

# OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE Y OTROS TEMAS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

Franz Kundmüller Caminiti

## CONSIDERACIONES GENERALES

Luego de la promulgación de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, (en adelante, la "LGdA"); y de la Ley 26872, Ley de Conciliación, (en adelante, la "LC"); podemos observar en el Perú la aprobación de normas que regulan ámbitos específicos y que contienen disposiciones sobre arbitraje y conciliación.

*En el presente artículo, el autor analiza las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850, y de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 039-98-PCM, referidas a la solución de los conflictos que se presentan en las relaciones que el Estado establece con los particulares a fin de proveerse de los bienes que satisfacen sus necesidades.*

*Se critica la imposición de la obligatoriedad del arbitraje, la exigencia de que el mismo sea siempre de Derecho, la composición "híbrida" que puede llegar a tener el Tribunal Arbitral, al exigirse, por un lado, que el presidente deba ser siempre abogado y, por el otro, permitirse que los otros dos árbitros puedan tener una profesión distinta, entre otros importantes aspectos.*

Es el caso del régimen de conciliación y arbitraje para las Entidades Prestadoras de Salud, EPS; el régimen de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Productos, aprobado por CONASEV; el régimen que actualmente se proyecta para COFOPRI, en el manejo de conflictos sobre propiedad "informal"; el sistema que rige para OSIPTEL y los conflictos en el campo de las telecomunicaciones; entre otros.

Se identifica entonces una interesante tendencia en pos de la especialización en materia de solución de conflictos<sup>1</sup>. Sin embargo, todavía en nuestro medio no se sigue un criterio uniforme y orgánico en la concepción de estas reglas de gestión de conflictos<sup>2</sup>. En algunos casos existen contradicciones con las leyes vigentes sobre conciliación y arbitraje así como con los aspectos técnicos de la administración de

<sup>1</sup> Cabe citar la presentación que hace Paul MITCHARD. En: "A summary of dispute resolution options" En: *Martindale & Hubbel*, Londres 1996. p. vii y s.s.. Mitchard se refiere a los diversos mecanismos que actualmente se utilizan en el mundo: "fact finding", "med-arb", "partnering", "multidoor proceedings", etc.; todos ellos de aplicación en distintos países y contextos. Esta multiplicidad de mecanismos implica que la oferta de servicios en materia de gestión de conflictos tiende a segmentarse y especializarse conforme a las necesidades de las partes y los requerimientos técnicos de cada conflicto.

<sup>2</sup> Cuando hablamos de gestión, nos estamos refiriendo a la posibilidad de utilizar el o los mecanismos que permitan prevenir o administrar de manera efectiva los conflictos. En tal sentido, proponemos la aplicación extensiva de herramientas como la negociación, la conciliación, el arbitraje, entre otras. Dentro de este contexto, preferimos utilizar la nomenclatura "Mecanismos Apropriados de Gestión de Conflictos", en tanto que ello presupone evaluar técnicamente y de manera objetiva cada caso, siempre con miras a utilizar la herramienta "óptima" que permita soluciones "pacificadoras", razonablemente rápidas y económicas para las partes.

conflictos. Veremos a continuación el caso de las normas sobre Contratación y Adquisiciones del Estado, en lo que se refiere al tratamiento del conflicto.

Mediante Ley 26850 del 3 de agosto de 1998, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la "Ley"). El 28 de Setiembre de 1998 se publicó en el mismo diario el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 039-98-PCM (en adelante, el "Reglamento").

Tanto la Ley como el Reglamento hacen referencia al tema conflicto desde distintos ángulos; nosotros nos referiremos a algunos tópicos que nos llaman la atención dentro de este contexto.

## VIGENCIA DE LA LEY Y EL REGLAMENTO

La primera Disposición Final de la Ley establece que ésta "entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su Reglamento". En consecuencia, el régimen jurídico para las Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se encuentra vigente desde el 29 de Setiembre de 1998.

De otro lado, la Décima Disposición Complementaria del Reglamento establece que "en todo lo no previsto en lo referente a arbitraje y conciliación se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje y de la Ley 26872, Ley de Conciliación, así como sus normas reglamentarias, modificatorias y ampliatorias".

Adicionalmente, el Reglamento contiene todo un Título dedicado a "Solución de Controversias" (Título III, artículos 121 y siguientes). Observemos además que el artículo 54 del mismo Reglamento se refiere a la solución de controversias en los procesos de adjudicación directa y de menor cuantía; es decir, fuera del título precitado, ¿acaso el artículo 54 no hace referencia al conflicto? Es decir, si existe todo un título dedicado al tema, ¿por qué lo referido en dicho artículo no forma parte del cuerpo normativo contenido en el título referente a Solución de Controversias?

Delimitado el marco normativo que lleva por título "Solución de Controversias", vale preguntarse si, estando vigentes la LGdA y la LC, ¿resulta acaso pertinente dedicar tantos artículos del Reglamento

a tratar de regular en detalle este tema? ¿Acaso ello va a contribuir efectivamente a lo que propone el título; es decir, a la solución de controversias?

## ¿APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS LEYES 26572 Y 26872?

Cabe preguntarse si leyes como la de arbitraje y la de conciliación pueden ser consideradas como de "aplicación supletoria" en el Reglamento promulgado mediante Decreto Supremo. Éste dispone en su Décima Disposición Complementaria que primará la aplicación del Decreto para los supuestos que regula. Como sabemos, el Decreto Supremo es una norma de inferior jerarquía que la ley, cuyos supuestos además ya son materia de regulación por otras leyes<sup>3</sup>.

Es más, los supuestos legales para la aplicación supletoria de dichas leyes, especialmente en el caso de la LGdA, han sido establecidos literalmente, encontrándose así claramente considerados en ésta y se refieren a situaciones específicas para la aplicación supletoria de la LGdA; como son: la falta de acuerdo entre las partes respecto de diversos temas relativos a las actuaciones arbitrales, la aplicación de la norma ante vacío normativo en los reglamentos de la institución arbitral al que las partes se hayan sometido respecto de diversos temas, como son: tipos de arbitraje, procedimiento de designación de árbitros, reglas procesales, entre otros.

Desde otro ángulo del análisis, y en lo que se refiere al Título III en mención, consideramos inapropiado el haber incluido en un mismo bloque los Recursos Impugnativos y el Arbitraje. Los primeros se refieren específicamente al derecho a recurrir por la vía administrativa ejerciendo, valga la redundancia, el derecho a accionar administrativamente, lo que en pureza no necesariamente implica "Solución de Controversias".

Los presupuestos de la acción administrativa son diferentes a los del arbitraje y a los de otros modos de gestión de conflictos, como la conciliación, la negociación, entre otros. En el primer caso y respecto de la acción administrativa, estamos hablando de presupuestos de Derecho Público y Administrativo que sustentan la reclamación. En los demás casos estamos hablando de mecanismos que presuponen la presencia del ingrediente "voluntad", expresado libremente en diversas formas, conforme los requerimientos de cada herramienta a utilizar.

<sup>3</sup> Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Límite temporal de las normas legales: cesación de su vigencia". En: Revista de la Academia de la Magistratura. No. 1. Lima, enero de 1998. p. 53 - 81.

En el caso de la Ley de Arbitraje nos ubicamos en el ámbito del Derecho Privado, donde el Estado está considerado en un plano de igualdad con las partes en virtud del convenio arbitral, y bajo un régimen específico en la LGdA que en su artículo 2, modificado mediante Ley 26742 del 11 de enero de 1997, a la letra establece:

Artículo 2.- Arbitraje del Estado.- Pueden ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre las personas jurídicas de derecho público entre sí.

En consecuencia, no encontramos razón para mezclar dos instituciones totalmente diferentes. Cabe tomar en cuenta que ello confunde y distorsiona, en la práctica, la percepción de los usuarios respecto de la forma en que se manejarán este tipo específico de conflicto, incidiendo negativamente en los correspondientes modos de gestión y generando confusiones entre acción administrativa y arbitraje.

Hechas estas observaciones, consideramos que el contar con un marco adecuado de gestión de conflictos implica necesariamente diferenciar claramente las distintas opciones que tienen las partes respecto del conflicto. En tal sentido no deben mezclarse mecanismos, debiendo cada uno contar con un régimen muy bien delimitado y coherente.

La misma reflexión cabe respecto de las diferencias entre conciliación y arbitraje, especialmente en lo que se refiere al Reglamento. En éste se aprecian una serie de artículos que se refieren indistintamente a

ambos mecanismos así como a los conciliadores y los árbitros. Consideramos que ello es contraproducente en un medio como el nuestro que no necesariamente se encuentra familiarizado con las diferencias de fondo y de matiz que existen entre conciliación y arbitraje.

## CONFLICTO Y ESTADO

En definitiva no nos es posible encontrar una definición universal de conflicto, controversia, disputa, desavenencia y diferencia.<sup>4</sup> A efectos del presente artículo, adoptaremos la nomenclatura "conflicto". Es más, y trascendiendo el campo de las definiciones, tengamos en cuenta que cada conflicto es diferente y único.

De otro lado, también debemos tener en cuenta que lo usual es que las personas mantengan una valoración "negativa" del conflicto; la misma que limita *per se* el que las partes puedan avisorar y menos aún, compartir posibles soluciones<sup>5</sup>; adoptando como consecuencia de ello, una orientación "adversarial"<sup>6</sup> frente al conflicto.

Ante tan rica y diversa realidad, lo recomendable es que los reglamentos destinados a proporcionar herramientas para la gestión de conflictos, mediante la aplicación de modos extrajudiciales como la conciliación y el arbitraje, sean redactados para procurar su aplicación flexible y multidisciplinaria en la práctica.

Estos reglamentos deben dar prioridad a un tema central: simplificar los caminos para la gestión y en su caso solución de la controversia. Adicionalmente, deben ser redactados para propiciar la interacción humana bajo parámetros de congruencia. Todo ello en un contexto ético reconocido por la comunidad y orientándose siempre hacia la posibilidad de gene-

<sup>4</sup> Sin embargo, nos permitimos suscribir la tesis de la doctora María Begoña San Martín Larrinoa, que combinando conceptos vertidos por Touzard y Rouland, explica al conflicto como "... consustancial a la vida del hombre en sociedad, puede ser definido como una situación en la que unos actores persiguen metas diferentes de las de otros, defienden valores contradictorios, tienen intereses opuestos entre sí o pretenden conseguir, simultánea y competitivamente, el mismo objetivo, todo ello sin olvidar los aspectos afectivos, emocionales o expresivos del propio conflicto." En: SANMARTIN LARRINO, María Begoña. "La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos". Justizi, Ekonomi, Lan Eta Gizarte Segurantzza Saila, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Bilbao 1997. p. 27.

<sup>5</sup> La "valoración negativa" del conflicto es un factor psicológico subjetivo que afecta *a priori* cualquier negociación o esfuerzo para hacer gestión del conflicto, obediendo ello principalmente a razones culturales e intereses encontrados. La orientación de las partes frente al conflicto está usualmente "contaminada" por esta valoración negativa, de ahí que resulte necesario identificar el "conflicto-oportunidad" antes que el "conflicto-problema" para una eficiente gestión del mismo. En tal sentido, estamos de acuerdo con Caivano cuando precisa que "... el conflicto no siempre tiene una connotación negativa; generalmente es positivo y puede servir para fortalecer relaciones. A primera vista esta parece una afirmación de certeza dudosa. Pero en un mundo donde el conflicto es inconscientemente equiparado a cuestiones destructivas, resulta importante distinguirlo a fin de rescatar las oportunidades que la situación presenta." En: CAIVANO, J. Roque. "Negociación, Conciliación y Arbitraje". APENAC: Lima 1998. p. 73.

<sup>6</sup> *Ibid.* p. 87.

rar consensos entre las partes. En definitiva, permitir un manejo humano del conflicto en un entorno debidamente "tutelado" por las leyes y los reglamentos.

De lo contrario, se aumenta involuntariamente el riesgo de producir una gestión deficiente del conflicto y se propicia la "escalada"<sup>7</sup> del mismo. Cuando se trata de conflictos donde el Estado es parte no estamos ante una excepción. Es más, los elementos de entorno implican complicaciones adicionales, tales como las formalidades excesivas, las disquisiciones para dilucidar en algunos casos el interés público y el interés privado, entre otras.

Además, cabe la posibilidad de que las partes pacten convenios arbitrales "patológicos"<sup>8</sup> debido a deficiente asesoría técnica y legal, los mismos que podrían tener contradicciones que afectan el desarrollo del arbitraje. El Estado tiene entonces un peso específico en una negociación o en un escenario de conflicto. Este peso específico se traduce al momento de tratar de identificar los intereses que subyacen a una negociación o al conflicto en sí.

En algunos casos se dirá que el interés del Estado no puede ser igual al interés del particular. Además de todo eso, estando de por medio el interés público, los caminos de acceso a una cabal gestión de conflictos por parte del "Estado - parte", estarán delimitados por una serie de normas no siempre armónicas, reglas de Contraloría de la República, frecuentes interpretaciones *verba legis* de las leyes, etc.<sup>10</sup>; viéndose todo ello incentivado muchas veces por el natural desconocimiento de las partes respecto de mecanismos como la conciliación y el arbitraje.

Generar reglas para la gestión o prevención de conflictos en donde el Estado es parte supone, pro-

bablemente, un esfuerzo adicional. Este esfuerzo debe tomar en cuenta el principio de la igualdad de las partes en el contrato, la buena fe, el equilibrio y la libertad para la toma de decisiones responsables y la armonía entre los asuntos de interés público recogidos en el contrato y el interés empresarial que puede tener cualquier tercero que contrata con el Estado.

El esfuerzo por modernizar al Estado no puede dejar de lado la responsabilidad de las autoridades en lo concerniente a dotar al funcionario público de la capacidad de decisión y de las reglas claras para hacer una cabal gestión de los conflictos en los contratos donde el Estado es parte.

Es más, la gestión de conflictos eficaz y eficiente debería ser un objetivo permanente por parte del Estado, mas aún cuando se sabe que en la actualidad enfrenta alrededor de 20,000 juicios civiles<sup>11</sup>. Al igual que el tema del control sobre la disposición y el destino de fondos públicos, el asunto de los miles de juicios que enfrenta el Estado requiere urgentes medidas de la Administración. A la fecha no se identifican acciones concretas al respecto.

Así como existe una Contraloría General de la República que, conforme el artículo 82 de la Constitución, entre otras acciones de control, supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado; también debería existir un sistema para el seguimiento y control en materia de gestión y prevención de conflictos, que permita medir eficiencia, ahorro de recursos en las negociaciones, conciliaciones, arbitrajes y juicios en los que el Estado es parte.

Es más, dicho sistema debería estar a cargo de una entidad consultora o auditora privada. De otro modo,

<sup>7</sup> La "escalada" es una característica inherente al conflicto y a la representación mental que del mismo tenemos. Ningún conflicto es estático. Implica de hecho una dinámica entre las partes, generalmente bajo un esquema de "acción - reacción" e incongruencia; siempre en función de las respectivas representaciones mentales "disociadas". Esta dinámica se caracteriza por el crecimiento del conflicto hasta alcanzar, en algunos casos, niveles que determinan que su manejo sea imposible. Desde la teoría del conflicto, la última etapa de la escalada es el "estado de violencia". Las estrategias a adoptar para llevar a cabo una cabal gestión del conflicto se caracterizan por estar orientadas a prevenir la "escalada".

<sup>8</sup> Cfr. BOND, Stephen R. "Cómo redactar una cláusula compromisoria". En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, abril de 1995. París. p. 7 - 25.

<sup>9</sup> Cfr. PADILLA, Roberto E. "Pensando la mediación para el sector público". En: Jurisprudencia Argentina. ISSN 0326-1190, Buenos Aires. 18 de noviembre de 1998. No. 6116. p. 28 - 32.

<sup>10</sup> Un fenómeno interesante es el que se suscita respecto de las excesivas formalidades requeridas por los procuradores para poder "conciliar" en un proceso judicial o arbitral. Sin duda que este es un factor limitante para una cabal gestión de conflictos en los casos donde el Estado es parte.

<sup>11</sup> El asunto reviste especial interés si tomamos en cuenta la información que publicó en Lima el Diario El Comercio en su edición del 8 de abril de 1999, sección política Sin Confirmar: "Los Cien Mil Juicios Contra el Estado. Unos cien mil juicios entrenta judicialmente el Estado Peruano en fueros del país según informó el procurador general Mario Cavagnaro. El ochenta por ciento se refiere a juicios penales y el resto corresponde a causas civiles ...".

es decir, si no estamos dispuestos a llevar a cabo tareas para verificar qué sucede con el universo de conflicto en el que está involucrado el Estado, consideramos que es absolutamente imposible completar la iniciativa para la modernización del aparato público y su proyección en el tiempo.

Además de ello, debemos tener en cuenta que somos un país cuya economía no permite en modo alguno considerar como deleznable la posibilidad de procurar el ahorro en materia de recursos públicos, incluso en el tema de los procesos y conflictos en los que el Estado está involucrado. Es urgente entonces que se tomen medidas al respecto.

## ARBITRAJE EN EL REGLAMENTO Y LA LEY, OBLIGATORIEDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La "obligatoriedad" ha sido recogida en el artículo 131 del Reglamento y en el artículo 41, inciso b) de la Ley. El "arbitraje obligatorio" es una figura atípica desde la perspectiva técnica del arbitraje y desde el derecho comparado<sup>12</sup>. Sin embargo, en nuestro medio existen antecedentes de este tipo de arbitraje.

Recordemos que el Decreto Ley 25935, antigua LGdA, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Se dijo que este tipo de dispositivos "promoverían"<sup>13</sup> el uso del arbitraje.

La Ley 26572, LGdA, no le da continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. Ahora bien, esta obligatoriedad se presenta desde el Reglamento y la Ley de

manera distinta, en tanto que establece como único camino para resolver conflictos al arbitraje, para las controversias precisadas en las mismas normas. Además, el Reglamento incluye dentro del proceso arbitral, la posibilidad de hacer conciliación conforme los artículos 172 y siguientes.

En principio nos explicamos esta "obligatoriedad" desde la perspectiva de las urgencias concretas que afectan a las partes en los contratos a que se refieren tanto la Ley como el Reglamento. Identificamos también que la "obligatoriedad" en mención admite la posibilidad que las partes se sometan "voluntariamente" a los reglamentos de una institución arbitral<sup>14</sup>.

En efecto, diversos profesionales y empresarios involucrados en las actividades a que se refieren la Ley y el Reglamento, manifestaron estar de acuerdo con la "obligatoriedad" del arbitraje respecto de las controversias a que se refieren dichas normas. El factor determinante para estar de acuerdo radica en el hecho de la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a estos temas.

Respecto del ámbito de aplicación, el artículo 130 del Reglamento y el inciso b) del artículo 41 de la Ley, se refieren a los conflictos que se generen de la interpretación o ejecución de todo contrato derivado de procesos de licitación pública o concurso público<sup>15</sup>. De ello se entiende claramente que todo conflicto anterior al contrato no sería materia de arbitraje, encontrándose regulado por los artículos 121 y siguientes del Reglamento.

La "obligatoriedad" en mención puede estar debidamente justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo,

<sup>12</sup> Sobre la "naturaleza jurídica" del arbitraje se ha escrito bastante. El común denominador es el carácter voluntario del arbitraje. Tanto respecto de la naturaleza como del carácter voluntario, sugerimos revisar CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel D. "El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras". Fundación M.J. Bustamante de la Fuente: Lima. p. 36 - 52.

<sup>13</sup> Lo cierto es que la "promoción" de mecanismos como el arbitraje solamente se produce cuando se da a conocer y se utiliza en diversos ámbitos de la actividad empresarial. Además, tiende a consolidarse en la medida que haya más árbitros y partes en ejercicio, así como en la medida que se produce el incremento en el número de laudos y arbitrajes.

<sup>14</sup> Cabe precisar que existen diferencias entre el arbitraje "institucional" o "administrado" y el arbitraje *ad hoc*. En el primer caso las partes encargan a una institución arbitral la administración del arbitraje, lo que implica la aplicación de los reglamentos de la institución, el apoyo en infraestructura por parte de la institución, el que las partes recurran a su lista de árbitros, el poder contar con tablas de honorarios preestablecidas, el poder contar con mecanismos preestablecidos para la designación de árbitros en defecto de las partes, mecanismos de recusación y sustitución de árbitros, entre otros. En el caso del arbitraje *ad hoc*, todos estos temas están regulados por la ley o por el convenio arbitral, sin que quede descartada la intervención del juez bajo la figura del "auxilio jurisdiccional".

<sup>15</sup> Cabe referir que la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha producido en 1994 una Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que incluye una Guía para su incorporación eventual al Derecho interno. (publicación oficial de NNUU fechada 1995). El capítulo VI de la Ley Modelo se refiere a las llamadas "vías de recurso". El mismo documento precisa en la exposición de motivos sobre dicho capítulo: "El capítulo VI no se ocupa de la posibilidad de resolver las controversias por arbitraje, por no ser usual que se recurra al arbitraje en el contexto de la contratación pública ..."

es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha "obligatoriedad" existe y cuales son sus consecuencias respecto del arbitraje, especialmente lo relativo a las atribuciones del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCAE), en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución arbitral administradora.

## EL CONSUCAE

La Ley precisa en el inciso c) del artículo 59, que el CONSUCAE funciona como entidad designadora de árbitros, en los casos que las partes no cumplan con designarlos o en caso que los árbitros designados no nombren al Presidente del Tribunal Arbitral.

Se entiende que para que la premisa referida en el párrafo anterior opere, es necesario que las partes no se hayan sometido a los reglamentos de una institución arbitral. Además de ello, el Consejo se encuentra regulado en los artículos 58 y siguientes de la Ley, precisando también que "resuelve en última instancia los asuntos de su competencia".

La atribución de entidad designadora "residual" de árbitros es discutible. En primer lugar, porque el CONSUCAE está conformado por el Estado, siendo que ello puede considerarse como indicio de falta de neutralidad o imparcialidad respecto de la contraparte del Estado en el contrato. Para el desarrollo del arbitraje en este ámbito, es necesario tener en cuenta que los indicios también cuentan, más aún cuando se está en una etapa inicial en cuanto a la utilización del arbitraje.

El CONSUCAE acumula entonces atribuciones excesivas en lo que se refiere al equilibrio requerido por el arbitraje y el convenio arbitral. Es decir, no debemos entender que el CONSUCAE será una "fábrica de arbitrajes". Aun si fuera así, deberán existir en la práctica las suficientes garantías de que el arbitraje se lleve a cabo dentro de los parámetros de neutralidad e imparcialidad que establece la Ley respecto del arbitraje.

En tal sentido, el sistema de recusación que contiene el artículo 146 del Reglamento permite contar con un marco normativo razonable pero no suficiente, si tenemos en cuenta que el CONSUCAE decide de manera definitiva las recusaciones. En todo caso, consideramos prematuro adelantar conclusiones al respecto,

en tanto que aún no hemos podido ver en la práctica como se está dando el desarrollo de estos temas.

## ARBITRAJE "OBLIGATORIAMENTE" DE DERECHO

Otro tema que llama la atención es que el Reglamento ha previsto que necesariamente se deberá llevar a cabo arbitraje de derecho, permitiendo hacerlo con árbitro único que sea abogado.

Además de ello, y de manera sorprendente, el Reglamento admite la posibilidad de darle una configuración "híbrida" al Tribunal Arbitral, al obligar a que el Presidente del mismo necesariamente sea abogado<sup>16</sup> y permitiendo que los otros dos árbitros no lo sean, tal como se colige del inciso d) del artículo 143.

En primer lugar, el hecho de exigir que el arbitraje sea de derecho constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral.

En el caso de los temas regulados por el Reglamento y la Ley esto cobra especial relevancia, ya que básicamente estamos hablando de asuntos que se refieren a temas de ingeniería o concernientes a otras especialidades no necesariamente del campo del Derecho.

Se afecta así el principio de la "especialidad" que garantiza eficiencia en el arbitraje y se incurre en una figura híbrida que no se ajusta técnicamente a la Ley de Arbitraje; en tanto que el hecho de tener un Tribunal Arbitral de tres miembros presidido por un abogado e integrado por dos profesionales de otros campos, no implica que éstos estén facultados para producir legalmente un arbitraje de derecho, ya que para ello se requiere que los tres árbitros sean abogados.

Consideramos que, por obvias razones, la "hibrididad" permitida por el Reglamento va a traer problemas en el futuro inmediato respecto de la validez de dichos laudos también híbridos, generando además una gran distorsión respecto de la institución.

De otro lado, no encontramos razón válida desde el campo de la gestión de conflictos, para la vigencia de lo que postula la referida norma respecto de la

<sup>16</sup> Respecto de los abogados y los mecanismos alternativos, existe un interesante ensayo escrito por Roque Caivano hace algunos años en *Themis*, cuya lectura sugerimos: CAIVANO, Roque J. "Un desafío (y una necesidad) para los Abogados: Los Medios Alternativos de Resolución de Disputas". En: *Themis Revista de Derecho*. Segunda Época, 1995. número 31. p. 209 – 217.

“obligatoriedad” del arbitraje de derecho. Es más, ello implica un grave retroceso en lo referente al arbitraje donde el Estado es parte, ya que en la derogada Ley General de Arbitraje, Decreto Ley 25935, se consideró la misma figura, a nuestro parecer, sin suficiente fundamento técnico, habiendo sido derogada expresamente por la actual LGdA.

En consecuencia, sugerimos se proceda de inmediato a la armonización de este tema con los contenidos de la LGdA.

## **ARBITRAJE, CONCILIACIÓN, NEGOCIACIÓN ASISTIDA, PERITAJE (...)**

El Reglamento se refiere a todos estos mecanismos en el artículo 134. Surgen al respecto una serie de inquietudes técnicas. El mismo artículo ha previsto la posibilidad de suspender el arbitraje para utilizar cualquiera de las otras herramientas. No obstante, no queda claro cuál ha sido el criterio del legislador para distinguir entre la “negociación asistida” y la “conciliación”. Técnicamente es lo mismo<sup>17</sup>.

Reiteramos que encontramos contraproducente el haber acumulado en un solo bloque y en diversos artículos la regulación de componentes correspondientes a las diversas herramientas. Debe quedar claramente establecido que el árbitro es diferente al conciliador y que éste obviamente también es diferente al perito. Esta mezcla de figuras e instituciones es poco práctica y generará más de una confusión al llevar adelante cualquiera de los trámites a que se refiere el Reglamento.

Especial preocupación genera el mecanismo establecido para la conciliación en los artículos 172 y siguientes. No se ha “institucionalizado”<sup>18</sup> el uso de la conciliación y se deja a criterio de las partes para que de común acuerdo deriven la controversia a trámite conciliatorio una vez iniciado el arbitraje.

En la práctica ello es muy relativo, ya que lo usual es que en sede arbitral podamos identificar un nivel

alto en la “escalada” del conflicto, que definitivamente va a hacer difícil el que las partes logren acuerdos y menos aún el acuerdo para ir a una conciliación. El otro tema que genera preocupación es el referido a la designación del conciliador, tal como ello está considerado en el artículo 172.

El artículo establece la potestad de que los árbitros o el CONSUCAE designen a los conciliadores en defecto de las partes. De conformidad con las normas sobre conciliación, en particular la LC, cabe tener en cuenta que son los Centros de Conciliación, constituidos conforme a ley, los que cuentan con la facultad para designar conciliadores.

En el supuesto que CONSUCAE, de conformidad con la LC, se constituya como Centro de Conciliación, la designación en mención sería factible. No obstante, la designación que formulen los árbitros no será válida, ya que los árbitros no son un Centro; de lo que se concluye que en estos casos se pueden generar actas de conciliación cuya validez sea discutible para las partes.

En consecuencia, la conciliación a que se refiere el reglamento deberá ser armonizada con la LC, considerando además los aspectos prácticos que hagan viable la conciliación en lo referente a la oportunidad para conciliar y el mecanismo a utilizar.

## **CONCLUSIONES**

- 1.- Existe una importante tendencia a favor de la utilización de mecanismos alternativos para la gestión de conflictos que se susciten en diversos ámbitos especializados. Esta es una tendencia “saludable”, pero se requiere con urgencia armonizar criterios para lograr reglamentos homogéneos en el marco de la LC y de la LGdA.
- 2.- El tema de solución de controversias debería estar claramente delimitado en la Ley y el Reglamento; en consecuencia, las controversias en los procesos de adjudicación directa y de menor

<sup>17</sup> Caivano, en la obra referida en la cita número 5 de este texto, citando a Lowry precisa respecto de la conciliación: “Muchas son las aproximaciones que se han intentado para definir esta actividad, habiéndose afirmado que es un arte con tantas formas de abordarlo como conciliadores haya. Por nuestra parte, hemos caracterizado a la conciliación sencillamente como una negociación asistida. Con algo más de detalle podríamos describirla como un mecanismo de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable.” CAIVANO, Roque. Op. Cit. p.129.

<sup>18</sup> Es decir, no se ha establecido un mecanismo oportuno para conciliar. Lo lógico es que la conciliación se lleve a cabo en una etapa prejudicial o prearbitral. Lo óptimo es que ello se haga mediante la interposición de los buenos oficios de la institución que administre la gestión de conflictos entre las partes. En el asunto materia de análisis, encontramos que esta situación podrá manejarse de esta manera solamente si las partes se han sometido a una institución arbitral, cuyos reglamentos hayan previsto esta etapa prearbitral; tal el caso del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, por ejemplo. Con lo que podemos concluir que en el arbitraje no sometido a institución, se restringen innecesariamente las opciones de las partes en la gestión del conflicto, siendo ello contraproducente y antitécnico.

cuantía no debería ser excluido del paquete de normas contenido en el Título III, artículos 121 y siguientes del Reglamento.

3.- El Reglamento, que tiene rango de Decreto Supremo, no puede disponer la aplicación supletoria de la LC y de la LGdA. Ello genera un innecesario conflicto normativo, especialmente porque la LC y la LGdA establecen con precisión y criterios técnicos especializados, las causales para su propia aplicación supletoria.

4.- No es conveniente reunir en un mismo título los recursos impugnativos y el arbitraje, ya que los elementos de fondo son absolutamente distintos en cada caso, especialmente en lo que se refiere a la gestión de conflictos. Es recomendable distinguir con mayor precisión las diferencias entre ambas estructuras normativas.

5.- El Arbitraje del Estado y el arbitraje en general ya cuentan con un marco jurídico apropiado en la LGdA; en consecuencia, las normas que se aprueben posteriormente, especialmente las normas de inferior jerarquía, se encuentran determinadas por el mandato constitucional de respetar los contenidos de las normas de mayor jerarquía. Mas allá de las razones basadas en la jerarquía de las normas, también es pertinente tomar en cuenta la evolución de la institución jurídica y aceptar que la LGdA simplifica drásticamente el acceso al arbitraje por parte del Estado, armonizando ello con las tendencias contemporáneamente reconocidas en el derecho comparado y en el derecho internacional.

6.- Tanto el Reglamento como la Ley parecen no haber tomado en cuenta una serie de aspectos técnicos de la Teoría del Conflicto. En tal sentido, resulta pertinente revisar las normas en mención a la luz de dicha teoría y definir con criterios técnicos y objetivos la estructura reglamentaria para la gestión de conflictos, procurando eficiencia y eficacia, orientándose principalmente al aprovechamiento de recursos disponibles y la satisfacción de intereses. En tal sentido, se debe diseñar un sistema que, a la luz de la referida teoría, permita la utilización "oportuna" de los diversos mecanismos sin generar contradicciones.

7.- Urge que el Estado maneje orgánicamente los miles de casos en los que se encuentra involucrado, sin que ello signifique desmerecer las funciones de Procuraduría y Contraloría y las demás entidades del sector público que pudieran encontrarse involucradas. A tal efecto, se

deben sentar las bases para que el Estado proceda armónicamente a la cabal gestión de conflictos, en el entendido que ello significa un ahorro importante en materia de recursos públicos.

8.- El "arbitraje obligatorio", en los términos presentados por el Reglamento y la Ley, puede contribuir a un mejor manejo de las controversias, pero es necesario difundir y capacitar a los usuarios del sistema, para que identifiquen claramente las herramientas con las que cuentan, especialmente en lo que se refiere al sometimiento "voluntario" a las reglas de las instituciones administradoras de arbitrajes y una vez concluido el proceso de armonización legislativa que se propone.

9.- Resulta conveniente racionalizar la participación del CONSUCAE en lo referente a sus funciones como entidad designadora residual de árbitros y conciliadores. Sería conveniente contar con un mecanismo regulado con mayor detalle y que asegure a las partes absoluta imparcialidad en la designación y en las decisiones sobre recusación. A tal efecto se puede considerar un sistema sobre la base de sorteo, tal como el que ha sido considerado en el reglamento de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Productos de Lima.

10.- El restringir el arbitraje únicamente a la posibilidad que sea de derecho, constituye una grave limitación que debe ser subsanada de inmediato. Del mismo modo, se debe erradicar la posibilidad del órgano arbitral colegiado "híbrido", en tanto que ello está en contradicción con la LGdA y puede propiciar la producción de laudos ilegales. Del mismo modo, se debe asegurar la posibilidad que profesionales en distintos campos puedan ser árbitros, erradicando la discriminación profesional que injustificadamente favorece a los abogados. Finalmente, se debe dar privilegio a lo que las partes acuerden al respecto en el marco de la LGdA.

11.- Es imprescindible discriminar y delimitar con toda precisión el régimen para el arbitraje, la conciliación, la negociación y el peritaje, eliminando la "mezcla" antitécnica que contiene el Reglamento. Ello debe combinarse con la "oportunidad" para la aplicación de las herramientas a que se refiere el punto 6 de estas conclusiones.

12.- Es prioritario hacer viable la conciliación, contando para ello con la participación de un Centro, en estricta aplicación de la LC. Además, cabe tener en cuenta que la conciliación es una "negociación asistida".

13.- Si bien es loable la intención del legislador en lo referente a la promoción de mecanismos como la conciliación y el arbitraje, tanto el Reglamento como la Ley deben ser materia de revisión en el cortísimo plazo; especialmente para asegurar la

producción de laudos y actas de conciliación que sean armónicos con la LGdA y la LC. En el caso específico de la conciliación, ello contribuirá a la generación de acuerdos que satisfagan intereses y que sean perdurables en el tiempo.