



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

invierte.pe

Dirección General de Programación Multianual de Inversiones

Segundo Ciclo de Conferencias y Capacitaciones Virtuales 2020

Capacitación virtual:

“Pautas para atender de manera más eficiente las Controversias”



4:00 p.m.



Jueves 09 de setiembre



Empezaremos en unos minutos, gracias por su asistencia.....

PAUTAS PARA ATENDER DE MANERA MÁS EFICIENTE LAS CONTROVERSIAS

setiembre 2020



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

The logo for 'invierte.pe', featuring a red triangle above the text 'invierte.pe'.

Situación actual

Cuadro comparativo N° de Arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado

Año	Arbitraje Civil/Comercial	Contratación con el Estado (LEY)	Contratación con el Estado 2 (NO LEY)	Total
2002	1	0	0	1
2003	0	7	0	7
2004	1	2	0	3
2005	3	10	0	13
2006	3	9	1	13
2007	4	7	0	11
2008	2	9	0	11
2009	7	43	2	52
2010	4	33	1	38
2011	5	35	14	54
2012	9	67	14	90
2013	11	65	14	90
2014	5	151	13	169
2015	14	183	94	291
2016	16	221	81	318
2017	26	213	53	292
2018	27	342	53	422
2019	20	436	29	485
Total	158	1833	369	2360

El número de Arbitrajes con el Estado se ha **incrementado** de manera significativa **en los últimos 5 años**, lo que evidencia un **uso mayoritario de esta herramienta de solución de conflictos**.

Fuente: Elaborado con datos del SIGEDA (Sistema de gestión de datos de arbitraje) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP
 Fecha de actualización: 6 de enero del 2020

Causas que generan las Controversias

I. ¿Cuáles son las causas que originan las controversias?

1. Solicitud de nulidad del contrato

La Entidad deberá cursar una **carta notarial al Contratista** adjuntando la copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato.

El Contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje según el Artículo 144° del RLCE.

Plazo: Dentro de los treinta (30) días hábiles desde la notificación.

Supuestos más comunes en los que la Entidad puede declarar la Nulidad del contrato*:

- Cuando uno de los postores se encuentra impedido para ser participante, postor, contratista y/o sub contratista.*
- Cuando se identifica que se infringió el principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección.
- Cuando se haya suscrito el contrato y se encuentre en trámite un recurso de apelación.
- Cuando no se haya utilizado el procedimiento de selección correspondiente.

*Artículo 44° de la LCE

1. ¿Cuáles son las causas que originan las controversias?

2. Solicitud de resolución parcial o total del contrato

La parte perjudicada deberá requerir el cumplimiento de las obligaciones, **mediante una carta notarial**.

Esta carta deberá remitirse en **un plazo no mayor a 5 días**, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad de la contratación **solo en el caso de Obras, la Entidad puede establecer un plazo no mayor a 15 días**.

Si vencido dicho plazo y el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el Contrato en forma total o parcial, comunicando mediante otra carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo al cumplimiento de las obligaciones, cuando: i) la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, ii) por otras penalidades, o iii) cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, bastará con **comunicar al contratista mediante una carta notarial la decisión de resolver el contrato**.

La **resolución parcial** sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y **siempre que dicha parte sea separable e independiente** del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, **el requerimiento de cumplimiento de obligaciones que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento**. (Artículo 165° LCE).

*Artículo 44° de la LCE

1. ¿Cuáles son las causas que originan las controversias?

3. Discrepancia en los costos por adicionales o reducciones

En los **costos por adicionales** que se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en caso de que no se considere lo anterior, se determinará por acuerdo entre las partes.

Podrá disponerse la **reducción de las prestaciones hasta el límite del 25% del monto del contrato original**.

En caso de adicionales o reducciones, **el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías** que hubiere otorgado, respectivamente.

4. Discrepancia en los plazos contractuales

Estas discrepancias se originarán por:

1. Costos del contrato: cuando se apruebe un adicional, siempre y cuando éste afecte el plazo.

2. Atrasos o paralizaciones solicitados: i) no imputables al contratista o ii) en el cumplimiento de la prestación del contratista por responsabilidad de la Entidad.

3. Caso fortuito o fuerza mayor: cuando debido a esto se tenga que extender el plazo del contrato.

Además, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado, la cual puede estar sujeta a discrepancia.

II. ¿Por qué el arbitraje se propone como alternativa de solución a Controversias?

No se evalúan otras alternativas para la resolución de conflictos

Se recomienda **acudir a la Conciliación como primera instancia para la solución de controversias**, considerando que ésta incluye menos costos y tiempo ya que conlleva a un proceso de acuerdo con la contraparte.

Falta de insumos necesarios para ejercer la defensa de la Entidad por parte de la Procuraduría

Debe existir una coordinación activa, detallada, constante y debidamente documentada, entre las diversas áreas que se encuentran involucradas en la controversia, a fin mantener una defensa sólida a favor de los intereses del Estado.




Si bien se considera al arbitraje como una alternativa de solución que podría resultar más conveniente, respecto a tiempos y especialidad que se presenta en el ámbito judicial, ésta no debe primar por encima de la Conciliación.

Pautas generales para afrontar las Controversias

I. Pautas durante la elaboración del Contrato

1. Contemplar una cláusula de solución de controversias durante la elaboración de las bases en el Procedimiento de Selección

Modelo de cláusula 1




“Cuando la cuantía de la controversia sea igual o menor a **[Monto de la controversia - Por ejemplo: cincuenta millones con 00/100 Dólares(US\$50,000,000.00)]** o su equivalente en Soles, a la fecha de presentación de la Solicitud de Trato Directo, este debe ser administrado, por **[Institución Arbitral elegida – por ejemplo: CCL]**; a cuyas normas y reglamentos de arbitraje se someten las Partes, según corresponda. La misma regla se aplicará cuando la controversia no tenga cuantía o la cuantía sea indeterminada.

En estos casos, la sede del arbitraje será la ciudad de Lima, República del Perú, y el idioma oficial será el español.

En caso fuere necesaria la intervención de jueces y tribunales ordinarios en material de colaboración, las Partes se someten expresamente a la jurisdicción de los jueces y tribunales del Distrito Judicial de Lima - Cercado, renunciando al fuero de cualquier otro domicilio.”

Modelo de cláusula 2



“Cualesquiera de las partes tienen derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten dentro de la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la controversia, de perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.”

I. Pautas durante la elaboración del Contrato

2. Evitar Cláusulas Arbitrales Patológicas

Estas cláusulas son de contenido ambiguo, impreciso o contradictorio que dificultan su aplicación en la solución de controversias.

Por ejemplo:


- Designación de centros arbitrales inexistentes
- Denominación incorrecta de un centro de arbitraje
- Sometimiento a un Reglamento de arbitraje inexistente
- Consignar plazos muy reducidos que resulten imposibles de cumplir
- Señalar que es un arbitraje ad hoc e institucional
- Indicar el sometimiento al fuero judicial



Si se cae en una cláusula patológica se debe aplicar el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece que el arbitraje es institucional.

II. Pautas cuando surge la Controversia

1. Revisar detalladamente la cláusula de Controversias del contrato



Todos los Contratos de obras públicas sujetos a LCE deberían **contar dentro de su cuerpo normativo con una Cláusula de solución de controversias, la cual disponga entre sus considerandos el actuar de las partes suscriptoras del contrato (GL o GR y Contratista), frente a una discrepancia.**

Antes de recurrir al Arbitraje o a la vía judicial, las partes deberían agotar las vías conciliatorias a fin de evitar los gastos y el tiempo que implicará ir al arbitraje o a la vía judicial.



Es importante que la Cláusula de solución de controversias sea muy clara, descartando la posibilidad a la interpretación, incluso en el caso en el que para su aplicación efectiva se recurra a otras normas como la LCE.

La cláusula debe señalar como mínimo el foro arbitral y las reglas arbitrales a las cuales se someterán las partes.



El desarrollo del proceso de arbitraje no interrumpe necesariamente la ejecución de la inversión. Se deberá analizar la pretensión del demandante y si ésta afecta directamente dicha ejecución.

II. Pautas cuando surge la Controversia


2. Realizar un Análisis Costo-Beneficio



Para realizar el Análisis Costo-beneficio, la Entidad debe considerar:


- Costo en tiempo y recursos del proceso arbitral.
- Expectativa de éxito de seguir el arbitraje.
- Conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Es necesario que tanto el GORE y la Procuraduría establezcan **pautas que generen incentivos para que las partes concilien**, considerando que ello resulta muy conveniente para el Estado.



Cuando el Análisis Costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en el fuero designado, se constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral*.

*artículo 45.12 del TUO de la LCE



A pesar de que el contratista haya presentado una demanda arbitral, la Entidad siempre puede optar por una conciliación, incluso estando un arbitraje en curso.

Caso práctico


- La Entidad está siendo demandada por un Contratista encargado de construir una carretera cuyo avance físico de la obra es del 89%
- El Contratista solicita un reconocimiento de costos por S/10 Millones de soles ya que indica que por problemas encontrados en el Expediente Técnico, debido a que no se elaboraron los estudios básicos completos, tuvo que incurrir en mayores costos por adicionales de obra y ampliaciones de plazo, modificando el cronograma original.
- La Entidad señala que el Contratista ha incumplido en diversas ocasiones las obligaciones contempladas en el Contrato, por lo que tiene penalidades que ascienden a S/800,000 soles.
- La Procuraduría ha realizado un análisis de costo-beneficio, el cual determinó que los daños generados ascienden a S/1 Millón de soles.
- En atención a lo anterior, la Procuraduría ha presentado a la Entidad una propuesta conciliatoria por S/1.2 Millones de soles.

Preguntas:

- 1. Si fueras la Entidad, ¿apoyarías la propuesta conciliatoria u optarías por ir a un arbitraje?**
- 2. Si fueras el Contratista ¿aceptarías la propuesta conciliatoria de la Entidad?**


III. ¿Cómo proceder frente a una Controversia?

1. Recopilar los documentos que acrediten la discrepancia

- 
- Resoluciones administrativas
 - Asientos de cuadernos de obra
 - Notificaciones
 - Cronogramas de plazos
 - Valorizaciones
 - Costos de arbitraje y costos por defensa
 - Informes
 - Solicitud de adicionales
 - Prórrogas de plazos y reducciones
 - Casos fortuitos y de fuerza mayor, conflictos sociales, emergencias sanitarias, cotizaciones, etc.

2. Analizar los pros y contras de la defensa por parte de la Procuraduría Pública

En el análisis se debe considerar:

- 
- **Costos administrativos** en los que se incurre el arbitraje.
 - **Costos del personal a cargo de la defensa.**
 - **Posibilidades de éxito** en la controversia.




La prioridad de las inversiones públicas es el cierre de brechas, por tanto, deberá considerarse la opción que permita atender con mayor premura este fin.

III. ¿Cómo proceder frente a una Controversia?

3. Delegar formalmente la defensa a la Procuraduría General

La Procuraduría General defiende intereses del Estado y es quien canaliza la atención a las controversias en una Conciliación y/o posterior Arbitraje. Deberá trabajar con:

Gerencia de Infraestructura



En primer término, es quien **tomará conocimiento de un posible hecho generador de discrepancia** de la obra y con el Contratista.

Dotarán de los insumos técnicos a Asesoría Jurídica y a la Procuraduría en la controversia. (documentos y criterios emitidos por el área usuaria durante la ejecución del contrato).

Gerencia Legal o Asesoría Jurídica



Se encargará de **verificar si los hechos imputables** que generan la Controversia se encuentran **enmarcados en la LCE y su Reglamento**.

Emitirán los actos administrativos a través de los cuales pongan en conocimiento a la contraparte sobre los hechos materia de discrepancia.



La sinergia y coordinación entre las 3 áreas es imprescindible como parte de la estrategia de defensa del Estado.

III. ¿Cómo proceder frente a una Controversia?

Importante

Contemplar la disponibilidad de una partida presupuestal que permita a los GL/GR tener discrecionalidad frente a una Controversia en el marco de una Conciliación y/o Arbitraje bajo la LCE

Es importante que se cuente con las partidas presupuestales correspondientes que les permitan asumir estas salidas.

Para que así la Procuraduría de los GR/GL puedan plantear, con margen de discrecionalidad, propuestas conciliatorias, para las cuales hayan contemplado previamente un análisis de costo beneficio de la controversia.

“15.9. Cuando en la transacción o conciliación, el Estado asume una obligación económica, ésta es atendida con cargo al presupuesto institucional de la entidad o entidades que originaron o formaron parte del proceso, previo informe de disponibilidad presupuestaria a cargo de la Oficina de Presupuesto o quien haga sus veces en la entidad, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público”.

*Reglamento del Decreto Legislativo N° 1326, Reestructuración del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado

Junta de Resolución de Disputas (JRD)



Mecanismo de solución de Controversias que tiene como objetivo **fomentar que el proyecto no se paralice para lograr su culminación.**

Aplica desde el inicio de la ejecución de la obra hasta su recepción.

Conformado por **1 o 3 expertos independientes e imparciales** (Ingeniero o Arquitecto)



La decisión de la JRD es vinculante para las partes, lo que no impide optar por el arbitraje si las mismas no se encuentran conformes con dicha decisión.

El Contratista o la Entidad tienen hasta 30 días hábiles para interponer el arbitraje.

¿Cuándo se puede recurrir a la JRD?

En **Contrataciones de obra**, de acuerdo a las condiciones previstas en el RLCE.

El artículo 243.4* del RLCE establece que de no haber sido pactado en el **Contrato Original**, las partes pueden acordar **incorporar** en la **Cláusula de Solución de Controversias**, someterse a la JRD, en los siguientes casos:

- Contratos de obras cuyos **montos sean inferiores o iguales a 20 millones.**
- Contratos de obras cuyos **montos sean mayores a 20 millones (obligatorio).**

*Modificado por D.S. N° 250-2020-EF, publicado el 04/09/2020.

¿Aún tienes dudas?



Consultas generales

Envía tu consulta a:

invierte.pe@mef.gob.pe



Preguntas frecuentes

Accede a la base de preguntas frecuentes correspondiente a los diferentes sectores.

<https://www.mef.gob.pe/es/ca/pacitaciones-virtuales-2020>



Asistencia técnica personalizada

Accede al directorio de Asistentes técnicos a nivel nacional y agenda tu reunión virtual.

CONECTA MEF

www.mef.gob.pe/conectamef

*Todas nuestras conferencias y capacitaciones
las encuentras en nuestra web, en el link:*

CAPACITACIONES VIRTUALES 2020

<https://www.mef.gob.pe/es/capacitaciones-virtuales-2020>

en la sección de:



EVENTOS REALIZADOS



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

invierte.pe