



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CIVIL Y
PROCESAL CIVIL**

TESIS

**CONCILIACIÓN OBLIGATORIA PREVIA AL ARBITRAJE EN
EL CASO DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES
CON EL ESTADO PERUANO**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO MENCIÓN DERECHO CIVIL Y PROCESAL
CIVIL**

AUTOR: Br. JACKELINE DIAHAN BECERRA QUISPE

ASESOR: PhD. ISAAC ENRIQUE CASTRO CUBA BARINEZA
CODIGO ORCID: 0000-0001-6892-1787

CUSCO – PERU

2021

DEDICATORIA

A mis padres, por darme la vida, gracias por mostrarme el camino correcto y guiarme por él, porque con su ejemplo, cariño y todo su amor desinteresado lograron hacerme una buena persona, a mi esposo y mis hijos, por ser mi motor y motivo de seguir adelante, por ser parte de mi historia, por compartir experiencias y vivencias únicas; porque sin ustedes todo lo que tengo no hubiera sido posible.

AGRADECIMIENTO

Dedico esta tesis a mi familia, mis padres, mi hermano, mi esposo y mis hijos, quienes fueron un gran apoyo emocional durante el tiempo en que escribía esta tesis.

A mi maestro (asesor de tesis) quien nunca desistió al enseñarme, por su paciencia y aun sin importar que muchas veces no fui lo suficientemente constante, a él que continuó depositando su esperanza en mí.

A todos lo que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

Para ellos es esta dedicatoria de tesis, pues es a ellos a quienes se las debo por su apoyo incondicional.

RESUMEN

Esta investigación ha tenido como propósito precisar las ventajas que tiene para las partes el establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano. Sabemos que en estas dos últimas décadas han sido frecuentes los arbitrajes entre el Estado y diversas empresas que contrataron con él, en tales circunstancias el Estado ha sido perjudicado con fallos desfavorables, pero sobre todo hay que destacar el hecho de que estos procesos de arbitraje afectan a la generación de una cultura de paz en todo orden social. En el presente trabajo se destaca la importancia que tiene la conciliación para favorecer soluciones que resulten menos perjudiciales para las partes en conflicto, para este fin se ha seguido un enfoque cualitativo documental que nos ha permitido llegar a justificar argumentativamente una propuesta legislativa que posibilite se establezca la conciliación obligatoria previa a un proceso de arbitraje. Las conclusiones principales destacan las ventajas económicas y sociales que se derivarían de una eventual aprobación de la propuesta legislativa mencionada. Considero que los resultados y los argumentos que los apoyan son un aporte efectivo a la reflexión jurídica y a la solución de problemas de la manera más ventajosa para las partes en conflicto.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, conciliación, contratación con el Estado.

SUMMARY

The purpose of this investigation has been to specify the advantages for the parties of establishing a mandatory conciliation as a prerequisite to arbitration, in the case of disputes in contracts with the Peruvian State. We know that in these last two decades there have been frequent arbitrations between the State and various companies that contracted with it, in such circumstances the State has been harmed with unfavorable rulings, but above all we must highlight the fact that these arbitration processes affect to the generation of a culture of peace in every social order. In this work, the importance of conciliation is highlighted to favor solutions that are less harmful to the parties in conflict, for this purpose a documentary qualitative approach has been followed that has allowed us to arrive at an argumentative justification of a legislative proposal that makes it possible to establish mandatory conciliation prior to an arbitration process. The main conclusions highlight the economic and social advantages that would derive from the eventual approval of the aforementioned legislative proposal. The results and the arguments that support them are an effective contribution to legal reflection and problemsolving in the most advantageous way for the parties in conflict.

KEY WORDS: Arbitration, conciliation, contracting with the State.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
RESUMEN.....	III
SUMMARY.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1 Situación problemática.....	3
1.2 Formulación del problema.....	5
1.2.1 Problema Principal.....	5
1.2.2 Problemas Secundarios.....	5
1.2.3 Justificación de la Investigación.....	6
1.2.4 Objetivos de la Investigación.....	7
CAPITULO II.....	9
2. MARCO TEORICO CONCEPTUAL.....	9
2.1 Bases Teóricas.....	9
2.1.1 Formas de solución de conflictos.....	9
2.1.2 Los medios alternativos de resolución de conflictos.....	11
2.1.3 El Arbitraje.....	17
2.1.4 La Conciliación.....	34
2.2 Marco Conceptual (Definición de Términos).....	53
2.3 Antecedentes de la Investigación.....	56
CAPITULO III.....	63
3.1 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS.....	63
3.1.1 Hipótesis de investigación.....	63
3.1.2 Categorías de estudio.....	63
CAPITULO IV.....	65
METODOLOGÍA.....	65
4.1 Diseño metodológico.....	65
4.2 Unidad de análisis temático.....	65
4.3 Muestra no probabilística para la entrevista.....	66

4.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos	66
4.5 Procesamiento de datos	66
CAPITULO V.....	67
5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	67
5.1 Desventajas para las partes derivadas de los procesos de arbitraje en los casos de controversias en las contrataciones con el Estado Peruano	67
5.2 Razones por las que no se ha utilizado la conciliación en los casos de controversias en las contrataciones con el Estado Peruano	68
5.3 Ventajas que ofrece la conciliación como medio alternativo de resolución de Conflictos	69
5.4. Opinión de algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano	70
5.5 Análisis de las entrevistas realizadas	76
5.6 Casos de arbitraje en la ciudad de Cusco	78
5.7 Análisis de los casos establecidos.....	82
5.8 Efectos de las conciliaciones extrajudiciales bajo la óptica de la Contraloría General de la República	83
5.9 Formula legislativa para plantear la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano.	85
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES	95
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	96
ANEXOS.....	98
ANEXO 1	98
ANEXO 2	99
ANEXO 3	- 101 -

INTRODUCCIÓN

Es evidente la problemática que presentan las contrataciones con el Estado las que tienen serias deficiencias. No son solo los precios de las compras u obras, sino principalmente las características de las mismas, que pareciera no son las más adecuadas para cumplir con su cometido.

Todas aquellas personas que han tenido la experiencia de contratar con el Estado saben que el procedimiento es largo, complejo y engorroso, lo cual no importaría en la medida que este asegurara que los bienes y servicios que el Estado requiere resulten ser los adecuados en prestaciones y precios. Sin embargo, parece que un sistema con estas características facilita la corrupción, pues privilegia el procedimiento antes que el resultado. Ayudan a que se realicen adquisiciones que, si bien cumplen perfectamente con todos los procedimientos, distan mucho de atender las necesidades para las que fueron adquiridas. Si este sistema lo conocen y manejan personas poco escrupulosas, es fácil manipularlo y lograr que beneficien intereses personales.

En muchos casos, ante las graves irregularidades en las contrataciones o el incumplimiento con las obras o la calidad de los productos, se ha tenido que recurrir al arbitraje, situación que le ha costado al Estado la pérdida de muchos millones de dólares. En estas circunstancias queremos presentar una alternativa que ofrezca ventajas para las partes cuando se presenten controversias en las contrataciones con el Estado, esta es el hecho de instaurar la conciliación como requisito obligatorio previo al arbitraje. Las ventajas de esta propuesta se desarrollarán en el estudio que se pretende realizar.

En el capítulo I se ha abordado, el planteamiento del problema, determinándose, cual ha sido la situación problemática, se ha elaborado la formulación del problema, así como el

problema principal y los problemas secundarios, la justificación de la investigación y los objetivos general y específicos.

En el capítulo II se ha abordado el marco teórico que contiene las bases teóricas, respecto a los medios alternativos de solución de conflictos, desarrollando cada uno de ellos, negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

En el capítulo III se ha abordado la Hipótesis y variables, la Hipótesis de investigación y de trabajo, las categorías de estudio.

En el capítulo IV se ha abordado la metodología, el diseño metodológico, la unidad de análisis temático, la muestra no probabilística, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el procesamiento de datos.

En el capítulo V se ha abordado los resultados y discusión, las desventajas para las partes que se han derivado de los procesos de arbitraje en los casos de controversias en las contrataciones con el Estado Peruano, las razones por las que no se ha utilizado la conciliación en los casos de controversias en las contrataciones con el Estado Peruano, las ventajas ofrece la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos, también se ha considerado la opinión de algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano, se ha elaborado la formula legislativa para plantear la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano.

CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación problemática

Debemos tener en cuenta que la Conciliación Extrajudicial, es un procedimiento no formal, económico, confidencial y personalísimo, en el cual prima la voluntad de las partes y que busca resolver los conflictos de interés con la ayuda de un tercero imparcial, llamado conciliador, quien facilita la comunicación entre las partes para hacer posible entre ellos, un acuerdo satisfactorio.

Cuando surge un conflicto en materia de Contratación Estatal, cualquiera de las partes puede recurrir a la conciliación extrajudicial o arbitraje, es decir, la Entidad o el Contratista que se considere afectado, en sus derechos, pueden optar libremente entre estos medios de solución de conflictos.

En la contratación estatal, la conciliación extrajudicial resulta ser facultativa, es decir, no es obligatorio iniciar un procedimiento conciliatorio, antes de iniciar un proceso arbitral, como el caso de conflictos civiles.

La Conciliación, se realiza en un Centro debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la 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, así mismo la propia Ley establece materias sobre

las que no pueden iniciarse un procedimiento conciliatorio, ante un Centro de Conciliación, menos aún llegar a un acuerdo total o parcial.

El proceso conciliatorio se encuentra regulado en la Ley N° 26872, Ley de conciliación extrajudicial, modificada por el Decreto Legislativo N° 1070, así mismo en relación a las Contrataciones con el Estado se encuentra regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado, Art. 45, Aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF , Decreto Legislativo N° 1044, que modifica la Ley N° 30225, y su Reglamento D.S. N° 344-2018-EF, en su Art. 223, donde se encuentra los lineamientos normativos, donde las partes pueden alcanzar una solución consensuada a su discrepancia recurriendo a la Conciliación Extrajudicial dentro del plazo de caducidad correspondiente, la mencionada normatividad de contrataciones del Estado no ha previsto que a efectos de llevar a cabo una conciliación sea necesario que en el contrato suscrito entre las partes conste un acuerdo expreso en ese sentido.

Una importante y revolucionaria regla en pro de la conciliación, establecida en la normatividad vigente es la incorporación de criterios objetivos para la toma de decisiones de conciliación, en la que los funcionarios de 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, hecho que a la fecha origina que se frustren miles de obras, servicios y bienes, deteniéndose el desarrollo del Perú 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 ya que la conciliación es mucho más beneficiosa por razón, tiempo y economía en relación al arbitraje, se podría establecer como criterios que cuando las entidades reciban una invitación a conciliar las áreas técnico, legal y financiera de dicha entidad emitirán opiniones respecto del costo y beneficio, planteando una fórmula conciliatoria de esta manera llegar a un acuerdo con el contratista sobre la base de dichos

instrumentos, las entidades puedan negociar directamente con los contratistas hasta alcanzar un acuerdo que beneficie a ambos.

Esto nos lleva a la conclusión, que la conciliación extrajudicial dentro de nuestro ordenamiento jurídico se debe considerar como requisito obligatorio para las partes intervinientes, proceso previo al arbitraje porque ofrece a las partes la posibilidad de solucionar sus conflictos por si mismos con ayuda de un tercero imparcial-conciliador, además de resultar un proceso más rápido y económico en relación al arbitraje.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema Principal

¿Qué ventajas tiene para las partes establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano?

1.2.2 Problemas Secundarios

1° ¿Qué desventajas para las partes se han derivado de los procesos de arbitraje en los casos de controversias en las contrataciones con el estado peruano?

2° ¿Por qué razones no se ha utilizado la conciliación en los casos de controversias en las contrataciones con el estado peruano?

3° ¿Qué ventajas ofrece la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos?

4° ¿Cuál es la opinión de algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano?

5° ¿Cuál debiera ser la formula legislativa para establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano?

1.2.3 Justificación de la Investigación

a. Conveniencia

Es conveniente realizar este trabajo de investigación, por tratarse de un tema de interés para la ciencia del Derecho y para la sociedad, especialmente en la coyuntura actual en la que se han visto muchos casos de arbitraje en los que el Estado peruano ha tenido resultados desfavorables, afectándose los recursos públicos necesarios para el desarrollo de diversos sectores de la sociedad.

b. Relevancia social

El estudio tiene relevancia de carácter jurídico social porque está referida a una cuestión de interés público. En el plano jurídico se pondera la figura de la conciliación como un mecanismo alternativo idóneo para resolver conflictos relacionados a las controversias en las contrataciones con el Estado. Se busca establecer argumentos sólidos que justifiquen la pertinencia de la conciliación obligatoria previa al arbitraje, ello para evitar perjuicios económicos onerosos para el Estado.

c. Implicaciones practicas

Los resultados de nuestra investigación buscan ofrecer argumentos válidos para que se establezca normativamente la obligatoriedad de la conciliación previa al arbitraje. Esto de hecho contribuye a encontrar soluciones a los innumerables perjuicios que ha sufrido el Estado en los procesos de arbitraje realizados en la última década.

d. Utilidad metodológica

En el desarrollo de la investigación se aplicó un enfoque cualitativo que constituye un antecedente para futuros investigadores que deseen darle a su trabajo este enfoque. Así también se recogerá información para el análisis, dicha información sistematizada es un aporte para quienes se interesen en conocer el tema y comprenderlo en su dimensión teórica.

1.2.4 Objetivos de la Investigación

a) Objetivo General

Precisar las ventajas que tiene para las partes el establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano.

b) Objetivos Específicos

1° Identificar las desventajas para las partes, que se han derivado de los procesos de arbitraje en los casos de controversias en las contrataciones con el estado peruano.

2ª Determinar por qué razones no se ha utilizado la conciliación en los casos de controversias en las contrataciones con el estado peruano.

3° Precisar qué ventajas ofrece la conciliación como medio alternativo de resolución de conflictos.

4° Conocer la opinión de algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano.

5° Establecer la formula legislativa para plantear la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano.

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1 Bases Teóricas

2.1.1 Formas de solución de conflictos

2.1.1.1 Autotutela

Es la forma de resolver los conflictos por uno mismo, siendo que la parte más hábil, mediante el uso de su intelecto impone la solución al litigio, el cual no será resuelto en razón de cuál de las partes pueda tener más o mejor derecho en cuanto al problema en cuestión.

Se comprende que la autotutela es la “defensa propia” en cuanto un bien jurídico el cual podrían ser posesiones materiales o la vida de un sujeto. La característica principal que la autotutela tiene es ser limitada y provisional, ya que se emplea para salvaguardar bienes jurídicos. (Vidal, 2013)

En el campo del derecho penal dentro del Código Penal del Perú; se conoce comúnmente a la autotutela como legítima defensa; la cual está regulada Art. 20°, inciso 3. “para que se configure la legítima defensa perfecta deben concurrir los tres elementos contemplados en la norma, de manera conjunta: i) Agresión ilegítima; ii) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y, iii) Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende. La agresión es toda puesta en peligro de un bien jurídico protegido (vida, integridad física, honor sexual), por un acto contrario al derecho de otra persona. (Congreso de la Republica del Perú, 2020)

2.1.1.2 Autocompositivos

Una segunda forma de abordar la solución de conflictos es la autocomposición, este caso se presenta cuando las partes involucradas tienen la voluntad de poner fin al problema. La voluntad de las partes puede darse de manera unilateral (desistimiento, allanamiento; etc), o bilateral (conciliación, transacción, etc). Según Niceto Alcalá Zamora este sistema tiene el carácter de ser un mecanismo de solución altruista, debido a que la mayoría de veces una de las partes o ambas renuncian a sus retenciones con el fin de alcanzar una solución al problema, porque la meta es alcanzar la reconciliación de los intereses de las partes involucradas.

La autocomposición se diferencia de la autodefensa, porque en la primera se privilegia los intereses que tiene o presentan las partes y que puede darse antes, durante y después del proceso judicial (los dos últimos preceden a la acción civil dirigida). La autocomposición es un método de solución de conflictos parcial, así como lo es la autodefensa, porque en este sistema son las propias partes. (Ledesma, 2013)

Es importante mencionar aquí la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, puesto que nuestro Estado reconoce que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, reconocida en la Carta Magna de nuestro país. Por tanto, la jurisdicción por ejemplo no sólo es ejercida por el Poder Judicial sino también por otros órganos autorizados constitucionalmente que actúan con independencia e imparcialidad, este es el caso de la Conciliación y el Arbitraje, cuyas decisiones gozan de la máxima irrevocabilidad posible en su ámbito de competencia. En tal sentido las decisiones a las cuales se llegan por medio de la Conciliación son respaldadas y reconocidas por la misma Constitución, pero no monopolio los casos que pueden ser llevados a esta área. De ahí se entiende que el legislador haya tratado de crear una independencia, la unidad y la exclusividad deben verse insertos en el panorama constitucional de diversos órganos estatales que ejercen legítimamente por ejemplo la jurisdicción aunque, es obvio, con especial referencia al Poder Judicial que poco a poco ha ido incluyendo la figura de la Conciliación en diversos casos incluso como un requisito de procedibilidad, así lo indica el inciso 6 del artículo 425 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 30293.

2.1.1.3 Heterocompositivos

En la heterocomposición en la solución de conflictos, se requiere la intervención de un tercero, (un juez en el ámbito judicial o un árbitro en el arbitraje), el cual debe ser imparcial y debe tener el poder y la autoridad necesaria y suficiente que le permita poder imponer su decisión a las partes en conflicto. (Vidal, 2013)

La heterocomposición es un mecanismo evolucionado de solución de conflictos de carácter institucional, que permite la intervención de un tercero que es imparcial al conflicto.

Las dos formas heterocompositivas:

1° El arbitraje

En el arbitraje la solución al problema o litigio se consigue mediante la intervención de un juez de ámbito privado conocido como árbitro; el cual no pertenece al estado ni es profesional. (Ledesma, 2013)

Existen dos tipos de juicios arbitrales los cuales son:

- a) De estricto derecho, realizadas conforme a la ley, el juzgador se somete a esta.
- b) De equidad, realizadas según el libre arbitrio del juzgador.

2° Proceso jurisdiccional.

El proceso jurisdiccional es un instrumento mediante al cual se aplica derecho. Es el cúmulo de actos realizados por las partes interesadas y por terceros ajenos dentro del órgano estatal jurisdiccional, con el fin de lograr la aplicación de una ley general al caso concreto controvertido por parte del Estado, mediante una sentencia.

2.1.2 Los medios alternativos de resolución de conflictos

Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, en adelante (M.A.R.C), son procesos solucionadores de conflictos por sí mismo o por medio de terceros, ejecutados

fuera del ámbito judicial, los cuales constituyen una segunda vía independiente, equivalente y paralela al poder judicial, orientados a la solución privada de los conflictos.

Los (M.A.R.C) son todos los medios por los cuales se pretende dar solución a intereses contrapuestos, estos conflictos que se generan dentro de la sociedad en la que vivimos deben ser resueltos de forma eficiente, reduciendo costos y previniendo la aparición de nuevos conflictos.

“Con el objeto de alcanzar el objetivo antes indicado el sistema jurídico ha incorporado ciertos medios cuyo propósito es solucionar los conflictos sin generar mayores antagonismos entre las partes”. García (2008, parr.1).

2.1.2.1 El conflicto en la sociedad

a. Definición de Conflicto

La palabra conflicto viene de la voz latina *conflictus*, que deriva a su vez del verbo *confligere*, que significa combatir, luchar, pelear.

En el derecho la palabra conflicto se utiliza para señalar “posiciones antagónicas”, el conflicto es un fenómeno social que expresa una posición de intereses, el diccionario de la lengua española define al conflicto como lo más recio de un combate. (Peña, 2013, p.59).

Según CABANELLAS, conflicto significa guerra, lucha, es la oposición de intereses, en las que las partes no ceden. BOARDMAN Y HOROWITZ, definen al conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones y/o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social.

Conflicto es la relación entre dos o más personas que realizan conductas tendientes a obtener metas incompatibles o en la que alguno de ellos los percibe como incompatibles.

Peña (2013, p.60), mencionó: “El conflicto es parte del normal desarrollo de nuestras vidas, no siendo positivo ni negativo, simplemente existe”.

Se puede definir al conflicto como la situación que se genera por la percepción que tienen dos o más personas de una discrepancia e incompatibilidad en sus acciones u objetivos, la cual les genera tensión. Esta percepción puede ser precisa o imprecisa pero las personas en conflicto sienten que la ganancia de uno es la pérdida del otro.

b. Efectos del Conflicto:

Los efectos del conflicto pueden ser vistos desde diferentes puntos de vista, como ventajas, desventajas o con una visión más amplia de la situación conflictiva.

Dentro de las ventajas se tiene que las partes en conflicto pueden profundizar su conocimiento mutuo, una vez resuelto el conflicto las partes se sentirán más comprometidas en la solución que los llevarán a la obtención de sus metas, el conflicto puede estimular a las personas a buscar nuevas mejores formas métodos de resolución de conflictos que les aporten resultados satisfactorios.

Dentro de las desventajas se tiene que, si el conflicto duro mucho tiempo o se torna demasiado intenso, los costos en dinero también pueden ser significativos, las consecuencias psicológicas son negativas, a parte de la tensión permanente, aparece la desconfianza, las personas se sienten con emociones negativas, como la cólera, ansiedad o depresión, algunos se sienten derrotados se deteriora su autoestima, se alteran las relaciones interpersonales.

c. Niveles de conflicto:

Conflicto Personal o Intrapersonal. - En todos los seres humanos existen diferentes grados de conflicto interno que se presentan cuando la persona considera algunas alternativas tiene que tomar decisiones, cuando estos conflictos internos no se manejan adecuadamente, pueden convertirse en motores de otros conflictos.

Conflicto social, se tiene el interpersonal, entre dos o más personas, el conflicto intergrupales el conflicto internacional,

d. Naturaleza de los Conflictos:

Los estudios psicosociales han identificado una serie de factores que son comunes a todos los niveles de conflicto social sean interpersonales, intergrupales o internacionales, incluso personas bien intencionadas quedan atrapadas en conductas mutuamente destructivas de las que no son plenamente conscientes.

El conflicto es natural e inevitable porque somos seres humanos que pensamos, sentimos, tenemos valores gustos diferentes, es así que en todos los conflictos

e. Estructura de los Conflictos:

En todo conflicto se produce un proceso que tiene tres elementos que afectan mutuamente y se encuentran en permanente evolución.

Situación Conflictiva: Es la situación que ha dado lugar al conflicto que existe entre dos o más partes en la que perciben tener objetivos incompatibles.

Actitudes conflictivas: Son los aspectos psicológicos que se presentan en una situación conflictiva en los comportamientos posteriores son las percepciones y las emociones.

Comportamientos: Son las conductas o estilos con que cada una de las partes responde o enfrenta la situación conflictiva.

f. Resultados del Conflicto:

El conflicto puede dar origen a cuatro resultados, claramente diferenciados, según las intenciones que tengan las partes y la forma en que busquen resolverlo cada uno de ellos.

Perdedor – Perdedor: El conflicto se va deteriorando al grado que ambas partes están al final en peor situación que antes de comenzar, ambos han perdido.

Perdedor – Ganador: En esta situación una persona sale derrotada la otra triunfa.

Ganador – Perdedor: Se invierte la situación este resultado se debe a que una de las partes piensa que ganará a costa de la derrota de la otra parte.

Ganador – Ganador: Ambas partes perciben que se encuentran en mejor posición que antes de iniciar el conflicto, ambos han llegado a acuerdos que los satisface a pesar que ambos han tenido algo que perder, este es el resultado ideal.

2.1.2.2 Características de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

MARC"s

Posibilitan la solución de conflictos, al margen del poder judicial, evitan que algunos conflictos jurídicos no se puedan resolverse entre partes, sean llevados al poder judicial; disminuyendo así la carga de trabajo de los jueces.

Propician una Cultura de Paz, entendida como aquella forma de vida de un grupo humano organizado que tiene por fin la creación de condiciones plenas de desarrollo integral del ser humano.

Mejoran el acceso a la justicia, brindando nuevas alternativas para encontrar la solución más rápida, justa y efectiva a los conflictos.

Fortalecen la democracia o la participación ciudadana, como vía adecuada para solucionar determinadas controversias.

2.1.2.3 La Negociación en los conflictos

Es una forma de resolver un conflicto por la que las partes intentan llegar a una decisión conjunta en asuntos de interés mutuo y situaciones conflictivas. La negociación no implica la participación de un tercero; más bien serán los interesados o sus representantes quienes buscarán un acuerdo beneficioso para ambos. (Montes De Oca, 2008 p.115).

“Si bien la negociación fue comúnmente calificada como un enfrentamiento entre las partes, la tendencia actual califica a la negociación como un proceso en el que predomina el trabajo en equipo denominándola negociación cooperativa, se ha redefinido la negociación calificando el conflicto como un problema común de las partes que éstas solucionarán trabajando en equipo.” García (2008, parr.13).

2.1.2.4 La Mediación

Es un proceso de negociación más complejo que implica la participación de un tercero ajeno a las partes involucradas. Aquel tercero es el mediador que debe ser una persona neutral, por ende, debe abstenerse de hacer juicios o tomar decisiones en lugar de las partes, y carece de facultad alguna para hacer propuestas (Montes De Oca, 2008, p.115).

El mediador es únicamente un facilitador cuya función es ayudar a llegar a un acuerdo consensuado. Su actividad se centra además en mejorar la comunicación entre los interlocutores haciendo uso inclusive de la persuasión.

Dentro de las ventajas de la Mediación, es que permite a las partes que se encuentran inmersas hallar de manera directa la solución que aún no ha podido materializarse.

2.1.3 El Arbitraje

2.1.3.1 Antecedentes Históricos del Arbitraje

El arbitraje es el medio de solución más antigua en la historia de la humanidad y hasta hoy se mantiene como una alternativa frente a la justicia estatal, muchos historiadores confirman con cierta certidumbre que el arbitraje se utilizó como una forma de resolución de conflictos antes d la aparición del proceso judicial.

En el derecho romano inicialmente era el propio pater - familias el que trataba de conciliar a las partes en una fase posterior, esta función le fue asignada al árbitro ante el que se planteaban de forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una prueba llena de reglas y con un fuerte carácter religioso, finalmente, se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero para resolver sus conflictos.

Este tercero imparcial que era investido de autoritas, se encargaba de resolver los conflictos existentes entre ellos en virtud de una decisión que tenía que ser obedecida por los litigantes, más adelante en la Ley de las XII tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes, de tal forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la venganza privada y obliga a las partes a someterse al arbitraje, en el cual se fallaría sobre los reclamos formulados, luego en Roma apareció la división entre el proceso público y el proceso privado, siendo un rasgo particular entre este último la definición de controversia que se otorgaba siempre a través de un acto inicial de parte de la decisión de la controversia que no se encomienda a un órgano jurisdiccional sino a un órgano privado que las partes eligen o aceptan, así mismo las partes se comprometen en ambos procesos a acatar la decisión en base a un contrato arbitral. (Ledesma, 2014, p.13)

2.1.3.2 Antecedentes en el Perú

La Constitución Política del Estado de 1979, uno de los mejores textos constitucionales concebidos a finales del siglo XX como producto de una transacción política para devolver la democracia a la civilidad y que tuvo entre sus miembros a destacados dirigentes políticos del Partido Aprista Peruano y del Partido Popular Cristiano, incorporó en su texto y por vía de excepción a las denominadas “jurisdicción” arbitral y militar, en el art. 233.

Es interesante la norma contenida en el derogado art. 1914 del Código Civil pues la existencia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral facultaba la invocación como excepción en caso surgiera proceso ordinario.

De igual forma se establecía la diferencia entre arbitraje de derecho y de equidad denominando a los árbitros que efectuaban este último tipo de arbitraje como amigables componedores.

Finalmente, debemos señalar que el art. 1922 del Código Civil ya derogado remitía el procedimiento arbitral a las normas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, actualmente derogado por el Código Procesal Civil, (Rivera, 2008, p. 17).

La Constitución Política del Perú de 1993 siguiendo la corriente impregnada por la Constitución de 1920 y la derogada de 1979 también plasmó a nivel normativo el arbitraje como una solución de controversias distinta a la ordinaria, la militar y la de las comunidades campesinas y nativas que establece el art. 149 del texto constitucional.

Según el art. 159 de nuestra Constitución, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar la arbitral. Así podemos señalar que el

arbitraje se sustenta en este dispositivo constitucional y tiene autonomía propia, (Navas, 2017, p.13).

2.1.3.3 Naturaleza jurídica del arbitraje

a. Teoría Contractualista

Considera que el arbitraje es un contrato, el convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, lo que permite que esta institución surja y se desarrolle, su origen contractual reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derechos se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el Art. 2, Inciso 24, literal a) de la Constitución y que en relación a la jurisdicción arbitral puede tener dos vertientes, una negativa en cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas y una positiva en cuya razón el carácter autónomo garantista y procesal del arbitraje equivale a facultar a los articulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materia consideradas de libre disposición. (Ledesma, 2014, p.31).

b. Teoría Jurisdiccionalista

Frente al criterio contractual del arbitraje se opone la Teoría Jurisdiccionalista, la cual considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la Ley otorga al Laudo arbitral, esto es cosa juzgada. Para Morello, “El arbitraje reviste un componente esencial y determinadamente contractualista que conforma a su naturaleza jurídica, también lo es que reviste un componente jurisdiccional en cuanto la sentencia arbitral esta equiparada a la sentencia judicial, en sus efectos más marcables, eficacia de la cosa juzgada y ejecución judicial (Morello, 1990, p.2013).

c. Teoría Mixta o Ecléctica

Las posiciones contrapuestas de la Teoría contractualista y jurisdiccional han sido acogidas por una teoría mixta, intermedia o ecléctica, que consiste al arbitraje como una institución de naturaleza contractual, es innegable que el arbitraje es una institución regulada por normas sustantivas, pertenecientes al derecho civil, mientras otras están reguladas por normas procesales. Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral, o la del vínculo que une a los árbitros con las partes; pero junto a ello, concurren también otras normas de naturaleza procesal como las que regulan la formalización judicial, del arbitraje el control, forma del laudo, su ejecución forzosa y la ejecución de las medidas cautelares. Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica. (Ledesma, 2014, p.37)

d. Teoría Autónoma

Esta Teoría señala que la importancia de analizar la naturaleza jurídica del arbitraje radica en el propósito o usos de la Institución y no en el aspecto teórico, rechazando las teorías jurisdiccional y contractual por no estar de acuerdo con la realidad y la teoría mixta no ser indefinida e imprecisa.

Para esta teoría, el arbitraje, el convenio arbitral y el laudo tienen fuerza, por no tratarse de un contrato o de una concesión legal, ni por algún reconocimiento que el Estado le hizo, sino porque constituyen un requisito esencial para facilitar el funcionamiento de las relaciones comerciales y responden a la necesidad de crear mecanismos de solución de controversias fuera del aparato jurisdiccional estatal, otorgando así a sectores de la sociedad civil, principalmente comerciales, en la solución de sus controversias. Giuseppe y Mori (2012, p.36)

2.1.3.4 Nociones generales del Arbitraje

El Arbitraje constituye una Institución autónoma que se rige por sus propias reglas y métodos especiales. Comporta el ejercicio de una facultad delegada por los interesados a particulares, llamados árbitros para que decidan y resuelvan los conflictos existentes o los que puedan derivarse de una relación jurídica material (futuros), quienes basados en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad prefieren por la competencia arbitral para la solución de sus conflictos, renunciando al ejercicio de la vía ordinaria impuesta por el Estado.

Es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicial las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o más partes, quienes acuerden la intervención de un tercero (arbitro o tribunal arbitral), para que los resuelva.

A diferencia de la conciliación y mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efectos de resolver el conflicto más bien impone una solución vía Laudo Arbitral, que tiene efectos de sentencia judicial.

El arbitraje se llega generalmente en forma voluntaria a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a ser resueltas por el árbitro en lugar de acudir a la justicia ordinaria.

Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura básicamente es la de un litigio. Este mecanismo alternativo cuasi judicial, vincula a las partes con un árbitro, (Montes De Oca, 2008, p.114).

El rol del árbitro es similar al del juez, las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. Sin embargo, no obstante, sus similitudes el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes. Alarcón (2011, parr.15).

En el arbitraje, el árbitro (sea que se trate de un arbitraje con Árbitro Único o Tribunal Arbitral) es escogido por las partes, generalmente. El proceso debe seguir ciertas normas procesales pre-establecidas por las partes en el Acta de Instalación del Tribunal, salvo que se haya optado por someterse al reglamento de una institución arbitral, la decisión, emitida por el Arbitro se encuentra en el Laudo Arbitral, siendo su decisión imperativas para las partes, de obligatorio cumplimiento e inapelables, es decir, no pueden ser cuestionadas, salvo mediante el recurso de anulación ante el Poder Judicial invocando causales taxativas contempladas en la norma.

2.1.3.5 El Arbitraje en el Estado Peruano

El Estado tiene la facultad expresa, y en algunos casos específicos la obligación, de someter a arbitraje las controversias que surjan en la ejecución de los contratos que celebre con los particulares. Como consecuencia de ello, este medio alternativo de solución de controversias utilizado ancestralmente por los privados, es ahora un medio frecuentemente utilizado por el Estado para solucionar conflictos.

Para que ello sea posible, es indispensable que en los contratos que celebre el Estado, se incluya una cláusula o convenio arbitral que materialice la voluntad de las partes a someterse a este medio de resolución de controversias.

La referencia de Estado peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado. (Castillo y Sabroso, 2011, p.141).

2.1.3.6 Ley de Arbitraje Decreto Legislativo N° 1071

El Decreto Legislativo N° 1071, es la norma que regula el Arbitraje, el cual fue publicado el 10 de julio del año 2008 se aplica a los arbitrajes en general, cuyo lugar se encuentra en el territorio peruano, sea el Arbitraje de carácter nacional o internacional, esta norma ha tenido algunas modificaciones, como las que se establecieron a través del D.L. N° 1231.

El Decreto Legislativo N° 1071, se aplica a los arbitrajes en general, que versan sobre materias de libre disposición los que la Ley o tratados internacionales lo autorizan, cuyo lugar se encuentra dentro del territorio nacional, a sean estos de carácter nacional o internacional, sin perjuicio de los establecido en acuerdos internacionales suscritos por el Perú en cuyo caso serán de aplicación supletoria. (Navas, 2017, p.16).

2.1.3.7 Convenio arbitral

El Convenio arbitral “es el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias, que surgen de una relación contractual o no contractual que sean o no materia de un proceso judicial, sujeta a requisitos generales establecidos en la legislación civil para la validez de los contratos. Alarcón (2007, parr.65).

La ley de arbitraje considera este principio en materia de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el texto del contrato, o bajo la forma de un acuerdo independiente, el objeto del convenio arbitral debe ser lícito y posible.

Según la actual Ley, el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o

puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial

Para la ley peruana, el convenio arbitral es un acto único y autosuficiente para que se inicie un arbitraje, por lo tanto, ya no se requiere de la ulterior celebración del problemático compromiso arbitral, basta la celebración de un solo contrato. El convenio arbitral, según el artículo 13º de la Ley, puede adoptar la fórmula de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (Coaguila, 2008, p.6).

2.1.3.8 Los árbitros

El árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a él, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes. Alarcón (2007, parr.65).

La Ley de Arbitraje otorga un lugar primordial al rol de los árbitros y ha considerado necesario incorporar un apartado titulado “Principios y derechos de la función arbitral”,

que recoge en gran medida las facultades de los árbitros en el procedimiento arbitral. (Mantilla, 2011, p.43)

“La Ley de Arbitraje establece un principio de libertad casi absoluto respecto del procedimiento que las partes pueden acordar para el nombramiento de los árbitros” (p.43).

“La Ley de Arbitraje establece el deber de revelación del árbitro respecto de toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia” (p. 44).

2.1.3.9 Clases de arbitraje - según su administración

1° Arbitraje ad hoc

Ruska (2007, parr. 9), mencionó: “En el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas son los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada y se encargan de la organización y administración”.

Puede resultar menos costoso que el institucional, en términos generales, el arbitraje ad hoc debe ser menos costoso que el institucional, toda vez que en este caso no existe una institución a la que haya que pagar por los servicios de organización y administración del arbitraje, aunque generalmente existe la figura del secretario arbitral que también tiene un costo, el que por cierto no es equiparable a la tarifa administrativa que cobra una institución arbitral sino, por el contrario, bastante menor. Ruska (2007).

En el Arbitraje ad hoc- no hay tarifas predeterminadas y muchas veces los árbitros dejan de lado los criterios objetivos para la determinación de sus honorarios, estando las partes

a expensas de lo que éstos decidan, lo que en algunos casos puede incluso generar situaciones de indefensión debido a lo elevado de los costos del arbitraje, lo que, por cierto, puede ocurrir también en el arbitraje institucional.

2° Arbitraje Institucional

El arbitraje institucional es aquel en el que por voluntad de las partes se encomienda a una institución especializada la administración del arbitraje. En este sentido, en contraposición al arbitraje ad hoc, en el que se nombran árbitros por las partes determinados para cada caso, el arbitraje institucional se caracteriza por la intervención de una Institución especializada de carácter permanente a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje. Fernández (2013, parr. 1).

La existencia de una institución especializada que respalda el arbitraje, es tal vez la mayor de las ventajas. En efecto, las instituciones arbitrales cuentan o deben contar con los medios humanos y materiales necesarios para brindar un adecuado servicio de organización y administración del arbitraje.

Otra de las ventajas está dada por la existencia de cláusulas tipo o modelo, que las partes pueden incluir en sus contratos, sin necesidad de tener que elaborar una cláusula especial para cada caso en particular. Estas cláusulas refieren que el arbitraje se desarrollará de acuerdo con los reglamentos y bajo la administración de una determinada institución arbitral; de esta manera, se evita la redacción de las denominadas cláusulas patológicas.

Las instituciones arbitrales cuentan con reglamentos preestablecidos que permitirán el adecuado desarrollo del arbitraje. Estos reglamentos por lo general tienen normas referidas a la elección de los árbitros, la constitución del Tribunal Arbitral, reglas para resolver las recusaciones que se pueden presentar contra los árbitros a lo largo del

procedimiento, reglas del procedimiento arbitral en general, de las audiencias, las relacionadas con los plazos, entre otras.

Las tarifas están elaboradas en función a la cuantía en controversia y comprenden tanto la tasa administrativa por los servicios que brinda la institución arbitral, como los honorarios que corresponden a los árbitros. Generalmente las tarifas tienen una estructura progresiva acumulativa y en algunos casos se establecen topes máximos, tanto para los honorarios de los árbitros, como para los servicios de organización y administración brindados por la institución. Las tarifas van aparejadas en muchos casos con un reglamento de donde se establece, entre otras, la forma de calcular los honorarios de los árbitros y el arancel administrativo, en los casos en que el tema en discusión no tenga cuantía determinada ni determinable. Ruska (1007, parr.8).

2.1.3.10 Principios que rigen el Arbitraje

a. Principio de libertad de sometimiento de las partes

Este Principio es el espíritu de la Ley de Arbitraje en la medida que es la voluntad expresada por las partes la que decide someterse o no a un proceso arbitral, este principio es conocido también como el de autonomía de la voluntad.

Cabe indicar que este principio es el eje del proceso arbitral, ya que el arbitraje es una institución consensual, en cuanto al sometimiento de las partes, por tal motivo la Constitución es clara al otorgar a las partes la libertad de escoger someterse a la jurisdicción judicial o arbitral, siendo ambas excluyentes entre si, cabe destacar que esta facultad de elección no es absoluta, pues la propia legislación la relativiza en algunos supuestos, ello se presenta por ejemplo en las controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de la Ley de Contracciones del Estado, en cuyos casos el consentimiento al arbitraje no se manifiesta necesariamente a través de la suscripción de

un convenio arbitral, sino por una adhesión a este, es preciso señalar que precisamente en virtud de este principio las partes también pueden dejar sin efecto un convenio arbitral voluntariamente, lo que significará dejar de lado la vía arbitral para poder acceder a la jurisdicción estatal, en la medida que las partes tienen libertad para pactar un convenio arbitral, no se les puede recortar la voluntad de dejarlo sin efecto, luego de celebrado el mismo. Giuseppe y Mori (2012, p.59).

b. Principio de Separabilidad del Convenio Arbitral

Mediante este principio se verá la suerte que corre el convenio arbitral, cuando desaparece el contrato que lo contiene, así la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato que contenga un convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio.

Para González de Cosío, p.114), citado por Giuseppe y Mori (2012, p.60), ha señalado que: este principio, puede resumirse en los siguiente: las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral, es decir el destino del acuerdo arbitral está dissociado del contrato principal.

c. El Principio de Kompetenz – Kompetenz

Se refiere a la facultad que tiene el Tribunal arbitral. Como instancia única de decidir sobre su propia competencia para resolver el conflicto sometido al arbitraje, ello en la medida que, si bien es elegido por las partes, este arbitro será quien dirige el proceso.

Este Principio delimita muy bien el alcance de las atribuciones del árbitro o tribunal arbitral, debemos observar que el arbitraje es un medio adecuado de solucionar controversias y muchas veces las partes buscan dentro de este dilatar el proceso mediante

actos que desnaturalizan a esta institución como cuestionar la competencia del tribunal arbitral para sustraerse del convenio pactado, entorpeciendo así los beneficios que trae el arbitraje.

En este sentido este principio al permitir al tribunal arbitral decidir sobre los asuntos de su competencia fomenta el trámite eficiente del proceso arbitral protegiendo a su vez la obligatoriedad del convenio arbitral, a fin de que las partes no pretendan sustraerse del arbitraje.

Conjuntamente con el principio de separabilidad del convenio arbitral el presente principio fue proyectado con la idea de dotar de eficacia plena al arbitraje, siendo ambos principios diferentes, pero que están frecuentemente ligados debido a que ellos tienen una finalidad común la de prevenir cualquier intervención judicial que busque obstruir el proceso arbitral. Giuseppe y Mori (2012)

d. Principio de la Buena Fe

Es un principio básico de convivencia, de alto contenido moral hacia la generación de confianza en el otro. En relación con el convenio arbitral y con la relación jurídica entre las partes, la buena fe es observada cuando se presume que el convenio arbitral era conocido según ciertos supuestos. También, apelando a la buena fe, se presume el actuar probo del árbitro cuando se prescribe que ellos no representan los intereses de ninguna de las partes.

A través del Principio de Buena Fe, se obliga a las partes a actuar de manera leal y honesta, esto a ser transparentes y veraces con la información presentada al tribunal arbitral. Así mismo busca que las partes mantengan un comportamiento que corresponda al espíritu del arbitraje, generándose en ellas la obligación de no realizar conductas dilatorias que

afecten o desvirtúen el debido proceso. Este Principio está dirigido a la actuación de las partes al interior del proceso arbitral. Giuseppe y Mori (2012, p.65)

e. Principio De Equidad

A través de este Principio se busca asegurar a las partes que tengan igualdad de posibilidades frente a los árbitros, en el sentido de presentar sus posiciones, argumentos y en general los medios probatorios que consideren pertinentes, ello con el fin que el Tribunal Arbitral los considere y evalúe con equidad.

Como quiera que las partes se hayan sometido voluntariamente al proceso arbitral, con este principio se busca cautelar la justicia en los procesos arbitrales, a fin de lograr una solución justa, así mismo en virtud de este principio las partes que no se consideran tales por supuestamente por el propio Tribunal Arbitral, también tienen los mismos derechos frente a los árbitros y deberán tener las mismas oportunidades de argumentar y probar su posición. Giuseppe y Mori (2012, p.64).

La equidad antes del proceso arbitral es enfatizada cuando se declara que es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto a la otra.

f. Principio de Confidencialidad o Privacidad

Es decir, las deliberaciones del tribunal son secretas, cuando se remarca que las audiencias son privadas, conservando las partes su anonimato. Además, desde una lógica comercial, el arbitraje persigue resolver las disputas discretamente, dejando a las partes conflictuadas seguir sus relaciones, sin perder sus vínculos económicos, los que se podrían deteriorar si se ventila el conflicto en instancia pública.

g. Principio De Legalidad

Este Principio se refiere al respeto del ordenamiento legal, en la medida que el proceso o el laudo arbitral no pueden contravenir normas de orden público o imperativo, ni en general las normas que contraponen el ordenamiento, se busca que el Arbitraje se ciña al ordenamiento jurídico. Giuseppe y Mori (2012, p.66).

Se subraya la conformidad del laudo con la ley aplicable, pues en caso contrario es posible invocar su nulidad.

h. Principio de Imparcialidad y Neutralidad.

Al igual que el proceso judicial y que en muchos procesos donde se debe tomar una determinación acerca de alguna controversia la imparcialidad y neutralidad son los principios rectores de la actuación del encargado de la decisión. Estos principios están dirigidos al juzgador que en este caso son los árbitros, debido a que estos se deben ceñir a las normas legales pertinentes, por tal motivo que los árbitros se encuentran llamados a seguir el proceso con imparcialidad, conservando su integridad y juicio, independientemente de las partes. Giuseppe y Mori (2012, p.64)

i. Principio de Celeridad

Las partes pueden compeler a los árbitros a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido. Incluso, podrá anularse el laudo expedido fuera de plazo Celeridad.

j. Principio de Economía

Los árbitros serán remunerados de manera razonable, teniendo en cuenta un conjunto de variables, como monto de disputa, complejidad, entre otros aspectos.

2.1.3.11 Laudo Arbitral

Soto (2017, p. 7), señala que: “El laudo es la sentencia o fallo que pronuncian los árbitros sobre las materias controvertidas que las partes han sometido a su competencia, posee fuerza ejecutiva de sentencia firme, una vez consentidos o agotados los recursos previstos”.

El artículo 54 del Decreto Legislativo N.º 1071 establece lo siguiente: Artículo 54.- Laudos:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios. A pesar de que la doctrina arbitral comprendía la existencia de laudos parciales y de que la práctica arbitral peruana ya venía aplicando la materia desde hace varios años, es la vigente Ley de Arbitraje la que regula de manera expresa la posibilidad de que en un proceso arbitral exista más de un laudo, cuando en su artículo 54 (que lleva por sumilla la palabra laudos) el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios». El laudo arbitral, no sólo es la parte central de todo el proceso, sino también su parte más emblemática, porque es aquella que resume no sólo todo lo actuado en el proceso, sino también es la meta, el objetivo al que esperan llegar tanto las partes como los árbitros a efectos de poner fin al proceso. Asimismo, cabe señalar que el laudo arbitral no es, de ninguna manera, una acción mecánica que realice el tribunal arbitral. El laudo implica una actividad de razonamiento lógico-jurídico (en el caso de un arbitraje de conciencia, se podrá prescindir del aspecto jurídico) sobre todo lo actuado, con el objeto de que el resultado se plasme en una resolución denominada laudo arbitral. Castillo, Sabroso, Castro, Chipana (2017, p.2).

2.1.3. 12 El arbitraje en las Contrataciones con el Estado Peruano

Es una Institución no judicial que reconoce jurídicamente tener un mecanismo privado, prevista expresamente en la normativa de las contrataciones con el Estado, para los casos en que se pueda presentar controversias sobre puntos determinados, según el acuerdo de partes, debiendo ser solicitado por antes de la culminación del contrato, dentro de los plazos de caducidad (Navas, 2017, p.19).

La contratación pública es uno de los principales ejes que dinamizan la economía y tiene un alto impacto en el interés público, los cuales pueden verse afectados en escenarios de conflictos entre el Estado con los contratistas.

Desde la promulgación de la Ley N° 26850 en ese entonces Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se dispuso que todas las controversias surgidas entre un contratista y el Estado, sea por interpretación o ejecución del contrato debían resolverse a través de la conciliación extrajudicial o arbitraje. Esto permitió que el arbitraje con el Estado cobre singular importancia en las contrataciones estatales, por tratarse del principal medio de solución de conflictos durante la fase de ejecución contractual, motivando un explosivo desarrollo del arbitraje al tener un mercado cautivo proveniente de las contrataciones del Estado, convirtiendo al Perú en una plaza arbitral muy importante, considerando que la concurrencia de las partes ante un Centro de Conciliación no es un requisito previo para recurrir a la vía arbitral, se sometían al arbitraje todos los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, sean de adquisición de bienes, servicios, consultorías y obras. Para esto se reguló en forma obligatoria que los contratos contengan una cláusula de solución de controversias referidas a los mecanismos de conciliación extrajudicial o arbitraje en caso surgiera alguna controversia durante su ejecución, incluidas las relativas a la validez del mismo contrato.

La nueva Ley de Contrataciones del Estado Ley N° 30225 y su Reglamento D.S. N° 344-2018-EF establecen como mecanismos de solución de controversias que surjan durante

la ejecución contractual, sean de interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato; junta de resolución de disputas (para obras) o arbitraje institucional (excepcionalmente arbitraje ad hoc), los mismos que deben establecerse mediante acuerdo entre las partes. Hurtado (2017, parr. 2-6).

2.1.4 La Conciliación

2.1.4.1 Etimología y denominación

La palabra conciliación deriva del latín *conciliatio* y es la acción y efecto de conciliar, también proviene de la voz latina *conciliare*, que a su vez significa componer y ajustar los ánimos de los que están opuestos entre sí, en una segunda acepción hace referencia al hecho de conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias.

Con respecto a la denominación *conciliación*, esta ha sido acogida favorablemente en las legislaciones de países como Colombia y Perú y en las otras legislaciones de otros países como Argentina, Costa Rica, Ecuador y Estados Unidos, utilizan el término *mediación*.

Doctrinariamente son instituciones distintas, mientras que el conciliador colabora con las partes en conflicto a encontrar una solución consensual, proponiendo fórmulas de solución, el mediador en cambio ayuda a las partes a generar sus propias soluciones para resolver el conflicto, es decir dirige el proceso, pero no sugiere propuestas de solución. (Peña, 2013, p.41)

2.1.4.2 Antecedentes y evolución histórica de la conciliación

El origen de la conciliación se encuentra en el origen mismo de las sociedades las que cansadas del empleo de la auto tutela, ejercida con violencia y con predominio de la superioridad física, buscan medios más pacíficos de solucionar las controversias que

surgían a su interior; así, intervienen los jefes de familia, los ancianos, parientes y amigos los que mediante la persuasión hicieron que las partes en conflicto dirimieran sus diferencias por el empleo de medios pacíficos de avenencia y conciliación.

Posteriormente, estos consejos y persuasiones apoyados en el respeto de la ancianidad, en la influencia de los vínculos de sangre y en los afectos de la amistad, se vieron en la necesidad de tener fuerza de ley mediante la afirmación por parte de la autoridad judicial que ya obraba como medio de resolución de conflictos impuesto por la sociedad. Así, los hebreos apelaban a medios conciliatorios antes de ir a juicio siendo estos acuerdos plenamente válidos. De igual forma en la antigua Grecia los Thesmotetas daban fuerza de ley a las conciliaciones que se celebraban antes de ir a juicio por los llamados a comparecer en él. En la antigua Roma la Ley de las XII Tablas prescribía a los magistrados que aprobaran el convenio que hubieran hecho los litigantes al dirigirse a su tribunal, toda vez que era costumbre intentar la conciliación previa a la actuación de los pretores mediante convenio o con la participación de amigables componedores para evitar litigios mediante medios conciliatorios.

Posteriormente, con el desarrollo del Derecho Canónico, el Papa Honorio III prescribe la necesidad de arribar a una conciliación preliminar a todo juicio ya que la jurisdicción de la iglesia consistía no tanto en hacer litigar ante ella, cuanto en impedir que se litigara, por lo que los tribunales de obispos persuadían a las partes en conflicto a transigir amigablemente sus diferencias. El deber cristiano de evitar litigios es una enseñanza y un precepto para nada novedosos; se trata ante todo de conciliar a los litigantes y ya desde el siglo VII la actividad del procedimiento eclesiástico propendía no tanto a una sentencia judicial cuanto a una reconciliación entre las partes. En la actualidad, en el ámbito eclesial el juicio debe evitarse siempre con tal que sea posible por la conciliación de las partes en conflicto, cuya obtención es un deber no secundario del juez.

Este ejemplo de atajar la posibilidad de iniciar un juicio mediante exhortaciones judiciales prosperó en Europa a lo largo de los siglos XVIII y XIX. Así, en Prusia se erige la figura del juez mediador que es escogido de entre los mismos miembros del tribunal que ha de ver el juicio, lo que hace alusión a la conciliación intra proceso; de igual manera el Reino de los Países Bajos estableció en su Código de Procedimientos que el tribunal podrá en

todos los casos y cualquiera fuere el estado del proceso, mandar a las partes a que comparezcan en persona ante él para el efecto de conciliarse; de manera similar, una disposición legal de Ginebra preveía que los jueces exhorten a las partes en el primer día del pleito a terminar sus diferencias por medios amigables y por la intervención de sus parientes.

En España, mediante las Ordenanzas de Bilbao, aprobadas por el Rey Felipe V en 1737, se ordena que las partes no podrán ser admitidas ni sus demandas ni peticiones si no intentaban arreglar el pleito de manera previa. De igual forma, la Instrucción de Corregidores del 15 de enero de 1788, expedida por el Rey Carlos III disponía que los jueces evitaran la realización de juicios y que las partes solucionen sus conflictos de manera amistosa mediante la avenencia. También en las Ordenanzas de Matrículas, sancionadas por el Rey Carlos IV en 1802, se prevenían a los Comandantes de Marina que trataran de avenir a las partes en presencia de su asesor y escribano, debiendo hacerlo constar en autos, y no debiendo dar sin esta circunstancia curso a segundo pedimento sobre negocios transigibles, bajo su responsabilidad.

En todos los casos mencionados, se designaba conciliador al mismo juez que debía juzgar la controversia, pero esta no era la única opción en ese entonces, ya que existía la posibilidad de nombrar un juez conciliador independientemente del que debía decidir en un juicio posterior, motivado esto en el cuestionamiento que se hacía al anterior sistema principalmente en el sentido de que al recaer en la misma persona las funciones de conciliador y de no prosperar esta, la de juez, se vería afectada de alguna manera la imparcialidad del juez, razón por la que este sistema cayó en descrédito y la tendencia posterior fue nombrar jueces especiales para este objeto; así, por Ley del 24 de agosto de 1790 la Asamblea Constituyente francesa prescribió que sin hacer constar que se había intentado el medio de la conciliación no se entablaría pleito alguno, designando a los alcaldes como autoridades especiales para ejercer el cargo de conciliadores.

A su vez, esta disposición fue adoptada por el Código de Procedimientos Civiles de Napoleón en 1806, que conservó esta institución como obligatoria. Este precepto fue

recogido en la Constitución de Cádiz de 1812, regulándose por primera vez de manera constitucional a la conciliación. Finalmente, el Código de Comercio español de 1829 creó la figura del juez avenidor para conciliar a las partes en sus controversias sobre actos mercantiles.

2.1.4.3 Definición de conciliación extrajudicial

La conciliación es otro Medio alternativo de Solución de conflicto que se distingue de la negociación por el hecho que interviene un tercero, designado por las partes, quien los ayudará a buscar una solución al conflicto, también tiene una diferencia con la mediación la conciliación es un proceso voluntario, flexible, confidencial y basado en el interés de las partes. Las partes intentarán solucionar su conflicto por vías amigables con la asistencia de un conciliador, quien actúa como tercero neutral, Sin embargo, dicho tercero no tiene capacidad de decisión, ni sus propuestas son obligatorias para las partes, quienes finalmente son libres de llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto, la principal diferencia entre los procedimientos de conciliación y mediación es que, llegado cierto punto en la conciliación, el conciliador será requerido por las partes para entregar una propuesta de acuerdo no vinculante.

Para García (2008), citado por Flores (2008, parr. 48), sostiene que: “La conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes acuden ante un tercero quien no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial. Agrega el autor que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, sino que le corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.

En la conciliación extrajudicial los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes, razón por la cual el conciliador sólo propone eventualmente fórmulas conciliatorias no obligatorias.

La conciliación es un procedimiento voluntario, dónde las partes involucradas son libres para acordar e intentar resolver su disputa por esta vía. El proceso es flexible, permitiendo a las partes definir el tiempo, estructura y contenido de los procedimientos de conciliación. Son basados en el interés de las partes, en cuanto a que el conciliador al proponer un acuerdo tomará en consideración no sólo las posiciones jurídicas de las partes, sino también sus intereses comerciales, financieros y/o personales.

La conciliación extrajudicial está regulada por la LEY 26872 y por su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-98-JUS, normas que la definen como un acto conciliatorio constituye título de ejecución, de forma que se facilite el ejercicio de los derechos que puedan haberse otorgado en la conciliación.

2.1.4.4 Definición legal de la conciliación extrajudicial

La definición legal la encontramos en el Artículo 5 de la Ley 26872, modificado por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1070 de fecha 28 de junio del año 2008, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 5°: 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. (Peña, 2013, p.42)

2.1.4.5 Definición de autores nacionales sobre la conciliación extrajudicial

Para Ledesma (2000), citado por Peña (2013, p.43), señala que la “conciliación, entendida como expresión concordada de la voluntad de las partes, constituye un acto

jurídico que pone fin al conflicto y que constituye un medio que suministra el ordenamiento jurídico para la autodeterminación de las partes, a fin de lograr un efecto práctico tutelado por el derecho en la solución del conflicto”.

Para Sasástegui (1998), citado por Peña (2013, p.43), señala que en la “conciliación, el tercero asiste a las partes y les ayuda a buscar solución a su conflicto proponiendo fórmulas de arreglo, que desde luego no son obligatorias para las partes”.

Para Martínez (1998), citado por Peña (2013, p.43), señala que la “conciliación, es un acto jurídico, entendido como la manifestación de voluntad de los conciliantes dirigida a solucionar su conflicto de intereses”.

Para Pasco (1997), citado por Peña (2013, p.43), señala que la “conciliación, consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el diálogo constructivo, en definitiva, la solución queda librada a la decisión de las partes, a la confluencia de sus voluntades.

2.1.4.6 Naturaleza jurídica de la conciliación

Con respecto a la naturaleza Jurídica de la Conciliación extrajudicial existen dos posiciones opuestas. La primera considera a la conciliación como *institución jurídica*, mientras que la segunda lo considera como un *acto jurídico*.

La primera posición es definida entre otros, por KUNDMULLER CAMINTI, el mismo que se inclina en considerar que la naturaleza jurídica de la Conciliación es la de ser una intuición jurídica; Institución por que el poner a la Conciliación dentro de esta categoría significa respetar el origen y definición de la Conciliación Extrajudicial, como concepto

jurídico en la Ley 26872, agrega que la concepción de este mecanismo alternativo e resolución de conflicto es institucional, por la Ley lo estableció así. (Peña, 2013, p.228).

El Estado a través del sistema jurídico, ha erigido a la Conciliación Extrajudicial dotándolo de las características que establece la Ley 26872, es decir el hecho que la Conciliación extrajudicial sea una institución, implica que hay un acto de voluntad expresada por parte del Estado, el mismo que está motivado por la necesidad de fomentar una cultura de paz.

La segunda posición sostiene que la Conciliación es un *acto jurídico*, la misma que fue recogida por el antiguo Reglamento de la Ley de Conciliación (Decreto Supremo N° 001-98-JUS).

Recogiendo estas dos posiciones se tiene que la Conciliación es una mixtura de ambos, es una institución, porque la Ley lo ha establecido así, señalando que la Conciliación es un mecanismo alternativo de 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, por otro lado también se establece que la Conciliación es un *acto jurídico* por que el acuerdo al que arriban las partes nace de la voluntad de las mismas, ya que señala que el Acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación, pudiendo ser declarado nulo el Acta de Conciliación sólo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial.

2.1.4.7 Características de la conciliación extrajudicial

Es un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero para que les ayude a resolver un conflicto.

Requiere la existencia de un tercero, este no decide se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos pues las partes aceptarán o no las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.

Es un mecanismo alternativo de solución de conflicto ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al Poder Judicial.

La oralidad e inmediatez están siempre presentes, el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación que se realizarán sin intermediarios, sin escritos que solo dilatan el proceso.

Es voluntario, ya que es un acto voluntario, porque las partes acuden libremente a un centro de conciliación para que les ayude a resolver un conflicto de intereses.

Es confidencial porque tanto el conciliador como las partes deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto.

Es personalísimo, es un acto personal, excepcionalmente y en aplicación del Artículo 14 de la Ley de Conciliación, donde se admite la representación para los casos señalados.

Fomenta una cultura de paz, sustentada en la autonomía de la voluntad de las partes.

Tienen carácter obligatorio para los casos de derechos disponibles, son los que tienen un contenido patrimonial, es decir susceptibles de ser valorados económicamente.

2.1.4.8 Beneficios principales de la conciliación

Dentro de los beneficios de conciliación podría establecer los siguientes:

Conciliación asegura la autonomía de las partes: Las partes pueden elegir el momento, idioma, lugar, estructura y contenido de los procedimientos de conciliación.

Las partes son libres de elegir su conciliador. Un conciliador no tiene que tener una formación profesional específica. Las partes pueden basar su selección en criterios como:

experiencia, conocimientos profesionales y/o personales, disponibilidad, idioma y habilidades culturales. Un conciliador debe ser imparcial e independiente.

La Conciliación es eficiente en términos de tiempo y costos. Debido a la naturaleza informal y flexible de los procedimientos de conciliación, ellos pueden ser conducidos de forma eficiente en cuanto a tiempo y costos.

La Conciliación asegura confidencialidad. Las partes usualmente acuerdan confidencialidad. Por tanto, las controversias pueden ser resueltas discretamente y los secretos empresariales permanecerán confidenciales. Romero. (2007, p. 2)

2.1.4.9 Principios de la conciliación extrajudicial

a) Principio de equidad y legalidad

El objetivo de la conciliación es lograr un acuerdo que sea justo equitativo y duradero para las partes y que no afecte a terceros. La legalidad está dentro de la dimensión del principio de la equidad lo cual los acuerdos conciliatorios deben respetar el marco jurídico existente.

b) Principio de neutralidad

Se refiere a la no existencia de vínculo alguno entre el conciliador y uno de las partes que solicita sus servicios. En Latinoamérica sin embargo suele suceder que a menudo se busca un tercero que existe un grado de vinculación o confianza padrinos, compadres, padres sacerdotes, dirigentes, jueces de paz, etc. Y no, a un desconocido ajeno a ellos.

c) Principio de Imparcialidad

La diferencia de la neutralidad la imparcialidad es un estado mental que exige que el conciliador durante el desarrollo de su gestión se mantenga al margen de prejuicios o favoritismo hacia las partes en conflictos a través de acciones o palabras.

d) Principio de buena fe y veracidad

Se entiende como la obligación que tienen las partes representantes, asesores y todos que participen en una audiencia de conciliación a actuar de tal forma que este mecanismo no se utilice como un instrumento de beneficio personal. La veracidad tiene que ver con la necesidad de contar con información fidedigna durante la audiencia conciliatoria y por lo tanto es una de las dimensiones del principio de buena fe.

e) Principio de Confidencialidad

Se entienden por la absoluta reserva que se mantendrá durante la audiencia de conciliación incluyendo las reuniones por separado que de ningún modo podrán ser divulgadas ni por las partes ni por el conciliador; es decir que no deberá trascender más allá del recinto donde se realiza la audiencia. En consecuencia, el conciliador no podrá revelar nada de lo tratado, no podrá ser llamado a un proceso adjudicatario, juicio, arbitraje, porque goza de esta protección. Sin embargo, la confidencialidad no es un principio absoluto, en tanto que pudiera haber situaciones límite que exigirán que el conciliador rompa su deber de confidencialidad y acuda a las autoridades competentes a denunciar casos por Ej. De violencia sexual contra menores, acciones o terceros en general, o si el conciliador descubriera en el proceso que se va a producir un atentado a la integridad física o psicológica de una persona.

f) Principio de empoderamiento

El conciliador debe intervenir creando las condiciones para que las partes en conflicto sientan que participan en iguales términos en la discusión, expresan sus intereses y necesidades, influyen en la toma de decisiones, presentan alternativas, evalúan las consecuencias de las posibles soluciones y participan en el logro de la solución. Esto debido a que frecuentemente las partes no cuentan con la misma cantidad de recurso. Estas intervenciones tienen como límites éticos los principios de neutralidad e imparcialidad. Si bien este principio no ha sido reconocido dentro de la ley N°26872, es imprescindible tomarlo en cuenta para promover un procedimiento y solución equitativa para las partes.

g) Principio de Voluntariedad

Significa que las partes son las únicas que tienen la potestad de tomar una decisión final a favor de alguna alternativa de solución.

h) Principio de celeridad y economía

Tiene que ver con el procedimiento conciliatorio señalado en la ley de conciliación y su reglamento. A pesar de esta realidad, estos principios son pertinentes únicamente a la parte procesal del procedimiento conciliatorio señalado por la ley de conciliación, arts 10 al 15 y su reglamento, no a la audiencia de conciliación propiamente dicha.

2.1.4.10 La conciliación como institución de interés nacional

El carácter de interés nacional que la Ley le ha atribuido a la Conciliación ha exigido que el Poder Judicial, a través del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, le haya otorgado una atención especial, difundiéndola y promoviéndola a todo nivel, en cumplimiento de esa labor, el Ministerio de Justicia es el Ente Rector de la Conciliación en el país. (Peña, 2013, p.223)

2.1.4.11 Procedimiento del proceso conciliatorio

Dentro del procedimiento para llevar a cabo el procedimiento conciliatorio se tiene los siguientes pasos a seguir:

a) Solicitud. - Todo procedimiento de conciliación iniciará, formalmente con una solicitud, se admitirá tanto la solicitud Verbal (en cuyo caso el Centro entrega un formato) y la solicitud escrita prefabricada por el solicitante que deberá cubrir todos los requisitos de procedibilidad.

La solicitud deberá contener el nombre, denominación o razón social, documentos de identidad, domicilio del solicitante o de los solicitantes.

El nombre y domicilio del representante del solicitante o solicitantes, de ser el caso. Los menores de edad, que sean representados por sus padres.

El nombre, denominación o razón social de la persona o de las personas con las que se desea conciliar.

El domicilio o la dirección del centro de trabajo de la persona o de las personas con las que se desea conciliar.

Los hechos que dieron lugar al conflicto, expuestos en forma precisa.

La pretensión, indicada con orden y claridad.

La firma del solicitante; o su huella digital, si es analfabeto.

b) Invitaciones. - Las invitaciones deberán redactarse en forma clara, sin emplear abreviaturas, y contendrán:

El nombre, denominación o razón social de la persona o personas a invitar y el domicilio.

La denominación o razón social y dirección del Centro de Conciliación.

El nombre, denominación o razón social del solicitante de la Conciliación.

El asunto sobre el cual se pretende conciliar.

Copia simple de la solicitud de Conciliación y sus anexos.

Información relacionada con la Conciliación en general y sus ventajas en particular.

Día y hora para la Audiencia de Conciliación

Fecha de la invitación

Nombre y firma del Conciliador

En lo que concierne al día y hora de la audiencia de Conciliación en las invitaciones, se fijará sólo la fecha de la sesión que corresponda.

c) El acto conciliatorio

Conforme al artículo 10 de la ley de conciliación la *“Audiencia es única y se realizará en el local del Centro de Conciliación autorizado en presencia del conciliador y de las partes, pudiendo comprender la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de sus fines.*

En cuanto al plazo para realizarse la Audiencia, como ya se había adelantado en el capítulo anterior, el artículo 12 de la Ley de Conciliación, en su segundo párrafo establece que "*(...) 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*", y en cuanto a su duración, el artículo 11 de la Ley de Conciliación impone el plazo de hasta treinta (30) días calendarios contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada, plazo que sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes.

Finalmente, el artículo 21 de la Ley de Conciliación en su sexto inciso señala: "*Cuando las partes asisten a la audiencia, el Conciliador debe promover el diálogo eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias. Si al final de dicha sesión, las partes manifiestan su deseo de no conciliar, la Audiencia y el procedimiento de Conciliación deben darse por concluidos*"

d) El Acta de Conciliación

El artículo 16 de la Ley de Conciliación define el Acta como "*el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial*". Por su parte el artículo 18 de la misma norma establece que "*El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución*"; especificándose en el artículo 22 de su reglamento que "*el acta con acuerdo conciliatorio es un documento privado y puede ser ofrecido como medio de prueba en un proceso judicial*". Y añade finalmente, el mismo artículo, que "*El Acta de Conciliación se ejecutará a través del proceso único de ejecución*".

Conforme al artículo 44 del Reglamento de la Ley de Conciliación es obligación del Conciliador redactar las Actas de Conciliación cuidando que contengan las formalidades establecidas en el artículo 16 de la Ley de Conciliación. Sin embargo, cabe especificar que el Centro de Conciliación es quien queda obligado a entregar una copia certificada del Acta de Conciliación respectiva a cada parte asistente a la Audiencia de Conciliación.

2.1.4.12 La Conciliación en las Contrataciones con el Estado

En materia contractual relativa a las contrataciones del Estado, se llevará a cabo de acuerdo a la Ley de la materia.

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, invalidez del contrato, entre las otras pretensiones se resuelven mediante conciliación, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente.

La conciliación, se lleva a cabo en un centro debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia Derechos Humanos, en la que una de las partes es la Entidad del Estado del Gobierno Central, regional, Local o un organismo constitucionalmente autónomo, la otra parte es el contratista respecto de materias controvertidas que se encuentran taxativamente establecidas en la normatividad de Contrataciones del Estado que se producen en la fase de ejecución contractual o en los procedimientos de selección. (Medina 2014, p.1).

La representación recae sobre el procurador, quien puede delegar dicha facultad en cualquiera de los abogados mediante documento simple, para la participación en las audiencias de conciliación.

El titular de la entidad o la personal que este delegue de forma expresa y por Resolución cuenta con facultades suficientes para participar en procedimientos de conciliación extrajudicial, pudiendo suscribir los acuerdos, si además está autorizado para ello.

Para firmar los acuerdos conciliatorios, es necesario que se cuente con la Resolución autoritativa conforme lo establecido en el Art. 38 y 38-B del Reglamento de la Ley de la

Defensa Jurídica del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, debiendo esta contener los acuerdos a plasmarse en la Acta de Conciliación. El procurador no requerirá de Resolución autoritativa cuando el importe a pagar, que nos sea pagoindebido, no supere las 5 unidades impositivas tributarias.

2.1.4.13 Materias no conciliables en las contrataciones con el Estado

El TUO de la LCE, establece expresamente las materias que no son conciliables, es decir, que, respecto de tales materias, no puede iniciarse un procedimiento conciliatorio, ante un Centro de Conciliación, menos aún llegar a un acuerdo total o parcial y de iniciarse deberá cerrarse con un informe, como lo establece la Directiva 001-2016-JUS/DGDP- DCMA “Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial”.

Son materias no conciliables:

- a. Nulidad de contrato.
- b. Las prestaciones adicionales.
- c. Enriquecimiento sin causa o indebido.
- d. Indemnización o cualquier otra que se derive de prestaciones adicionales.

Materias conciliables en las contrataciones con el Estado

Las materias susceptibles de someterse a un procedimiento conciliatorio, se encuentran establecidas expresamente en el TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Son materias conciliables:

- a. Resolución de contrato
- b. Ampliación del plazo contractual
- c. Recepción y conformidad de la prestación.
- d. Valorizaciones o metrados.
- e. Liquidación de contrato.
- f. Pagos que la entidad deba efectuar al contratista.
- g. Vicios ocultos en bienes, servicio y obras.

2.1.4.14 Plazo de caducidad para solicitar la conciliación

El horizonte temporal, en que las controversias en materia de contratación estatal son susceptibles de conciliación, ante un Centro de Conciliación, 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 será de 30 días hábiles, para las controversias que se susciten 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 referencias líneas arriba, la Entidad o el Contratista no podrá llegar aún 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.

2.1.4.15 De la obligatoriedad de la conciliación en las contrataciones con el Estado

La nueva LCE establece que las controversias en la fase de ejecución contractual se resuelven, mediante conciliación o arbitraje o Juntas de Resolución de Disputas (solo

para el caso de obras), según el acuerdo de las partes. De esta manera, si las partes optaron por la conciliación, ante el surgimiento de un conflicto, cualquiera de las partes estará habilitada, para iniciar un procedimiento conciliatorio ante un Centro de Conciliación, dado que las partes pueden iniciar un procedimiento conciliatorio ante un Centro de Conciliación, cuando lo hayan pactado en el contrato.

En la contratación estatal, la conciliación extrajudicial resulta ser facultativa, es decir, no es obligatorio iniciar un procedimiento conciliatorio, antes de iniciar un proceso arbitral, como el caso de conflictos civiles, a menos que las mismas partes lo hayan pactado.

Criterios objetivos para conciliar en las controversias surgidas en las contrataciones con el Estado

Una importante y revolucionaria regla en pro de la conciliación, establecida en la nueva LCE, es la incorporación de criterios objetivos para la toma de decisiones de conciliación, la que promoverá el uso de la conciliación en materia de contratación estatal, que la nueva LCE establece que el RLCE implantará parámetros objetivos dentro de los cuales los funcionarios de 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 es mucho más beneficiosa por razón de tiempo y economía en relación al arbitraje. (Medina, 2014, p.8).

La conciliación extrajudicial se puede pactar entre las partes, previo al inicio de un arbitraje, correspondiendo al contratista presentar ante la Entidad un acuerdo conciliatorio y a la Entidad evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta conciliatoria, considerando criterios de costo beneficio, de ponderar los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación, los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio. Esto nos lleva a la conclusión, que la conciliación extrajudicial se debe implementar por las Entidades, porque ofrece a la parte la posibilidad de solucionar sus conflictos por si mismos con

ayuda de un tercero imparcial-conciliador, además de resultar un proceso más rápido y económico en relación.

2.1.4.16 Tendencia y debate de la obligatoriedad de la Conciliación

La conciliación cobro importancia debido a la promulgación de la Ley de Conciliación Extrajudicial N° 26872 del 13 de noviembre de 1997. De igual manera a nivel judicial la conciliación ya había sido incluida en textos procesales de máxima importancia, tomando en cuenta que la audiencia de conciliación es obligatoria para procesos civil, de familia y de derecho laboral, por lo cual la conciliación sigue siendo un medio importante de autocomposición en Juzgado de Paz y Juzgados de Paz letrados (Ormachea, 2010).

Sin embargo, se diseñó un proyecto de ley que pretendía reformar el Decreto Legislativo N° 768 en el portal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Seguidamente hubo un debate en el que participaron destacados abogados y juristas, quienes defendieron la importancia de la obligatoriedad del intento conciliatorio antes del proceso, frente a la iniciativa de eliminación de este mecanismo. Muchos alegaron que el proyecto se presentaba en forma muy escueta en la exposición de motivos, indicando que la conciliación extrajudicial ya no sería un requisito de procedibilidad para interponer demandas judiciales, dejando sin efecto más de 20 años de una labor que busca crear una cultura de paz y actuar como un filtro a la sobrecarga del Poder Judicial (Fernández, 2018).

La defensa la realizaron en portales especializados como revistas jurídicas Legis.pe y Laley.pe, así como en redes sociales, donde tanto detractores como defensores de la obligatoriedad expusieron sus argumentos.

Asimismo, el director de la DCMA, Christian Fernández-Prada Biasca participó en el debate organizado por Fort Ninamancco Córdova, siendo que el debate se dio en el marco de la publicación jurídica N° 685, en el semanario de El Peruano, dedicado al tema de conciliación en nuestro país titulado: “Reflexiones tras 20 años de vigencia”. Ahí se evidenciaron varios aportes puntuales sobre la obligatoriedad, pero también hicieron alusión que la ley de conciliación extrajudicial, necesitaba algunas reformas, con la finalidad que cumpla su función y no sea instrumentalizada o solo un formalismo previo al proceso judicial.

Según los datos de procesos que se solucionaron mediante la conciliación, se ha demostrado que existe un alto grado de acuerdo (total o parcial), sin embargo aún se aprecia el problema de ausentismo de la parte invitada sobre todo, al momento de realizar el procedimiento conciliatorio, por lo que casi más de 20 años de data demostraron su efectividad, pero el ausentismo en centros de conciliación extrajudicial privados aún sigue siendo una problemática, por lo que corresponde promover la asistencia y buscar eliminar el ausentismo (Fernández, 2018)..

Concebimos que la obligatoriedad no fue planteada con el fin de que sea una traba, sino más bien un hábito para construir una institución de conciliación extrajudicial en nuestro país, la cultura de paz si bien es cierto no es no tener conflictos sino saberlos manejar de forma adecuada.

Respecto si aún es pertinente mantener la obligatoriedad, es necesario comprender que como sociedad que tiende a judicializar conflictos, pese a los costos que trae consigo y al tiempo que demanda, continuar con la obligatoriedad colabora en construir la institución de la conciliación.

Por el momento el Poder Judicial sigue advirtiendo algunas reformas que buscan obtener eficacia, hasta que llegue al ámbito de norma positiva, es necesario también que el uso de los MARCS debe seguir siendo promovido, siendo que para conflictos insalvables y las partes no pueden llegar a un acuerdo debe existir el Poder Judicial, pero si existe un espacio de consenso y existe posibilidad de llegar algún acuerdo existe la conciliación extrajudicial.

2.2 Marco Conceptual (Definición de Términos)

Acuerdo

Un acuerdo es un convenio entre dos o más partes o una resolución premeditada de una o más personas. Por ejemplo: “Los directivos han llegado a un acuerdo y Mahmoud Gleuk jugará en el equipo español a partir de la próxima temporada”, “No hubo acuerdo entre el

Gobierno Nacional y los acreedores”, “Polonia firmará un acuerdo con Rusia para la exportación de agroquímicos”.

Arbitraje

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

Conciliador

Persona privada encargada de propiciar un arreglo amigable de los conflictos, de dar informaciones y consejos. El conciliador es una persona natural idónea, capacitada de manera específica para orientar el proceso conciliatorio como un tercero imparcial y neutral frente a las partes, a las cuales insta a fin de que lleguen a un acuerdo que les permita solucionar el conflicto que los reúne.

El conciliador es un particular que administra justicia de manera transitoria, no es un Juez de la República, ni parte interesada en el conflicto. Para que pueda cumplir las funciones que le asigna la ley, el conciliador debe acreditar que realizó capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio del Interior y de Justicia, aprobar la evaluación realizada por dicha entidad. Si quien se desempeña como conciliador es estudiante o judicante, debe recibir capacitación en conciliación y mecanismos alternativos de solución de conflictos por parte de la Universidad.

Contratación Pública

El contrato público es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

Estado

En el lenguaje cotidiano, al igual que en la física y en la química, el concepto de estado se emplea para describir una situación en la cual se halla un objeto o ser vivo. En estos casos, la palabra está relacionada a una forma de ser o de permanecer.

Perjuicio

El término latino *praeiudicium* se transformó, en nuestro idioma, en perjuicio. Este concepto refiere a las consecuencias de perjudicar, una acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo.

Un perjuicio, por lo tanto, es lo que sufre una persona o una entidad cuando es víctima de un daño. Por ejemplo: “El despido de María me provocó un perjuicio: ahora tengo el doble de trabajo, pero sigo ganando lo mismo que antes”, “La petrolera ha generado grandes perjuicios a los vecinos que viven a orillas del río y que deben soportar la contaminación”, “Los empresarios del sector sostienen que las medidas económicas del gobierno les causan serios perjuicios”.

Resolución

Se conoce como resolución al acto y consecuencia de resolver o resolverse (es decir, de encontrar una solución para una dificultad o tomar una determinación decisiva). El término puede aprovecharse para nombrar al coraje o valor o bien al ánimo para efectuar una determinada cosa. Por ejemplo: “El delantero encaró con resolución y pateó desde afuera del área”, “Te recomiendo entrar a su oficina con resolución e informarle que no piensas quedarte después de hora”, “Si no actúas con resolución, te pasarán por encima”.

2.3 Antecedentes de la Investigación

Tesis Internacionales

Antecedente 1º

El primer antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye la tesis titulada: “*La naturaleza procesal del arbitraje*”. El autor es Aníbal Quiroga León, quien presento esta tesis en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2017.

Las principales conclusiones a las que arriba este estudio es:

El arbitraje es una figura judicial fascinante. Teniendo una raíz común con el proceso judicial (el conflicto), la realidad del arbitraje y del proceso judicial se dan hoy planos diferentes, respecto de diferentes pretensiones, pero proyectados hacia un fin común (la solución del conflicto), bajo una misma plantilla o esquema procesal, lo que demuestra que tienen una misma naturaleza o raíz jurídica. Esto resalta más en la hora actual de crisis generalizada y globalizada de la administración de justicia que ofrece el Estado.

El proceso judicial privado o arbitral es una de las varias formas iniciales que el sistema jurídico ha ofrecido como solución pacífica frente al conflicto de sus ciudadanos. Posteriormente, luego de una evidente evolución histórica se llegó a la solución final que

el Estado ofrece frente a los conflictos intersubjetivos de sus ciudadanos, a través del monopolio jurisdiccional. Este último se puede definir como el proceso judicial jurisdiccional para distinguirse de los procesos judiciales no jurisdiccionales (dentro de los que se encuentra el arbitraje), en la medida en que remeda a aquel y constituye una fórmula trilogica en su estructuración: una parte alega, la otra contradice y un tercero imparcial decide.

Coincidimos con Aragonese en que toda fórmula trilogica de solución de conflictos (donde intervenga un tercero) será judicial, y que la de los jueces del Poder Judicial del Estado deberá ser llamada judicial jurisdiccional. El arbitraje será, así, un esquema judicial de orden privado.

En los orígenes de la humanidad donde hunde sus raíces el origen del proceso como medio pacífico de solución de controversias al superar formas directas o violentistas como modo de solución de esas controversias las disputas al interior de una comunidad fueron inicialmente resueltas por mano propia. Regía entonces la ley del más fuerte, la ley de la selva, la Ley de Tali3n: la autotutela como medio de la defensa, protecci3n y reparaci3n de los derechos de cada quien.

El grado m3ximo del desarrollo social, al percatarse del grave perjuicio que supondr3a para cualesquiera de las partes detener el desarrollo de la evoluci3n social en comunidad, hizo que se decidiera hacer intervenir y confiar en un tercero para lograr la soluci3n del conflicto y cuya principal caracter3stica era ser imparcial. De este modo, al contar con la aceptaci3n de los contendores y una necesaria legitimaci3n social, pod3a determinar a los confrontados lo que a cada cual finalmente correspond3a. Se descubri3, de este modo, la heterocomposici3n como necesaria trilog3a judicial de una comunidad social para alcanzar por entero la soluci3n pac3fica de sus controversias.

Antecedente 2°

El segundo antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye el trabajo de investigación que lleva como título: “*El arbitraje en el Perú*”. El autor es Walter Enrique Rivera Vílchez, quien presento su tesina en la Universidad Particular San Martín de Porres, en el año 2008.

Sus principales conclusiones son:

El arbitraje se ha constituido en el Perú en un eficaz mecanismo alternativo de solución de controversias, pero corre el riesgo de desnaturalizarse por la interposición de recurso de anulación.

Se es necesario difundir a los estudiantes de Derecho y a los Abogados en general las normas de la Ley General de Arbitraje para que progresivamente las incorporen en los actos y contratos que sugieran suscribir a sus clientes.

Sin que sea un tema urgente ni alarmante, es recomendable efectuar algunos reajustes a la Ley General de Arbitraje para perfeccionarla más, incorporando algunos principios esbozados últimamente por el Tribunal Constitucional.

Las Facultades de Derecho tienen el desafío de promover el estudio de las normas del arbitraje internacional frente a la globalización e internacionalización de las inversiones y a la suscripción de tratados bilaterales y multilaterales de comercio, así como Tratados de Libre Comercio o similares que incorporan a sus normas, reglas de arbitraje internacional.

La creación en la Facultad de Derecho de un centro de Conciliación y Arbitraje en el que además de brindar un servicio a la comunidad descongestionando la labor del Poder Judicial, resolviendo la controversia en menores plazos y a costos razonables, los estudiantes desarrollen sus prácticas profesionales y los docentes ejerzan activamente esta actividad que inicialmente está muy restringida a los profesionales en general.

Antecedente 3°

El tercer antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye el trabajo de investigación que lleva como título: “*La incorporación de la junta de resolución de disputas en la nueva ley de contrataciones del estado (ley 30225) y su complementariedad con el arbitraje*”. El autor es Luis Fernando Armas Salazar, quien sustentó esta tesis en la Universidad Privada Antenor Orrego, en el año 2017.

Sus principales conclusiones son:

La incorporación de la JRD se complementa con el Arbitraje en la medida que la ley ha previsto reglamentar ciertos supuestos para someter las decisiones emitidas por las JRDs a la vía arbitral, actuando como una etapa previa a ésta, es decir, como un verdadero filtro que incentiva arbitrar únicamente lo que resulte necesario y resolver tempranamente las disputas, evitando dilaciones innecesarias en la ejecución del contrato. De esta manera el éxito de su coexistencia radica en el comportamiento pre – arbitral de las JRDs, sin que esto constituya una doble instancia, sino más bien, en virtud a la autonomía de la voluntad de las partes. Por este motivo, esta prerrogativa resulta muy positiva para el tratamiento integral de los conflictos en el sector de la construcción.

Una de las críticas más enérgicas en lo que respecta a las contrataciones del Estado, se funda en la actitud represiva de los órganos de control gubernamental que implica un inminente sometiendo de gran parte de las decisiones emitidas por las JRDs a la vía

Arbitral, bajo la premisa de agotar todas las vías posibles para la solución de las controversias. En este sentido, es comprensible que existan posiciones que observen esta prerrogativa de manera negativa. No obstante, se ha incorporado la exigencia obligatoria de un informe técnico legal, el cual deberá contener una evaluación de costo – beneficio, así como los costos y riesgos que coadyuvarán a combatir la corrupción de funcionarios, la persecución y comportamiento represivo de los órganos de control, con la finalidad de fortalecer las funciones preventivas y resolutorias de la JRD, permitiendo actuar de manera inmediata y en instancias tempranas, evitando la judicialización de las controversias.

La JRD y el Arbitraje son mecanismos que se conforman y funcionan de manera independiente, bajo reglas diferentes y en distintos espacios; sin embargo, poseen una serie de similitudes y diferencias a la vez, lo que genera que se complementen entre sí, en la medida que ninguna pretende suplantar a la otra, sino que actúan como verdaderos aliados para resolver las controversias surgidas a raíz de un contrato.

En Ambos mecanismos garantizan celeridad y reducción de costos en comparación de la administración de Justicia ordinaria; asimismo, fueron creados para resolver el conflicto de manera transparente y siguiendo las pautas consignadas por las partes. Además, emiten resoluciones que pueden ser vinculantes, pero sin fuerza ejecutiva.

Por otro lado, la JRD han sido diseñadas para actuar dentro de un rango determinado de cuantía contractual, actuando con la finalidad de prevenir y/o resolver las disputas que se generen entre las partes durante la ejecución del contrato (ex ante), mientras que el Arbitraje no ha previsto cuantía contractual alguna y solo actúa cuando el conflicto ya se ha generado (ex post). Para esto, las JRDs realizan diligencias permanentes para conocer al detalle la obra, desde el inicio hasta su entrega, como la elaboración de un cronograma de visitas periódicas, informes, reuniones, audiencias, entre otros. Estos detalles generan que las JRDs puedan resolver las desavenencias en el momento y lugar en el que se

susciten (on time / on side), garantizando la continuidad de la obra, a diferencia de lo que ocurre en Arbitraje en el que ésta se paraliza mientras el conflicto es resuelto.

Finalmente, la implementación de las JRDs y el fortalecimiento del Arbitraje, contribuyen de manera conjunta al perfeccionamiento de un sistema de administración de justicia más moderno y eficiente, descongestionando los engorrosos y excesivos trámites burocráticos en la resolución de los conflictos. Ante esta situación, los grandes proyectos de inversión en el Perú podrán ser desarrollados con mayor eficacia, eficiencia, confianza y garantía en este sector tan proclive a las controversias, generando importantes efectos jurídicos, económicos, políticos y sociales para el país.

Antecedente 4^a

El cuarto antecedente de mi trabajo de investigación lo constituye el trabajo de investigación que lleva como título: “*La falta de motivación de laudos arbitrales en las contrataciones con el estado como causal de su anulación en el distrito judicial de Lima 2015*”, La autora es Lisseth Jovanna Estrada Mendoza, quien presento dicho trabajo de investigación en la Universidad Wiener, en el año 2016

Las principales conclusiones de este trabajo son:

Que, por medio de las encuestas realizadas, con respecto a la Hipotesis general, en efecto existe una considerable influencia de la falta de motivación de laudos arbitrales en el incremento de procesos judiciales sobre anulación de los mismos, debido a que se incumple con el deber de motivar, el cual está previsto en la ley (DL. 1071), obligación que las partes acordaron mantener desde que no pactaron un laudo sin motivación.

Que, por medio de las encuestas realizadas, con respecto a la primera Hipotesis específica que, en efecto la falta de motivación de laudos arbitrales afecta diversos aspectos a las

partes de la relación contractual en las contrataciones con el Estado en la medida que truncan sus expectativas económicas y búsqueda de justicia mediante el arbitraje, así como también su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Que, por medio de las encuestas realizadas, con respecto a la segunda Hipótesis específica que, en efecto la falta de conocimiento de la técnica jurídica por parte de los árbitros influye en gran medida en la ausencia de motivación de los laudos arbitrales, debido a que no hay un conocimiento de los procedimientos y normas que se basa el tema materia de controversia.

Que, si se revisan las causales que justifican el recurso de anulación puede fácilmente apreciarse que, en su mayoría, ellas están referidas a la defensa del derecho de los participantes del arbitraje a un procedimiento arbitral adecuado

CAPITULO III

3.1 HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1.1 Hipótesis de investigación

Según refiere Hernández Sampieri (2010), las hipótesis en una investigación cualitativa cumplen una función distinta y son flexibles, es decir se pueden modificar en el desarrollo de la investigación. La hipótesis de trabajo en el presente estudio esta formulada de la siguiente manera:

Las ventajas que tiene para las partes establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano, son de carácter económico y social.

3.1.2 Categorías de estudio

Dado que nuestro enfoque es cualitativo prescindimos de variables en tanto que no orientamos el estudio a cuantificar o medir la realidad jurídica que estudiamos. En lugar de las variables identificamos las categorías de estudio las que quedan consignadas en la siguiente tabla.

Tabla N° 1

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
1° Arbitraje.	Naturaleza jurídica Regulación normativa
2° Conciliación.	Naturaleza jurídica Regulación normativa
3° Contratación con el Estado	Naturaleza Marco normativo

Fuente: Elaboración propia.

CAPITULO IV

METODOLOGÍA

4.1 Diseño metodológico

Tabla N° 2

Enfoque de investigación	Cualitativa documental: El estudio se basa en el análisis y busca comprender el problema de estudio antes que medirlo estadísticamente.
Tipo de investigación jurídica	Dogmático propositivo: La investigación se orienta a proponer una solución al problema estableciendo la obligatoriedad de la conciliación previa al arbitraje en las controversias en las contrataciones con el Estado. (Según clasificación de Jorge Witker).

Fuente: Elaboración propia.

4.2 Unidad de análisis temático

La unidad de análisis del presente estudio está referido a la conciliación y al arbitraje en las controversias en las contrataciones con el Estado peruano.

4.3 Muestra no probabilística para la entrevista

En el desarrollo de nuestro estudio se aplicó una entrevista a expertos en materia. Los criterios básicos para su selección han sido:

- 1° Que tengan una experiencia mayor a cinco años en el campo del Derecho Civil.
- 2° Que hayan tenido experiencia en contrataciones con el Estado.

La muestra no probabilística por conveniencia estará conformada por dos expertos en materia civil y contrataciones con el Estado.

4.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

Técnicas: Las técnicas que empleamos en nuestro estudio han sido: el análisis documental y la entrevista.

Instrumentos: Los instrumentos que corresponden a las técnicas que empleamos son: el cuestionario de preguntas no estructuradas.

4.5 Procesamiento de datos

- Los datos recogidos se ordenarán y sistematizarán para su análisis e interpretación.
- Se elaboran los instrumentos de recolección de información.
- Se aplicarán los instrumentos.
- La información recogida se ordena y sistematiza.
- Se procede al análisis e interpretación de la información.

CAPITULO V

5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1 Desventajas para las partes derivadas de los procesos de arbitraje en los casos de controversias en las contrataciones con el Estado Peruano

1° El Estado es el más vulnerable en cuanto a las pérdidas que se han tenido en los procesos de Arbitraje que devienen de las Contrataciones con el Estado, según estadísticas que presenta la Contraloría General de la República se tiene un margen del 70% de procesos con resultados desfavorables y pagos millonarios a las Empresas privadas, luego de analizar 2,796 laudos arbitrales en los que participó el Estado Peruano, en los periodos 2003-2013, datos que se encuentran registrados en el Portal del Organismo Superior de Contrataciones del Estado.

2° El tiempo es otro factor determinante en cuanto a las desventajas que se tienen por cuanto el proceso de arbitraje se encuentra condicionado a los plazos que establece la Ley de Arbitraje y su Reglamento, lo contrario al proceso conciliatorio que el plazo se encuentra a voluntad de las partes, el cual puede culminar en dos sesiones.

3° Se tiene una débil organización en las dependencias logísticas de las Entidades del aparato estatal, sobre todo a nivel de los Gobiernos Sub Nacionales, que no cuentan o cuentan con muy pocos profesionales especializados en contratación pública, que no se abastecen para atender oportunamente las diversas situaciones y contingencias que se presentan en la etapa de ejecución de los contratos que la Entidad tienen suscritos con el privado.

4° El factor económico a la que se someten las partes por cuanto el Proceso de Arbitraje irroga gastos desde el momento de su interposición, más aún si la controversia asciende a un monto alto los gastos del proceso arbitral se rigen por la cuantía de la controversia.

5° Existe un número elevado de casos en los que los árbitros son designados de modo reiterado por una misma parte, con lo cual se corre el riesgo que pierden independencia, e imparcialidad por los ingresos que estas designaciones les significan lo cual podría devenir en actos de corrupción.

5.2 Razones por las que no se ha utilizado la conciliación en los casos de controversias en las contrataciones con el Estado Peruano

En el Perú no se han utilizado el mecanismo alternativo de solución de conflictos como es el caso de la conciliación por las siguientes razones:

1° La Entidad no tiene como principio la conciliación por la escasa sensación de respaldo del marco normativo, frente a la posibilidad latente y real de un cuestionamiento de parte del órgano de Control Institucional, lo cual esta decisión de no conciliar sería perjudicial para el contratista quien sí podría considerar resolver la controversia mediante una conciliación.

2° Los intereses económicos de las Empresas Privadas resultan ser un factor importante puesto que la débil defensa que se tiene por parte del Estado conlleva a que las Empresas privadas se inclinen por llevar a cabo un proceso arbitral con expectativa de éxito y no recurrir a la Conciliación Extrajudicial.

3° En los años anteriores la Ley del Sistema de Defensa del Estado hizo un esfuerzo serio para hacer viable la conciliación de las controversias que devienen de procesos de

contratación con el Estado, sin embargo, en los últimos años los temores y los intereses por parte de los privados obligaron a limitar en la Ley las facultades que confiere a los procuradores públicos al extremo de reducir considerablemente sus alcances.

4° La falta de especialidad que carecen los conciliadores extrajudiciales en temas que devienen de contrataciones con el estado, actúa negativamente en las partes, pues no existe la plena seguridad del principio de imparcialidad.

5° La escasa regulación normativa que se tiene en la Ley de Conciliación y su Reglamento en cuanto a las contrataciones con el Estado, generando a las partes inseguridad de someterse previamente este procedimiento.

5.3 Ventajas que ofrece la conciliación como medio alternativo de resolución de Conflictos

Las ventajas que ofrece la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, son las siguientes:

1° El Estado debe considerar los criterios de costo-beneficio y la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.

2° El Estado podría tener mejores oportunidades en cuanto a obtener resultados favorables evitando pérdidas millonarias.

3° El acuerdo conciliatorio es suscrita y respaldada por una persona capacitada y acreditada mediante Resolución por el Ministerio de Justicia, el Acta de acuerdo conciliatorio es propuesto por las partes, el cual tiene el respaldo legal y normativo para

hacer eficaz su cumplimiento con la naturaleza de sentencia, en caso de incumplimiento puede ser sometido a un proceso de ejecución.

4° Las partes involucradas deciden la solución de la controversia, tomando decisiones en el menor tiempo, en los procesos de conciliación ambas partes plantean una fórmula conciliatoria llegando a un equilibrio donde ambos se encuentren satisfechos con el resultado obtenido.

5.4. Opinión de algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano

1° Entrevista a la Dra. Rossy Gamarra Mercado – Ex Procuradora del Gobierno Regional del Cusco.

1° ¿Por qué cree Usted que en los procesos de arbitraje con el Estado este ha sido perjudicado en la mayoría de los casos?

Durante estos últimos años sabemos que hubo mucho de corrupción en nuestro país donde se negociaban los resultados de arbitraje a favor de los privados, sin embargo, se tienen otros factores como la deficiente defensa por parte del estado, demandas mal planteadas, no se diseña una estrategia a seguir, no se tiene inversión para la defensa.

2° ¿Qué opinión le merece establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje?

Considero que en esta etapa el Estado Peruano viene de alguna manera intentando recuperar la confianza en los sistemas de justicia por cuanto no se encuentra aún preparado para someterse a la conciliación sin que medie algún factor de corrupción.

3° ¿Considera Usted que la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción?

Considero que, si podría evaluarse ese punto ya que, si se tiene una conciliación con las garantías de un debido proceso con el sustento técnico y legal, ya no se tendría que llevarse a cabo un proceso de arbitraje que es más vulnerable, susceptible de corrupción.

2° Entrevista al Dr. Isaías Barreto Del Castillo - Especialista en Arbitraje y asesor en la Gerencia General del Gobierno Regional Cusco.

1° ¿Por qué cree Usted que en los procesos de arbitraje con el Estado este ha sido perjudicado en la mayoría de los casos?

El Arbitraje como mecanismo alternativo de administración de justicia y administración privada de justicia, no tiene procedimientos de fiscalización, no tiene procedimientos adecuados de selección a los profesionales dedicados y conocedores en materia de arbitraje y contrataciones públicas, y siendo que las normas en contrataciones públicas resultan más favorables a los contratistas, lo cual fue un escenario fácil para el desarrollo de la corrupción.

2° ¿Qué opinión le merece establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje?

En general no es practicable porque siempre hay controversias de alta complejidad y fuerte litigiosidad que requieren soluciones urgentes y hacer que obligatoriamente agoten el intento conciliatorio, dilataría innecesariamente.

3° ¿Considera Usted que la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción?

Dependiendo de los actores que participan en la conciliación, podría contribuir a disminuir la corrupción, se tendría que contar con personal especializado, de hecho, en el país también se conocen conciliaciones que perjudicaron altamente al Estado, ya sea por falta de conocimiento especializado en materia de contrataciones con el Estado, y otro factor es que no está exento de la aplicación de métodos corruptivos.

3° Entrevista al Dr. Joaquín Pacheco Cueva – Abogado de la Procuraduría Pública Regional del Cusco

1° ¿Por qué cree Usted que en los procesos de arbitraje con el Estado este ha sido perjudicado en la mayoría de los casos?

Considero que existen varios factores, empezando por la obligatoriedad del arbitraje en las controversias que se presentan en contrataciones públicas, no existe otro vía sino la arbitral, y una vez que se inicia el arbitraje tenemos dos opciones el arbitraje Ad hoc o el Arbitraje Institucional, en el primer caso es donde se presenta el mayor número de casos de corrupción, es el caso por ejemplo de Odebrecht donde los casos de corrupción en arbitrajes fueron en arbitrajes Ad hoc donde dicha empresa de forma irregular gano todos los casos en perjuicio del Estado, pero en relación al segundo tipo de arbitraje, el institucional, en la mayoría de los casos las instituciones cuidan su prestigio, pero tampoco escapan a temas de corrupción, y más cuando es una institución arbitral clandestina, o que trabaja bajo la sombra de la corrupción, y pero aun que no cuida su prestigio como si lo hacen los grandes centros de arbitraje institucional. Y a todo ello se suma que por parte del Minjus no existe una autoridad competente que supervise y controle dichos centros de arbitraje.

Entonces considero que el perjuicio que sufre el estado, es principalmente por temas de corrupción de arbitrajes Ad hoc, eso no quiere decir que en los arbitrajes Institucionales no se presente temas de corrupción.

Otro aspecto, desde la experiencia que tengo es que en los arbitrajes contra el Estado, la entidad pública pierde el arbitraje antes que inicie el mismo, por ejemplo una mala resolución del contrato o desconocimiento de las normas de contrataciones públicas entre otros, es decir, se inicia un arbitraje cuando el estado a nivel administrativo, previo al arbitraje ya perdió el caso.

Otro punto es la participación de funcionarios o servidores públicos que asumen parte de las contrataciones pública sin el mínimo conocimiento de la Ley de Contrataciones Públicas, por ejemplo, el comité de recepción una vez que la empresa contratista entrega el bien dentro del plazo establecido realiza un acta de recepción firmando todos los participantes, pero luego, cuando se hace la verificación de las características del bien con las bases del concurso, estas no corresponden, en algunos casos también podrían ser actos de corrupción, pero desde mi experiencia considero que existe desconocimiento de la Ley de Contrataciones Públicas, y por ende los funcionarios sin mayor análisis firman la conformidad como si firman una papeleta de salida, sin mayor análisis y criterio.

2° ¿Qué opinión le merece establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje?

Considero que sería una buena opción, pues a la fecha la Ley de Contrataciones Públicas Ley N° 30225 da la facultad de iniciar una conciliación, pero no obliga. Pero, ello sería solo en casos con pretensiones patrimoniales y derechos disponibles, pero en casos, por ejemplo: nulidades, considero que no debería ser obligatorio, pues una nulidad implica no solo un aspecto patrimonial, sino incluso un tema de fondo que determinará la responsabilidad de funcionarios. Entonces un acta de conciliación al tener la misma categoría que una sentencia, considero que solo debería ser obligatoria en casos con

pretensiones patrimoniales, es decir derechos disponibles, pero no en casos de derechos no disponibles que necesiten mayor análisis del caso.

3° ¿Considera Usted que la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción?

Podría incidir en la disminución, pero ello solo en casos conciliables, es decir casos que puedan ser materia de conciliación, tratándose de derechos disponibles o que tengan una cuantificación patrimonial. Pero en los casos donde no sería posible llegar a una conciliación por la propia naturaleza del caso el arbitraje será necesariamente la vía para resolver la controversia.

Por ejemplo en casos de aplicación de penalidades, que pasa si a la empresa contratista se le impone una penalidad por la demora en la entrega del bien, la obra o el servicio, la única opción es que pague la penalidad, pero a nivel de conciliación no se podría disminuir o perdonar el pago de la penalidad, entonces necesariamente el tema tendrá que irse a la vía arbitral donde en la etapa probatoria se establecerá si efectivamente corresponde aplicar la penalidad y la empresa deba pagar. Entonces, en suma, considero que si disminuiría, pero solo en temas conciliables, porque en los casos donde la conciliación no aplica necesariamente se deberá iniciar el arbitraje.

4° Entrevista a la Dra. Guisselle Angelo Soto – Analista de la Contraloría

1° ¿Por qué cree Usted que en los procesos de arbitraje con el Estado este ha sido perjudicado en la mayoría de los casos?

- Corrupción en los arbitrajes con el Estado
- Falta de idoneidad y capacitación de los árbitros
- Ausencia de fiscalización en los centros de arbitraje y árbitros en general por el Ministerio de Justicia.
- Falta de control gubernamental en las procuradurías del Estado Peruano.

2° ¿Qué opinión le merece establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje?

Podría darse en algunos casos, debido a que la conciliación versa sobre derechos de libre disposición y en el arbitraje no siempre es así, existen pretensiones que no son de libre disposición como las adicionales de obra o penalidades, sin embargo, respecto de los derechos de libre disposición contando con el sustento costo beneficio y donde el estado no tenga un perjuicio mayor, sería recomendable acudir a vía más sana que es la conciliación.

3° ¿Considera Usted que la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción?

No, en muchos casos la haría más peligrosa debido a que no todos los conciliadores tienen formación especializada en el ámbito del derecho y más aún en temas de contrataciones con el estado donde versa temas económicos.

La corrupción es un problema que está vinculada a la falta de valores y éticas en los profesionales (personas).

5° Entrevista al Dr. Germán Luna Álvarez, Procurador Público de la SBC

1° ¿Por qué cree Usted que en los procesos de arbitraje con el Estado este ha sido perjudicado en la mayoría de los casos?

Por la falta de preparación de los procuradores que defienden los intereses del Estado, en virtud a quienes se designa no tienen una preparación suficiente, ya que sus designaciones se basan en criterios políticos no técnicos de especialización.

2° ¿Qué opinión le merece establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje?

Se desnaturalizaría el proceso de arbitraje, ya que se vio que la conciliación no genera los efectos legales que la ley busca.

3° ¿Considera Usted que la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción?

No, porque la corrupción son actos que no pueden ser conciliados, ya que no se podría negociar una pena, pero en el tema de contrataciones del Estado se tendría que buscar que los que lleven el acto, tengan un mínimo de especialización previa.

5.5 Análisis de las entrevistas realizadas

a. Los entrevistados concuerdan que en los procesos de arbitraje en la mayoría de los casos el Estado ha sido perjudicado, las razones principales que son las siguientes:

- Posibles negociados de los resultados del arbitraje a favor de los privados.
- Siendo que también las normas en contrataciones públicas resultan más favorables a los contratistas, lo cual fue un escenario fácil para el desarrollo de la corrupción.
- Deficiente defensa por parte del Estado sin estrategia a seguir. - Por lo que es necesario la contratación de profesionales especializados la para defensa del Estado, así como establecer procedimientos adecuados para la selección a los profesionales dedicados y conocedores en materia de arbitraje y contrataciones públicas.
- No se tiene inversión para la defensa. - Es necesario que el Estado pueda prever un presupuesto para la defensa sin embargo el cumpla los objetivos, es necesario también ejecutar procedimientos de fiscalización efectivos en los procesos de arbitraje.

b. Sobre la propuesta de establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje se tiene que:

La primera entrevistada mantiene la opinión de que el país aún no se encuentra preparado para someterse a la conciliación sin que medie algún factor de corrupción, sin embargo, tenemos entiendo que lamentablemente existen posibles negociaciones sobre los resultados del arbitraje a favor de los privados.

El segundo entrevistado indicó que no es factible, porque siempre hay controversias de alta complejidad y fuerte litigiosidad que requieren soluciones urgentes y hacer que obligatoriamente agoten el intento conciliatorio, dilataría innecesariamente, sin embargo,

creemos que si se podría dar incluso mediante conciliadores especializados en el tema de gestión pública y llegada a una conciliación equipararía menos costos para el Estado.

El tercer entrevistado indicó que sería una buena opción, pues a la fecha la Ley de Contrataciones Públicas Ley N° 30225 da la facultad de iniciar una conciliación, pero no obliga. Pero, ello sería solo en casos con pretensiones patrimoniales y derechos disponibles, pero en casos, por ejemplo: nulidades, considero que no debería ser obligatorio, pues una nulidad implica no solo un aspecto patrimonial, sino incluso un tema de fondo que determinará la responsabilidad de funcionarios.

La cuarta entrevistada indicó que podría darse en algunos casos, debido a que la conciliación versa sobre derechos de libre disposición y en el arbitraje no siempre es así, existen pretensiones que no son de libre disposición como las adicionales de obra o penalidades.

Por lo que podemos observar que los dos primeros entrevistados indicaron que no es tan factible establecer la conciliación de forma obligatoria, pero los dos últimos entrevistados alegaron que sería factible en algunos casos.

El cuarto entrevistado indica que se desnaturalizaría el proceso de arbitraje, ya que se vio que la conciliación no genera los efectos legales que la ley busca.

c. Sobre si la propuesta de la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción, se puede analizar lo siguiente de las opiniones de los entrevistados:

Conciliación con las garantías de un debido proceso. - Es necesario garantizar mediante un sustento técnico y legal para aprobar la propuesta de conciliación obligatoria previa al arbitraje, porque estamos de acuerdo que al llegar a una conciliación ya no se tendría que llevar a cabo un proceso de arbitraje que es más vulnerable y susceptible de corrupción

Contribuir a disminuir la corrupción. - Dependería de los actores que participan en la conciliación, sería necesario contar con personal especializado, porque también se conocen conciliaciones que perjudicaron altamente al Estado, ya sea por falta de conocimiento especializado en materia de contrataciones con el Estado, y otro factor es que no está exento de la aplicación de métodos corruptivos, en esta idea debemos tener en cuenta, de igual forma es necesario la defensa del Estado pueda formular una propuesta

conciliatoria de acuerdo a parámetros establecidos de forma legal y técnica, ya que muchas veces no llegan a conciliar por el temor de no agotar las vías previas y ser responsables de una conciliación mal realizada o llevar la carga de responsabilidad que la solución solo dependa de los representantes.

5.6 Casos de arbitraje en la ciudad de Cusco

CASO 1

ANTECEDENTE: Proceso arbitral seguido entre CESEL S.A. y Gobierno Regional del Cusco, suscriben un Contrato Ne 352-2012-GR CUSCO/GGR, en fecha 15.04.2011 para el servicio de consultoría para la supervisión de la elaboración del expediente técnico a nivel de ejecución de obra y construcción de obra "Mejoramiento de la capacidad resolutive de los servicios de salud del Hospital Antonio Lorena III- 1- Cusco".

LAS PARTES: CESEL S.A. (en adelante, LA SUPERVISORA y EL DEMANDANTE GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO (en adelante, GORE CUSCO y EL DEMANDADO)

TRIBUNAL ARBITRAL: Ricardo Rodríguez Ardiles, Alberto Rizo Patrón Carreño y Gonzalo Garcia Calderón Moreyra

RESUMEN:

Pretensiones Del Demandante:

Principales:

Que, el Tribunal Arbitral deje sin efecto la Resolución N° 047-2015-GR CUSCO/PR recibida con fecha 21.01.2015, mediante la cual se declara inadmisibile la Ampliación de Plazo N° 06 de la Supervisión.

"Que, el Tribunal Arbitral declarare la Aprobación Ficta de la Ampliación de Plazo N°06 de la Supervisión.

Que el Tribunal Arbitral disponga el reconocimiento económico y pago de las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02, 03, 04, 05 y 06, generados durante la prestación del

Contrato, y que ascienden en total a la suma de S/. 1'544,425.56 (un millón quinientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos veinticinco con 56/100 so/es), más IGV'.

Que, el Tribunal Arbitral ordene que se expida la Constancia de prestación de servicios.

Que, el Tribunal Arbitral determine si CESEL cumplió cabalmente todas sus obligaciones como Supervisión.

Fundamentos de las Pretensiones:

La parte actora alega que solicitó al GORE CUSCO la Ampliación de Plazo No 06 por 22 días calendario mediante la Carta N° SL.HALC.128300.1549.15 de fecha 06 de enero del 2012, en razón de la Ampliación de Plazo de obra No 9 que se le concedió al contratista ejecutor para; que concluyera las obras que tenía a su cargo.

Al respecto, la parte actora señala que se habría producido la aprobación ficta del requerimiento de Ampliación de Plazo N' 06, en tanto, el pronunciamiento del GORE CUSCO se produjo fuera del plazo de 10 días hábiles, conforme a lo establecido en el artículo 175' del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese sentido, señala que el pronunciamiento del GORE CUSCO sería extemporáneo, en tanto, se produjo el día 21 de enero del 2015, siendo la fecha límite, conforme al artículo referido, el 20 de enero del 2015.

La parte actora sostiene que en razón a que el Tribunal Arbitral reconozca que el pronunciamiento del GORE CUSCO fue extemporáneo dado los argumentos expuestos en la pretensión anterior, corresponde se declare la aprobación ficta de la Ampliación de Plazo N' 06.

En ese sentido, la demandante sostiene que, de forma errónea, el GORE CUSCO GRC considera que hay "incumplimiento contractual debido a que los monto que derivan de los documentos mencionados en su Carta Notarial, no coinciden, situación que, CESEL señala, no puede considerar como una causal de resolución de contrato, sino como una falta de conocimiento de los antecedentes del proyecto.

Pretensiones del Gobierno Regional del Cusco:

LA ENTIDAD sustenta su reconvención en los siguientes fundamentos:

Que, respecto a la pretensión sobre declarar el incumplimiento de obligaciones de la ENTIDAD; GORE CUSCO sostiene que mediante reiteradas cartas ha requerido a CESEL que se cumpla con sus obligaciones; sin embargo, CESEL no habría cumplido con presentarlas, así como no habría cumplido con salvaguardar los intereses de GORE CUSCO, en tanto, defraudó al presentar un expediente técnico el cual no era el aprobado mediante RER 636-2013-GR CUSCO/PR, toda vez que este no fue presentado al CONSORCIO SALUD LORENA. En ese sentido, a criterio de GORE CUSCO, no se habrían cumplido con las obligaciones, debiendo por tanto este Tribunal Arbitral declarar fundada su pretensión.

DECISIÓN:

A favor de CESEL solo declaró FUNDADA la Pretensión de Acumulación de la Demanda formulada CESEL referida a dejar sin efecto la resolución del Contrato practicada por GORE CUSCO.

A favor del GORE declaró FUNDADA la Tercera Pretensión de la Reconvención formulada GORE CUSCO referida al pago por daños y perjuicios irrogados por CESEL, dejando constancia que los efectos de esta parte de lo decidido se encuentran supeditados a lo que resuelva el Poder Judicial.

Igualmente dispuso que las partes asuman las costas y costos en proporciones iguales, debiendo cada una de ellas asumir el costo involucrado en la defensa legal.

CASO 2

ANTECEDENTE: Con fecha 08 de enero del 2013, el comité especial adjudicó a URPI la Buena Pro del proceso de selección de licitaciones públicas por subasta inversa para la admisión de la mobiliaria de madera para el mejoramiento de Servicios Educativos con Mobiliario y Equipamiento en las instituciones educativas integradas de las Provincias de Acomayo, Canas, Chumbivilcas, Paruro y Paucartambo de la Región Cusco y en fecha 30 de enero 2013 se firma el contrato N° 037-2013-GR-CUSCO/GGR, sobre Adquisición de mobiliario de madera.

LAS PARTES: EL DEMANDANTE es Muebles y Decoraciones URPI S.A.C. y el DEMANDADO el Gobierno Regional del Cusco (GORE)

ÁRBITRO ÚNICO: Karina Zambrano Blanco

RESUMEN:

Pretensiones de la demanda

Determinar si procede o no, la obligación de dar suma de dinero ascendente a S/. 749,000.00 por los servicios efectuados por la empresa Muebles y Decoraciones URPI S.A.C. según el Contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes.

Establecer o no, que se declare sin efecto la penalidad aplicada por el Gobierno del Cusco a la empresa Muebles y Decoraciones URPI S.A.C. por el monto de S/. 63,780.00, en la ejecución del contrato N° 037-2013-GR-CUSCO/GGR.

Determinar si procede o no, la obligación de hacer consistente en la aprobación de las solicitudes de ampliación de plazo, solicitadas en fecha 03 de abril del 2013 y 19 de abril del 2013 por la empresa Muebles y Decoraciones URPI S.A.C.

Determinar si procede el pago de intereses legales a favor de la empresa de muebles.

Determinar si procede o no, el pago de indemnización de daños y perjuicios a favor de la empresa de muebles.

Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos arbitrales.

Materia de la Controvertida:

De acuerdo a lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios probatorios de fecha 21 de abril de 2015, corresponderá a un árbitro único determinar en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

DECISIÓN:

El Árbitro Único resuelve declarar que no tiene mérito pronunciamiento el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión formulada por el demandante referido a la obligación de dar suma de dinero ascendente a S/. 749,000.00 por los servicios efectuados por la empresa Muebles y Decoraciones URPI S.A.C. según el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes.

Declaró infundado el punto controvertido referente a la obligación de hacer consistente la ampliación de plazo.

Se declaró improcedente el cuarto punto controvertidos sobre el pago de intereses legales a favor de la empresa de muebles.

Se declaró fundado el quinto punto controvertido derivado de la quinta pretensión formulada por la demandante en cuanto al pago de indemnización de daños y perjuicios, por lo que se ordenó al GORE el pago e los S/. 42737.68 a favor de la empresa de muebles.

Sobre el pago de costas y cotas se declaró que serán asumimos por cada una de las partes.

5.7 Análisis de los casos establecidos

En el primer caso sobre el Proceso arbitral seguido entre CESEL S.A. y GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO

Las partes no llegaron a una solución vía conciliación, sin embargo el tribunal arbitral a favor de CESEL solo declaró FUNDADA la Pretensión de Acumulación de la Demanda formulada CESEL referida a dejar sin efecto la resolución del Contrato practicada por GORE CUSCO, ya que se llegó a demostrar la existencia de una medida cautelar de no innovar solicitada por CESEL la cual fue declarada consentida por el juzgado, por el cual, el GORE CUSCO se encontraría impedido legalmente de resolver el Contrato

Asimismo, a favor del GORE declaró FUNDADA la Tercera Pretensión de la Reconvención formulada GORE CUSCO referida al pago por daños y perjuicios irrogados por CESEL, dejando constancia que los efectos de esta parte de lo decidido se encuentran supeditados a lo que resuelva el Poder Judicial.

Igualmente dispuso que las partes asuman las costas y costos en proporciones iguales, debiendo cada una de ellas asumir el costo involucrado en la defensa legal.

En el segundo caso de la Empresa Muebles y Decoraciones URPI S.A.C. contra el GORE, se comprobó que la empresa URPI sufrió daños al haber el GORE aplicado indebidamente la penalidad, además por no haber cumplido la obligación contractual de pago establecida en el art. 168 inciso 1 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez

que tenía la certeza de recibir el monto pactado de acuerdo a las cláusula tercera del contrato, lo cual se comprobó con los préstamos bancarios que solicitó URPI a diferentes entidades bancarias para asumir la ejecución del contrato, siendo que no se verificó el pago oportuno del contrato por parte del GORE generando un perjuicio económico a la empresa URPI.

Sin embargo, según el GORE alegó que quien no cumplió las obligaciones fue la contratista, que luego de suscribir el contrato alegó aspecto fuera de la ley.

De la revisión de los medios probatorios se tiene la carta notarial de fecha 22/08/13 donde la contratista requiere a la entidad el cumplimiento del pago, sin embargo, no hubo respuesta, por lo que se resuelve de forma parcia el contrato mediante carta notarial 10/09/2012. Luego mediante carta 17/09/15 el contratista requiere el cumplimiento del pago bajo apercibimiento de resolución del contrato por lo que a falta de respuesta mediante carta notarial del 23/09/2013 el contratista procede a resolver en forma total el contrato.

Siendo que la demandante ha sustentado su demanda con documentos que probaron los gastos incurridos por la demora en el pago, por parte de la entidad que le generaron daños y perjuicios como préstamos bancarios, intereses por préstamos de terceros, etc., atendiendo al periodo del perjuicio del 08/07/2013 hasta el 19/05/2014

5.8 Efectos de las conciliaciones extrajudiciales bajo la óptica de la Contraloría General de la República

A pesar de que la figura de la conciliación tiene larga data en nuestro país, ya que esta se viene aplicando en el proceso civil peruano principalmente; es a partir de noviembre de 1997 cuando se promulga la Ley N° 26872 (Ley de Conciliación) la misma que adquiere una mayor dimensión y una importancia creciente como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Es así que podemos entender a la conciliación extrajudicial como una institución consensual y propiciadora de una cultura de paz, la cual tiene como finalidad subyacente el objetivo de descongestionar los despachos judiciales de la excesiva carga procesal actual, por lo que ha venido ampliando su campo de acción desplazándose del primigenio

ámbito civil hacia materias como la laboral, penal en cuanto a la reparación civil y las Contrataciones con el Estado. (GATICA RODRÍGUEZ, Miguel y otros, 2000)

En el caso de la Contraloría General de la República, su función es supervisar y verificar la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado, a través de nuestras gerencias regionales de control, los Órganos de Control Institucional (OCI) y las Sociedades de Auditorías (SOA).

A finales del año 2013 emitió un Informe sobre “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013”. El cual indica que, en términos generales, el resultado del arbitraje contenido en el laudo arbitral puede ser favorable o desfavorable total o parcialmente para cualquiera de las partes, asimismo puede culminar por conciliación y homologación de acuerdo transaccional. Es decir, el tribunal arbitral hará constar el acuerdo de las partes en forma de laudo arbitral en los términos en los que hayan convenido sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado en el proceso arbitral sobre el fondo de la controversia. (Contraloría General de la República, 2013).

De la misma forma dicho Informe, evidencia que, de la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003-2013, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% (1 969) del total de laudos. Los resultados favorables sólo representan el 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transaccionales. (Contraloría General de la República, 2013) De esto podemos colegir que pese a estar en una etapa arbitral la conciliación jugó un rol importante llegando incluso a conciliar a favor del estado, generando un efecto favorable en pro de la administración pública, lo cual pudo generarse previamente sin necesidad de iniciar el proceso arbitral.

Por otro lado, respecto al monto pretendido o demandado por los agentes privados el Informe indica que: “En los 2 796 arbitrajes registrados para el periodo 2003-2013 asciende a S/. 2 307 188 236 con un monto promedio pretendido por demanda arbitral de S/. 825 175. El Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% de los arbitrajes, ello significa que en 1 969 procesos arbitrales debe pagar por orden de los árbitros a favor

de los agentes privados la suma total de S/. 1 128 180 981, monto del cual S/. 122 970 866 corresponde al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, y la diferencia al pago por concepto de pretensiones distintas a esta solicitadas por los contratistas. Solo el 27% de los laudos, es decir 758 arbitrajes, fueron favorables al Estado y el 3% restante de los laudos fue concluido por acuerdo conciliatorio o transaccional homologado.” (Contraloría General de la República, 2013).

Es más dicho reporte indica textualmente 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).” (Contraloría General de la República, 2013) demostrando así que la Conciliación juega un rol importante y hasta preventivo para los efectos de solución de conflictos a favor de nuestro Estado de acuerdo a la óptica de la Contraloría General de la República.

5.9 Formula legislativa para plantear la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano.

FORMULA LEGISLATIVA PARA PLANTEAR LA CONCILIACIÓN OBLIGATORIA COMO REQUISITO PREVIO AL ARBITRAJE, EN EL CASO DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO PERUANO

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO N° 45, NUMERAL 45.1 DEL TULO DE LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444, NUMERAL 45.1

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente Proyecto de Ley tiene por finalidad PROPONER la modificación del artículo N° 45, numeral 45.1, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, con el propósito de establecer como requisito previo al arbitraje someterse a un proceso conciliatorio.

La presente iniciativa se sustenta en las siguientes consideraciones:

En principio el TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, establece en su Artículo 45, Medios de Solución de Controversias de la ejecución contractual, numeral 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 de la Ley N° 30225, Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Título IX controversias durante la ejecución contractual Capítulo I Medios de Solución de Controversias Artículo 223. Disposiciones generales 223.1. “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.

Por cuanto la Ley y el Reglamento en cuanto se refieren a la solución de controversias establecen de manera facultativa y por acuerdo de ambas partes someterse a la Conciliación y/o arbitraje, sin considerar las ventajas para ambas partes en buscar la solución mediante un proceso conciliatorio.

El Estado no puede seguir siendo el más perjudicado en cuanto a los resultados desfavorables y pérdidas millonarias en los procesos de arbitraje debido a los actos de corrupción.

II. MODIFICACION DEL ARTÍCULO N° 45, numeral 45.1 del TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Dice:

“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” (...).

Debe decir:

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, las partes deben someterse previamente a un proceso conciliatorio, de no haber acuerdo total o parcial se puede proseguir con el proceso de arbitraje.

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

Esta propuesta contribuye a que las partes puedan buscar una solución a la controversia surgida durante la ejecución contractual, que resulte más eficaz que someterse a un proceso de arbitraje, en cuanto al tiempo, al costo y otros factores que determinan el proceso.

Los beneficios que se pueden esperar de esta Ley son:

Se evita recurrir al Proceso de arbitraje, lo cual le permitiría al Estado a tener mejores oportunidades en cuanto a obtener resultados favorables.

El acuerdo conciliatorio propuesto por las partes ya sea total o parcial cuenta con el respaldo legal y normativo para hacer eficaz su cumplimiento, el cual tiene la naturaleza de sentencia.

Las partes involucradas plantean una formula conciliatoria llegando a un equilibrio donde ambos se encuentren satisfechos con el resultado obtenido.

La conciliación se desarrolla dentro de los principios de eficacia, rapidez, confidencialidad, flexibilidad.

Ventajas económicas y sociales que tiene para las partes el establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano

Ventajas económicas

Las ventajas económicas que ofrece la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, son las siguientes:

1° La participación en un proceso de conciliación tiene un costo accesible para las partes intervinientes, el acuerdo conciliatorio se desarrolla en un Centro de Conciliación debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, pudiendo ser público o privado a cargo de una persona capacitada y acreditada mediante Resolución por el Ministerio de Justicia.

2° La actual Ley y el Reglamento en Contrataciones con el Estado obliga a la Entidad, bajo responsabilidad, a evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio (análisis económico) y ponderando los costos en tiempo y recursos económicos del proceso arbitral.

Ventajas sociales

Las ventajas sociales que ofrece la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, son las siguientes:

1° Las partes involucradas deciden la solución de la controversia, tomando decisiones en el menor tiempo, en los procesos de conciliación ambas partes plantean una formula conciliatoria llegando a un equilibrio donde ambos se encuentren satisfechos con el resultado obtenido.

2° Con la conciliación se propicia una cultura de paz entre las partes involucradas ya que ambos ganan.

3° Se evita recurrir al Proceso de arbitraje, lo cual le permitiría al Estado a tener mejores oportunidades en cuanto a obtener resultados favorable, ya que para dar solución mediante un proceso conciliatorio, los Procuradores Públicos de cada Entidad necesitan contar con una Resolución Autoritativa por el Titular y esta se encuentra respaldada con los informes técnico legales y con la evaluación costo beneficio que demuestra que el Estado estaría ganando al conciliar con la parte contraria que es el contratista.

4 ° La conciliación se da con mayor eficacia y rapidez debido a las ventajas intrínsecas que conlleva todo proceso conciliatorio: la confidencialidad, la flexibilidad, las soluciones creativas, la exploración de los intereses y necesidades, el mantenimiento de

los derechos como la preservación de las relaciones entre las partes en conflicto, además de acuerdos asumidos de manera voluntaria y consensual únicamente entre las partes.

CONCLUSIONES

PRIMERA

En la presente investigación se ha identificado las desventajas que se tienen en un proceso de arbitraje siendo las siguientes:

1° El Estado es el más vulnerable en cuanto a las pérdidas que se han tenido en los procesos de Arbitraje que devienen de las Contrataciones con el Estado, teniendo resultados desfavorables y pagos millonarios a las Empresas privadas.

2° Los plazos que tiene el proceso de arbitraje limitan a las partes a poder solucionar la controversia en un menor tiempo.

3° Las Entidades públicas cuentan con una débil organización en las áreas logísticas sobre todo a nivel de los Gobiernos Sub Nacionales, que no cuentan o cuentan con muy pocos profesionales especializados en contratación pública, insuficiente para atender oportunamente las diversas situaciones y contingencias que se presentan en la etapa de ejecución de los contratos que la Entidad tienen suscritos con el privado.

4° El factor económico a la que se someten las partes por cuanto el Proceso de Arbitraje irroga gastos desde el momento de su interposición, más aún si la controversia asciende a un monto alto los gastos del proceso arbitral se rigen por la cuantía de la controversia.

5° Existe un gran número elevado de casos en los que los árbitros son designados de modo reiterado por una misma parte, con lo cual se corre el riesgo que pierden independencia, e imparcialidad por los ingresos que estas designaciones les significan lo cual podría devenir en actos de corrupción.

SEGUNDA

Las razones por las que no se ha utilizado la conciliación en los casos de controversias en las contrataciones con el estado peruano, son las siguientes:

1° La escasa sensación de respaldo del marco normativo, frente a la posibilidad latente y real de un cuestionamiento de parte del órgano de Control Institucional, lo cual genera temor en los funcionarios de la Entidad de emitir pronunciamiento favorable de conciliar.

2° Los intereses económicos de las Empresas Privadas puesto que la débil defensa que se tiene por parte del Estado conlleva a que las Empresas privadas se inclinen por llevar a cabo un proceso arbitral y no recurrir a la Conciliación Extrajudicial.

3° La falta de especialidad que carecen los conciliadores extrajudiciales en temas que devienen de contrataciones con el estado, actúa negativamente en las partes, pues no existe la plena seguridad del principio de imparcialidad.

4° La escasa regulación normativa que se tiene en la Ley de Conciliación y su Reglamento en cuanto a las contrataciones con el Estado, generando a las partes inseguridad de someterse previamente este procedimiento.

TERCERA

En la presente investigación se ha determinado las ventajas que ofrece la conciliación extrajudicial en las contrataciones con el Estado.

1° La actual Ley y el Reglamento en Contrataciones con el Estado es precisa en cuanto a la posibilidad de conciliar en las controversias que surjan en la ejecución de los contratos bajo responsabilidad, debiendo evaluar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación.

2° Se evita recurrir al Proceso de arbitraje, lo cual le permitiría al Estado a tener mejores oportunidades en cuanto a obtener resultados favorables, ya que, para dar solución mediante un proceso conciliatorio, facultad conferida a los Procuradores Públicos de cada Entidad, debiendo contar con el respaldo técnico y legal que demuestra que el Estado estaría ganando al conciliar con la parte contraria que es el contratista.

3° El acuerdo conciliatorio se desarrolla en un Centro de Conciliación debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, a cargo de una persona capacitada y acreditada mediante Resolución por el Ministerio de Justicia, quien suscribe el Acta de acuerdo conciliatorio, total o parcial propuesto por las partes, el cual tiene el respaldo legal y normativo para hacer eficaz su cumplimiento el cual tiene la naturaleza de sentencia, en caso de incumplimiento someterlo a un proceso de ejecución.

4° Las partes involucradas deciden la solución de la controversia, tomando decisiones en el menor tiempo, en los procesos de conciliación ambas partes plantean una fórmula conciliatoria llegando a un equilibrio donde ambos se encuentren satisfechos con el resultado obtenido.

5° La conciliación se desarrolla dentro de los principios de eficacia, rapidez, confidencialidad, flexibilidad, manteniendo los derechos como la preservación de las relaciones entre las partes en conflicto, además de acuerdos asumidos de manera voluntaria y consensual únicamente entre las partes.

CUARTA

Se ha buscado conocer la opinión de algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano, quienes desde la experiencia que han tenido como la parte más vulnerable que es el Estado, consideran la importancia de un proceso conciliatorio, donde se podría generar alternativas mediante las propuestas de ambas partes

QUINTA

Mediante la propuesta presentada que contiene la fórmula legislativa para plantear la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano, se busca el equilibrio entre las partes donde el Estado peruano no sea quien siempre tenga pérdidas millonarias.

SEXTA

Finalmente, en nuestra investigación se ha establecido de manera analítica y argumentativa que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos tiene ventajas económicas y sociales que favorecen a ambas partes, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano

RECOMENDACIONES

Primera:

La primera recomendación se encuentra dirigida para los funcionarios de las Entidades Públicas, quienes deben considerar la evaluación de una propuesta conciliatoria previa al arbitraje la cual deba garantizar que el Estado no sea perjudicado.

Segunda:

Se recomienda que las Entidades Públicas, cuenten el personal técnico y legal especializado en contrataciones públicas, así mismo que el Ministerio de Justicia desarrolle una especialidad para los conciliadores en contrataciones con el Estado, de esta manera genere a las partes una garantía en cuanto a la decisión de someterse a un proceso conciliatorio.

Tercera:

Se recomienda la modificación legislativa en cuanto a la conciliación previa al arbitraje, para que ambas partes puedan tener resultados favorables, las misma que se sientan satisfechas con los resultados obtenidos, generando una cultura de paz, así mismo no se generen pagos excesivos por ambas partes,

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alsina, Hugo. (1965). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, 2da Edición, Bs.As.

Alsina, Hugo. (1965). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, 2da Edición, Bs.As.

Código Civil de 1984, Edición especial – Jurista Editores, Lima 2019

Castillo, Mario. (2017). Congreso Internacional de Arbitraje y Conciliación, Lima 2017

Primera Edición, Lima 2018

Castillo, Mario y Sabroso, Rita. (2009). El arbitraje en la Contratación Pública

Primera Edición, Editorial Palestra- Lima 2009.

Código Civil de 1984, Edición oficial Ministerio de Justicia, Lima 1984

Decreto ley N° 25935 Ley General de Arbitraje en Editora Normas Legales, Tomo 199 diciembre 1992, Trujillo

Fernández, William (2018). ¿Muerta y enterrada? ¿El fin de la conciliación extrajudicial en el Perú? Hablan las cifras oficiales. Obtenido de <https://lpderecho.pe/conciliacion-extrajudicial-cifras-oficiales-fernandez-valle/>

Gestión, C. G. R. (2013). *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013*. Obtenido de <https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

García Belaunde, D. (2006). Las Constituciones del Perú, Tomos I y II, Fondo Editorial de la U. San Martín de Porres, Lima,

Kunze, Ricardo. Arbitraje, El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia. Volumen I y II, Editorial Palestra, Lima – 2007

Ledesma, Marielena. (2014). Jurisdicción y Arbitraje

Tercera Edición, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú 2014

M. G. (2000). Gatica Rodríguez, Miguel y otros. La Conciliación Extrajudicial, Lima, Grafica Horizonte

Navas, Carlos. (2017). Arbitraje en las Contrataciones con el Estado

Primera Edición, Editorial Instituto Pacífico – Lima 2017

Ormachea, Iván. (2010). El Modelo Conciliatorio en el CPC Peruano: ¿Conciliación o Comercialización? Lima

Separata de Manual de conciliación extrajudicial del Ministerio de Justicia

Separata del 1º Curso internacional de Arbitraje de Inversión – USMP

ANEXOS

ANEXO 1

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA

Nombre:

Cargo:

Entrevista a algunos expertos en relación a establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el estado peruano

1° ¿Por qué cree Usted que en los procesos de arbitraje con el Estado este ha sido perjudicado en la mayoría de los casos?

2° ¿Qué opinión le merece establecer la conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje?

3° ¿Considera Usted que la conciliación obligatoria previa al arbitraje podría contribuir a disminuir los actos de corrupción?

ANEXO 2

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

Fecha:...../...../..... Lugar:.....

ASPECTOS A OBSERVAR:

	SI	NO	NO OBSERVA SE
Parte Ganadora del arbitraje es el Contratista			
Parte Ganadora del arbitraje es el Estado			
La controversia fue la resolución del contrato,			
La controversia fue La ampliación de plazo contractual			
La controversia fue La liquidación del contrato de obra			
f) La controversia fue sobre Las penalidades			
g) La controversia fue por Indemnización por daños y perjuicios.			
El Laudo indica que el Gobierno Regional del Cusco debe asumir los costos arbitrales			
Ineficiente elaboración del Expediente Técnico y otros documentos en las Contrataciones Públicas.			

Inobservancia de los plazos legales del procedimiento de resolución de controversias en sede arbitral por parte del funcionario público y/ o servidor público.			
Defensa insuficiente en el proceso de arbitraje por parte del representante del Gobierno Regional.			

1. Expediente N°: _____

Descripción de aspectos relevantes:

ANEXO 3

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	METODOLOGIA
<p>Principal:</p> <p>¿Qué ventajas tiene para las partes establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano?</p>	<p>General:</p> <p>Precisar las desventajas que tiene para las partes el establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje, en el caso de controversias en las contrataciones con el Estado peruano.</p>	<p>Las ventajas que tiene para las partes establecer una conciliación obligatoria como requisito previo al arbitraje en el caso de controversias en contrataciones con el Estado peruano, son de carácter económico y social.</p>	<p>1° Conciliación</p> <p>2° Arbitraje</p> <p>3° Contrataciones con el Estado</p>	<p>Enfoque de investigación:</p> <p>Cualitativo documental</p> <p>Tipo de investigación jurídica: Dogmático Positivo.</p>

