

¿Conciliar o Arbitrar?

Análisis del costo-beneficio en las entidades públicas en el Perú

Luis Enrique Ames Peralta*
(Perú)

Introducción [\[arriba\]](#)

En el caso de las contrataciones que realiza el Estado (Perú) reguladas por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado Peruano (en adelante LCE), se tiene que los mecanismos de solución de controversias son la conciliación, el arbitraje y las Juntas de Resolución de Disputas; pero en el presente artículo no ahondare sobre este último.

De los centenares de miles de procesos de selección que convocan las Entidades públicas en el marco de la LCE, un porcentaje muy elevado termina en una controversia que en generalidad es llevada a un arbitraje para su solución.

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias resulta a todas luces mas eficiente que el órgano jurisdiccional por sus diversas ventajas frente a la jurisdiccional ordinaria.

No obstante, en los últimos años en centenares de procesos arbitrales el Estado Peruano ha perdido y ha sido condenado a pagar ingentes sumas de dinero a favor de los contratistas.

Así, por ejemplo, tenemos que se ha observado el incremento del número de arbitrajes en los que el Estado interviene como parte, registrándose un total de 1,419 casos en los últimos 5 años, en 125 procuradurías a nivel nacional, periodo de tiempo, en el cual, se ha verificado que el Estado ha sido condenado al pago de un total de S/ 507,324,049.72 soles[1].

Si bien, no es un aspecto actual que el Estado Peruano pierde procesos arbitrales y es condenado a pagar sumas importantes de dinero a favor de los contratistas, y tampoco es algo novedoso tratar de conocer las razones del escenario antes comentado, si es reciente que se ha tratado de hacer mas eficiente el accionar del Estado frente a una controversia, ya sea analizándola a fin de no ir a un arbitraje o generando una mejor defensa a través de una procuraduría especializada.

Solución de controversias en contratación del Estado [\[arriba\]](#)

El numeral 45.1 del art. 45° [2] de la LCE establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Si bien la redacción del artículo antes mencionado nos lleva a interpretar que recurrir a cualquiera de estos mecanismos de solución de controversias es independiente y no necesariamente se tiene que recurrir de forma previa a la conciliación para luego poder ir a arbitraje, siempre se ha observado en las Entidades públicas su desinterés en tratar de conciliar y buscar una solución a la controversia a fin de evitar el arbitraje, que implica un tiempo dilatado y mayores costos.

Pese a la experiencia del Estado en procesos arbitrales y la condena a pagar importantes sumas de dinero a los contratistas las Entidades han preferido recurrir al arbitraje para solucionar las controversias que surgían en los contratos en el marco de la LCE.

En variadas ocasiones se ha tenido que las Entidades han optado por recurrir a un proceso arbitral, por el hecho de evitar que se involucre quizás inmerecidamente a los funcionarios o servidores que participaron y optaron por conciliar una controversia, ello ante una denuncia penal por supuesta comisión del delito de colusión o ante una determinación de supuesta responsabilidad administrativa establecida por el Órgano de Control Institucional.

Así, la conciliación se veía como una situación que llevaba a denuncias penales o acciones administrativas a quienes habían solucionado una controversia a través de este mecanismo.

Con lo cual, quedo un mensaje de que era mejor recurrir a un proceso arbitral para evitar la denuncia penal y la responsabilidad administrativa.

Podemos señalar que este mensaje inadecuado generó que muchas controversias que podían ser resueltas de forma rápida y temprana sin demandar más gasto al tesoro público finalmente terminarían por sumar más zeros a las condenas previas que ya tenía el Estado.

Motivo de la modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 1341 [\[arriba\]](#)

Lo particular del tema, es que con la LCE antes de enero de 2017, dicha norma no contaba con ninguna disposición que determinara la necesidad de priorizar la solución de la controversia y evitar mayores costos al erario nacional.

El 07 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1341, que introducía modificaciones a la LCE, entre estas, la norma bajo comentario modificó el art. 45° y estableció el numeral 45.5[3] que señalaba taxativamente que habiéndose presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la Entidad debía proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1341[4] señala que se establece como obligación de la Entidad realizar un análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible, luego de que el contratista haya presentado una propuesta de conciliación.

Con esta disposición se busca impedir que las Entidades prosigan con la vía arbitral en aquellos casos en los que, como resultado de la evaluación del costo beneficio, se determine que la posición de la Entidad no será acogida o amparada en dicha vía, evitando así que el Estado incurra en costos innecesarios y se exponga a los riesgos propios de seguir un proceso cuya expectativa de éxito es mínima o inexistente.

Se precisa que constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral si como resultado del análisis costo-beneficio se determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede.

La razón de la incorporación del numeral 45.5 a través del Decreto Legislativo N° 1341, era la de:

- i) Evitar que el Estado incurra en costos innecesarios.
- ii) Evitar la exposición a los riesgos propios de seguir un proceso cuya expectativa de éxito es mínima o inexistente.

Con lo cual, queda demostrado que se debía priorizar la solución de la controversia, optando por una vía rápida y temprana como lo es la conciliación, y en la cual, los costos son ínfimos para las partes.

Esta disposición se mantiene en el numeral 45.12 del artículo 45° [5] de la LCE, la cual, prescribe que durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

De lo expuesto, se advierte que la finalidad de la LCE es que las controversias se solucionen de forma rápida, lo cual, incluso, se corrobora con lo establecido en el numeral 45.13 del art. 45° [6] de la LCE que establece que constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede.

Es conocido que en nuestro país (Perú) no se tiene enraizada una cultura de solución de controversias a través de la conciliación y que siempre se prefiere recurrir a un tercero para que sea este quien finalmente decida sobre la contienda.

En términos de un conflicto entre privados no habría mayor inconveniente en recurrir a un arbitraje, asumir los costos que ello implica y aguantar un proceso medianamente extendido para tener una solución, sin embargo, si lo vemos en el marco de una controversia en donde se tiene en juego fondos públicos que, si nos ponemos en un análisis de su mejor uso, se preferiría evitar que una controversia llegue a un arbitraje si es posible solucionarlo tempranamente sin incurrir en mayores costos.

Desde una óptica particular se ha escuchado decir que el Estado pierde los procesos arbitrales porque el arbitraje no es el mejor medio de solución de controversias,

incluso se ha esbozado que se debería eliminar el arbitraje y que las controversias sean vistas por el órgano jurisdiccional.

¿El Estado pierde por el arbitraje? [\[arriba\]](#)

Es necesario no confundir la institución con los temas realmente objetivos que determinan los resultados de perdedor o ganador en un proceso arbitral en particular.

Es de pleno conocimiento que los contratistas contratan los servicios de estudios de abogados especializados y con mucha experiencia en arbitraje de contrataciones del Estado para que se encarguen de una determinada controversia, mientras que el Estado hace que un grupo determinado de abogados que pertenecen a la Procuraduría Pública que se encarga de defender los intereses de cada institución asuman la defensa en todo tipo de procesos, tales como civiles, laborales, contenciosos administrativos, penales, etc.

Por lo que, desde aquí ya es posible advertir una pequeña pero sustancial diferencia en como el Estado afronta un proceso arbitral en comparación de un contratista.

Ahora, el tema no solo pasa por el hecho de particular de quien asume la defensa de alguna de las partes en un proceso arbitral, lo objetivo parte en realidad en aspectos muy puntuales, como, por ejemplo, la calidad de los expedientes técnicos de obra, o la gestión del proceso de contrataciones.

En ese sentido, la Contraloría General de la República (en adelante CGR) en el Informe denominado "El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 - 2013"[7] (en el adelante el Informe), señaló que los resultados desfavorables no se encuentran en la figura del arbitraje en sí misma sino en la gestión de los procesos de contrataciones, que requiere ser fortalecida.

Concluye que resulta necesario que las entidades involucradas en estas controversias autoevalúen la manera cómo están pactando las contrataciones públicas a fin de adoptar medidas correctivas.

Este informe planteó un conjunto de recomendaciones para reducir los resultados desfavorables en los arbitrajes, "las que deberían ser tomadas en cuenta para evitar las millonarias pérdidas al Estado".

Entre ellas, la necesidad de mejorar la organización interna de los órganos encargados de la contratación pública en todos los niveles de gobierno, con el propósito de minimizar las deficiencias en el proceso de selección para la contratación de sus bienes, servicios u obras; y promover una estrecha coordinación entre las unidades orgánicas involucradas en el seguimiento de la ejecución de los contratos.

De tal forma que en caso la entidad llegue a la vía arbitral no lo haga por problemas y hechos imputables a la propia entidad, como sucede actualmente.

Entre tantas razones objetivas por las que el Estado pierde en procesos arbitrales tenemos que la parte de mayor incidencia se tiene en las controversias que derivan de contratos de obra, y en este aspecto, el expediente técnico es sustancial para la

mayoría de las derrotas que ha tenido el Gobierno en los arbitrajes que iniciaron los contratistas.

Así, por ejemplo, Guerinoni Romero[8] ha señalado que las causas que originan controversias por las que el Estado tiene procesos arbitrales están relacionadas a las siguientes situaciones:

- Errores del área usuaria al formular sus requerimientos, sobre todo los expedientes técnicos para obras que son mal elaborados con especificaciones técnicas equivocadas y programaciones irrealistas.

- Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual.

- Deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección.

- Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades, oficina logística o administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses.

- Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público, que si bien con el Decreto Legislativo N° 1068 se le ha otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo.

- La crisis de valores éticos de todas las partes involucradas, incluidos los árbitros, las partes, los abogados, etc.

Entonces si partimos por ser más objetivos en relación con la evaluación de una controversia veremos que es posible evitar un proceso arbitral cuando se tiene voluntad para reconocer los errores de ambas partes y se priorice la ejecución del contrato.

Por ello, es importante dejar de lado la cultura de conflicto que está arraigada para dar paso a una actitud colaborativa y optar por priorizar la solución de una controversia y evitar un mayor costo que implica no solo el mismo proceso arbitral sino, además, el resultado desfavorable en diversos casos contra el Estado, que evidentemente se llegan a pagar con fondos públicos, que bien pudieron ser dedicados a la atención de proyectos sociales para el beneficio de la población en general.

¿Cuánto está en juego? [\[arriba\]](#)

Las compras públicas, como en el caso de nuestro país reguladas por la LCE, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) comprenden tres funciones principales de Estado: i) de utilidad pública; ii) de carácter administrativo; y, iii) de tipo económico, las cuales conjuntamente buscan satisfacer necesidades sociales mediante el uso eficiente y transparente de los recursos del Estado[9].

A nivel de América Latina y el Caribe, la proporción de compras públicas con relación al Producto Bruto Interno es de 15.52%, la cual es menor a la registrada en la Unión

Europea (21.66%) y Estados Unidos (15.68%), e incluso menor a la media global (17.87%)[10], conforme se puede apreciar a continuación:

CUADRO 1
Participación de las compras públicas en el PIB (2012)
(Porcentaje)

Región	%PIB
Unión Europea	21,66
Mundo	17,87
África Subsahariana	17,82
BRICS	17,59
Oriente Medio y Norte de África	16,59
Estados Unidos	15,68
América Latina y el Caribe	15,52
China	13,71
Asia Pacífico	13,01

Fuente: Elaboración propia con datos del Banco Mundial

Ahora, en nuestro caso la proporción de las adquisiciones del Estado presupuestadas con respecto al PBI real durante los años del 2011 al 2015 fue de 15.98%. Si bien del 2011 al 2012 este ratio se incrementó en 11.5%, del 2013 al 2014 decreció en 0.2 puntos porcentuales, lo cual no es un cambio dramático pero si luego vemos la evolución al año siguiente se observa una caída adicional de 0.3 puntos porcentuales; es decir que esto podría marcar una tendencia decreciente desde el 2013 hasta la fecha, dado que la proporción del 2015 de 16.1 % es incluso menor que el dato del 2012[11], como se puede apreciar en el siguiente cuadro[12]:

PORCENTAJE DEL MONTO ESTIMADO EN PRESUPUESTO (PIM) DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS CON RESPECTO AL PBI					
	2011	2012	2013	2014	2015*
Valor Estimado del Presupuesto (PIM) (en mill de S/.)	S/. 59,547.0	S/. 70,668.5	S/. 75,698.4	S/. 76,551.0	S/. 77,836.7
PBI Real (en mili de S/.)**	S/. 406,256.0	S/. 431,199.0	S/. 456,435.0	S/. 467,181.0	S/. 482,370.0
PBI Nominal (en mill de S/.)**	S/. 473,049.0	S/. 508,131.0	S/. 543,670.0	S/. 570,780.0	S/. 602,527.0
% De las contrataciones respecto al PBI Real	14.7%	16.4%	16.6%	16.4%	16.1%
% De las contrataciones respecto al PBI Nominal	12.6%	13.9%	13.9%	13.4%	12.9%

Fuente: OSCE

** Datos al 14 de noviembre de 2016

En el presente año, por ejemplo, vemos que el Estado ha destinado la suma de S/ 32,571,609,620 soles para la ejecución de obras de construcción de un presupuesto total de S/ 214,413,970,363 soles, lo que significa que no se llega al 16% del presupuesto público del año en curso, como se puede apreciar a continuación:

Transparencia Económica PERU									
Consulta Amigable									
Consulta de Ejecución del Gasto									
jueves, 24 de septiembre del 2020									
Año: 2020 Actividades/Proyectos									
¿Quién gasta?	¿En qué se gasta?		¿Con qué se financian los gastos?		¿Cómo se estructura el gasto?	¿Dónde se gasta?	¿Cuándo se hizo el gasto?		
Nivel de Gobierno	Categoría Presupuestal	Función	Fuente	Rubro	Detalle Sub-Genérica	Departamento	Trimestre	Mes	
TOTAL	177,367,859,707	214,413,970,363	188,535,107,566	142,400,391,776	118,100,686,302	109,759,516,439	107,201,126,748	51.2	
Genérica 8-28 ADQUISICION DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	34,008,136,353	48,910,441,414	34,479,277,806	21,256,888,351	15,815,091,016	12,307,577,100	11,397,316,408	25.2	
Sub-Genérica	PIA	PM	Certificación	Compromiso Anual	Atención de Compromiso Mensual	Devolgado	Grado	Avance %	
1. ADQUISICION DE EDIFICIOS Y ESTRUCTURAS	8,872,886	50,387,066	20,611,028	19,033,299	19,033,299	7,970,063	110,883	15.8	
2. CONSTRUCCION DE EDIFICIOS Y ESTRUCTURAS	20,935,045,918	32,571,609,620	23,991,255,827	14,737,582,469	10,220,794,383	8,225,471,897	7,705,187,996	25.3	
3. ADQUISICION DE VEHICULOS, MAQUINARIAS Y OTROS	2,005,607,556	5,542,841,248	3,728,568,369	1,767,583,495	1,762,186,903	1,121,282,656	1,007,880,631	29.2	
4. ADQUISICION DE OBJETOS DE VALOR		17,500	17,500	17,350	17,350	17,350	17,350	99.1	
5. ADQUISICION DE ACTIVOS NO PRODUCIDOS	599,782,128	670,018,375	521,535,077	465,478,961	287,745,642	285,315,822	168,399,365	42.6	
6. ADQUISICION DE OTROS ACTIVOS FLUOS	792,691,468	456,589,961	331,700,886	287,365,449	257,175,039	110,091,380	106,439,195	24.1	
7. INVERSIONES INTANGIBLES	1,249,397,196	1,565,284,836	1,028,288,365	735,818,488	700,244,020	552,248,884	509,314,821	35.3	
8. OTROS GASTOS DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	8,415,920,190	8,053,712,788	4,857,316,603	3,284,817,838	2,827,894,370	2,005,173,529	1,900,756,048	24.9	

Notas

- Los montos están en Soles.
- La columna Avance % representa la razón del Devolgado entre el PIM, expresado en porcentajes.
- A partir del 2007 se comienza a incluir información de los Gobiernos Locales. Ver más detalles.
- A partir del 2012 el programa cambia de denominación por el de división funcional, y el subprograma por el de grupo funcional.
- La información se actualiza diariamente. Última actualización: 23 de septiembre de 2020.

Sobre la información presentada | Estadísticas de uso

La mayor parte de controversias se presentan en los contratos de obra, siendo que como lo señalo la CGR en el Informe, las principales controversias[13] son:

Cuadro N° 14
Recurrencia de las principales controversias
Periodo 2003-2013

Controversia	Total de veces que fue solicitada	%
Indemnización por daños y perjuicios	915	17
Resolución de contrato	822	15
Ampliación de plazo contractual	658	12
Liquidación de contrato de obra	580	11
Penalidades	353	6
Otras controversias	2 178	40
Total	5 506	100

Fuente: Laudos arbitrales registrados en el portal web del OSCE al 31 de diciembre de 2013
Elaboración: Departamento de Estudios CGR

El informe señalo entre sus recomendaciones que, si el problema es la gestión de las obras y compras, debería fomentarse la conciliación para evitar mayores costos propios del arbitraje (tiempos y costos mayores).

Conciliación [\[arriba\]](#)

La conciliación es el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero denominado conciliador.

El art. 5° [14] de la Ley N° 26872, modificada por el Decreto Legislativo N° 1070 - Ley de Conciliación Peruana (en adelante LC), establece que 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 de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

De acuerdo con el art. 2° [15] de la LC, la conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

Así, la conciliación es un proceso rápido que puede concluir en una o varias sesiones, frente a otros procesos como el arbitral que suele demorar no menos de seis meses y el proceso judicial es, normalmente, mayor a seis meses.

Tal es así, que tenemos que, recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo éste dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación, ello en atención del art. 12° [16] de la LC.

Precisándose que el plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles.

Asimismo, el plazo de la Audiencia Única podrá ser de hasta treinta (30) días calendarios contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes.

Ello en concordancia con lo establecido en el numeral 224.3 del art. 224° [17] del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece que, en el caso de requerirse una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales.

Como se aprecia, los plazos de la conciliación son cortos y permiten obtener una solución a la controversia de forma rápida y temprana.

En ese sentido, la LCE ha recogido a la conciliación como mecanismo de solución de controversias por sus ventajas frente a la jurisdicción ordinaria.

Reestructuración del sistema de Defensa Jurídica del Estado [\[arriba\]](#)

Los mecanismos de solución de controversias en el ámbito privado se ejercen directamente por las partes involucradas, no obstante, cuando interviene el Estado y estamos ante la contratación estatal, estos mecanismos son ejercidos por los procuradores públicos que forman parte del sistema de Defensa Jurídica del Estado Peruano, el cual, se creó por el Decreto Legislativo N° 1068.

No obstante, mediante el Decreto Legislativo N° 1326 (en adelante LRSDJ), se ha reestructurado el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado Peruano y se ha creado la Procuraduría General del Estado Peruano como ente rector, a efectos de mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de la función de los/as procuradores/as públicos en el ámbito nacional, supranacional e internacional, así como fortalecer, unificar y modernizar la Defensa Jurídica del Estado Peruano.

La exposición de motivos de la LRSDJ, indica que uno de los aspectos más interesantes de la propuesta legislativa es el tratamiento de los principios rectores que se deben respetar en el ejercicio de la Defensa Jurídica del Estado, los cuales se constituyen en pilares del desarrollo funcional consagrándose como normas elementales que orientan la actuación de los operadores del Sistema y reflejan en última instancia el sentido de las diversas disposiciones de la propuesta.

Por tanto, los principios rectores se constituyen en directrices que sirven de herramientas para poder elaborar lineamientos sobre los cuales se van a desarrollar

las actividades del Sistema en general y que tienen por objeto orientar, articular e impulsar un proceso de modernización de la gestión pública.

Así tenemos que, dentro de los principios rectores, tenemos el de especialización regulado en el numeral 7 del art. 6° [18] de la LRSDJ, el cual, determina que el Sistema de Defensa Jurídica del Estado Peruano garantiza la especialización de los/as procuradores/as públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor.

Ahora, la LRSDJ creó la Procuraduría General del Estado Peruano, la cual, de conformidad con su art. 9° [19], es un organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con personería jurídica de Derecho Público interno. Cuenta con autonomía funcional, técnica, económica y administrativa para el ejercicio de sus funciones. Es el ente rector del Sistema y constituye Pliego Presupuestal.

Esta Procuraduría tiene como una de sus diversas funciones, la de coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia-costo beneficio- de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte, como se aprecia del numeral 10 del art. 12° [20] de la LRSDJ.

En atención a esta función y al principio de especialización de la LRSDJ, la Procuraduría General debería cumplir con lo señalado en el numeral 45.12 del art. 45° de la LCE y realizar un adecuado análisis -costo beneficio- para llegar a una solución amistosa en las controversias que se generan en la contratación pública.

La no interposición del recurso de anulación [\[arriba\]](#)

Si bien la LRSDJ establece que es función de la Procuraduría General del Estado Peruano es coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia -costo beneficio- de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte, es necesario entender que lo que buscan tanto la norma en mención como la LCE es que se solucione la controversia de forma rápida y temprana.

Por lo que, es importante precisar que el subnumeral 6 del numeral 31.2 del art. 31° [21] del Decreto Supremo N° 018-2019-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado Peruano y crea la Procuraduría General del Estado Peruano (en adelante RLRSDJ), que establece que constituye falta a la idoneidad en la defensa jurídica cuando un procurador no presenta recursos impugnatorios en un proceso arbitral dejando consentir de manera injustificada un laudo arbitral u otra resolución que ponga fin al proceso, esta disposición debe leerse e interpretarse con los numerales 45.23 y 45.24 del art. 45° [22] de la LCE, que prescriben que los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrir en responsabilidad, ello debido a que para que un procurador pueda iniciar la acción judicial de anulación de Laudo debe realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación, esto es, el defensor del Estado debe tener en cuenta que la finalidad de las normas bajo comentario es que se evite que el erario nacional asuma mayores costos que no se tendrían que dar por una acción sin mayor sustento.

Con lo cual, queda claro que la primera responsabilidad del procurador público que ya llevo una controversia a arbitraje y ha perdido el proceso, es no generar mayores costos al Estado, por lo que, debe realizar un segundo análisis sobre la procedencia del recurso de anulación.

Por ende, si en base a dicho análisis se determina que el recurso de anulación no tendría éxito de ser amparado no debería presentarse este recurso y consecuentemente, el procurador público no incurre en responsabilidad funcional porque su acción, contrariamente a lo que pareciera, ha generado que el Estado no siga siendo perjudicado con asumir mayores costos por acumulación de intereses sobre el monto de la condena establecido en el laudo arbitral.

Además, que la actuación del procurador público al no interponer el recurso de anulación cumple con la finalidad de las normas que son objeto de comentario, por lo que, pese a que, luego se inicien acciones penales o administrativas en su contra, estas deberían ser evaluadas en el marco de la LRSJ y de la LCE.

La procuraduría especializada en arbitraje [\[arriba\]](#)

Ahora, otra novedad que ha traído el RLRSDJ, es la creación de la procuraduría especializada en arbitraje (en adelante PEA) conforme se tiene del numeral 50.1 del art. 50° [23] del RLRSDJ.

La exposición de motivos de dicha norma señala que en atención a lo preceptuado en el Decreto Legislativo N° 1326 respecto al principio rector de especialización, sobre el particular la norma refiere que el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado garantiza la especialización de los procuradores públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor, es así que en el marco de la clasificación de las distintas procuradurías públicas que ejercen la defensa del Estado, se erigen las procuradurías públicas especializadas, las cuales tienen a su cargo la facultad de defender jurídicamente al Estado de forma transversal y de manera exclusiva, salvaguardando sus intereses y con competencia a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria, estas competencias nunca se superponen o impactan con las competencias de otras oficinas que ejercen la defensa de los intereses del Estado, por cuanto su actuación en este tipo de casos es exclusiva[24].

La referida exposición de motivos abunda en señalar que se tiene que según lo establece el nuevo marco normativo, las procuradurías públicas que conforman el Sistema, son aquellas que se denominan, nacionales, regionales, locales, especializadas y ad hoc, en ese contexto, cada una actúa en el ámbito de sus competencias, siendo que a las tres primeras les corresponde la defensa única y exclusiva de la entidad donde ejercen su función propiamente dicha, las especializadas tienen un nivel de actuación, como ya se dijo transversal y en defensa básicamente de los intereses del Estado en general, finalmente las ad hoc tiene una competencia diseñada para un caso único y con particularidades que hace, que su nivel de actuación sea plenamente diferenciado de las demás[25].

Ahora, la exposición de motivos sostiene que la necesidad de la creación de la PEA se da porque en los arbitrajes en los que interviene el Estado Peruano, en función a los montos que se discuten son considerables y en tanto se ejerza una inadecuada defensa, terminan siendo pagados por el Estado a favor de las empresas contratistas,

actualmente dicha problemática se constituye en la carga procesal más pesada que tienen a cargo los procuradores públicos, situación que se origina, no por la cantidad de casos que existen, sino precisamente por los elevados montos que se discuten[26].

El Estado es consciente de que los procuradores públicos que defienden sus intereses en estos arbitrajes, no todos cuentan necesariamente con la suficiente o adecuada especialización, capacitación o experiencia en dichos procesos, así como tampoco cuentan con herramientas legales y técnicas (particularmente, en el caso de los gobiernos regionales y locales, donde se discuten los mayores montos, por tratarse de arbitrajes referidos a obras públicas multimillonarias), que les permitan enfrentarse en igualdad de armas y equidad de condiciones, con los estudios de abogados particulares que patrocinan a las empresas contratistas, las que incluso a veces son extranjeras, dicha situación y la posibilidad que, en atención a las sumas que se manejan en un proceso arbitral, tal como se ha visto recientemente, se puedan presentar atisbos de parcialidad y favorecimiento de los árbitros, suma como un factor negativo a los antes mencionados.

En base a lo anteriormente señalado, se crea la PEA en el RLRSDJ, para que ejerza la defensa jurídica de los intereses del Estado, en los arbitrajes de toda índole en donde participe alguna entidad pública de cualquier nivel de gobierno.

No obstante, esta procuraduría solo intervendría, de conformidad con lo establecido en el numeral 50.3 del art. 50° [27] del RLRSDJ cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando la pretensión o el monto total de contrato materia de controversia supera las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias, o,
- Ante el pedido expreso de un/a procurador/a público/a; en este último caso, no se considera la cuantía, si el pedido manifiesta una causa que justifique el traslado.

La exposición de motivos señala que la PEA participará en aquellos arbitrajes originados por controversias surgidas en materia de inversión pública o que se inicien en el seno del Sistema Administrativo de Inversión Pública, exceptuando del nivel de su actuación aquellos arbitrajes que se originen por cuestiones laborales.

Asimismo, la PEA tendría a su cargo los arbitrajes con ciertas características pues de ninguna manera se busca saturar a las oficinas que ejercen la defensa del Estado, sino asegurar, como ya se dijo, la especialidad y que subsista la experiencia del conocimiento[28].

Transferencia de procesos a la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes [\[arriba\]](#)

En el marco de la intervención de la PEA se aprecia que la Séptima Disposición Complementaria Transitoria[29] del RLRSDJ establece que las entidades públicas que no cuenten con un órgano de defensa jurídica del Estado Peruano hacen de conocimiento de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, los emplazamientos que hayan recibido y que tengan como propósito iniciar un proceso arbitral, o los actuados correspondientes a efectos de evaluar la interposición de una demanda de anulación de laudo arbitral.

Esta disposición responde a que de las 196 municipalidades provinciales, 1,678 municipalidades distritales y otras 2,658 de centros poblados muchas de estas no cuentan con un procurador público permanente que se encargue de la defensa de los intereses de dichas entidades, por lo que, es necesario que intervenga la PEA.

Necesidad de realizar un adecuado análisis costo beneficio [\[arriba\]](#)

En este marco de ideas, el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia establecido como obligación legal en el numeral 45.12 del art. 45° de la LCE, cobra fundamental importancia y trascendencia, toda vez que este análisis debe evaluar el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

El Estado a través de sus dependencias tiene conocimiento de que algunos conceptos que son controversias frecuentes tienen mayor éxito en un proceso arbitral, es decir, se tiene cierta predictibilidad al evaluar la procedencia de una pretensión en un proceso arbitral y pese a ello, algunas Entidades han preferido recurrir al arbitraje, en el cual, finalmente se obtuvo un resultado negativo a los intereses públicos.

Evidentemente, han existido muchos casos en los cuales, el Estado ha sido un vencedor completo en la solución de la controversia, pero estos casos son en porcentaje menor a aquellos en los que el Estado en sus tres estamentos debe pagar por el costo del proceso, por perderlo y por no poder destinar mayores recursos a paliar situaciones de verdadero apremio.

Entonces, si el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, tuviera la mayor atención e importancia de una Entidad pública, no solo evitaríamos un innecesario proceso arbitral con sus respectivos costos, sino que, en esencia, nos permitiría hacer un uso más eficiente de los fondos públicos para aspectos de mayor trascendencia e impacto social en la población.

De ello, resulta vital que las Entidades analicen y evalúen proseguir con el conflicto o ganar doble, al evitar un mayor costo y poder atender necesidades urgentes de la población.

Pertinencia de recurrir a especialistas para realizar el análisis costo beneficio [\[arriba\]](#)

Dada la importancia y trascendencia del análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia establecido como obligación legal en el numeral 45.12 del art. 45° de la LCE, sería pertinente y necesario que las Entidades recurran a expertos independientes para que elaboren informes legales a fin de determinar la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Para ello, las Entidades pueden optar por contratar a profesionales que tengan experiencia como Árbitros y que sean conocedores de la materia objeto de la controversia que será puesta a evaluación a fin de emitir una posición en relación al éxito de llevar la controversia a un arbitraje y que en todo caso, postule una propuesta de solución para que el conflicto se resuelva de forma rápida y temprana a efecto de evitar que el erario se perjudique con asumir mayores costos.

Conclusión [\[arriba\]](#)

Cumplir de forma adecuada con el numeral 45.12 del art. 45° de la LCE, esto es priorizar la solución de la controversia y evitar el arbitraje, entender que lo mejor para un uso adecuado y eficiente de los fondos públicos es obtener soluciones rápidas y tempranas que no solo permitan resolver los conflictos, sino que además, traigan como consecuencia que los contratos terminen finalmente culminándose y que por ejemplo, en el caso de obras no se tengan construcciones a medio terminar o paralizadas hasta que se emita un laudo arbitral o se estén resolviendo los contratos y se impida con ello que la población se beneficie de estas importantes contrataciones que tiene por finalidad una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Notas [\[arriba\]](#)

** Abogado, Mediador, Adjudicador, Árbitro del RNA-OSCE y de diversas instituciones arbitrales, The Society of Construction Law Member. Miembro del Singapore Institute of Arbitrators - MSIArb, Asociado del Chartered Institute of Arbitrators - ACIArb, del Club Español del Arbitraje - CEA y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción - ALDEC. Ex Secretario Técnico de ARBITRA PERÚ. Ex Coordinador en el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, Ex Integrante del Sistema de Coordinación y Respuesta de Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI), Especialista en ADR, Arbitraje, Junta de Resolución de Disputas, Derecho Administrativos y Construcción, por las Universidades: Pontificia Universidad Católica de Paraná - Brasil, Universidad San Pablo - España (CEU Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación - CIAMEN y el Chartered Institute of Arbitrators - CIArb), Consejo General de la Abogacía Española, International Chamber of Commerce - ICC Spain, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid - CIAM, Universidad Austral - Argentina, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Pacífico, Universidad ESAN y PUCP.*

[1] Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia N° 020-2020, páginas 1 y 2.

[2] Art. 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

[3] Art. 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (...)

45.5 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto.

Presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la Entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y

recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede.

[4] Página 22.

[5] Art. 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (...)

45.12 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces.

[6] Art. 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (...)

45.13 Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede. El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar.

[7] Ver: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

[8] Guerinoni Romero, Mariella. Arbitraje, Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012, Volumen 28, Estudio Mario Castillo Freyre. Lima. 2014.

[9] "Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados", Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Abril 2006. Ver: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4407-compras-publicas-acuerdos-regionales-america-latina-paises-desarrollados>

[10] Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe. SELA. 2014. Ver: https://www.academia.edu/36685863/Las_compras_publicas_como_herramienta_de_desarrollo_en_America_Latina_y_el_Caribe_Relaciones_Intrarregionales

[11] Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341, página 27.

[12] Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341, página 28.

[13] Página 89 del Informe.

[14] Art. 5.- 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.

[15] Art. 2.- Principios

La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

[16] Art. 12.- Procedimiento y plazos para la convocatoria

Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo éste dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.

El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días

hábiles.

De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia notificando en el acto a la parte asistente, respetando los plazos señalados en el párrafo anterior.

[17] Art. 224. Conciliación

(...)

224.3. De ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos señalados la Entidad no presenta la Resolución Autoritativa ante el Centro de Conciliación, se entiende que no existe acuerdo y se concluye el procedimiento conciliatorio.

[18] Art. 6.- Principios rectores

La defensa jurídica del Estado se rige por los siguientes principios rectores:

(...)

7. Especialización: El Sistema garantiza la especialización de los/as procuradores/as públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor.

[19] Art. 9.- Creación de la Procuraduría General del Estado

Créase la Procuraduría General del Estado como organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con personería jurídica de Derecho Público interno. Cuenta con autonomía funcional, técnica, económica y administrativa para el ejercicio de sus funciones. Es el ente rector del Sistema y constituye Pliego Presupuestal.

[20] Art. 12.- Funciones de la Procuraduría General del Estado

La Procuraduría General del Estado tiene las siguientes funciones:

(...)

10. Coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia -costo beneficio- de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte.

[21] Art. 31.- Actos de inconducta funcional

(...)

31.2. Constituyen faltas a la idoneidad en la defensa jurídica:

(...)

6. No presentar recursos impugnatorios en los procesos o procedimientos en los que interviene, dejando consentir de manera injustificada una resolución judicial, disposición fiscal, laudo arbitral u otra resolución que ponga fin al proceso, procedimiento o a la investigación y que perjudique los intereses del Estado.

[22] Art. 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

(...)

45.23 Las entidades solo pueden iniciar la acción judicial de anulación de Laudo previa autorización del Titular de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable. Para tal efecto, se realiza el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación. Constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida.

45.24 Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrir en responsabilidad.

[23] Art. 50.- Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes

50.1. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado en toda clase de procesos arbitrales,

especialmente en aquellos originados por controversias surgidas en los contratos suscritos en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Se exceptúa su intervención en arbitrajes de índole laboral. Inicia las acciones judiciales pertinentes, a fin de obtener la anulación del laudo arbitral, de ser el caso.

[24] Página 9.

[25] Página 9.

[26] Página 9.

[27] Art. 50.- Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes

(...)

50.3. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes asume competencia en calidad de sujeto activo o pasivo en el proceso arbitral, interviene cuando la pretensión o el monto total de contrato materia de controversia supera las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias, o ante el pedido expreso de un/a procurador/a público/a; en este último caso, no se considera la cuantía, si el pedido manifiesta una causa que justifique el traslado.

[28] Página 10 de la exposición de motivos del RLRSDJ.

[29] Disposiciones Complementarias Transitorias

(...)

Séptima.- Transferencia de procesos a la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes

Las procuradurías públicas o las entidades públicas que no cuenten con un órgano de defensa jurídica del Estado, hacen de conocimiento de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, los emplazamientos que hayan recibido y que tengan como propósito iniciar un proceso arbitral, o los actuados correspondientes a efectos de evaluar la interposición de una demanda de anulación de laudo arbitral, para tal efecto, se verifica el cumplimiento de los plazos. Asimismo, remiten previa coordinación, los arbitrajes que se hayan iniciado, siempre que sea posible, y no signifique un riesgo en la estrategia de defensa.

Las transferencias, a que se hace mención en la presente disposición, se efectúan luego de la fecha en que es designado el/la Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes. Para tal efecto, dicho acto resolutivo establece el plazo, el modo y la forma en que se remiten los actuados.