
ANÁLISIS DEL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Gonzalo García Calderón Moreyra

*Máster en derecho internacional económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.*

1. ANTECEDENTES

Mediante decreto supremo 012-2001-PCM, publicado el 13 de febrero de 2001 en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó el texto único ordenado de la ley 26850, denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El artículo 53 de la ley señala textualmente que:

Las controversias que surjan sobre la ejecución e interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación y arbitraje. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un tribunal arbitral designados de conformidad a lo que establezca el reglamento. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes. Asimismo se comunicará de inmediato al tribunal de contrataciones y adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes. Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia.

Esta norma legal ha sido regulada por el decreto supremo 013-2001-PCM (que deroga el decreto supremo 039-98-PCM), el

cual especifica en el capítulo segundo del título cuarto lo relativo a la solución de divergencias en la ejecución contractual, estableciendo las normas aplicables para la conciliación y el arbitraje.

Se puede desprender de esa norma que el Estado ha querido privilegiar la solución de controversias a través del procedimiento de arbitraje, para lo cual ha establecido como observancia obligatoria que en todo contrato en el que intervenga el sector público se deberá incluir una cláusula o convenio arbitral.

En efecto, el reglamento precisa que el arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección (licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía) hasta el consentimiento de la liquidación, que lleven a cabo las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del gobierno central, regional o local, así como las empresas mixtas en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión está en manos del Estado, y, en general, los organismos y dependencias del Estado o a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2. ARBITRAJE CON LAS EMPRESAS DEL ESTADO. ARTÍCULO 186: ¿AUTOIMPOSICIÓN U OBLIGATORIEDAD?

El incluir el arbitraje en forma obligatoria en la contratación de las empresas del Estado, tanto de derecho público como privado, implica una autoexigencia o autoimposición para los organismos que se encuentran bajo la Ley de Contrataciones y

Adquisiciones, indicando la preferencia como política del Estado, por los medios de solución de controversias distintos al Poder Judicial (conciliación y arbitraje)¹.

La naturaleza jurídica del arbitraje, recogida tanto en la doctrina nacional como extranjera, precisan que el origen de este medio de solución de conflictos está dado por la voluntad de las partes para someterse a la jurisdicción extraordinaria^{2, 3}.

Esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje (ley 26572) y lo estuvo también en el Código Civil de 1984 (libro VII. Fuentes de las obligaciones; sección segunda, contratos nominados), y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

Esta obligatoriedad del arbitraje —señalada por el artículo 186 de la norma bajo

- 1 En el caso de que se haya pactado arbitraje no se requiere acudir a la conciliación extrajudicial, decreto supremo 016-2001-JUS (publicado el 2 de mayo de 2001). Artículo 7. Conciliación facultativa.- Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellos se solucionará en la vía arbitral. En este caso, las partes quedan habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje.
- 2 Se discute en la doctrina nacional, si propiamente el arbitraje se trata de una jurisdicción (véase RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan. "Jurisdicción arbitral?". *Themis* 11. Lima, 1988; LOHMANN, Guillermo. *Para leer el Código Civil. El arbitraje*. Vol V. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988; MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988; CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.S. Bustamante, 1994).
- 3 Para efectos de este artículo el autor toma la Constitución de 1993, la cual indica que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral", sustrayéndose de la jurisdicción ordinaria que corresponde al Poder Judicial.

comentario— es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean gobiernos locales, gobiernos regionales o gobierno central) los cuales deben, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral, por lo que todo aquel que contrate con el Estado debe aceptar dicha condición en la medida en que quiera celebrar un contrato con el gobierno central, gobierno regional o gobiernos locales.

Es una obligación que, sin duda, respeta la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que es una autoimposición para las empresas estatales; se trata de una exigencia interna tal como lo puede ser una carta fianza, o tal como lo señala el artículo 41 de la ley al incluir cláusulas obligatorias en los contratos, bajo responsabilidad del titular del pliego o de los responsables, al exigir garantía de fiel cumplimiento, penalidades o cláusulas de resolución por incumplimiento. Esta exigencia no atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial entonces sí se trataría de una imposición forzosa o legal no voluntaria, y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado. Es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad en la medida en que se desee contratar por ser una exigencia interna de éste, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. El

Estado plasma sus políticas a través de normas jurídicas, y en este caso ello no atenta contra el derecho de terceros.

2.1 Ilegalidad de la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral

Considero que si el acuerdo arbitral no consta en el contrato que han suscrito, la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el artículo 188 del reglamento señala que en el caso de que no se haya incorporado en el contrato la cláusula de solución de controversias se considerará incorporada de pleno derecho. Aquí cabe discutir sobre la obligatoriedad de la norma para aquellos particulares que contraten con el Estado y que no hayan suscrito el convenio arbitral, toda vez que la norma general señala que el arbitraje es de carácter voluntario, consensual, así lo recoge tanto la doctrina como la propia ley de arbitraje, quiere decir entonces que si por un error administrativo no se incluyó el convenio arbitral en el contrato principal, no se puede incorporar este medio de solución alternativo de resolución de conflictos sin el consentimiento de la otra parte, tal como equivocadamente lo señala el artículo 188.

La obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes; contra los principios de la legalidad y contra el debido proceso. Entiendo que el artículo 188 debe interpretarse como una limitación ilegal por parte del Estado a la jurisdicción ordinaria, que no debe ser aceptada en caso se presente alguna controversia si no se ha suscrito la vigencia de un acuerdo de arbitraje. Es decir, se debe entender como una cláusula limitativa del derecho de una de las partes, al habersele privado de manera abusiva de su jurisdicción ordinaria y calificarse por el juez en sentido favorable al contratista, en

cuyo caso el litigio deberá ser resuelto por el Poder Judicial y no por la institución arbitral, por cuanto resultaría ser una condición nula y por tanto ineficaz.

Sin duda, existirá una responsabilidad frente a la Contraloría General de la República por parte del organismo estatal al no incluir las cláusulas obligatorias, pero no por ello se puede sustraer al particular —en caso de que no existiese pacto expreso— de la jurisdicción ordinaria que le corresponde, al no haber manifestado su voluntad con la formalidad exigida por la ley.

3. EL ARBITRAJE EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Un tema poco estudiado en nuestra legislación es el relativo al ámbito de aplicación sustantiva del arbitraje en materia administrativa. Normalmente los conflictos entre la administración pública y los usuarios ha sido resuelto en primera instancia por ésta a través de los recursos administrativos impugnativos (véase Ley General de Procedimientos Administrativos) y en última instancia por el Poder Judicial mediante la vía contenciosa administrativa.

Hoy en día existe unanimidad en señalar la crisis de este sistema de justicia administrativa, colapsado como consecuencia del urgente número de conflictos administrativos recurridos en vía judicial, por ello se plantea la posibilidad de acometer una modificación más profunda de las instituciones tradicionales e idear fórmulas de resolución de los conflictos administrativos alternativos o los recursos administrativos y jurisdiccionales⁴.

4 CANAL, José y Pedro ÁLVAREZ. "El arbitraje en el derecho administrativo". *Revista de Actualidad Administrativa* 13. Madrid: La Ley, 2000, p. 471.

Como vemos, no es privativo de nuestros órganos jurisdiccionales la carga y demora en la administración de justicia, por lo que el incluir el arbitraje en el derecho administrativo es una novedosa y, al menos en teoría, más eficiente técnica de solución de conflictos, permitiendo una solución más ágil, en manos de especialistas en la materia que conocen el problema, que será dilucidada en forma reservada y confidencial dentro del marco jurídico.

Es lógico que la materia arbitrable esté circunscrita a los temas de libre disposición, es decir por la propia naturaleza del arbitraje, éste no puede aplicarse a temas de orden público.

Es por ello evidente que no podrán someterse a arbitraje los conflictos derivados de la actuación unilateral y reglada de la administración pública, mientras que su ámbito natural de aplicación se referirá a la actividad administrativa bilateral o comercial⁵.

La Ley General de Arbitraje permite, en su artículo 11, incluir el arbitraje en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, para lo cual exige una adecuada publicidad o que en las condiciones generales se halle inserto el convenio de arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este contrato se encuentre celebrado por escrito bajo sanción de nulidad y firmado por ambas partes.

3.1 Artículo 186 del reglamento. Segundo párrafo

En lo que respecta al derecho del contratista de acudir al arbitraje el reglamento ha sido restrictivo con respecto a lo que señalan tanto la Ley General de Arbitraje como la Ley de Contrataciones y Adquisi-

5 CANAL, José y Pedro ÁLVAREZ. Op. cit., p. 476.

ciones del Estado, *al fijar un plazo de caducidad*. Así, el segundo párrafo del artículo 186 señala que:

El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los artículos 139 o 164 para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras, respectivamente⁶.

- 6 Artículo 139.- Liquidación del contrato. El contratista presentará a la entidad, la liquidación del contrato dentro de los quince (15) días siguientes de haberse realizado la última prestación. La entidad deberá pronunciarse respecto a dicha liquidación dentro de los quince (15) días siguientes de recibida.

Si la entidad se pronuncia dentro del plazo señalado, se tendrá por aprobada la liquidación presentada.

Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la entidad deberá efectuarla dentro de los quince (15) días siguientes, a costo del contratista.

En los casos en que la entidad practique la liquidación y el contratista no la observe en el plazo de tres (3) días de notificada, ésta quedará consentida.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación.

La liquidación en el caso de obras se regirá por el artículo 164.

Artículo 164.- Liquidación del contrato.

- 1) El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Con la liquidación se entregará a la entidad los documentos de declaratoria de fábrica o la memoria descriptiva valorizada, según sea el caso. La entidad deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta (30) días de recibida.

Si la entidad no estuviese de acuerdo con la liquidación presentada por el contratista, practicará otra que, con la documentación sustentatoria y cálculos detallados, remitirá al contratista para que éste pueda observarla dentro del plazo de quince (15) días de recibida.

La prescripción constituye un modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por *el transcurso del tiempo*. Es, por lo tanto, un medio de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando el tiempo, en realidad como el productor esencial de estas situaciones jurídicas⁷. Por otro lado, la caducidad entendida como un modo de extinguir derechos por el transcurso del tiempo⁸ ha sido regulado expresamente por el Código Civil, indicando en su artículo 2004 "que los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario".

Considero que el plazo de caducidad es incorrecto e ilegal toda vez que éstos se encuentran regulados en el Código Civil, no siendo posible establecerlos a través de normas de inferior jerarquía como un decreto supremo, dejando en indefensión al interesado al recortársele el derecho de acceso a la justicia.

Este artículo es sumamente peligroso y requiere una inmediata reforma, ya que no

- 2) Si el contratista no presentara la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La entidad remitirá la liquidación al contratista para que éste pueda observarla dentro de los quince (15) días de recibida.

- 3) La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, el contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la contratación.

- 7 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. 13a. edición, revisada, actualizada y ampliada. 8 tomos. Buenos Aires: Editorial Heliaste, 1982.

- 8 Véase VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 198 y ss.

sólo es poco claro, sino que impide acudir a la vía arbitral por el transcurso del tiempo, siendo los plazos sumamente cortos y permitiendo que, de acudir al Poder Judicial, se plantee una excepción de convenio arbitral y de acudir a la vía arbitral se indique que ésta ha caducado al no haberse solicitado dentro de los plazos señalados por los artículos 139 y 164, no teniendo el justiciable acceso a la justicia, violándose la Constitución (artículo segundo, inciso 23; artículo 139, inciso 3, entre otros), el derecho de defensa y un debido proceso.

Por el principio de divisibilidad consagrado en el artículo 14 de la sección primera, referida al arbitraje nacional y el artículo 106 de la sección segunda, referida al arbitraje internacional de la Ley General de Arbitraje, se regula el principio de la separabilidad o divisibilidad del convenio arbitral del contrato que lo contiene, es decir que será el propio tribunal arbitral el que resolverá cualquier discusión referente a la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad del contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, en consecuencia serán los propios árbitros los que decidirán acerca de la validez o invalidez del contrato (licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía) que contiene el convenio arbitral, así como serán los propios árbitros los que decidirán acerca de su propia competencia.

3.2 Artículo 186 del reglamento. Tercer párrafo

El orden lógico de la norma parte de la necesidad de un convenio arbitral, debiendo contener por escrito las cláusulas en virtud de las cuales cualquier discusión que surja de la celebración del contrato deberá ser resuelta; sin embargo, señala en el

último párrafo del artículo 186 que el arbitraje será de *derecho*, a diferencia de la Ley General de Arbitraje, que señala que se presume que el arbitraje será de *equidad*, salvo pacto en contrario.

En el arbitraje de derecho los árbitros deben resolver el conflicto sobre la base de un ordenamiento jurídico determinado, al igual que un juez, mientras que en el arbitraje de equidad o de amigable composición éstos no están sometidos a reglas en particular, pues fallan, de acuerdo con su conciencia, a su leal saber y entender.

Por tratarse de un arbitraje de derecho sólo podrán ser árbitros los abogados, recayendo sobre ellos las mismas causales de recusación que los jueces a los que debe añadirse una serie de impedimentos para actuar como árbitros que han sido indicados por el reglamento, así mismo establece determinados requisitos para poder ser designados como árbitros, señalando en su artículo 195 requisitos mínimos que deben reunir los árbitros, tales como tener cinco años y más de experiencia profesional afín de la materia que es objeto de la controversia para los casos de contratos derivados de licitaciones públicas y concursos públicos así como de adquisición directa para obras y consultoría de obras y de tres años y más de experiencia profesional para los casos derivados de adjudicaciones de menor cuantía.

La norma exige conocimiento y capacidad, privilegiando la especialización y la formación jurídica, características que junto con la confianza permitan un ordenado desarrollo de esta disciplina jurídica.

Franz Kundmuller opina que:

... 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 li-

mitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral⁹.

No comparto esta opinión, ya que tratándose de los intereses del Estado representados en una persona jurídica de derecho público o privado, no se debe dejar al libre albedrío o al criterio subjetivo de los árbitros en equidad la resolución del conflicto, sino que debe basarse en una interpretación jurídica y al amparo de una ley determinada y tomando en cuenta en su decisión la prueba que respalda el derecho invocado.

3.3 Artículo 187 del reglamento

En cuanto al artículo 187 que propone un texto de convenio arbitral parece adecuado permitir que se pueda acceder a un centro administrador del arbitraje y que pueda ser el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode) el que designe al árbitro en el caso de que una de las partes no lo haga o al presidente del tribunal arbitral si los árbitros designados no se ponen de acuerdo.

La atribución de entidad nominadora residual del árbitro único por parte del Consucode nos parece adecuada pero consideramos conveniente que éste se constituya en centro permanente del arbitraje para institucionalizar y dar mecanismos reglamentarios y de seguridad a los interesados y/o usuarios del sistema, como por ejemplo el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima o el Centro de Arbitraje y Conciliación (Cearco) por citar algunos centros existentes en nuestro medio.

El artículo 187 señala que:

La proforma del contrato y el contrato contendrán por escrito una cláusula de solución de controversias, en virtud de la cual toda controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho.

Dicha cláusula podrá tener el siguiente texto:

Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

El arbitraje será resuelto por (un árbitro único/un tribunal arbitral), según lo dispuesto en el artículo 189 del reglamento del texto único ordenado de la ley 26850. A falta de acuerdo en la designación del (los) mismo(s) o del presidente del tribunal, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o conforme al Reglamento del centro de arbitraje al que se hubiesen sometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

Las partes podrán establecer acuerdos adicionales o complementarios a los previstos en la cláusula indicada, en la medida que no contravengan las disposiciones de la ley, del reglamento y las normas complementarias dictadas por el Consucode.

El anterior reglamento incluía normas y conceptos como las remuneraciones y aceptación de los árbitros; demanda y contestación de la demanda, distinguiéndola de la solicitud de arbitraje; el acuerdo pre-

9 KUNDMULLER CAMINNI, Franz: "Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado". *Themis* 39. Segunda época. Lima, 1999, p. 218.

arbitral o audiencias de conciliación, etapa probatoria de 20 días, pruebas, alegatos, medidas cautelares entre otros temas puntuales, siendo reglamentarista y repitiendo la Ley General de Arbitraje, mientras que éste ha establecido criterios más técnicos y mejor logrados a pesar de existir algunos vacíos en el reglamento, como el que no se haya legislado lo referente a la fijación del monto de los honorarios de los árbitros, vacío que también se contempla en la Ley General de Arbitraje ya que en forma genérica indica que los árbitros serán remunerados, salvo pacto en contrario, sin precisar las consecuencias del no cumplimiento de la contraprestación.

Es bueno aclarar que el laudo es inapelable, salvo pacto en contrario, es decir nada impide que las partes acuerden que la decisión de los árbitros podrá ser revisada por una instancia superior, sea una segunda instancia arbitral o sea el Poder Judicial.

Es lógico que la apelación debe tener por objeto la revisión del laudo o sentencia arbitral respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de las pruebas y de la aplicación e interpretación del derecho y ello sólo procede contra *laudos juris* mas no contra laudos de equidad.

Quiero terminar este breve análisis sobre el arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, relevando las bondades del arbitraje con respecto al Poder Judicial como medio rápido y eficaz en la solución de controversias entre particulares y las empresas estatales públicas o privadas, debiendo perfeccionarse el reglamento con el objeto de evitar perturbaciones en el desarrollo del procedimiento arbitral y solicitudes de anulación de los laudos ante el Poder Judicial.