adquisiciones de bienes.

En dicho contexto, tenemos que en las controversias resueltas por la vía del arbitraje, se ordenó al Estado el pago de S/. 171'247,206.89 a favor de los contratistas, frente a los S/. 4'419,802.11 que éstos debieron pagar al Estado, por lo cual, a primera vista, consideramos que en la actuación general, el Estado no ha desarrollado una posición satisfactoria dentro del arbitraje.

Los motivos de estos resultados son diversos, encontrándose entre ellos la necesaria revisión de los mecanismos y estrategias que las entidades despliegan frente a una controversia en contrataciones públicas. Como se sabe una diferencia en materia de contrataciones del Estado, surgida en la etapa de ejecución del contrato, puede ser sometida a conciliación o arbitraje², pero es sabido que el mecanismo de la conciliación no ha sido debidamente manejado y por tanto no ha obtenido los resultados deseados.

¹ Informe N° 134-2012/DAA, del 27 de diciembre de 2012, elaborado por la Dirección de Arbitraje Administrativo

² **Decreto Legislativo N° 1017**

“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

Uno de los factores principales que ha ocasionado que la conciliación no se haya convertido en un mecanismo eficaz para la solución de estas controversias es, precisamente, la falta de decisión que los funcionarios públicos han demostrado para la adopción de un acuerdo conciliatorio y ello encuentra a su vez explicación –una de ellas- en la escasa sensación de respaldo en el marco normativo frente a la posibilidad –latente y real- de un cuestionamiento por parte del órgano de control institucional.

Frente a esta posición, muchas veces los representantes de las entidades públicas prefieren no verse expuestos a cuestionamientos posteriores y dejar que sea un tercero que con empleo de jurisdicción determine la solución de la controversia, dándose lugar así a los procedimientos legales para la ejecución de laudos en los plazos y condiciones que regula la legislación vigente.

En tal sentido, una primera apreciación que se debe realizar ante esta incierta situación, está ligada a que si la conciliación no ha sido vista como mecanismo eficaz para la solución de controversias en contrataciones del Estado no es en sí por un defecto en la concepción de dicha figura, sino en la poca decisión y sensación de respaldo que el marco normativo vigente establece para que las entidades públicas formulen sus ofertas conciliatorias y adopten acuerdos de trato directo.

Debemos de tener en cuenta que la rapidez que brinda el arbitraje en cuanto a la solución de controversias (frente al plazo que tomarían la

(...)

b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento".

resolución del mismo caso si se sometiera a instancia judicial) se traduce en seguridad jurídica por la certeza oportuna que proporciona, tanto para los particulares como para el Estado.

Debido a la regulación a la que se encuentra sujeto el arbitraje institucional, así como por los aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, consideramos que las instituciones arbitrales están en mejor posición de garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo con neutralidad y mayor seguridad. Por ello y en mérito a los beneficios que presenta el arbitraje institucional, habría que evaluar consolidar este tipo de arbitraje para solucionar aquellas controversias nacidas en el marco de las contrataciones del Estado.

Por lo expuesto, consideramos necesario analizar la implementación de algunas modificaciones normativas en la investigación propuesta.

1.8 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Cuáles son las medidas de modificación normativa que se deben implementar para fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del estado?

1.2.2 Problemas específicos

- a. ¿Cuáles son las causas por las que la conciliación no ha sido vista como mecanismo eficaz para la solución de controversias en contrataciones del Estado?

- b. ¿Cuáles son las causas por las que no se ha utilizado el arbitraje institucional en la solución de controversias en contrataciones del Estado?
- c. ¿Debe utilizarse el arbitraje ad hoc en aquellos casos en los que no existan al menos dos instituciones arbitrales acreditadas ante el OSCE, en el departamento en el que se ubica la sede principal del solicitante del arbitraje?
- d. ¿Por qué sería necesario establecer que tanto el árbitro único como el presidente del tribunal arbitral sean necesariamente abogados, cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado y, además, tengan experiencia en al menos una de dichas especialidades?
- e. ¿Por qué es necesario crear el Registro Nacional de Árbitros para contrataciones del estado, a cargo del OSCE?
- f. ¿Cuáles son las razones que justificarían establecer como obligatoria la inscripción de todos los árbitros para su intervención en los arbitrajes sobre contrataciones del Estado?

1.9 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Plantear medidas de modificación normativa que se deben implementar para fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del Estado.

1.3.2 Objetivos específicos

- a. Identificar cuáles son las causas por las que la conciliación no ha sido vista como mecanismo eficaz para la solución de controversias en contrataciones del Estado
- b. Identificar cuáles son las causas por las que no se ha utilizado el arbitraje institucional en la solución de controversias en contrataciones del Estado
- c. Determinar si es necesario utilizar el arbitraje ad hoc en aquellos casos en los que no existan al menos dos instituciones arbitrales acreditadas ante el OSCE, en el departamento en el que se ubica la sede principal del solicitante del arbitraje.
- d. Demostrar la necesidad de establecer como requisito que tanto el árbitro único como el presidente del tribunal arbitral sean necesariamente abogados, cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado y, que además, tengan experiencia en al menos una de dichas especialidades.
- e. Definir la necesidad de crear el Registro Nacional de Árbitros para contrataciones del Estado, a cargo del OSCE.
- f. Identificar las razones que evidencien la necesidad de hacer obligatoria la inscripción de todos los árbitros como requisito indispensable para su intervención en los arbitrajes sobre contrataciones del Estado.

1.10 Justificación de la investigación

Conforme a lo previsto en la Ley N° 26872 - Ley de Conciliación³, la conciliación constituye un medio por el cual un tercero imparcial interviene

³

Ley N° 26872 - Ley de Conciliación

en el conflicto, con el consentimiento de las partes, para ayudar y facilitar la obtención de algún acuerdo o solución que satisfaga los intereses de las partes enfrentadas.

No obstante, a efectos de que exista una consolidada posición institucional en cuanto a la propuesta conciliatoria que se presente frente al contratista es necesario que la Entidad Pública contratante realice un análisis previo de cada una de las controversias que surjan con la finalidad de poder tener elementos de juicio necesarios que le permitan decidir acerca de la pertinencia de optar por la conciliación, así como el monto máximo que pueda ser materia de conciliación.

En ese sentido, para efectos de la conciliación en materia de contrataciones del Estado, la presente investigación evaluara la pertinencia o no de preliminarmente a la presentación de la fórmula conciliatoria por parte de la Entidad Pública, se efectúe una evaluación previa por parte de la Oficina de Administración, la Oficina de Presupuesto, la Oficina de Asesoría Jurídica, o las que hagan sus veces, y la dependencia técnica vinculada a la materia objeto de controversia, emitan su pronunciamiento fundamentado de si resulta pertinente o no presentar la fórmula conciliatoria, así como de señalar el monto máximo de esta y la disponibilidad presupuestal respectiva; correspondiendo, de ser el caso, a la máxima autoridad administrativa de la entidad la aprobación de dicha fórmula.

“Artículo 5º.- Definición

La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.”

En el entendido de que uno de los principales factores que limitan la eficacia de la conciliación es la falta de decisión de las autoridades públicas para la adopción de un acuerdo conciliatorio –frente al posible cuestionamiento posterior por parte del órgano de control institucional-, también se haría necesario fortalecer la decisión adoptada por el representante de la entidad.

Al respecto, a fin de mantener el marco normativo vigente relacionado con el ejercicio de las acciones de control gubernamental, la presente investigación evaluará proponer la precisión directa de que la presentación de una fórmula conciliatoria por parte de la Entidad Pública pudiera expresar el ejercicio de una potestad discrecional⁴. En tal sentido, la decisión de optar por la conciliación, así como de aprobar el monto máximo conciliable solamente podría ser observada por los órganos del Sistema Nacional de Control si esta decisión fue tomada sin encontrarse debidamente motivada o vulnerando los límites evaluados por los estudios técnicos.

Estando a lo expuesto la presente investigación pretende contribuir a que muchas controversias se resuelvan de manera ágil y eficaz a través de la conciliación, evitando así que diversos casos lleguen hasta un arbitraje que representará el pago de mayores gastos administrativos para el Estado, además de asumir un costo mayor por los intereses generados debido al transcurso del tiempo en la culminación del arbitraje y las consecuencias accesorias que ello implicaría en la ejecución y culminación de la obra.

⁴

A diferencia de las actividades que la Administración Pública ejerce de manera reglada, donde solamente se limita a verificar que la petición o denuncia se subsuma en el supuesto de hecho de la norma y aplicar la consecuencia jurídica correspondiente, en las actividades que realiza en virtud de su potestad discrecional estimará aquello que resulte más razonable en función del interés público que debe tutelar.

Por ello, a fin de adoptar una decisión en ejercicio de las potestades discrecionales, la Administración deberá evaluar la pertinencia, conveniencia, necesidad, así como la oportunidad de la medida a adoptar, asegurándose que esta logre los cometidos de interés público de acuerdo a su competencia.

Asimismo teniendo en consideración la regulación a la que se encuentra sujeto el arbitraje institucional, así como por los aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, se debe de evaluar responsablemente si las instituciones arbitrales están en mejor posición de garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo con neutralidad y mayor seguridad. Por ello y en mérito a los beneficios que presenta el arbitraje institucional, habría que valorar consolidar este tipo de arbitraje para solucionar aquellas controversias prorumpidas en el marco de las contrataciones del Estado.

A nivel nacional, se pretende estudiar las medidas de modificación normativa que se deben implementar con la finalidad de recomendar cuales serían las que permitan fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del Estado.

1.11 Limitaciones del estudio

La principal limitación que encontramos es la escasa bibliografía nacional sobre el tema; sin embargo contamos con fuentes directas para realizar la investigación, obtenidas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

1.12 Viabilidad del estudio

Este trabajo de investigación es posible porque la todos los profesores que integran el centro somos árbitros y por tanto tenemos experiencia

profesional en el tema, además de tener profesores con amplia experiencia en la alta dirección de la gestión pública.

Por la experiencia profesional de los docentes, podemos contar con información privilegiada de primera fuente, que nos permitirá realizar adecuadamente nuestro levantamiento y procesamiento de la información requerida.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

El arbitraje en el Perú. Sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado

Es preciso manifestar que, si bien es cierto, Centros de Estudios como la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad ESAN y nuestra Universidad tienen una serie de publicaciones y artículos de catedráticos y alumnos, referidos al tema del arbitraje, los mismos están centrados en temas generales y comentarios a la ley, más no a una investigación en sí, y mucho menos en el sentido que nuestra investigación pretende darle a un tema tan importante como lo es actualmente el arbitraje en las contrataciones con el estado, pues a la fecha el mismo ha cobrado singular importancia, por tratarse del principal medio de solución de conflictos durante la fase de ejecución contractual.

- a. El arbitraje en general
- b. Mecanismos alternativos de solución de controversias

- c. Solución de controversias originadas en materia de contratación del estado
- d. El OSCE

Al referirse a la naturaleza y definición del Arbitraje, Castillo Freyre, Mario (2006) en su obra Orígenes del Arbitraje sostiene:

Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa. Porque sólo a partir de este hecho fundamental que es, en nuestro criterio, que los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de Derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia pero que ésta no es igual a la que administra el Estado. (p. 3)

Respecto del Arbitraje en el Derecho Privado, Briseño, Humberto (1963) afirma que:

Se configura el supuesto de arbitraje cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes. (p. 21)

Chiovenda, Giuseppe (1954) manifiesta que:

La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es

justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc. Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libre a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales (p. 91 y 92)

Mortara, Ludovico, quien es considerado el mejor exponente de la doctrina jurisdiccionalista sostiene que:

El arbitraje realmente existe porque la ley lo ha instituido y por tal razón esta misma ley es la que le ha concedido a las partes, que han sido investidas con un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, el poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad, por medio de un compromiso. (pp. 31 y 32).

De Trazegnies, Fernando (1989) considera que:

Desde un cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal (p. 543)

2.2 Bases teóricas

f. El arbitraje en general

Lohmann, Juan Guillermo (1987), define al arbitraje como:

La institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades. (p. 39).

Sobre el Arbitraje en el Perú, Cantuarias y Aramburú (1994), definen el arbitraje como:

Un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión. (p. 39).

García Calderón, Gonzalo (2012), respecto del arbitraje refiere que:

Es un medio por el cual los particulares y el Estado deciden resolver sus conflictos legales, a través de especialistas que son designados por las partes. La decisión de estos expertos tiene el mismo valor que una sentencia judicial y es de cumplimiento obligatorio. Los empresarios temen acudir al Poder Judicial por la demora que esto significa y porque, a pesar de haber buenos jueces, también hay aquellos que no facilitan la labor empresarial.

g. Sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado.

A decir de Rubio, Roger (2009), respecto del arbitraje en las contrataciones con el Estado:

El arbitraje es un medio por el cual los particulares y el Estado deciden resolver sus conflictos legales, a través de especialistas que son designados por las partes. La decisión de estos expertos tiene el mismo valor que una sentencia judicial y es de cumplimiento obligatorio. Los empresarios temen acudir al Poder Judicial por la demora que esto significa y porque, a pesar de haber buenos jueces, también hay aquellos que no facilitan la labor empresarial.

Por su lado, Del Águila, Paolo (2012), sobre el arbitraje como solución de controversias en las contrataciones con el Estado, nos dice:

El arbitraje es un medio por el cual los particulares y el Estado deciden resolver sus conflictos legales, a través de especialistas que son designados por las partes. La decisión de estos expertos tiene el mismo valor que una sentencia judicial y es de cumplimiento obligatorio. Los empresarios temen acudir al Poder Judicial por la demora que esto significa y porque, a pesar de haber buenos jueces, también hay aquellos que no facilitan la labor empresarial.

h. La Conciliación

Cabanellas, Guillermo define a la conciliación como:

El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación, procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. No es en realidad un juicio, sino un acto, y el resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso, las partes se avienen, en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le corresponda.

i. Árbitros

Sobre las facultades de los árbitros, Landa, César nos dice:

En el caso particular del arbitraje, los árbitros tienen facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas (artículo 37 de la Ley General de Arbitraje). Esta facultad debe ser ejercida de conformidad con el derecho a probar de las partes y, en caso los árbitros resuelvan prescindir de algún medio probatorio que no hubiera sido actuado en el proceso, su decisión deberá ser motivada.

Landa, César, respecto del Principio kompetenz – kompetez, señala:

Este principio, recogido en los artículos 39° y 44 la Ley General de Arbitraje, alude a la facultad que tienen los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral (relativas a derechos de carácter disponible por las partes) e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio. (pp 116-117)

j. Arbitraje Institucional y Arbitraje Ad Hoc

A decir de Musayón Bancayán, Martí sobre el arbitraje Institucional y el arbitraje Ad Hoc:

El lugar donde se desarrolla el arbitraje o sede arbitral puede entenderse de diferentes maneras: en sentido estricto está referido al lugar geográfico y jurisdiccional en donde se realizará el proceso y, por lo tanto, la ubicación determinará las normas aplicables. Por otro lado, puede ser entendido como el lugar en donde se organizará y desarrollará el proceso llevando a cabo las actuaciones arbitrales físicamente, así como la presentación de escritos y custodia del expediente. En este caso se habla muchas veces de sedes ad-hoc y de sedes institucionales.

Como regla general, son las partes las que determinan cuando acuerdan llevar su diferendo a arbitraje, si es que este será administrado por una institución arbitral que se encargue de su organización en donde los árbitros se limiten a la conducción del proceso, denominándose arbitraje institucional o administrado; o si deciden que sean los mismos árbitros quienes organicen y conduzcan el proceso, en dicho caso nos encontraremos ante el denominado arbitraje ad-hoc.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño Metodológico

Se realizará un diagnóstico de la situación del sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado, verificando la eficiencia de la legislación actual, para oportunamente plantear medidas de modificación normativa que se deben implementar para fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del Estado.

3.2 Enfoque

El enfoque de investigación es de carácter mixto: cuantitativo - cualitativo. El enfoque cuantitativo se refiere a la situación del sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado con el sistema legal actual.

El enfoque de carácter cualitativo considera aspectos relacionados con las percepciones de los distintos actores involucrados en los sistemas de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado.

3.3 Población y muestra.

c. Población

Todas las entidades que utilizan el sistema de compras y contrataciones públicas.

d. Muestra

Se obtendrá del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

3.4 Operacionalización de las variables.

Se contrastará la variable independiente con la información obtenida de las visitas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Para ello, se tomará en consideración los *indicadores* como utilización del mecanismo de conciliación como método de solución de controversias por parte del estado, número de arbitrajes Ad Hoc, árbitros únicos y presidentes de tribunales arbitrales que son abogados y número de los que no lo son, importes ordenados pagar y cobrar por parte del estado.

3.5 Técnicas de recolección de datos.

Cabe señalar que para recolectar la información relevante se diseñaran diversos instrumentos: cuestionarios, y una ficha de observación para determinar la situación del sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado con el sistema legal actual.

3.6 Técnicas para el procesamiento de la información.

Se elaboraran matrices en Excel para procesar la información y se elaboraran cuadros estadísticos, así como barras u otros gráficos que contengan los resultados para ser interpretados.

CAPÍTULO IV

RECURSOS Y CRONOGRAMA

4.1 Recursos

4.1.1 Humanos

Se contará con la participación de los investigadores voluntarios que a la fecha de inicio de la investigación se encuentren inscritos en el Centro de Investigaciones, así como con el apoyo de los profesores del centro de investigación.

4.1.2 Económicos

Se requerirá de un aporte económico para los gastos en que podría incurrirse en la etapa de recolección de información para el desarrollo de la investigación, esto es:

- Movilidad de investigadores para su visita a diferentes entidades públicas, bibliotecas o centros de estudios.
- Pago de copias de los materiales bibliográficos obtenidos.
- Pago de horas no lectivas para investigación.

4.1.3 Físicos

Área de trabajo en la que se llevará a cabo las reuniones periódicas a efectos de recabar, analizar y debatir la información que cada uno de los investigadores haya podido recabar, computadoras, libros y acceso a Internet.

CAPÍTULO V

FUENTES DE INFORMACIÓN

5.1 Referencias bibliográficas

Se irán estableciendo conforme se desarrolle la investigación propuesta.

5.2 Referencias hemerográficas

Se irán estableciendo conforme se desarrolle la investigación propuesta.

5.3 Referencias electrónicas

Se irán estableciendo conforme se desarrolle la investigación propuesta.

TÍTULO II

MEDIDAS NECESARIAS PARA FORTALECER LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

Debemos de tener claro que las compras y contrataciones públicas constituyen un factor importante para que las entidades de la Administración Pública puedan cumplir con los objetivos institucionales encomendados por el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, garantizar que las entidades obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados no sólo repercute de manera significativa en el desarrollo nacional; sino también fortalece al sector privado, articula la creación de nuevos puestos de trabajo y puede, asimismo, constituir un instrumento que permita distribuir la riqueza de forma más eficiente.

Sin embargo, luego de que la Entidad contratante y el contratista suscriben el contrato, existe la posibilidad que una de las partes incumpla los términos acordados y establecidos en el referido documento, o se genere una controversia sobre la interpretación, resolución, inexistencia, nulidad o invalidez de dicho instrumento que los vincula.

El incumplimiento contractual ocasiona necesariamente que una de las partes reclame o exija a la otra que cumpla con lo acordado, lo que, a su vez, genera que entre ambas surja un conflicto, cuya solución puede ser conducida por las partes o por un tercero.

Al respecto, es importante tener en cuenta que, de la información proporcionada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE⁵, se puede apreciar que del total de adjudicaciones realizadas en el año 2011, el 40.04% correspondió al rubro obras, el 34.89% a bienes y el 25.07% a servicios. De igual forma tenemos que el 78.88% de las controversias generadas en este periodo corresponden también al rubro de obras, el 12.31% a servicios y el 9.08% a las adquisiciones de bienes.

En relación a dicha información, tenemos que en las controversias resueltas por la vía del arbitraje, se ordenó al Estado el pago de S/. 171'247,206.89 a favor de los contratistas, frente a los S/. 4'419,802.11 que éstos debieron pagar al Estado, por lo cual, a primera vista, consideramos que en la actuación general, el Estado no ha desarrollado una posición satisfactoria dentro del arbitraje.

Los motivos de estos resultados son diversos, encontrándose entre ellos la necesaria revisión de los mecanismos y estrategias que las entidades despliegan frente a una controversia en contrataciones públicas. Como se sabe una diferencia en materia de contrataciones del Estado, surgida en la etapa de ejecución del contrato, puede ser sometida a conciliación o arbitraje⁶, pero es sabido que el mecanismo de la conciliación no ha sido

⁵ Informe N° 134-2012/DAA, del 27 de diciembre de 2012, elaborado por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

⁶ Decreto Legislativo N° 1017

debidamente manejado y consecuentemente no ha obtenido los resultados deseados.

Es así que uno de los factores principales que ha ocasionado que la conciliación no se haya convertido en un mecanismo eficaz para la solución de estas controversias es, precisamente, la falta de decisión que los funcionarios públicos han demostrado para la adopción de un acuerdo conciliatorio y ello encuentra a su vez explicación –una de ellas- en la escasa sensación de respaldo en el marco normativo frente a la posibilidad –latente y real- de un cuestionamiento por parte del órgano de control institucional.

Frente a esta posición, muchas veces los representantes de las entidades públicas prefieren no verse expuestos a cuestionamientos posteriores y dejar que sea un tercero que con empleo de jurisdicción determine la solución de la controversia, dándose lugar así a los procedimientos legales para la ejecución de laudos en los plazos y condiciones que regula la legislación vigente.

En tal sentido, una primera apreciación que se debe realizar ante esta incierta situación, está ligada a que si la conciliación no ha sido vista como mecanismo eficaz para la solución de controversias en contrataciones del Estado no es en sí por un defecto en la concepción de dicha figura, sino en la poca decisión y sensación de respaldo que el marco normativo vigente

“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”.

establece para que las entidades públicas formulen sus ofertas conciliatorias y adopten acuerdos de trato directo.

Debemos de tener en cuenta que la rapidez que brinda el arbitraje en cuanto a la solución de controversias (frente al plazo que tomarían la resolución del mismo caso si se sometiera a instancia judicial) se traduce en seguridad jurídica por la certeza oportuna que proporciona, tanto para los particulares como para el Estado.

Debido a la regulación a la que se encuentra sujeto el arbitraje institucional, así como por los aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, consideramos que las instituciones arbitrales están en mejor posición de garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo con neutralidad y mayor seguridad. Por ello y en mérito a los beneficios que presenta el arbitraje institucional, habría que evaluar consolidar este tipo de arbitraje para solucionar aquellas controversias nacidas en el marco de las contrataciones del Estado.

Por lo expuesto, consideramos necesario analizar la implementación de algunas modificaciones normativas en la investigación propuesta.

CAPITULO I

LA CONCILIACIÓN

Conforme a lo previsto en la Ley N° 26872 - Ley de Conciliación⁷, la conciliación constituye un medio por el cual un tercero imparcial interviene en el conflicto, con el consentimiento de las partes, para ayudar y facilitar la obtención de algún acuerdo o solución que satisfaga los intereses de las partes enfrentadas.

Don Guillermo Cabanellas define a la conciliación como *"el acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación, procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. No es en realidad un juicio, sino un acto, y el resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso, las partes se avienen, en el segundo, cada una de ellas queda en libertad para iniciar las acciones que le corresponda"*.

Lo que el presente trabajo busca es analizar éste mecanismo alternativo de resolución de conflictos desde la perspectiva de su posible utilización en materia de contrataciones del Estado teniendo en consideración que en materia de contrataciones del Estado, una controversia o diferencia surgida

⁷ Ley N° 26872 - Ley de Conciliación

"Artículo 5º.- Definición

La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto."

entre los contratistas y éste último en la etapa de ejecución del contrato, puede ser sometida a conciliación o arbitraje⁸, pero es sabido que el mecanismo de la conciliación no ha sido debidamente manejado y por tanto no ha obtenido los resultados deseados.

No obstante, a efectos de que exista una consolidada posición institucional en cuanto a la propuesta conciliatoria que se presente frente al contratista es necesario que la Entidad Pública contratante realice un análisis previo de cada una de las controversias que surjan con la finalidad de poder tener elementos de juicio necesarios que le permitan decidir acerca de la pertinencia de optar por la conciliación, así como el monto máximo que pueda ser materia de conciliación.

En ese sentido, la presente investigación establece que para efectos de la conciliación en materia de contrataciones del Estado, previamente a la presentación de la fórmula conciliatoria por parte de la Entidad Pública, se efectúe una evaluación previa por parte de la Oficina de Administración, la Oficina de Presupuesto, la Oficina de Asesoría Jurídica, o las que hagan sus veces, y la dependencia técnica vinculada a la materia objeto de controversia, emitan su pronunciamiento fundamentado de si resulta pertinente o no presentar la fórmula conciliatoria, así como de señalar el monto máximo de esta y la disponibilidad presupuestal respectiva;

8

Decreto Legislativo N° 1017

“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”.

correspondiendo, de ser el caso, a la máxima autoridad administrativa de la entidad la aprobación de dicha fórmula.

Reiterando que uno de los principales factores que limitaron la eficacia de la conciliación es la falta de decisión de las autoridades públicas para la adopción de un acuerdo conciliatorio –frente al posible cuestionamiento posterior por parte del órgano de control institucional-, también se hace necesario fortalecer la decisión adoptada por el representante de la entidad.

Al respecto, a fin de mantener el marco normativo vigente relacionado con el ejercicio de las acciones de control gubernamental, el Centro de Investigación adjunta un borrador de proyecto normativo que propone la precisión directa de que la presentación de una fórmula conciliatoria por parte de la Entidad Pública en la que se expresará el ejercicio de una potestad discrecional en los términos establecidos en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622 - Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. En tal sentido, la decisión de optar por la conciliación, así como de aprobar el monto máximo conciliable solamente podría ser observada por los órganos del Sistema Nacional de Control si esta decisión fue tomada sin encontrarse debidamente motivada o vulnerando los límites evaluados por los estudios técnicos.

Estando a la investigación realizada, el proyecto pretende contribuir a que muchas controversias se resuelvan de manera ágil y eficaz a través de la conciliación, evitando así que diversos casos lleguen hasta un arbitraje que

representará el pago de mayores gastos administrativos para el Estado, además de asumir un costo mayor por los intereses generados debido al transcurso del tiempo en la culminación del arbitraje y las consecuencias accesorias que ello implicaría en la ejecución y culminación de la obra.

Es en virtud de lo antes manifestado que se debe potenciar el empleo de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, no sólo para conseguir la celeridad por la celeridad sino la celeridad orientada a una finalidad que no es sino la proactividad, la eficiencia y eficacia de la Administración Pública, por ende, no sólo se contribuye la dinamización comercial y mercantil sino que también se promueve el mejoramiento de la imagen de la institucionalidad pública tan venido a menos.

La humilde reforma que planteamos como Centro de Investigación no viene sólo a ser una meramente formalista y/o positivista sino que busca ser cuando menos el inicio de la lumbre que encienda el pensamiento analítico, crítico e innovador de todo hombre y mujer de leyes y de la comunidad en general que se verá beneficiada por el reconocimiento de mecanismos idóneos para conseguir que el denominado "ius gestionis" – "derecho de gestionar y/o dirigir" sea proactivo con miras a la constitución de un verdadero Estado Democrático, Constitucional y Social de Derecho no sólo en cuanto forma sino a fondo se trata, en el que se reivindique el interés social de aquellos que confiaron en el Estado como entelequia tutelar, como aquel llamado a defender y proteger a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del estado.

Descripción principista que devendría en ser netamente literaria sin el esfuerzo decidido de la comunidad jurídica en su conjunto, un esfuerzo que

hallará una fase agonal, una fase de lucha, de conflicto en su aplicación, pero que será necesaria, puesto que en toda reforma debe existir una verdadera lucha de prácticas, una pugna entre las anquilosadas y viejas prácticas intransigentes de los funcionarios y servidores públicos que optan por acudir al Arbitraje aun sabiendo que éste no les será propicio (pese a poder optar por la vía de la Conciliación) y las nuevas prácticas en el que prevalezca una nueva forma de vincularse con el Estado, una forma más eficiente, que evite grandes contingencias por el mero descuido y desapego a la institucionalidad estatal, incluso por los miembros que la encabezan.

Esta nueva forma de vincularse con el Estado no debe pasar ya tan sólo por el tamiz que esbozaba el jurista catalán Trayter al referirse en El arbitraje de derecho administrativo, al Arbitraje Administrativo como: *"la introducción del Arbitraje en el Derecho administrativo (...) sino que también debe introducir (...) otras figuras de corte convencional o negocial"*. Dentro de estas otras figuras de corte convencional o negocial se halla la Conciliación, la misma que evitará mayores contingencias, gravámenes y cargas para el Estado y viabilizará, nuevamente en palabras de tan renombrado jurista español: *"(...) un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos (...), en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica"*.

El detrimento de la actividad imperativa al que hace mención Trayter propenderá tal y como señala Ana María Arrarte Arisnabarreta la creación de un: "ambiente propicio", que le permita generar confianza en los potenciales contratantes. Uno de los aspectos centrales para ello, es asegurarles que de surgir conflictos en sus relaciones jurídicas y económicas, éstos serán solucionados de manera: imparcial, pronta, adecuada, y que lo que se

resuelva, será respetado y cumplido, incluso por él, es decir, que se someterá a la decisión de un tercero, despojándose de su “ius imperium”, y actuando como un privado más. (...)”

Es así y solamente así que se llevará adelante una reforma obteniendo los resultados buscados, por eso no se ha de propender a beneficios cortoplacistas como el de suscribir Tratados de Libre Comercio, Tratados Bilaterales o Multilaterales de Cooperación Económica –los cuales por cierto son muy benéficos- ergo no obstante no se ha de perder de vista que para generar el tan ansiado “ambiente propicio” que la Dra. Arrarte Arisnabarreta enuncia no sólo se ha de buscar éste como una mera imagen o signo distintivo que ostentamos para estar a la par de otros países y así poder vender mejor –en el lato sensu del término- sino también velar porque esa imagen de ambiente propicio lo sea también en esencia.

Por consiguiente, el Estado no debe descuidar el hecho de que ora sea el Arbitraje ora la Conciliación mecanismos en principio autónomos a adoptar para la resolución de controversias en las Contrataciones Públicas -pese a estar regulados en Leyes Especiales y tener por naturaleza una de carácter privatístico contrario a lo publicístico-inquisitivo- la posibilidad de su posterior observancia jurisdiccional –ya sea mediante un proceso ordinario o uno de índole constitucional- lo cual requiere en estricto de una verdadera reforma ya no sólo a nivel administrativo sino también jurisdiccional.

Finalmente el propender -por así decirlo- a acelerar la marcha sin instituciones verdaderamente sólidas puede traer consigo la deslegitimación de instituciones funcionales, prácticas, dinámicas como lo son el Arbitraje y la Conciliación; es por ello que para ir al ritmo de los aires de globalización

se hace estrictamente indispensable contar con la solidez institucional necesaria para avanzar franca y seguramente.

CAPITULO II

EL ARBITRAJE

1. EL ARBITRAJE

Al referirse a la naturaleza y definición del Arbitraje, Castillo Freyre, Mario (2006) en su obra Orígenes del Arbitraje sostiene:

Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa. Porque sólo a partir de este hecho fundamental que es, en nuestro criterio, que los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de Derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia pero que ésta no es igual a la que administra el Estado.⁹

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. *ARBITRAJE: NATURALEZA Y DEFINICIÓN*. Perú: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 59, Año 2006, p. 275.

Respecto del Arbitraje en el Derecho Privado, Briseño, Humberto (1963) afirma que:

Se configura el supuesto de arbitraje cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes.¹⁰

Por su parte Chiovenda, Giuseppe (1954) manifiesta que:

La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc. Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libre a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales.¹¹

¹⁰BRISEÑO, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21.

¹¹CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I, pp. 91 y 92.

Mortara, Ludovico, quien es considerado el mejor exponente de la doctrina jurisdiccionalista sostiene que:

*El arbitraje realmente existe porque la ley lo ha instituido y por tal razón esta misma ley es la que le ha concedido a las partes, que han sido investidas con un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, el poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad, por medio de un compromiso.*¹²

De Trazegnies, Fernando (1989) considera que:

*Desde un cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal.*¹³

Lohmann, Juan Guillermo (1987), define al arbitraje como:

*La institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades.*¹⁴

Sobre el Arbitraje en el Perú, Cantuarias y Aramburú (1994), definen el arbitraje como:

¹² VARGAS, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, pp. 31-32.

¹³ DE TRAZGENIES GRANDA, Fernando: Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral. p. 543.

¹⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, p. 39.

*Un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión.*¹⁵

García Calderón, Gonzalo (2012), respecto del arbitraje refiere que:

*Es un medio por el cual los particulares y el Estado deciden resolver sus conflictos legales, a través de especialistas que son designados por las partes. La decisión de estos expertos tiene el mismo valor que una sentencia judicial y es de cumplimiento obligatorio. Los empresarios temen acudir al Poder Judicial por la demora que esto significa y porque, a pesar de haber buenos jueces, también hay aquellos que no facilitan la labor empresarial.*¹⁶

2. **EL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO**

La rapidez que brinda el arbitraje en cuanto a la solución de controversias (frente al plazo que tomarían la resolución del mismo caso si se sometiera a instancia judicial) se traduce en seguridad jurídica por la certeza oportuna que proporciona, tanto para los particulares como para el Estado. Por ello, este mecanismo de resolución de conflictos genera una extraordinaria confianza entre los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros.

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 39.

¹⁶ GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo, Perú es líder en arbitraje de solución de controversias. Conexión ESAN. 2012

Es así que el Estado ha adelantado su voluntad de someterse a arbitraje en las siguientes circunstancias:

- ✓ Contratación de bienes y servicios
- ✓ Convenios de estabilidad jurídica (CEJ)
- ✓ Régimen de concesiones
- ✓ Monto de expropiaciones y daños y perjuicios
- ✓ Ejecución de sentencias proferidas por tribunales
- ✓ internacionales
- ✓ Tratados bilaterales de protección y promoción de
- ✓ inversiones (TBIs o TLCs de segunda generación) con
- ✓ 32 países
- ✓ Arbitraje laboral con partes estatales

Adicionalmente El Estado arbitra otras materias, que bien podrían diferenciarse en contractuales o patrimoniales, entre las que tenemos:

- ✓ Monto de expropiaciones y daños y perjuicios.
- ✓ Ejecución de sentencias proferidas por tribunales internacionales.
- ✓ Tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones (APPIs o TLCs de segunda generación) con 32 países.

Es importante tener en cuenta que, la Constitución Política del Perú habilita al Estado a arbitrar, pues en su Artículo 63.4 establece: *"El Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley"*.

Ahora bien, nos podemos preguntar cuál es la razón por la que el Estado sometería sus controversias al arbitraje. A decir verdad, existen muchas

posiciones doctrinarias al respecto, para algunos autores, lo hace con la intención de contratar en igualdad de condiciones y facilitar el tráfico comercial en el país, para otros, debido a la falta de agilidad de decisiones frente al Poder Judicial que finalmente terminan generando más costos a las partes, especialmente al propio Estado considerando más eficaz el arbitraje y por un tema de confidencialidad; finalmente otros autores se inclinan por la seguridad que se puede brindar a los inversionistas respecto de la solución más rápida y eficiente ante una posible controversia.

Siendo ello así, nos preguntamos ¿qué podemos arbitrar con el Estado?, pues concordado con el artículo 63° de nuestra Constitución, el artículo 2.1: ***"Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdo internacionales lo autoricen"***, conocido esto como arbitralidad objetiva. Siendo ello así, podemos decir que son materias arbitrables con el Estado: i) Los asuntos derivados de los contratos del Estado, ii) Los asuntos derivados de ley autoritativa (monto del valor de la cosa expropiada y de la indemnización), iii) Asuntos derivados de tratados o convenios internacionales (arbitrajes CIADI, CCI, UNCITRAL).

Asimismo es relevante acotar que no todos pueden ser parte estatal en un arbitraje en el que el Estado es parte (arbitralidad subjetiva), siendo que son consideradas como tales: i) El Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y Locales, ii) Las personas jurídicas de Derecho Público, iii) Las empresas estatales de Derecho Público, iv) Las Empresas estatales de Derecho Privado, v) Las empresas estatales de economía mixta, vi) Las personas jurídicas de Derecho Privado que ejerzan función estatal.

De otro lado, existe también la posibilidad de que el arbitraje con el Estado se dé entre partes estatales, así, el Artículo 4.2. de la Ley de Arbitraje establece: *"2. Las controversias derivadas de los contratos o convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional"*. Esto quiere decir que el Estado puede someter a un arbitraje toda controversia que se genere como consecuencia de una relación contractual respecto de un contrato suscrito entre partes estatales.

En el Perú, en materia de contrataciones, existe una regulación expresa en la que se establece cómo se manejará el arbitraje, de ser el caso, tan es así que, la Ley de Contrataciones con el Estado, en su Artículo 52° establece:

Solución de controversias.- Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Esta ley, además cuenta con un Reglamento propio, en el que entre otras se regula los plazos de caducidad para iniciar un arbitraje, la incorporación de pleno derecho de convenio arbitral, la precisión del texto que se someterá a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje (OSCE), los impedimentos de los árbitros y las causales de recusación de los mismos,

los requisitos de los árbitros a designar, sea un arbitraje con árbitro único o con Tribunal Arbitral, la independencia, imparcialidad y deber de información que tienen los árbitros, el cómo debe emitirse el Laudo Arbitral, etc, lo que permite dar una cuanto menos seguridad de que el proceso se llevará teniendo en cuenta ciertas bases fundamentales que mitiguen los perjuicios que puedan generarse a las partes.

Existe además doctrina respecto del sistema de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado. Al respecto, Paolo Del Águila (2012), sobre el arbitraje como solución de controversias en las contrataciones con el Estado, nos dice que: *“El arbitraje es un medio por el cual los particulares y el Estado deciden resolver sus conflictos legales, a través de especialistas que son designados por las partes. La decisión de estos expertos tiene el mismo valor que una sentencia judicial y es de cumplimiento obligatorio. Los empresarios temen acudir al Poder Judicial por la demora que esto significa y porque, a pesar de haber buenos jueces, también hay aquellos que no facilitan la labor empresarial.”*

En este contexto, el arbitraje institucional constituye un tipo de arbitraje que tiene como característica determinante la participación de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, encargada de la administración y organización del proceso de arbitraje, a través de la aplicación de normas reguladoras que emite la propia institución arbitral. Es por ello que se habla de una sujeción del *ius imperium*, de una sujeción de lo público a lo privado en términos de Alfredo Bullard, situación en la cual la balanza de las relaciones con el Estado ya no se inclina a favor de éste sino

que por el contrario se equiparan, haciéndose más adecuado el entorno para la fluidez comercial y mercantil.

Debido a la regulación a la que se encuentra sujeto el arbitraje institucional, así como por los aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, consideramos que las instituciones arbitrales están en mejor posición de garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo con neutralidad y mayor seguridad. Esto, a su vez, reduce la posibilidad que puedan configurarse actos de corrupción o colusión, tema particularmente sensible en los arbitrajes en los que participa el Estado, puesto que cada institución arbitral deberá ejecutar también los mecanismos de control necesarios para evitar verse envueltos en situaciones ilegales producidas en los procesos que administran.

Sin embargo, además del celo que puedan tener los especialistas y Centros Especializados en Arbitraje, es el mismo Estado quien debe optimizar y potenciar que sistemas que per se son eficaces, llámese Arbitraje y Conciliación, cumplan largamente con los objetivos planteados; buscando la proscripción de la indefensión, de la no igualdad de armas, y propendiendo consigo la reivindicación del derecho de defensa, y la tutela procesal y jurisdiccional efectiva como elementos sine qua non del debido proceso reconocido como un principio/derecho por nuestra lex legis y norma normarum de 1993.

Es en virtud de lo expuesto que, uno de los aspectos resaltantes del borrador de proyecto que hemos preparado como consecuencia de la presente investigación, es aquel que contempla la creación del Registro Nacional de Árbitros, que se encontrará a cargo del OSCE, estableciendo,

además, como obligatoria la inscripción de todos los árbitros como requisitos indispensable para su intervención en los arbitrajes sobre contrataciones del Estado. A tal efecto, si bien el proyecto señala que corresponderá al OSCE la administración de este Registro, debe entenderse que el acto de inscripción o registro debe ser de naturaleza automática y no debe representar la realización de mayores gestiones administrativas, dado que su creación responde a una necesidad de contar con data cierta de los árbitros y centros arbitrales que intervienen en la solución de una controversia del Estado y no la de crear procedimientos ni requisitos burocráticos.

Asimismo, con el objetivo de fortalecer la transparencia dentro de las contrataciones del Estado, es necesario que tanto las actas de conciliación, con acuerdo total o parcial, emitidas durante el procedimiento vinculado a contrataciones del Estado, sean remitidas por los centros de conciliación al OSCE, para su publicación. Asimismo, con la finalidad de que la ciudadanía conozca el sentido de aquellos pronunciamientos firmes emitidos en el marco de cuestionamientos de laudos arbitrales en materia de contrataciones con el Estado, el borrador de proyecto normativo dispone que el Poder Judicial remita, también, al OSCE estos pronunciamientos.

Lo mencionado anteriormente va en concordancia con lo esbozado por nuestra lex legis que en su en su Artículo 2º inc.5), que a la letra nos dice:

"Toda persona tiene derecho: 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.(...)"

Es por ello que la publicación de los Laudos y/o Pronunciamientos en esta materia deviene en no sólo ser un mecanismo que dota de virtualidad extrajurídica a nuestra norma normarum, sino que la legitima propendiendo la revaloración de derechos y principios tan elementales como el derecho a la información, lo cual acarrea consigo un ambiente de transparencia y por si fuera poco permite a la comunidad en su totalidad y en especial a la jurídica especializarse y retroalimentarse de una cultura crítica y analítica con un verdadero sentido común que en el palabras del Dr. Bazán deviene en ser “el menos común de los sentidos”.

Es solamente así que se construirá una verdadera institucionalidad Democrática, con participación de la ciudadanía en general y por qué no la formación de alumnos, futuros profesionales, y profesionales más proactivos acorde a un sistema transparente e idóneo que posibilita el desarrollo no sólo económico, sino también social, cultural, eidético, personal, humano, democrático e institucional.

3. EL ARBITRAJE EN EL PERÚ: MECANISMO HETEROCOMPOSITIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PROMOTOR DE LA FIDUCIA ESTATAL CORTOPLACISTA O LA PROCASTINACIÓN DEL MISMO EN LA ADOPCIÓN DE UNA REFORMA JURISDICCIONAL

No se puede negar de manera alguna que el Arbitraje tal cual ha sido definido tanto por juristas como Alfredo Bullard, Gonzalo García Calderón Moreyra, Ana María Arrarte Arisnabarrete y tantos otros juristas especialistas en la materia como en la praxis jurisdiccional arbitral, hoy por hoy, se ha constituido en un Mecanismo Heterocompositivo de Solución de

Conflictos de suma importancia para brindar celeridad a las posibles incertidumbres o conflictos que devengan de los actos propios de la actividad comercial y/o mercantil.

En el marco de un proceso de globalización galopante, en el que la integración es la pauta, la celeridad debe ser la respuesta, ello no obstante se debe adoptar mecanismos idóneos para ello, puesto que de ninguna manera debe optarse por la celeridad si se descuida el fondo, la esencia y naturaleza de las cosas y de las instituciones.

En virtud a este proceso latente en todas las Economías a nivel mundial y en pro de aperturarse al mercado internacional, a propósito de la suscripción de diversos Tratados de Libre Comercio, Tratados bilaterales y multilaterales de Cooperación Económica, es que nuestro Estado buscó adoptar a manera casi obligatoria sino obligatoria en el año 1998 mediante la promulgación de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26850) la colocación de cláusulas de sujeción a la jurisdicción arbitral en todos los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, lo cual puede desprenderse de la simple lectura de su otrora artículo 41º, el cual a la letra enuncia: *"cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes"*.

Es así que en virtud de dicha disposición al parecer el Estado como sociedad política, jurídica y socialmente organizada, dotado del ius imperium por virtud de la voluntad popular, adopta una nueva forma de resolver los conflictos intersubjetivos nacidos de los contratos y/o adquisiciones que este

realiza frente a terceros. El Estado al parecer a manera de un símil con el depósito de cuotas de libertad de los ciudadanos necesarias para su constitución hizo efectivo el depósito de una cuota de su competencia en temas vinculados estrictamente a sus contrataciones y adquisiciones, aceptó, tal parece en busca de soluciones cortoplacistas generadoras de réditos golondrinos, que su potestad de ejercer la administración de justicia tal y conforme expresa taxativamente el Artículo 138º de nuestra lex legis de la siguiente manera: *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y sus Leyes. (...)"* no podía ser de ninguna manera omnímoda. El Estado peruano al igual que otros al parecer aceptaron lo expuesto por la Dra. Ana María Arrarte Arisnabarrete, esto es: *"que las controversias derivadas de los contratos de ejecución de obras públicas, sean resueltas a través de un arbitraje –mecanismo esencialmente privado–, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales (entiéndase, el Poder Judicial), vía "originaria", prevista en la Constitución Política del Estado para estos efectos. (...)"*.

Es decir, en palabras de Alfredo Bullard ocurre un encuentro entre lo privado y lo público, un encuentro al que éste denomina como: *"(...)uno "contra natura", en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias. Entramos, así, a un mundo en el que lo público queda sometido a lo privado, uno donde la soberanía privada somete a la soberanía pública, con todo lo que ello pueda significar."*

Alejándonos de ésta visión fatalista que tiene tan ilustre jurista debemos señalar que si bien es cierto el adoptar la jurisdicción arbitral significa la asunción de responsabilidad del Estado por la poco célere administración de justicia que ostenta, ejerce y administra, y en pos de reivindicar el apotegma de Carnelutti que reza: "*Justicia Lenta es justicia negada*". Creemos acertada dicha adopción, pese a que podría desnaturalizarse la naturaleza estrictamente voluntaria del arbitraje.

La asunción del Arbitraje como mecanismo Heterocompositivo de solución de conflictos en materia de Contrataciones, si bien es cierto puede ser para algunos un acto de procrastinación por parte de un Estado que prefiere adoptar medidas cortoplacistas de réditos pasajeros a una verdadera reforma real del sistema jurisdiccional, creemos desde nuestra experiencia en el ejercicio profesional arbitral un mecanismo adecuado; ello no obstante se hace necesaria la reforma estructural de su manejo, lo cual requiere de capacitación por parte de los funcionarios y servidores públicos quienes son finalmente los que pondrán en marcha la maquinaria jurisdiccional especial arbitral, y más importante aún, e inclusive como un paso previo, bien podría ser obligatorio a la misma, el acudir a otro auxilio (llámese otro Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos) como lo es la Conciliación, una Conciliación que evite las contingencias principalmente económicas fruto del mal manejo existente en la praxis arbitral al momento de la resolución de estos casos.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

La presente investigación concluye con la presentación de un borrador de propuesta normativa que busca fortalecer la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en materia de contrataciones con el Estado. Consideramos que dicho fortalecimiento generaría beneficios cuantitativos tanto para la Entidad contratante como para el contratista, los cuales se verían traducidos en el ahorro de los costos que implica el someter una controversia a un arbitraje, que finalmente sería un beneficio para las partes.

De otro lado, la consolidación del arbitraje institucional en materia de contrataciones del Estado contribuirá a garantizar que el proceso arbitral en materia de contrataciones del Estado se lleve a cabo con neutralidad y seguridad, frente al arbitraje ad hoc.

La propuesta de fortalecer la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en materia de contrataciones con el Estado implica movilizar el aparato estatal aprovechando las fortalezas de las oficinas de asesoría jurídica y las oficinas generales de administración que se encuentran funcionando actualmente en las distintas entidades de la Administración Pública. De la misma forma ocurre con la implementación del arbitraje institucional en materia de contrataciones con el Estado.

Si bien es cierto, la implementación de los mecanismos adecuados que permitan la publicación de las actas de conciliación y sentencias judiciales en materia de contratación del Estado por parte del OSCE generaría un gasto económico —no necesariamente alto—, consideramos que esto será ampliamente superado por los beneficios que implica el ejercicio de la transparencia como mecanismo de lucha contra la corrupción, así como inadecuadas prácticas que puedan presentarse durante la conciliación y el arbitraje institucional.

En conclusión, podemos decir que los beneficios que genera un escenario donde la conciliación sea una herramienta eficiente para solucionar los conflictos que se presentan en el marco de las contrataciones con el Estado, así gozar de los beneficios que ofrece el arbitraje institucional es cualitativamente mayor al costo económico que irrogaría a las entidades de la Administración Pública la implementación de las medidas propuestas.

No se ha de entender de ninguna manera que no se trata meramente de réditos de corte económico, sino que también se propende a un cambio no sólo formal sino de dimensión praxeológica que dinamice las contrataciones con el Estado, las mismas que serán más confiables, ampliándose con ello la fiducia en el estado como entelequia, como institución democrática, como entidad, como gobierno.

CAPITULO IV

BORRADOR DE PROYECTO NORMATIVO

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE FORTALECE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO

Artículo 1°.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto fortalecer los mecanismos de solución de las controversias originadas en materia de contratación del Estado, a través de la conciliación y el arbitraje.

**Artículo 2°.- Modificación de disposiciones del Decreto Legislativo
N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado**

Modifíquese los Artículos 40° literal b), 52° y 58° del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a la siguiente redacción:

"Artículo 40°.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

*b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje institucional. **Cuando la solución de la controversia sea solicitada por el Estado o cuando el contratista invoque la conciliación, la entidad procederá conforme a lo establecido en el artículo 52° numeral 52.1 de la presente norma. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento**".*

"Artículo 52°.- Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia o ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. **Tratándose de** la conciliación, ésta se realizará en un centro de conciliación público o **privado**.

Cuando la solución de la controversia sea solicitada por el Estado o cuando sea el contratista quien invoque la conciliación, la Oficina de Administración, la Oficina de Presupuesto y la Oficina de Asesoría Jurídica de la entidad, o las que hagan sus veces, así como la dependencia técnica vinculada a la materia objeto de controversia, deberán emitir pronunciamiento fundamentado sobre si corresponde o no presentar fórmula conciliatoria, así como deberán señalar el monto máximo conciliable y la disponibilidad presupuestal respectiva, según corresponda, de ser el caso. En dicha evaluación, la Oficina de Administración o la que haga sus veces formulará el respectivo análisis costo-beneficio de la propuesta conciliatoria. La fórmula conciliatoria deberá ser aprobada por la máxima autoridad administrativa de la entidad en atención a lo contenido en los informes previos. Las actuaciones descritas en el presente párrafo deberán realizarse, bajo responsabilidad, en los plazos establecidos en el reglamento.

Antes de su aprobación, dicha autoridad podrá poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la entidad, la fórmula conciliatoria debidamente motivada y acompañada con los informes de las unidades orgánicas competentes, para que, en el marco del control preventivo que le compete, alerte sobre los riesgos que detecte y formule las recomendaciones consiguientes, en un plazo improrrogable no mayor a tres (03) días hábiles.

En caso que corresponda la presentación de una fórmula conciliatoria, esta expresa el ejercicio de una potestad discrecional en los términos establecidos en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29622 - Ley que modifica la Ley Núm. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Será nulo todo acuerdo adoptado que exceda los alcances de la fórmula conciliadora aprobada conforme a lo estipulado en el presente Artículo, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al funcionario que lo adopte.

- 52.2. ***De no llegarse a un acuerdo en conciliación o de no optar el contratista por ésta, la controversia se someterá a arbitraje institucional,*** debiendo solicitarse el inicio del ***arbitraje*** en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. 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 y pago, se debe iniciar el respectivo proceso dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo

señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50 de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Todos los plazos previstos son de caducidad.

- 52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

El arbitraje institucional se realizará mediante árbitro único o tribunal arbitral, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, sujetándose a la Tabla de Aranceles

Administrativos y Honorarios de Árbitros aprobadas por dicha entidad; o ante una institución arbitral debidamente acreditada por OSCE, según se determine en el convenio arbitral.

Excepcionalmente, cuando no existan al menos dos instituciones arbitrales acreditadas en el departamento en el que se ubica la sede principal del solicitante, se podrá recurrir al arbitraje ad-hoc.

- 52.4. El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado **y experiencia en al menos una de dichas especialidades**, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias.
- 52.5. Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 52.2. del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se puede establecer que solo procede la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procede la acumulación.

- 52.6. El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde **la fecha en que se les notifica** en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) **para efecto de su validez**. Dicho sistema debe permitir, operativamente la notificación del laudo y la notificación se dará por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en la presente ley y al Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.
- 52.7. El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) dispone la publicación de los laudos y actas de conciliación, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.
- 52.8 ***Los centros de conciliación deberán remitir al OSCE copias certificadas de las actas, con acuerdo total o parcial, emitidas durante el procedimiento vinculado a contrataciones del Estado. Igualmente, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial remitirán copias certificadas de las sentencias firmes recaídas en procesos de anulación de laudos arbitrales en materia de contrataciones del Estado. Dichos documentos deberán ser remitidos dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su emisión. OSCE dispondrá la publicación de dicha***

documentación, además de las actas de instalación y laudos emitidos en los procesos de arbitraje.

Asimismo, OSCE podrá disponer la utilización de los documentos mencionados en el párrafo anterior para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

- 52.9. ***OSCE tendrá a su cargo el Registro Nacional de Árbitros - RNA, siendo obligatoria la inscripción de todos los árbitros como requisito indispensable para intervenir arbitrajes sobre contrataciones del Estado. Dicho Registro contendrá también las sanciones impuestas al árbitro por el OSCE ante el incumplimiento de alguna obligación dispuesta por la presente ley y su reglamento.***

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente ***a las partes*** si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

De acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente, el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación

permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro Nacional de Árbitros, según la sanción impuesta.

La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por la ***institución arbitral*** que lleve adelante el proceso.

- 52.10. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.
- 52.11. En el caso que el convenio arbitral no haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
- 52.12. El Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) constituye un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones del Estado. Es autónomo, especializado y se rige por su propio reglamento que es aprobado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por la Ley de Arbitraje. El reglamento establece su conformación y atribuciones.

52.13. Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetan supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente ley, ***su reglamento y el procedimiento especial de conciliación en materia de contrataciones del Estado regulado por Decreto Supremo, refrendado por los Ministros de Justicia y Derechos Humanos y de Economía y Finanzas.***

"Artículo 58°.- Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:

(...)

*h) Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto, **así como administrar el Registro Nacional de Árbitros – RNA.***

(...)"

Artículo 3°.-Requisitos para la acreditación de instituciones arbitrales

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se establecerán los requisitos mínimos y procedimiento para la acreditación de las instituciones arbitrales por parte de OSCE.

Asimismo, se determinarán los criterios para la implementación y aplicación del Registro Nacional de Árbitros - RNA, a cargo del OSCE y, determinará fórmulas que permitan la adecuada e idónea selección de árbitros bajo el principio de transparencia y postulando la mayor apertura, evitando la recurrencia en la

designación de los mismos árbitros, salvo que la especialidad para el caso concreto debidamente acreditada lo amerite.

Artículo 4º.- Modificación del Artículo 7º de la Ley N° 26872 - Ley de Conciliación.-

Modifíquese el Artículo 7º de la Ley N° 26872 - Ley de Conciliación, conforme al siguiente texto:

"Artículo 7º.- Materias conciliables

Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes.

En materia de familia, son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. El conciliador en su actuación deberá aplicar el Principio del Interés Superior del Niño.

La conciliación en materia laboral se llevará a cabo respetando el carácter irrenunciable de los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución Política del Perú y la ley.

La materia laboral será atendida por los Centros de Conciliación Gratuitos del Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y por los Centros de conciliación privados para lo cual deberán de contar con conciliadores acreditados en esta materia por el Ministerio de Justicia. En la audiencia de conciliación en materia laboral las partes podrán contar con un abogado de su elección o, en su defecto, deberá de estar presente al inicio de la audiencia el abogado verificador de la legalidad de los acuerdos.

La conciliación de las controversias provenientes de la contratación pública se rige de acuerdo a la ley de la materia y se tramitará a través del procedimiento especial."

Artículo 5°.- Modificación del Artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1068 – Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.-

Modifíquese el Artículo 23° numeral 2 del Decreto Legislativo N° 1068, conforme al siguiente texto:

*"2. Los Procuradores Públicos podrán conciliar, transigir o desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos dispuestos por el reglamento. Para dichos efectos, será necesaria la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, para lo cual del Procurador Público deberá emitir un informe precisando los motivos de la solicitud. **Su actuación en la solución de controversias sobre contrataciones del Estado se regulará de acuerdo a la ley de la materia"**.*

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Reglamentación de la presente Ley

En el plazo de noventa (90) días calendarios contado a partir de su publicación en el diario oficial El Peruano, el Poder Ejecutivo expedirá las normas reglamentarias necesarias para la implementación de la presente Ley.

Segunda.-Financiamiento

Los gastos que demande la aplicación de la presente Ley se ejecutan con cargo a los presupuestos institucionales de los pliegos involucrados, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Tercera.- Vigencia

La presente Ley y las normas emitidas conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Final entrarán en vigencia a los ciento veinte (120) días calendarios siguientes de la publicación de la presente en el diario oficial El Peruano.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única.- Adecuación

Las controversias referidas a procesos de contrataciones del Estado que no hayan sido sometidos a arbitraje a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se adecuarán a lo dispuesto en la misma, conforme corresponda.

Comuníquese al Señor Presidente la República para su promulgación.

En Lima, a los xx días del mes de xxxx del año 2013.