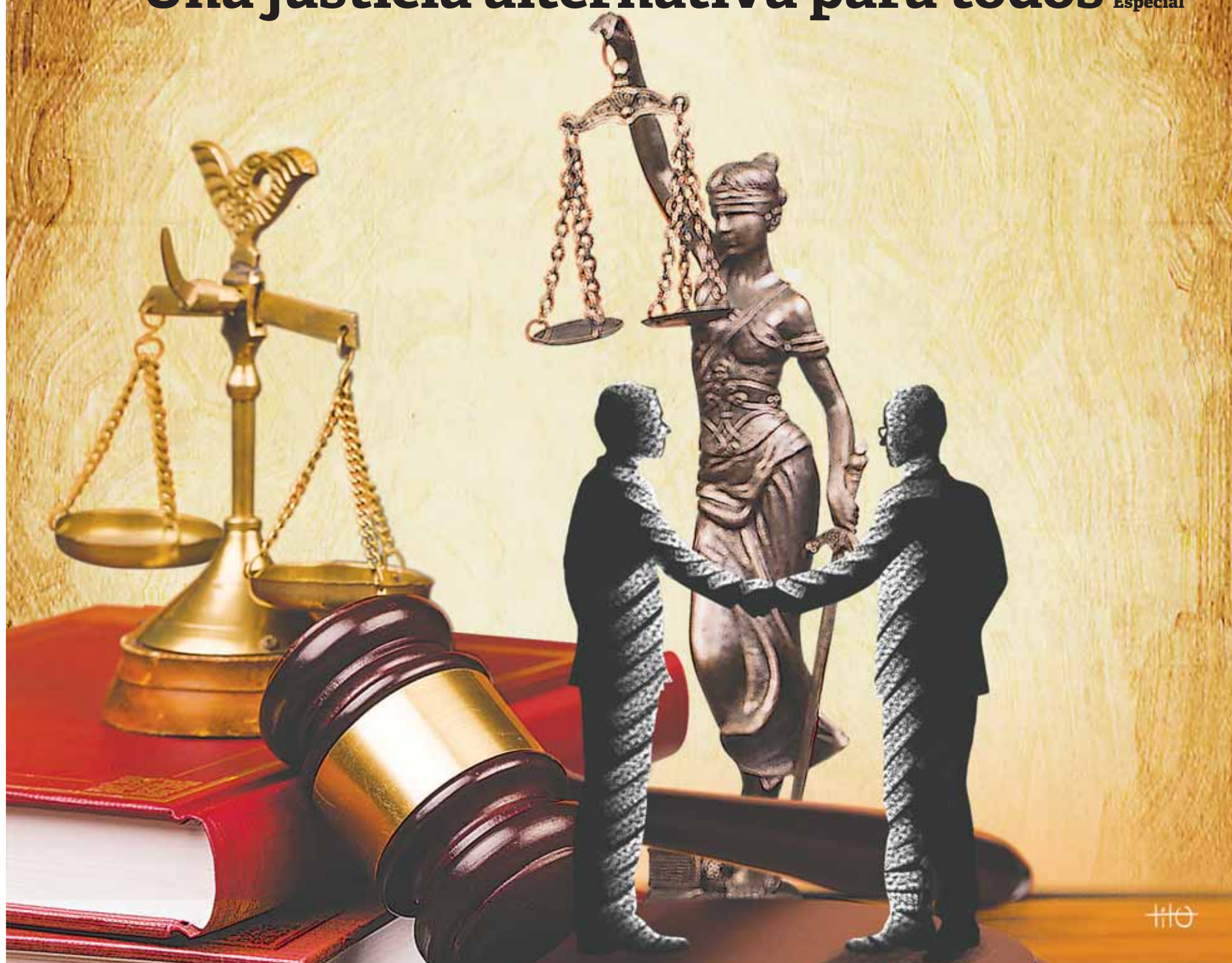


ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

Una justicia alternativa para todos Especial



Págs. 2-3

Hacia la consolidación de una cultura de paz en el país: la conciliación extrajudicial.

Pablo Martín Morán Mejía

Págs. 4-5

El arbitraje popular o de baja cuantía. Eficaz, rápido y accesible a la economía de todos.

Carlos Castillo Rafael

Págs. 6-7

La conciliación y la Ley de Contrataciones del Estado. Maximiza el valor de recursos públicos.

Rafael Medina Rospigliosi

Pág. 8

¿Qué se puede arbitrar en el Perú? Técnicas más empleadas de acuerdo con normativas específicas.

Carlos Fonseca Sarmiento

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Hacia la consolidación de una cultura de paz



PABLO MARTÍN MORÁN MEJÍA

Director de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La conciliación extrajudicial regulada por la Ley 26872, viene ayudando a los ciudadanos a solucionar una variada gama de conflictos, desde los relacionados con el derecho de familia (alimentos, tenencia, régimen de visitas, etc.), hasta aquellos relativos a materias civiles y patrimoniales (desalojo, pago de alquileres devengados, indemnización, etcétera).

Como mecanismo autocompositivo, la conciliación extrajudicial adjudica a las propias partes el control y la responsabilidad de la gestión de sus diferencias. El acuerdo conciliatorio mejora la calidad de la relación entre las partes, o por lo menos evita su empeoramiento; lo que no sucede necesariamente en un proceso judicial o en el respectivo cumplimiento de la sentencia. Además, los conciliantes cuentan con la asistencia del conciliador, que en su rol de facilitador instruye a las partes en el mejor manejo de la controversia, sin alterar, con su presencia e intervención, la naturaleza consensual del acuerdo.

La conciliación extrajudicial privilegia la autonomía de las partes en la formación de sus propias soluciones ante las diferencias que los separan, ayudados por el conciliador que alienta a las partes a recomponer la afectación social generada por el conflicto, tendiendo a la armonización de la estructura comunitaria.

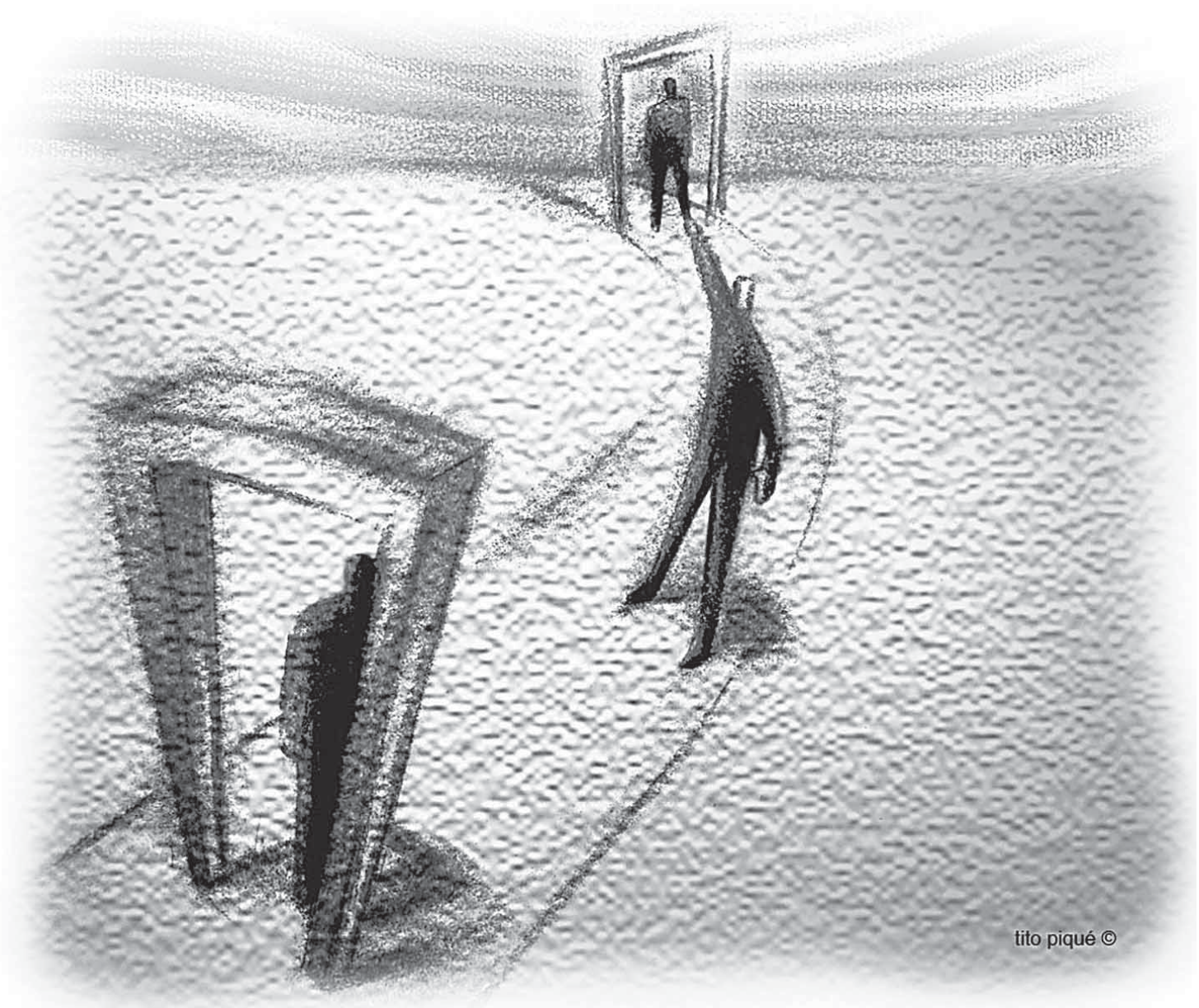
La institucionalización

La Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA) es la encargada de planificar y programar el desarrollo, funcionamiento e institucionalización de la Conciliación Extrajudicial a nivel nacional; ejercer la función conciliadora, autorizar, acreditar, registrar, adscribir, sistema-

tizar, supervisar y sancionar a los operadores de la Conciliación Extrajudicial; promover el desarrollo, capacitación y difusión de otros medios alternativos de solución de conflictos a nivel nacional. Así, entre los objetivos de la DCMA figura la institucionalización de la conciliación,

con el objetivo que los ciudadanos sin excepción, conozcan y acudan a la conciliación extrajudicial como un eficaz mecanismo de solución de conflictos; así como definir y extender las localidades donde el intento conciliatorio sea obligatorio, antes de recurrir a la vía judicial.

Hasta agosto de 2014, la DCMA cuenta con 78 centros de conciliación gratuitos a nivel nacional, de los cuales 24 se ubican en Lima y Callao y 54 en el resto del país. Por otro lado, existen 1,074 centros de conciliación privados autorizados en todo el país, distribuidos en 24 departamentos,



tito piqué ©

El título ejecutivo e incumplimientos

Se denomina título ejecutivo al documento que la ley califica como tal, atribuyéndole la suficiencia necesaria a fin de que sirva de sustento para exigir ante el Poder Judicial el cumplimiento forzoso de la obligación que consta en él. Un título ejecutivo es un documento que contiene un derecho cierto y determinado, y que siendo eventualmente inactuado o insatisfecho, en virtud del incumplimiento del obligado en la relación jurídica sustancial, lleva implícitas tanto la legitimación como la prueba

de quien su titularidad alega. En el artículo 16 de la Ley de conciliación extrajudicial se señalan los requisitos formales con los que debe contar el acta de conciliación para su validez: los datos generales de identificación de las partes, del conciliador y del abogado verificador de la legalidad del acuerdo, una exposición sucinta de los hechos expuestos (sin expresión de agravios), la descripción de las controversias específicas, el acuerdo conciliatorio, las firmas y demás elementos

de acreditación de identidad, profesión y función; elementos cuyos alcances y pertinencia analizaremos en un próximo escrito. En consecuencia, el acta que contiene un acuerdo, total o parcial, producto de una Conciliación Extrajudicial, es un título ejecutivo, y que en caso alguna de las partes no cumpla con el compromiso asumido en el acuerdo (lo que la convierte en deudor), el acta será presentada ante el Poder Judicial para iniciar un Proceso Único de Ejecución, mediante

una demanda que motiva la emisión de una orden judicial llamada “mandato ejecutivo”, de cumplimiento obligatorio y de muy limitadas causales de oposición por parte del deudor, siguiéndose un trámite rápido y económico, con posibilidades de afectar el patrimonio de ese deudor a favor del solicitante de la ejecución. Este merito ejecutivo del acta le brinda al acuerdo conciliatorio de las partes, una seguridad jurídica muy importante. A la vez, hace efectivo las aspiraciones de una cultura de paz.

SE APRECIA ENTONCES QUE 38,958 CONFLICTOS DE INTERESES TRAMITADOS DURANTE EL AÑO PASADO ANTE LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN, LOGRARON SOLUCIONARSE SATISFACTORIAMENTE SIN TENER QUE RECURRIR AL PODER JUDICIAL EVITANDO INCREMENTAR SU CARGA.

de los cuales 628 están Lima y Callao.

Hasta agosto del presente año, igualmente, se han acreditado 37,482 conciliadores extrajudiciales, la mayoría de ellos (17,134) pertenece a Lima y Callao; le sigue Arequipa con 3,027 y La Libertad con 1,984 conciliadores extrajudiciales. En lo que respecta a los conciliadores extrajudiciales especializados en temas de Familia existe un total de 7,261, de los cuales 3,025 pertenecen a Lima y Callao, 508 a Arequipa, y 480 a Junín.

Resultados y efectividad

De acuerdo con las estadísticas que maneja la DCMA, en 2013 se concluyeron un total de 80,836 procedimientos conciliatorios en los centros de conciliación gratuitos y en los centros de conciliación privados. De dicho total, 38,098 (47%) concluyeron con acuerdo total y 860 (1%) con acuerdo parcial. Mientras que 8,938 (11%) procedimientos conciliatorios terminaron con falta de acuerdo, 25,566 (32%) por inasistencia de una parte a dos sesiones y 4,564 (6%) por inasistencia de ambas partes. Finalmente, 845 (1%) procedimientos conciliatorios concluyeron por decisión motivada del conciliador y 1,965 (2%) terminaron mediante informe. Se aprecia entonces que 38,958 conflictos de intereses tramitados durante el año pasado ante los centros de conciliación lograron solucionarse satisfactoriamente sin tener que recurrir al Poder Judicial, evitando incrementar su carga.

Se advierte, asimismo, que cerca del 50% de dichos conflictos se solucionaron satisfactoriamente con acuerdos total y parcial, y que el 41% culminaron sin éxito (inasistencia de una de las partes, de ambas partes, decisión motivada del conciliador e informe), pero no por el fracaso de la actividad desplegada por el conciliador sino por la inasistencia del conciliante o los conciliantes o por situaciones que impidieron la labor conciliadora del conciliador. En cualquier caso, comparado con años anteriores, se aprecia un



aumento de acuerdos en las actas de conciliación.

Cabe destacar lo que se denomina la efectividad de la conciliación, consistente en el resultado que se obtiene cuando las dos partes en disputa asisten a la audiencia de conciliación para intentar resolver sus diferencias. En esos casos, el universo a considerar son los procedimientos conciliatorios concluidos con acuerdos total, parcial y falta de acuerdo, los cuales suman 47,896 procedimientos, lográndose llegar a acuerdos en un 81% de esos casos. Este dato informa que cuando las partes en conflicto deciden asistir a la audiencia de conciliación y conversar direc-

tamente sobre sus diferencias con el apoyo del conciliador, logran arribar a acuerdos satisfactorios. Ese es el éxito demostrado de la conciliación extrajudicial como un mecanismo efectivo de solución de conflictos.

Por esta razón, la DCMA trabaja constantemente en difundir la conciliación, promoviendo la asistencia de las partes a la audiencia respectiva.

Acuerdos y acta de conciliación

El acuerdo conciliatorio es producto de la integración de las partes en un proyecto conjun-

to de solución, en la que cada parte hace concesiones entendidas como aportes y no como pérdidas, sobre la base de sus posibilidades reales de acción luego de aprender a escucharse.

Es muy difícil que un acuerdo de esta naturaleza no se cumpla. No obstante, se dan incumplimientos, o por circunstancias externas a las partes o simplemente por voluntad negativa resistente a cumplir lo previamente pactado.

Frente a los casos de incumplimiento de acuerdo contenido en las actas de conciliación, la ley de la materia prevé la posibilidad de acudir al Poder Judicial para que un juez obligue a la parte que incumple a honrar su compromiso, mediante una orden directa que se consigue con un trámite rápido denominado Proceso Único de Ejecución, que es el mismo que se utiliza ante el incumplimiento de una sentencia judicial definitiva, firme o consentida.

En el Código Procesal Civil (CPC), modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 de junio de 2008, se enuncia: “Artículo 688.- Títulos ejecutivos. Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: i). Las resoluciones judiciales firmes; ii) Los laudos arbitrales firmes; iii) Las actas de conciliación de acuerdo a ley(…)”

Por su parte, la Ley N° 26872, Ley de conciliación extrajudicial, modificada por el Decreto Legislativo N° 1070, publicado también el 28 de junio de 2008, dispone: “Artículo 18.- Mérito y ejecución del acta de conciliación. El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Estrictamente hablando, a partir de la reforma legislativa de 2008, ya no se regulan en el Perú los títulos de ejecución, llamados ejecutorios en otros países, habiéndose incluido a los que eran calificados así dentro de los títulos ejecutivos, consolidándose ambos tipos en esta categoría, que es la única que se maneja actualmente. ▀



CARLOS CASTILLO RAFAEL

Coordinador administrativo del Centro de Arbitraje Arbitra Perú, y coordinador del Programa de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En nuestro país, el 28 de junio de 2008 se publicó la actual Ley de Arbitraje. Se trata del Decreto Legislativo N° 1071, cuya redacción recibió la influencia de la Ley Modelo Uncitral de 2006, así como los aportes de legislaciones arbitrales, como las de España, Inglaterra, Suiza, Estados Unidos de América, entre otros. Pero lo a menudo ignorado es el denominado “arbitraje popular”. El decreto en mención, en su primera disposición final, prescribe: “Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores...”. El arbitraje popular tiene por finalidad solucionar los conflictos de los emprendedores, empresarios, profesionales y público en general, necesitados de una forma eficaz, rápida y, sobre todo, accesible a su economía, y cuyos conflictos son de baja cuantía, es decir, no sobrepasan las 20 UIT (unidad impositiva tributaria), que a la fecha ascienden a la suma de 76,000 nuevos soles. Este arbitraje en la legislación comparada se conoce como Arbitraje de Baja Cuantía o Arbitraje ABC, como lo llaman, por ejemplo, en México.

Centro arbitra Perú

En un paso más atrevido, mediante Resolución Ministerial N° 639-2008-JUS, que aprueba su estatuto y reglamento, se constituyó el Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú, ante el cual se tramitan diversos arbitrajes de baja cuantía. Este centro de arbitraje, perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, viene a ser a la fecha el único centro “oficial” avocado al Arbitraje ABC. Lo de “oficial” alude a que es una institución arbitral expresamente constituida, según sus normas internas, para administrar conflictos arbitrables de baja cuantía.

Las controversias que se someten ante el Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú son, por lo general: incumplimiento de contratos, indemnizaciones, pagos de deudas, cobro de alquileres devengados, desalojos, etcétera. También se brinda asesoría gratuita a los usuarios sobre el sistema de arbitraje institucional o el arbitraje *ad hoc*. Se absuelven consultas relacionadas con la designación de árbitros, las actuaciones arbitrales, su tramitación, costo y otros temas de interés para los usuarios del servicio.

Por otro lado, los gastos arbitrales son accesibles a la población, tanto en lo que respecta a la tasa administrativa (que cubre los gastos administrativos del arbitraje en su totalidad), como en lo referente a los honorarios del árbitro único o tribunal arbitral colegiado, los cuales son

cancelados por los litigantes en partes iguales. Un aspecto encomiable es que en la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú figuran colegas de reconocida trayectoria y conocimientos acreditados en materia arbitral, quienes siendo árbitros también en diversos arbitrajes de alta cuantía, con honorarios muy deseables, han decidido sumarse a la tarea de institucionalizar el Arbitraje Popular.

Las actuaciones arbitrales

Para iniciar el arbitraje, la persona interesada debe incluir la cláusula arbitral del Centro de Arbitraje Popular Arbitra Perú en su contrato de arrendamiento o en un contrato de compra-venta, por ejemplo. Luego, una vez aparecida la controversia (que un inquilino no pague el alquiler) debe presentar una solicitud dirigida al Centro de Arbitraje. El coordinador administrativo del centro designará al árbitro, quien, con la asistencia de un secretario arbitral, instala el Tribunal Arbitral a fin de conocer la controversia y resolverla. El interesado presenta su demanda, se corre traslado a la otra parte, para que la conteste, y con dicha contestación o sin ella se convoca a una audiencia única. Terminada esa audiencia, el árbitro solicita las conclusiones finales a las partes, a fin de emitir el laudo arbitral, poniendo fin a la controversia. El tiempo de duración es de meses. Y, lo más importante, ese laudo es de cumplimiento obligatorio y definitivo.

Una de las características del arbitraje de baja cuantía son sus plazos y lo simplificado de sus actuaciones arbitrales. Cotejando otras legislaciones, apreciamos que incluso el laudo se pronuncia con lo conocido por el árbitro en la demanda y contestación de la demanda, incluyendo los medios probatorios ofrecidos por cada parte en sus respectivos escritos. En nuestro caso, y tomo como referencia el Reglamento del Centro de Arbitraje Popular de Arbitra Perú, hay una audiencia única de saneamiento, fijación de puntos controvertidos, admisión y actuación de los medios probatorios y alegatos finales. Considero que algunos arbitrajes de baja cuantía podrían funcionar prescindiendo de mayores actuaciones arbitrales y solo con la demanda y contestación de la demanda el árbitro ya tendría formada

EL ARBITRAJE POPULAR BUSCA SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS DE LOS EMPRENDEDORES, EMPRESARIOS, PROFESIONALES Y PÚBLICO EN GENERAL, NECESITADOS DE UNA FORMA EFICAZ, RÁPIDA Y, SOBRE TODO, ACCESIBLE A SU ECONOMÍA...

EFICAZ, RÁPIDO Y ACCESIBLE A LA ECONOMÍA DE TODOS

El arbitraje popular o de baja cuantía





Soluciones a costos adecuados

El Estado peruano crea, a fines del 2008, mediante Decreto Supremo N° 016-2008-JUS, el Programa de Arbitraje Popular, cuyos objetivos pueden resumirse en tres: a) Difundir el arbitraje popular como medio de solución de controversias a costos adecuados, extendiendo su uso a todos los sectores de la sociedad; b) Desarrollar acciones

para fomentar la creación de instituciones arbitrales, públicas o privadas, dedicadas a este tipo de arbitraje; y, c) Ejecutar programas de capacitación para los operadores del arbitraje popular: árbitros y secretarios arbitrales. Desde la implementación del Programa de Arbitraje Popular, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus), a

través de la Coordinación del Arbitraje Popular, ha venido y viene promocionando el uso del arbitraje de baja cuantía. Esto último mediante charlas, seminarios, talleres, conferencias, cursos, incluso, campañas de difusión en coordinación con instituciones públicas y privadas a nivel nacional, sin costo alguno.

suficiente convicción para interpretar y aplicar la norma jurídica vigente al caso concreto. Pero en otros casos, el árbitro necesitaría la realización de una audiencia única. De ahí que me incline por una salida ecléctica: laudar una vez concluida la etapa postulatoria, salvo que el árbitro decida llevar a cabo la audiencia única. Lo que sí me parece una ventaja irrenunciable es que estos tipos de arbitraje debieran ser con árbitro único y de derecho. Más árbitros elevan los costos y eventualmente alargan plazos. El ser árbitro de derecho evita, a mi juicio, dispersión en el análisis de casos que por lo general son de puro derecho. También la audiencia de instalación podría dejarse de lado, ya que el árbitro, desde su nombramiento, asume la conducción del arbitraje, y salvo hubiera reconvención, y, antes recusación, se avoca al conocimiento de la demanda y el contradictorio. Todas estas innovaciones obligan a una necesaria modificatoria de la normativa regulatoria del arbitraje de baja cuantía.

El estado y el arbitraje

Sin duda, una primera interrogante que suscita el Arbitraje Popular es por la razón de la intervención del Estado en un mecanismo alternativo que, por naturaleza, compromete fundamentalmente la participación de la sociedad civil en la administración, por ejemplo, de la institución arbitral. Se pueden, sin embargo, dar varias justificaciones al respecto. Una, no de menor importancia, es que buena parte de las instituciones arbitrales del medio, especialmente las más representativas, se han hecho de un espacio bien ganado en los arbitrajes de alta cuantía, incluso los árbitros nacionales de renombre son referentes indiscutibles en dichos arbitrajes. Pero no ha habido por parte de tales protagonistas del arbitraje nacional la misma atención hacia el arbitraje popular o de baja cuantía.

Y, por otro lado, cuando alguna institución arbitral acepta materias de baja cuantía, dado que en realidad no hay ningún impedimento, menos condición, para que cualquier institución arbitral se ocupe a la vez de arbitrajes de alta y baja cuantía, los costos, sin embargo, desalientan al público al uso del arbitraje como forma de resolución de controversias. La razón es sencilla:

los costos de las mayorías de las instituciones arbitrales superan a menudo la cuantía de la controversia del ciudadano de a pie.

El Estado, en relación con el arbitraje popular, tiene un rol promotor. La coordinación del arbitraje popular brinda orientación para la constitución y funcionamiento de instituciones dedicadas al arbitraje de baja cuantía; elabora y proporciona formularios y reglamentos tipo para la constitución en el ámbito nacional de centros de arbitraje, pertenecientes a instituciones públicas o privadas, que administren y desarrollen el arbitraje popular, entre otras acciones. Pero sería muy importante que las principales instituciones arbitrales del medio, de prestigio indiscutible, hicieran suya esta causa, sin dejar los casos de cuantías altas, por supuesto, y con costos razonables que permitan el acceso de la población emergente. A falta de una cultura bien arraigada en mecanismos alternativos de solución de conflictos, el grueso de la población recela de la justicia arbitral, a pesar de las muchas décadas de vigencia del arbitraje. Una forma de superar ese desencuentro es acercando al gran público el arbitraje, en su presentación de arbitraje de baja cuantía.

Soy un convencido de que el Arbitraje Popular debe y puede hacerse cargo de sí mismo, con la condición, sin duda, de educar a la población, capacitar permanente a los operadores arbitrales, institucionalizar criterios que se conviertan en usos y costumbres del arbitraje ABC, convocar a árbitros con *expertise* en procesos arbitrales o en diversos tópicos relacionados con el arbitraje, y, sobre todo, motivar, atraer y comprometer a las cámaras de comercio, instituciones arbitrales y diversas organizaciones representativas de la sociedad civil a que lideren el arbitraje de baja cuantía en nuestro país.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por medio de la Coordinación del Arbitraje Popular y del Centro de Arbitraje Arbitra Perú, pone a disposición de la ciudadanía este mecanismo de justicia alternativa, rápido, económico y seguro, cumpliendo así con su consigna institucional: justicia para todo los peruanos. Los interesados pueden acercarse a la avenida Vargas Machuca 309-315, Miraflores. Teléfono 255-7673. ▀

MAXIMIZA VALOR DE RECURSOS PÚBLICOS

Contratación estatal y la conciliación

**RAFAEL MEDINA ROSPIGLIOSI**

Abogado y conciliador extrajudicial de la Dirección de Conciliación y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La novísima Ley de Contrataciones del Estado (NLCE Ley N° 30225), publicada el 11 de julio de 2014, y que entrará en vigencia a principios de 2015, mantiene el mismo sistema de solución de controversias en materia de contrataciones del Estado, basado en los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Es decir, establece como medios de solución de controversias en contrataciones del Estado a la conciliación extrajudicial (realizada en los centros de conciliación extrajudiciales), el arbitraje e incorpora a las juntas de resolución de disputas. De esta manera, surgido un conflicto de intereses en materia de contratación estatal, cualquiera de las partes, la entidad pública o el contratista, podrá recurrir a la conciliación extrajudicial o al arbitraje o a las juntas de resolución de disputas, según lo pactado en el contrato, siempre que la controversia no sea: la nulidad de contrato, las prestaciones adicionales, enriquecimiento sin causa o indebido, indemnización o cualquier otra que se derive de prestaciones adicionales, que han sido excluidas expresamente del sistema de solución de controversia en contratación estatal.

La NLCE continúa apostando por la conciliación extrajudicial, pues constituye una poderosa herramienta que maximizará las ganancias de entidades y contratistas. A las entidades públicas le permitirá maximizar el valor de los recursos públicos, porque los conflictos de contratación estatal que distorsionan las inversiones millonarias del Estado se solucionarán en menor tiempo, tres meses aproximadamente, y a un menor costo económico, 500 nuevos soles en relación con el

arbitraje que suele durar un año y cuyo costo económico se triplica; y por el lado de los contratistas, es una garantía y seguridad para los inversionistas nacionales y extranjeros porque ofrece a las mismas partes del conflicto la posibilidad de solucionar sus controversias por sí mismos, con la ayuda de terceros imparciales, disminuyendo así las posibilidades de fraudes.

Entidades y contratistas

La conciliación en materia de contrataciones del Estado es un medio de solución de conflictos que permite a las entidades y contratistas poner fin a sus conflictos, con la ayuda del conciliador. Es un tipo de conciliación que posee rasgos característicos propios y disímiles a la conciliación civil o familiar, ya que aplica normas de contratación estatal, posee sus propias materias conciliables, también las no conciliables, y por el principio de transparencia las actas de acuerdo total o parcial expedidas por el centro de conciliación extrajudicial se deben publicar en el Seace.

La conciliación en las compras públicas se realiza ante un centro de conciliación extrajudicial, debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en que una de las partes es una entidad del Estado del gobierno central, regional, local o un organismo constitucionalmente autónomo, y la otra parte es un contratista, respecto de materias controvertidas que se encuentran taxativamente establecidas en la normatividad de contrataciones del Estado y que se producen en la fase de ejecución contractual, en los procedimientos de selección referidos a contrataciones del Estado.

Materias conciliables

Al igual que la anterior norma, la NLCE establece expresamente las materias conciliables en contrataciones del Estado, es decir, las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las entidades y contratistas referidos a contrataciones del Estado. Son aquellas materias susceptibles de someterse a un procedimiento conciliatorio ante un centro de conciliación extrajudicial, a efectos de solucionarse por la vía del diálo-



La proconciliación

La NLCE ha incorporado dos innovaciones importantes y revolucionarias que cambiarán radicalmente la historia de la conciliación en materia de contratación estatal, al promover exponencialmente la utilización de la conciliación en las compras estatales en beneficio de las entidades y contratistas. En principio, tenemos que a diferencia de la LCE, que prioriza las formalidades no esenciales, hecho que a la fecha origina que se frustren miles de obras, servicios y bienes, deteniéndose el desarrollo del Perú, la NLCE, con buen criterio, se basa en un enfoque por resultados, cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad por encima de las formalidades, con lo cual se incentiva el uso de la conciliación como

medio de solución de conflictos, pues permitirá a las entidades cumplir con sus metas, o sea, con obras, obtener servicios y los bienes que necesita en menor tiempo, entre dos a tres meses, y a un menor costo económico. Segundo, la NLCE incorpora los denominados criterios objetivos para conciliar, regla de oro, en pro de la conciliación, que promoverá el crecimiento más rápido del uso de la conciliación en materia de contratación estatal. Así, la nueva LCE establece que el RLCE implantará parámetros objetivos, dentro de los cuales las entidades del Estado podrán llegar a un acuerdo con los contratistas ante un centro de conciliación, lo que sincerará el mercado de solución de conflictos en contratación

estatal, en beneficio de la conciliación, ya que la conciliación es mucho más beneficiosa por razón, tiempo y economía en relación con el arbitraje, por las razones antes expuestas. Se podría establecer como criterios que cuando las entidades reciban una invitación a conciliar las áreas legal, financiera y de ingeniería de dicha entidad emitirán opiniones respecto del costo y beneficio de llegar a un acuerdo con el contratista y, sobre la base de dichos instrumentos, las entidades negocien directamente con los contratistas hasta alcanzar un acuerdo que beneficie a ambos. También se podría establecer que las partes pueden contratar a un perito para que aclare su controversia y, en función a ello, negocien directamente.

go y la negociación entre las entidades y los contratistas. Así, son materias conciliables: la resolución de contrato, ampliación del plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación de contrato, pagos que la entidad deba efectuar al contratista, vicios ocultos en bienes, servicio y obras, otros sobre ejecución, interpretación, ineficacia e invalidez del contrato.

Plazo de caducidad

El horizonte temporal, en que las controversias en materia de contratación estatal son susceptibles de conciliación ante un centro de conciliación extrajudicial, se inicia, por regla general, desde la firma del contrato de contratación estatal hasta antes de que se produzca el pago final y en los casos específicos, referidos a la resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, el plazo se amplía a 30 días hábiles.

Así, tenemos: 1) Por regla general, el plazo de caducidad va hasta antes de que se produzca el pago final; 2) Para los casos específicos, referidos a la resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, el plazo será de 30 días hábiles; 3) Para las controversias que se susciten

Exclusiones

A diferencia de la anterior norma, la novísima LCE establece expresamente las materias que no son conciliables en el ámbito de las compras públicas, es decir, señala las materias que han sido excluidas del sistema conciliatorio en conflictos de contrataciones del Estado. Y respecto de tales materias, no puede iniciarse un procedimiento conciliatorio ante un centro

de conciliación, menos aún, no se puede llegar a un acuerdo total o parcial y de iniciarse deberá cerrarse con un informe, como lo establece la Directiva N° 001-20013-JUS. Así, son materias no conciliables: nulidad de contrato, las prestaciones adicionales, enriquecimiento sin causa o indebido, indemnización o cualquier otra que se derive de prestaciones adicionales.

LA NLCE CONTINÚA APOSTANDO POR LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, PUES CONSTITUYE UNA PODEROSA HERRAMIENTA QUE MAXIMIZARÁ EL VALOR DE LOS RECURSOS PÚBLICOS.

con posterioridad al pago final (vicios ocultos) el plazo será de 30 días hábiles, conforme lo regule el reglamento.

De esta manera, vencido el plazo, al que hemos hecho referencia líneas arriba, la entidad o el contratista no podrá llegar a un acuerdo total o parcial ante un centro de conciliación, porque se extinguió el derecho material y la acción correspondiente, es decir, el derecho está muerto, por lo que debe tenerse por consentida la resolución que se pretende impugnar.

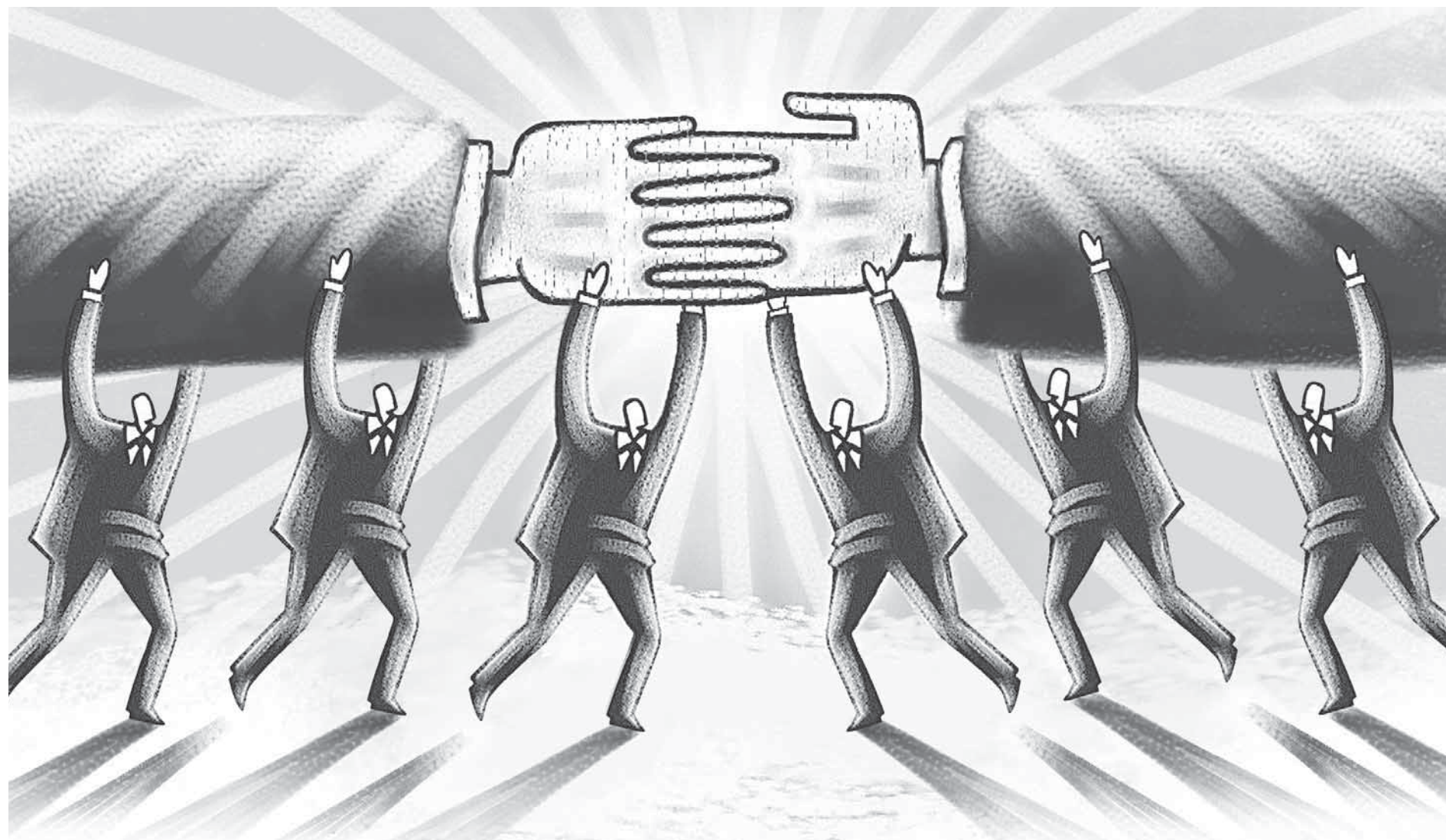
De la no obligatoriedad

La NLCE conserva el mismo esquema de so-

lución de controversias en la fase de ejecución contractual, pues la conciliación extrajudicial resulta ser facultativa, es decir, no es obligatorio iniciar un procedimiento conciliatorio ante un centro de conciliación extrajudicial, antes de iniciar un proceso arbitral, como el caso de conflictos civiles, a menos que las mismas partes lo hayan pactado en el contrato, lo cual es poco probable. Se establece también que las controversias en la fase de ejecución contractual se resuelven, mediante conciliación o arbitraje o juntas de resolución de disputas, según el acuerdo de las partes. De esta manera, si las partes optaron por la conciliación, ante el surgimiento de un conflicto entre la entidad y el contratista, cualquiera de ellos estará habilitado para iniciar un procedimiento conciliatorio ante un centro de conciliación extrajudicial debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Tiene competencia para iniciar un procedimiento conciliatorio en materia de contratación estatal el centro de conciliación del domicilio de la parte invitada.

La solicitud de conciliación, y sobre todo el acuerdo conciliatorio, se regirá por lo establecido por la Constitución Política del Perú, la NLCE y su reglamento, aplicándose supletoriamente la leyes de la materia, como la Ley de Conciliación Extrajudicial y su reglamento.■



CONCEPTO, REGLAS Y TÉCNICAS DETERMINANTES

¿Qué se puede arbitrar en el Perú?



CARLOS A. FONSECA SARMIENTO

Abogado. Miembro del Comité de Arbitraje de la International Bar Association. Socio de Varela & Fonseca Abogados.

La arbitrabilidad objetiva es un concepto que busca responder a la pregunta de cuáles son las materias arbitrables conforme a un ordenamiento jurídico determinado. Generalmente, las leyes utilizan una o más de estas técnicas: indicar expresamente las materias que forzosamente debe ser arbitradas (arbitraje obligatorio), las materias que no pueden ser arbitradas (arbitraje prohibido), o las materias que pueden ser arbitradas (arbitraje voluntario).

Nuestra actual ley (Decreto Legislativo N°1071), en su artículo 2.1 del Decreto Legislativo N°1071, opta por lo siguiente: “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Como puede advertirse recoge tres categorías: las materias de libre disposición, las materias expresamente autorizadas por ley y las materias expresamente autorizadas por tratados. Se entiende que los dos últimos tipos de asuntos arbitrables deben, como regla general, constituir materias que no son de libre disposición, pero que por mandato de la ley o del tratado se permiten. Por ejemplo, en virtud de un tratado bilateral de inversiones entre Francia y Perú, un inversionista francés podría recurrir a un arbitraje bajo las reglas del CIADI para reclamar la expropiación de su negocio. Este sería un asunto arbitrable porque así lo permite un tratado y no porque constituya una materia de libre disposición. Lo mismo ocurre con aquellas leyes que dispongan el arbitraje obligatorio para determinadas materias, el caso más emblemático, las contrataciones con entidades estatales.

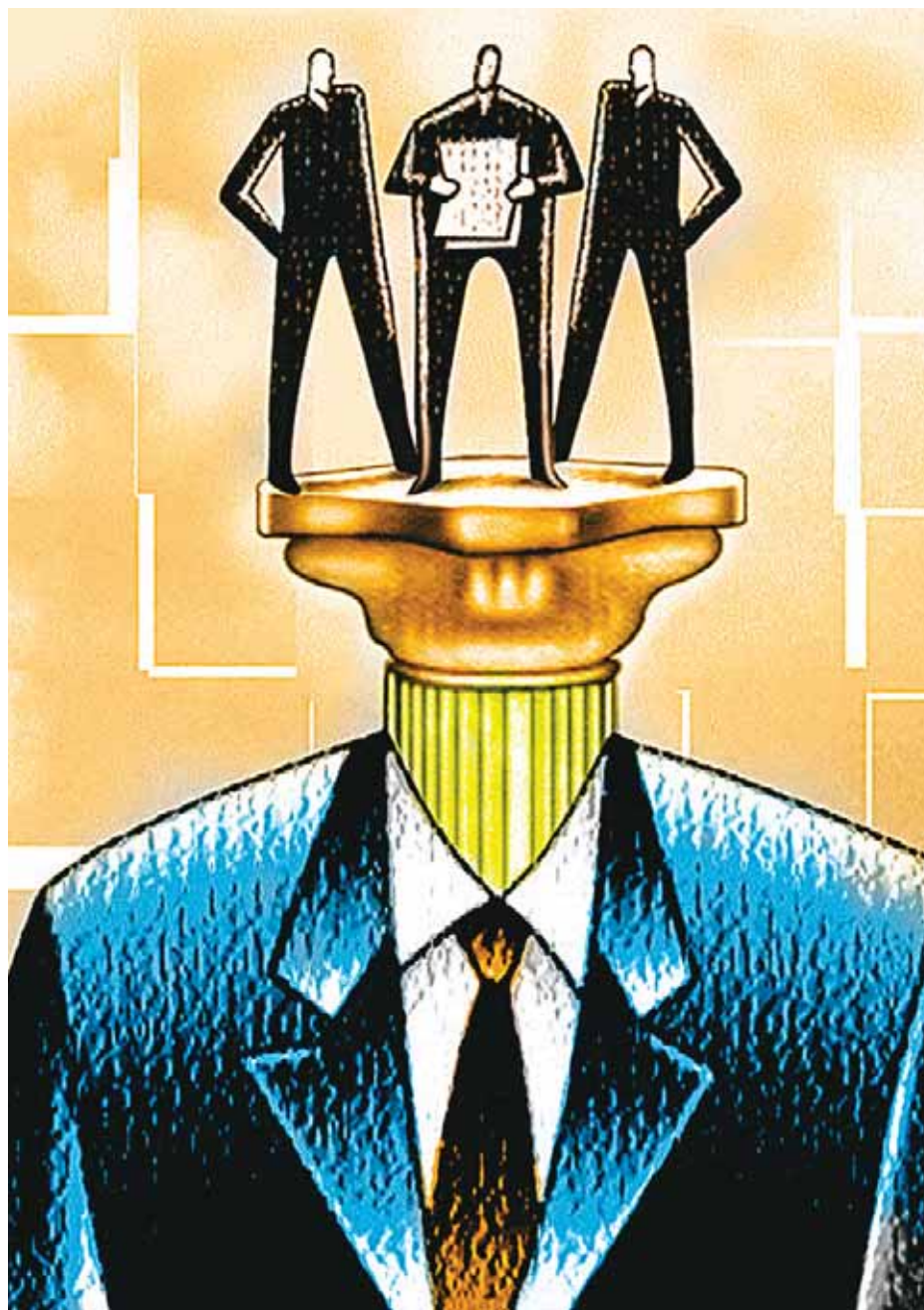
Es en la primera categoría donde surgen las dudas. A la frase “libre disposición conforme a derecho” no le corresponde en nuestro ordenamiento jurídico una definición exacta y precisa. Es un concepto jurídico indeterminado. La cantidad de situaciones que pueden

Una misma visión

La ley peruana es progresista y pretende promover el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Pero, para que ello ocurra exitosamente los árbitros y los jueces tienen que compartir la misma visión, claro está, cada uno desde su posición en el sistema. Si los jueces adoptan una interpretación extensiva del orden público podrían entusiasmar a la parte perdedora a encontrar alguna excusa para invocar su afectación como causa para anular o desconocer el laudo. Solo en aquellos

casos en que un tribunal arbitral se pronunció sobre un asunto que no constituía un derecho renunciante, susceptible de transacción o de libre disposición; por ejemplo, la comisión de un delito o la determinación de la nacionalidad de una persona, el arbitraje no debería ser eficaz. Como usualmente se cita en las conferencias internacionales de arbitraje, un juez solo debería declarar que se afecta al orden público y la materia no es arbitrable si la ilicitud notoriamente salta a la vista al punto de “quemarle los ojos”.

calificar dentro de este concepto ofrece una ventaja –porque al ser flexible puede promover el arbitraje–, pero también un riesgo –porque al constituir un requisito para la eficacia del convenio arbitral, su utilización inapropiada podría afectar la competencia del árbitro y al propio arbitraje–. No es un concepto estático. Hay dos sujetos que serán protagonistas en la tarea de darle sustancia y contenido. En primer lugar, el árbitro, a quien, bajo el “principio de la competencia sobre su competencia”, le corresponde decidir si la materia es de libre disposición –y, en consecuencia, arbitrable–. Y, en segundo lugar, a la sala civil, quien por intermedio de sus



sentencias sobre anulación o reconocimiento de laudos irá ratificando o corrigiendo los criterios adoptados por los árbitros. Entonces, será la casuística la que responda qué es y no es de libre disposición.

La posición adoptada por la ley peruana está en la corriente expansiva del arbitraje y se fundamenta en el derecho a la libertad reconocido en el artículo 2, numeral 24 de nuestra Constitución que reconoce que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Asimismo, en el artículo 62 constitucional, el cual reconoce que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden

pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, declarándose además expresamente que los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial.

Existen dos reglas que tanto las partes al celebrar un convenio arbitral o los árbitros y jueces que participan en el arbitraje o en su control judicial deben tener en cuenta. En primer lugar, verificar que la materia no esté prohibida por una ley concreta, por ejemplo, la aprobación de un adicional de obra en los contratos con el Estado. Y, en segundo lugar, que la materia no perturbe el concepto de orden público. ■