

¿El Sistema del Amigable Componedor Podría Ser el Respaldo que Necesita el Procurador para Poder Transar las Controversias y No Someterlas a Arbitraje?

Andrés Talavera Cano*
Julio Olórtegui Huamán**

Resumen:

Es conocido el caso del procurador público que ante la posibilidad de transar los conflictos que surgen entre las entidades públicas y los contratistas, prefiere llevarlos a arbitraje con los mayores costos que dicha decisión genera para el Estado. El motivo responde a la preocupación de que se cuestione «la razonabilidad de su decisión de transar» imputándole responsabilidad mediante acciones de control.

El presente artículo tiene como finalidad traer a discusión esta problemática así como una posible solución. De esta forma, teniendo en consideración la experiencia colombiana así como su reciente regulación en el Reglamento de la Ley de APPs, los autores proponen incluir en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado la figura del «Amigable Componedor» como mecanismo alternativo de solución amigable de conflictos.

Palabras clave:

Solución amigable de conflictos – Amigable componedor – Procuradores – Contratación Pública – Contraloría General de la República

Abstract:

It is known the case of the public attorneys that, having the opportunity to settle a controversy aroused between the public entity and the contractor, prefer to submit that dispute to arbitration with higher costs that this decision cause to the State. The reason? The concern of having «the reasonableness of his decision to settle the dispute» subjected to an administrative responsibility procedure.

This paper aims to discuss this problem and analyze a possible solution. Thus, taking into consideration the Colombian experience and the recent Peruvian regulation in the «Reglamento de la Ley de APPs», the authors suggest to include in the «Nueva Ley de Contrataciones del Estado» the «Amicable Compositor» as a mechanism of alternative dispute resolution.

Keywords:

Amicable dispute solution – Amicable compositor – Public Attorneys – Government Procurement – Accountability Office

Sumario:

1. Introducción – 2. La resolución amigable de disputas: el amigable componedor – 3. El amigable componedor en el Perú – 4. Propuesta de amigable componedor para las contrataciones del Estado bajo el régimen de la NLCE – 5. Conclusiones

* Abogado, graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios adicionales en el Programa de Intercambio Estudiantil de la University of Wisconsin – Madison (International Commercial Arbitration/ Introduction to the American Law/ Comparative Law) y egresado del Diploma de Especialización en Arbitraje en la Contratación Pública del CONSUCODE (Hoy OSCE), dictado por la Universidad Ricardo Palma. Asociado del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra.

** Estudiante de último año de Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Practicante del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra. Estudiante de último año de Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

1. Introducción

A inicios del mes de junio del 2015, la Contraloría General de la República (en adelante, «la Contraloría») publicó un estudio denominado «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013»¹ (en adelante, «el Estudio»).

Dicho Estudio señala que el Estado ha perdido alrededor del 70% de los arbitrajes a los que se ha sometido²; no obstante, lejos de responsabilizar a la institución del arbitraje, dicha cifra identifica una serie de problemas que, según la misma Contraloría, serían la causa de este resultado³:

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

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

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

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

Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público, que si bien con el Decreto Legislativo No. 1068 se le ha otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo» (Énfasis agregado)

Son la falta de empoderamiento y respaldo al procurador público los que generan la reflexión y análisis del presente artículo. Es conocido el problema (o temor) que tienen los procuradores públicos cuando se trata de solucionar conflictos en una vía distinta a la arbitral: La Contraloría. Así, KOURY⁴ presenta claramente el panorama:

«Una controversia, que muy bien podría ser solucionada en etapa conciliatoria, es preferible por algunos funcionarios o procuradores llevarla a arbitraje.

¿Por qué? Porque es mejor que un tercero me lo diga y que yo no tome la decisión que más adelante vaya a ser cuestionada por un órgano de control o por alguna otra autoridad que ingrese, posteriormente, a la misma entidad». (Énfasis agregado)

Esta es la preocupación de la mayoría de procuradores. En muchos casos, los conflictos que surgen entre las entidades y los contratistas podrían ser resueltos de forma amigable (a través de conciliación o transacción), sin embargo, el posible cuestionamiento o atribución de «responsabilidad» por la toma de dichas decisiones, por la Contraloría, hace que el porcentaje de esta clase de acuerdos sea casi nulo. Así, del universo de laudos revisados por el Estudio (2796 laudos), tan solo en un 3% se llegó a una solución vía conciliación u homologación de un acuerdo transaccional⁵.

Con esto en mente, vale preguntarse ¿por qué es importante buscar que sólo vayan a arbitraje aquellos conflictos que, ya sea por su complejidad en los hechos o por su tecnicidad, no puedan ser resueltos de forma amistosa? Esta interrogante es abordada por GANDOLFO⁶, quien señala lo siguiente:

*«Conocido es el caso del contratista a quien el Estado le debe cierto monto y que estaría dispuesto a transar por uno notoriamente menor si es que se le paga rápidamente habida cuenta de que él no vive del litigio y requiere de liquidez para cumplir con sus obligaciones y seguir trabajando. Como no se le puede pagar rápidamente va al arbitraje y no sólo gana el monto demandado sino mucho más, en costas y costos del proceso, en intereses, en gastos por mantener vigentes las fianzas y otros diversos. **Al final el Estado termina perdiendo mucho más de lo que le debía a ese contratista. Si hubieran llegado a un acuerdo el Estado habría perdido mucho menos. La diferencia es lo que se pudo haber***

1 Contraloría General de la República, «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013». Consultado el 24 de junio del 2015: <<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>.

2 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013». pp. 74. GUERINONI, Mariella. Arbitraje. Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012, Volumen 26. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima: 2014, pp. 402. No es que el sistema arbitral sea perverso, no es que el sistema arbitral sea el responsable de los resultados negativos en cuanto a la gestión de sus procesos arbitrales, lo que hay que atacar, estudiar y evaluar, son las causas de las controversias por las que se tienen que llegar a arbitraje.

3 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013». pp. 75.

4 Percy Koury Arbitraje. Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012, Volumen 26. Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2014, pp. 404.

5 Contraloría General de la República, «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013»: 74.

6 Ricardo Gandolfo. «La defensa de los intereses del Estado en la contratación pública». *Revista Arbitraje PUCP. Año III. N° 9*. Lima, 2011, pp. 27.

ahorrado. ¿Por qué seguir despilfarrando así los fondos públicos?» (Énfasis agregado)

¿Por qué seguir despilfarrando así los fondos públicos? Esa es la pregunta que pretendemos atender en el presente artículo. El llevar a arbitraje casos que podrían ser resueltos de forma amigable y directa por las partes tiene como consecuencia un «despilfarro» de fondos públicos que, como bien señala GANDOLFO, en muchos casos terminan siendo muy superiores a los que inicialmente fueron requeridos por el contratista.

Frente a este escenario, ¿es posible promover la solución amigable de disputas entre las entidades y los contratistas y, al mismo tiempo, dar una suerte de «blindaje» a los procuradores públicos contra posibles acciones de control? Creemos que sí. ¿Cuál es nuestra propuesta? Incluir en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado⁷ (en adelante, «NLCE») una etapa de «trato directo» en la cual las partes puedan resolver sus controversias, en una etapa anterior al arbitraje, gracias a la institución del «Amigable Componedor».

Al incorporar el arreglo de disputas a través del mecanismo del Amigable Componedor (en adelante, «A.C.»), se podrían solucionar aquellos conflictos en los cuales el Estado ha, efectivamente, incumplido con sus obligaciones, por lo que llevar el reclamo del contratista a sede arbitral representaría, más que nada, un mayor gasto tanto para el Estado como para el Contratista. Asimismo, se podrían solucionar aquellos casos donde, ya sea por los hechos del caso o por la materia jurídica discutida, las partes puedan alcanzar una solución de forma directa y rápida. Finalmente, y en cualquier escenario, el A.C. serviría de «soporte» o «blindaje» para los procuradores, dotando de legitimidad jurídica y técnica esta vía de solución de disputas.

2. La resolución amigable de disputas: El amigable componedor

El mecanismo del A.C. es definido por FERNÁNDEZ⁸, citando a GAVIRIA, como:

«(...) una forma alterna de solución de conflictos distinguida por su sencillez, celeridad y eficacia;

*estas tres virtudes básicas, que hacen rápida e inclusive amable la tarea de dispensar justicia y que contrastan con el pesado andamiaje de otros sistemas, se podrían explicar imaginando dos personas separadas por algunas diferencias, las cuales, en lugar de optar por la justicia ordinaria o la arbitral, encargan a dos o tres amigos, la tarea de solucionar el conflicto, **tarea que efectivamente cumplen conversando con las partes y sus conocidos, solicitando la opinión de expertos, meditando, negociando y haciendo concesiones recíprocas, hasta llegar a la solución final; así es y así funciona la amigable composición** (...).»*(Énfasis agregado)

El principal antecedente legislativo de este mecanismo lo encontramos en Colombia. En dicho país, el A.C. ha sido regulado por Ley desde 1970 a través del artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, pasando por diferentes modificaciones hasta su texto al día de hoy, regulado en la Ley No. 1563 del 2012⁹, el cual lo define de la siguiente forma:

*«Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, **un particular y una o más entidades públicas**, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, **delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.**»* (Énfasis agregado)

Como se desprende del artículo antes citado, si bien existe la posibilidad de que privados puedan recurrir al mecanismo del A.C., el mismo presenta un enfoque principalmente pensado para la solución de conflictos entre los privados y las entidades públicas.

Dicho texto no hace más que reflejar la importancia que el Estado colombiano viene dándole a la solución eficiente de conflictos en materia de contrataciones públicas. Al respecto, la Sentencia T-017/05¹⁰ del 20 de enero de 2005, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, es bastante clara cuando señala que:

7 Ley 30225 del 11 de julio del 2014. Entrará en vigencia 30 días posteriores a la publicación de su reglamento. A la fecha de elaboración del presente artículo dicho reglamento aún no ha sido publicado.

La presente propuesta se realiza sin perjuicio de la inclusión de las «Dispute Boards» como nueva herramienta para la solución de controversias en las contrataciones públicas. Esto a raíz que la misma está principalmente destinada a solucionar los conflictos surgidos en los contratos de obra dejando de lado los otros tipos de contrataciones regulados en la NLCE.

8 Juan Manuel Fernández. «Sobre la Amigable Composición» en *Cámara de Comercio de Medellín (sitio web)*. Consultado el 26 de junio del 2015:

<<http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/memorias/AMIGABLE%20COMPOSICION%20FORO%20CAMARA%20DE%20COMERCIO-DR%20JUAN%20MANUEL%20FERNANDEZ.pdf>> citando a Enrique Gaviria. «La amigable composición,» *Foro del Jurista*, 2002.

9 Fernández. «Sobre la Amigable Composición».

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-017/05 de fecha 20 de enero del 2005, consultado el 28 de junio del 2015.

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-017-05.htm>>.

«El principio del arreglo directo **constituye uno de los pilares fundamentales bajo los cuales se edifica el Estatuto de la Contratación Estatal o Administrativa. Su propósito consiste en someter las controversias o divergencias que se presentan en la ejecución y desarrollo de la actividad contractual a la solución de manera rápida, inmediata y directa de las partes.**

(...)

Dada la esencialidad de algunos de los servicios que presta el Estado, y ante la imposibilidad de suspender su cumplimiento y ejecución; las diferencias entre las partes susceptibles de transacción, **se pueden someter a fórmulas de autocomposición, lo que no sólo propende por la prestación continua, regular y eficiente de los servicios públicos, sino también por la efectividad de los derechos y obligaciones de las partes.** Obsérvese cómo para hacer efectivo el ejercicio de este mecanismo [amigable composición], el artículo 69 de la Ley 80 de 1993, señala la prohibición de impedir la utilización de los mecanismos de solución directa para resolver las controversias contractuales (...). De esta manera, **se facilitaran las negociaciones y acuerdos que permiten dirimir los conflictos que surjan entre las partes de un contrato estatal, sin necesidad de acudir a un proceso judicial que dadas las demoras que comporta, no sólo afecta la buena prestación de los servicios públicos, sino que también, eventualmente, agrava el detrimento al patrimonio del Estado.**

(...)

El Estatuto de la Contratación Estatal, relaciona el principio del arreglo directo con los **principios de economía y de garantía del patrimonio económico de los contratistas.** En relación con el primero de ellos, **al reconocer que la adopción de mecanismos para consolidar la pronta solución de controversias, permite indirectamente velar por una recta y prudente administración de los recursos públicos y evitar el riesgo que envuelve una solución procesal(...).** (Énfasis agregado)

Así, la Corte Constitucional colombiana ha encontrado en el A.C. una herramienta para conjugar dos intereses estatales: (i) la solución

rápida de controversias surgida con los privados y, (ii) un gasto eficiente de fondos públicos al no tener que recurrir a procesos judiciales/arbitrales innecesarios.

Los criterios anteriormente señalados encuentran un reflejo en el «Principio de Eficacia y Eficiencia»¹¹ en la contratación pública recogido en la NLCE (equivalente al «Principio de Economía» en la antigua Ley de Contrataciones del Estado¹²). Como señala GUZMÁN NAPURI¹³ comentando este principio:

«El principio de economía debe analizarse desde dos ámbitos, conforme a su redacción. Uno primero, respecto a la entidad, a fin de que esta **no incurra en costos de organización indebidos,** de tal manera que los mismos sean resultados de un adecuado análisis de los beneficios obtenidos por la regulación empleada, así como por las decisiones tomadas.

(...)

Asimismo, el principio de economía **implica que el uso de los recursos públicos se realice de tal manera que se obtenga el mayor provecho de los mismos, gastando únicamente lo necesario.**» (Énfasis agregado)

De esta forma, el mecanismo del A.C. conjuga perfectamente con dicho principio. A través del mismo las entidades públicas pueden mantener un gasto más eficiente de sus recursos invertidos en la resolución de controversias derivadas de sus contrataciones. Evitar el pago de las costas y costos de largos procesos arbitrales que, finalmente, terminan condenándolos a pagar montos superiores a los reclamados inicialmente por los contratistas, es ser «eficiente en la gestión de esos recursos», más allá de una evaluación y corrección de las conductas que llevaron a que la Entidad incumpla el contrato. Al igual que en Colombia, el mecanismo del A.C. puede ayudar a una ejecución más eficiente de los recursos públicos en lo que se refiere a la etapa de solución de controversias.

Habiendo definido a que nos referimos cuando hablamos del A.C., como mecanismo de solución de controversias, así como a su importancia en la solución de conflictos dentro de la contratación estatal, pasaremos a comentar sus antecedentes

11 «Artículo 2. Principios que rigen las contrataciones

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público. Estos principios sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente Ley y su reglamento, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones:

(...)

f) Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.»

12 Decreto Legislativo No. 1017.

13 GUZMÁN NAPURI, Christian. *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la Ley y su Reglamento.* Gaceta Jurídica: Lima, 2015, pp. 79.

legislativos en el Perú y la posibilidad de aplicarlo dentro del esquema de contrataciones regido por la NLCE.

3. El amigable componedor en el Perú

Así como sucede en la contratación pública, en el ámbito de los contratos de concesión - Asociaciones Público Privadas, muchas veces se llevaba a arbitraje casos que podrían ser fácilmente resueltos de forma amigable y directa entre las partes debido a, entre otras cosas, la preocupación de que las decisiones tomadas por los funcionarios puedan ser, posteriormente, sujetas a procedimientos de control muchas veces innecesarios¹⁴.

Es a raíz de esto que, mediante la Undécima Disposición Complementaria Modificatoria de Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014¹⁵, se modificó el artículo 9 de la «Ley marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada»¹⁶ (en adelante, «Ley de APPs»). Así, se otorgó a las partes la facultad de poder someter sus controversias al mecanismo del A.C. durante la etapa de trato directo¹⁷.

Sin embargo, no fue sino hasta la publicación del Decreto Supremo No. 127-2014-EF, «Reglamento de la Ley de APPs» (en adelante, «el Reglamento») el 31 de mayo del 2014, que el A.C. obtuvo un procedimiento particular. Al respecto consideramos pertinente resaltar algunas de sus características:

- i. El procedimiento del A.C. se encuentra en la etapa de Trato Directo, es decir, fuera de la

etapa de «Solución de Controversias», motivo por el cual el procurador no es parte del mismo, participando únicamente los funcionarios de la entidad y los representantes del privado. (Art. 37 del Reglamento).

- ii. El A.C. es seleccionado de común acuerdo por las partes o a través de una entidad seleccionadora, la cual también es designada de común acuerdo por éstas. (Art. 38 del Reglamento).
- iii. Es un proceso sumamente expeditivo al establecer sólo dos audiencias. La primera donde las partes exponen sus posiciones y la segunda donde el A.C. presenta su informe con una solución. (Art. 40, 41 y 42 del Reglamento).
- iv. La solución presentada por el A.C. sólo será vinculante en caso ambas partes estén de acuerdo con ésta. En dicho caso tal decisión tendrá carácter de transacción y, por lo tanto, valor de cosa juzgada. (Art. 43 del Reglamento).

Teniendo claro las principales características del A.C. dentro del régimen de la Ley de APPs, pasaremos a analizar si este esquema puede ser extrapolado a la contratación pública bajo el régimen de la NLCE.

4. Propuesta del Amigable Componedor para las contrataciones del Estado bajo el régimen de la NLCE

¿Puede el mecanismo del A.C. ser útil para las contrataciones públicas regidas por la NLCE? Creemos que sí. La experiencia colombiana demuestra que el A.C. es, en el marco de las contrataciones estatales, un buen mecanismo

14 Pablo Mori. «El Amigable Componedor en Perú, nuevo mecanismo para la solución eficiente de conflictos en Contratos de APP's. Beneficios y temas pendientes» 20 de junio del 2014, consultado el 26 de junio del 2015. <<http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2014/06/Art%C3%ADculo-Amigable-Componedor-VF.pdf>>.

[Dicha figura se introdujo debido a la falta de incentivos para Concedentes y Concesionarios para resolver directamente sus controversias, pues a pesar de que los Contratos de APP's disponen de una Etapa de Trato Directo para ello, las trabas administrativas, los controles (muchas veces) innecesarios y la mentalidad burocrática no permitían que dicha etapa fuera productiva. Por el contrario, la misma era tomada sólo como un paso más para llegar necesariamente al arbitraje, motivo por el cual muy pocas controversias se resolvían directamente por las partes en esta Etapa, a pesar de tratarse muchas veces de temas relativamente sencillos.]

15 Ley No. 30114 publicada el 02 de diciembre del 2013.

16 Decreto Legislativo No. 1012 publicado el 13 de mayo del 2008.

17 «Art. 9.6: Cuando en los contratos se establezca una etapa de Trato Directo previa al inicio de un arbitraje nacional, las partes podrán acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor, quien será designado por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. El Amigable Componedor propondrá una fórmula de solución de controversias, que de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de una transacción.

De igual modo en los nuevos contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.

(...)

No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, los servicios a ser brindados por el Amigable Componedor, los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los Centros ni las Instituciones que administren los citados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siempre que dichos servicios sean requeridos dentro de la ejecución de los contratos de Asociación Público-Privada.

(...).

para: (i) obtener soluciones expeditivas y (ii) ahorrar fondos públicos. Asimismo, el hecho de que este ya haya sido incluido en la Ley de APPs y su Reglamento hace que este mecanismo deje de ser extraño a los funcionarios y procuradores del Estado.

La verdadera pregunta en este caso es: ¿cómo ha de ser incluido? ¿Es posible replicar de forma idéntica la regulación establecida en la Ley de APPs y su Reglamento? ¿Dicho esquema nos ayudaría a superar el problema que enfrentan los procuradores comentando al inicio del presente artículo?

Somos de la opinión que, si ha de incluirse el mecanismo del A.C. para la contratación regida por la NLCE, es necesario diseñar un esquema ligeramente distinto al establecido para la Ley de APPs y su Reglamento.

A diferencia de lo que sucede en el marco de la Ley de APPs y su Reglamento, en el caso de las contrataciones bajo el régimen de la NLCE no se puede evadir la participación del procurado público por dos razones:

- i. No se puede dejar en manos del titular de la entidad la solución de las controversias que surjan entre éstas y los privados. Como lo señala el Estudio, muchas de las razones por las cuales se tiene que llegar a arbitraje parten del mal manejo de la entidad al inicio de la licitación o de la mala administración del Contrato.

Designar al titular de la entidad para que sea él quien, directamente, «arregle» las controversias por el mal manejo o mala administración de su propia entidad (sin la participación del procurador), sería propiciar, nuevamente, que dichas controversias sean «postergadas» al arbitraje, a fin de evitar el fantasma de las acciones de control. Incluso, podría generar incentivos perversos en las entidades públicas generando espacios de tierra fértil para la corrupción con la finalidad de encubrir dichos errores.

- ii. Más allá de las deficiencias –y hasta que la institucionalización del país no evolucione–, consideramos que la participación del

procurador público, aunque no asegura, si permite tener una «mayor fiscalización y control» de esos fondos públicos.

Si lo que se busca con el A.C. es generar los incentivos necesarios para que los procuradores públicos resuelvan las disputas de forma amigable antes de derivarlas a un proceso arbitral, es necesario que ellos mismos participen y dirijan los destinos de las entidades en dichos procedimientos. El éxito del A.C. está íntimamente vinculado con reconocer y relanzar la importancia de la figura del procurador público en las contrataciones del Estado.

Así, teniendo en claro que la participación del procurador es necesaria y que el procedimiento del A.C. debe estar enfocado en generar los incentivos necesarios para que los procuradores tomen la decisión de resolver los conflictos de forma amigable y directa sin tener que recurrir al arbitraje. Cabe preguntarnos: ¿el marco legal vigente que rige las funciones de los procuradores permitiría su participación en el mecanismo del A.C.?

Siendo que en la regulación establecida por el Reglamento de la Ley de APPs¹⁸ así como en la doctrina anteriormente señalada, la decisión del A.C. aceptada por las partes tiene carácter de transacción, se debe analizar si los procuradores tienen la facultad de transar las controversias conocidas por ellos. La respuesta es sí, no obstante dicha facultad presenta ciertas restricciones.

De acuerdo al artículo 38¹⁹ del Decreto Supremo No. 017-2008-JUS – «Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado», los procuradores públicos tienen la facultad de transar de acuerdo al siguiente esquema:

Tipo de controversia	Monto	Requisito
Cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido.	No más de 5 UIT (con intereses)	Ninguno.
Cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido.	No más de 25 UIT (con intereses)	Resolución autoritativa de la Secretaría General de la entidad o quien haga sus veces.
Cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido.	Más de 25 UIT (con intereses)	R e s o l u c i ó n autoritativa del Titular de la entidad.

18 Artículo 43 del Decreto Supremo No. 127-2014-EF.

19 «Artículo 38.- De la atribución de conciliar, transigir o desistirse de las demandas

Los procuradores públicos pueden conciliar, transigir o desistirse de las acciones judiciales en los siguientes supuestos y previo cumplimiento de los requisitos señalados en el presente artículo:

1. Cuando se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los procuradores a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no exceda las cinco unidades impositivas tributarias, monto que no incluye los intereses.

2. En los casos que se discutan obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido, se autoriza a los procuradores públicos a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas, siempre que la cuantía en moneda nacional, o su equivalente en moneda extranjera, no

De esta forma, en la medida que los procuradores públicos cumplan con obtener los requisitos establecidos por ley, consideramos que no debería existir impedimento legal alguno que les prohíba someterse al mecanismo del A.C.

Habiendo definido la viabilidad del A.C., tanto en la contratación pública como su compatibilidad con las normas que rigen la función de los procuradores, proponemos lo siguiente: **una modificación legislativa a la sección de «Solución de Controversias» de la NLCE incluyendo una «Etapa de Trato Directo» donde las partes podrán hacer uso del mecanismo de A.C.**

Adicionalmente, se deberá establecer un Reglamento del A.C. para la contratación pública bajo el régimen de la NLCE. ¿Qué recomendamos para este reglamento?:

i. Mecanismo de selección del Amigable Composedor: Con el fin de que la decisión tomada por el Amigable Composedor sea imparcial, la designación del mismo debería ser encomendada a una entidad distinta a los involucrados (procuradores y contratistas). De esta forma, consideramos que dicha entidad podría ser el Organismo Supervisor de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

No negamos las múltiples críticas que se han dado a dicho Organismo, pero guste o no, es la Entidad rectora en la contratación pública del país. Asimismo, debe tenerse en cuenta que su Registro de Árbitros pueden encontrarse profesionales capacitados que podrían desempeñar correctamente las funciones de amigables composedores.

Consideramos que no es necesario establecer una nueva plataforma ni buscar nuevos especialistas en contrataciones públicas para que asuman el papel de A.C. Como señalamos anteriormente, los Amigables Composedores pueden ser designados de la lista de árbitros con la que actualmente cuenta el OSCE.

ii. Publicidad: Con la finalidad de dar a todos los ciudadanos la posibilidad de hacer *enforcement* de lo que se decida a través del mecanismo del A.C., sus decisiones finales deberían ser públicas y colgadas en la página web de la OSCE en un sistema similar al que se utiliza con la publicidad de los laudos arbitrales.

iii. Decisiones del Amigable Composedor no son vinculantes, salvo que el procurador, el titular de la Entidad y el contratista estén de acuerdo con ellas: Esta es la característica esencial del sistema del A.C. Como se tendrá la decisión de un Amigable Composedor, especialista en la materia de contrataciones públicas, será sobre la base de la propuesta de solución amigable de éste, que tanto el procurador público de la Entidad, su titular, y el privado podrán decidir o no resolver la controversia.

Esta es la principal forma de blindar esta «solución amigable», a fin de eliminar al fantasma de las acciones de control que evita que el procurador y el titular de la Entidad tomen decisiones eficientes, resolviendo anticipadamente controversias con menores costos. Será la decisión del Amigable Composedor la que «dará el respaldo» tanto al procurador como al titular de la Entidad para resolver anticipadamente estas controversias y gestionar de manera más eficiente los recursos públicos que tienen asignados.

A diferencia de la situación actual, las decisiones de los procuradores (y titulares de las entidades) tendrían el respaldo de un tercero experto en la materia, reduciendo así la posibilidad de argumentar que existió algún «acuerdo bajo la mesa» y contando con más argumentos para enfrentar las infaltables acciones de control que podría generar la Contraloría.

5. Conclusión

La falta de empoderamiento, capacitación y respaldo que reciben los procuradores públicos ha generado un manejo ineficiente de los recursos públicos en la solución de controversias en la contratación pública.

Durante la etapa de «Solución de Controversias», los procuradores prefieren llevar todos los litigios a arbitraje en vez de solucionarlos de forma amigable y directa debido a las posibles acciones de control que la Contraloría podría iniciarles. ¿Cuál es la consecuencia de esto? Que conflictos que fácilmente podrían ser resueltos de forma amistosa y directa sean llevados a arbitraje, lo cual representan un mayor costo para el Estado y para el contratista.

Frente a este problema, una posible solución sería incluir en la NLCE el mecanismo del Amigable

exceda de veinticinco unidades impositivas tributarias, incluidos los intereses. Previamente se debe solicitar la expedición de la resolución autoritativa de la Secretaría General de la entidad o quien haga sus veces.

3. Cuando se discuta el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero que no sea pago indebido de sumas mayores a veinticinco unidades impositivas tributarias, se autoriza a los procuradores públicos a transigir o conciliar las pretensiones controvertidas, previa resolución autoritativa del Titular de la entidad. (...).»

Componedor, el cual, tal y como ha demostrado la experiencia comparada, sirve para solucionar de forma rápida y más económica las controversias que surgen entre las entidades del Estado y los privados. Asimismo, las decisiones del Amigable Componedor, al ser un experto imparcial que busca la solución más ventajosa para ambas partes, servirían como un «escudo» o «blindaje» para los procuradores (y titulares de las entidades), generando los incentivos necesarios para poder solucionar las controversias sin tener que llegar a arbitraje.

El presente artículo ha querido someter a debate la problemática de los procuradores públicos y los costos que representa para el Estado el tener que llevar a arbitraje todas sus controversias cuando algunas de éstas podrían ser resueltas a través del Amigable Componedor de forma rápida y menos onerosa, promoviendo así una gestión eficiente de los recursos públicos en este ámbito. Esperemos que estas reflexiones sean promotoras de una mejora y un cambio en la contratación pública. 



JUAN MANUEL HURTADO FALVY
Arbitro - Abogado

Av. Del Parque Norte N° 770
San Isidro - Lima
Telf.: 01-7379381
jhurtado@arbitraje.pe
secretariaarbitral@arbitraje.pe

WWW.ARBITRAJE.PE
ARBITRAJE ESPECIALIZADO
EN CONTRATACION ESTATAL