

Mario Castillo Freyre\*  
Rita Sabroso Minaya\*\*

---

## MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN MATERIA ARBITRAL

### 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850 que entró en vigencia en el año 1998, que estableció —por primera vez— como una de las cláusulas obligatorias a incluir en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias, estableciendo que *«cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes»*.

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, Decreto

Supremo n.º 083-2004-PCM, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017 y Decreto Supremo n.º 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En efecto, como hemos venido sosteniendo a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorio como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión. Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no sólo se implantó el arbitraje

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Rita Sabroso Minaya, Abogada en ejercicio titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima, de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Contratos Típicos 1 en la Universidad Científica del Sur. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano tenía plena conciencia de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos. Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema.

Recientemente,<sup>1</sup> tanto la Ley de Contrataciones del Estado como su Reglamento han sido modificados y en el presente trabajo veremos algunas de las principales modificaciones en materia de solución de controversias.

Dichas modificaciones entrarán en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento.<sup>2</sup>

## 2. PRINCIPALES MODIFICACIONES

### 2.1 La conciliación como mecanismo de solución de controversias

En primer término, debemos recordar que el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado establece como una de las cláusulas obligatorias de todo contrato, aquella relativa a la solución de controversias, en donde se establece que «Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje [...]». (El subrayado es nuestro).

De esta manera, el texto ya modificado del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

#### «Artículo 52.- Solución de controversias

*52.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia». (El subrayado y la negrita son nuestros).*

Como se puede apreciar, el artículo 52.1. regula lo relativo a los centros de conciliación, indicando que las partes pueden acudir (i) a un centro de conciliación público; o (ii) a un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia.

Es decir, se ha incluido a los centros de conciliación públicos.<sup>3</sup>

De esta manera, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento guardan relación con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Conciliación, que establece que tanto las personas jurídicas de derecho público como de derecho privado, sin fines de lucro, pueden crear centros de conciliación bajo la supervisión de la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA)<sup>4</sup> del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

### 2.2 EL MOMENTO EN QUE SE PUEDE RECURRIR A LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

<sup>1</sup> Con fecha 1 de junio de 2012, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano», la Ley n.º 29873, que modificó la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo n.º 1017). Ello, en virtud a lo establecido en el Decreto de Urgencia n.º 048-2011, a través del cual se dictaron medidas en materia de contratación pública para mejorar la eficiencia del gasto público. En el artículo 5 del referido Decreto de Urgencia se estableció que el Poder Ejecutivo debía proponer un proyecto de Ley que modificara la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, con fecha 7 de agosto de 2012, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano», el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF, a través del cual se modificaba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo n.º 184-2008-EF).

<sup>2</sup> De conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 29873 y por el artículo 5 del Decreto Supremo n.º 138-2012-EF.

<sup>3</sup> La misma modificación la encontramos en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>4</sup> Órgano de línea dependiente de la Dirección Nacional de Justicia, que se encarga de planificar y programar el desarrollo, funcionamiento e institucionalización de la Conciliación Extrajudicial a nivel nacional; ejercer la función conciliadora; autorizar, acreditar, registrar, adscribir, sistematizar, supervisar y sancionar a los operadores de la Conciliación Extrajudicial; promover el desarrollo y difundir otros Medios Alternativos de Solución de Conflictos; a nivel nacional.

Como recordamos, los reglamentos de las leyes sobre contratación del Estado, establecían plazos de caducidad más cortos para la solicitud de inicio de conciliación o arbitraje (diez o quince días, dependiendo de la controversia), si los comparáramos con el plazo establecido por sus respectivas leyes (hasta la culminación del contrato).

Sobre el particular, un sector del medio arbitral peruano cuestionaba la legalidad de los plazos establecidos por los reglamentos.

Así, por ejemplo, García-Calderón<sup>5</sup> señalaba que dado que el artículo 2004 del Código Civil establece que «*los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario*», el plazo de caducidad contemplado en el Reglamento es incorrecto e ilegal, toda vez que estos plazos 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.

Por su parte, Rodríguez Ardiles<sup>6</sup> sostenía que se estaban fijando plazos de caducidad no previstos en la Ley, recortando o limitando —sin explicación— la amplitud que la Ley otorgaba, lo que a la postre significaba una desnaturalización de la norma jerárquica superior a cuyos conceptos debe sujetarse.

Dichos cuestionamientos sobre la posibilidad de establecer —vía reglamento— plazos de caducidad más cortos que el plazo establecido por Ley, han tenido como resultado que el nuevo artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establezca lo siguiente:

«Artículo 52.- Solución de controversias [...]»

52.2 *Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.*

*Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.(...)*

**Todos los plazos previstos son de caducidad**». (La negrita y el subrayado son nuestros).

De esta manera, habrían quedado zanjados los cuestionamientos y el debate en torno a este tema y hoy es la propia Ley de Contrataciones del Estado la que establece que el plazo de caducidad es de quince (15) días hábiles para las materias que ahí se indican. Cualquier otra materia en controversia puede ser sometida a conciliación o arbitraje hasta antes de la culminación del Contrato.

<sup>5</sup> García-Calderón Moreyra, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En: *Ius et Praxis*, n.º 32. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, p. 146.

<sup>6</sup> Rodríguez Ardiles, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado». En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, n.º 1, Lima: Grijley Editores, 2006, p. 335.

Dicha modificación dará lugar a una multiplicidad de arbitrajes susceptibles de iniciarse en relación a un mismo contrato. En efecto, a lo largo de la ejecución de un contrato se podrán iniciar diversos procesos arbitrales o se podrán acumular<sup>7</sup> pretensiones al proceso ya iniciado.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado incorpora un nuevo párrafo, estableciendo que «la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trata de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros».

### **2.3 LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO**

Como sabemos el Estado —al celebrar contratos administrativos con los particulares— goza de una serie de prerrogativas o poderes especiales establecidos con el fin de resguardar el interés público.<sup>8</sup>

Se suele sostener que el contrato administrativo se distingue del contrato privado en que mientras en el primero entra en juego el interés público y las denominadas cláusulas exorbitantes, en el segundo prevalece el interés privado y no incluye dichas cláusulas.

Como bien indican Amado y Miranda,<sup>9</sup> mientras que los contratos regidos por el derecho privado no pueden ser modificados sino en virtud de un nuevo acuerdo entre

las partes, no sucede lo mismo en el caso de los contratos administrativos. Ello, en razón de que los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados al interés público en el contrato administrativo.

Hoy en día, se pone en clara y expresa evidencia la primacía de las normas y principios del Derecho Público sobre los de Derecho Privado, cuando las controversias versan sobre contratación con el Estado.

En efecto, el texto ya modificado del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

«Artículo 52.- Solución de controversias

(...)

52.3. *El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación **de la Constitución Política del Perú**, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. **Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo**».* (El subrayado y la negrita son nuestros).

Como se puede apreciar, se establece como una nueva causal de anulación de laudo el hecho de que el Tribunal Arbitral —al momento de resolver la controversia— no aplique obligatoriamente el orden de preferencia establecido; a saber:

<sup>7</sup> Sobre la acumulación nos remitimos al punto 2.4. del presente artículo.

<sup>8</sup> Trelles de Belaunde, Javier. «El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos». En: *Thémis*. n.º 44, Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 251.

<sup>9</sup> Amado V., José Daniel y Luis Miranda Alzamora. «La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El contrato ley». En: *Thémis*. n.º 33, Lima: Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 17.

- (i) Constitución Política del Perú;
- (ii) Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento;
- (iii) Normas de Derecho Público; y
- (iv) Normas de Derecho Privado.

Cabe precisar que del numeral 52.8 de la Ley se desprende que —excepcionalmente— los árbitros podrían apartarse del orden de prelación establecido en el numeral 52.3.; sin embargo, dicho alejamiento deberá ser sustentado; caso contrario, los árbitros se exponen a una sanción administrativa. Ésta, sin duda, se trata de una materia en extremo debatible, la misma que sería objeto de estudio por nosotros, en una ulterior investigación.

Como bien sabemos, el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir alguna forma de control.

Sin embargo, el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se podría convertir en una simple instancia más. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema superior o altamente calificado de administración de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.<sup>10</sup>

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, el artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia.

De esta manera, la nueva causal de anulación que contempla la Ley de Contrataciones del Estado deberá ser empleada con mucho cuidado, a efectos de que no se pretenda revisar el fondo de la controversia.

Sin embargo, entendemos que se trata de una inclusión con fundamento en la realidad, habida cuenta de que se han conocido diversos casos en los que los árbitros (en algunos por error y en otros tal vez por maledicencia) han obviado y/o desconocido que la controversia giraba en torno a un contrato administrativo en donde los principios y normas de derecho privado deben aplicarse únicamente de manera supletoria (desconociendo las prerrogativas legales y contractuales que el Estado tiene durante su ejecución).

## 2.4 LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Al analizar el tema del plazo de caducidad establecido por el numeral 52.2. de la Ley de Contrataciones del Estado, señalamos que se podría producir una multiplicidad de arbitrajes, dado que durante el desarrollo de un arbitraje sobre un determinado contrato, podrían surgir nuevas controversias entre las partes por el mismo contrato.

Por ejemplo, imaginemos que un primer arbitraje versara sobre las controversias surgidas en torno al inicio del plazo contractual y, luego, surja una nueva controversia entre las partes por una

<sup>10</sup> Olivier, Antonie. Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Op. cit., p. 373.

ampliación de plazo. ¿Se tendrá que conformar un nuevo tribunal arbitral para resolver esta nueva controversia? Y, si en un momento posterior surgiese un tercer conflicto, esta vez, por la resolución del contrato ¿tendremos que conformar un tercer tribunal arbitral?

A efectos de dar respuesta a estas interrogantes, el numeral 52.5. de la Ley de Contrataciones del Estado contempla la posibilidad de solicitar la acumulación de las nuevas pretensiones.

En tal sentido, cabe señalar que la acumulación tiene como objetivo unificar el tratamiento y resolución de disputas conexas en razón de circunstancias subjetivas, fácticas y/o legales. Inspirado en razones de eficiencia y equidad, este instituto procura concentrar el tratamiento de una misma materia litigiosa por ante un solo juzgador, a los fines de evitar soluciones inconsistentes y de optimizar el uso de los recursos, coadyuvando así a la buena administración de justicia.<sup>11</sup>

Lo resaltante de esta modificación es que el numeral 52.5. eliminó la referencia que aludía a «tratándose de arbitraje ad hoc». Con esto, la posibilidad de acumular pretensiones en un arbitraje no se circunscribe a este tipo de arbitraje, sino que también alcanza a los arbitrajes administrados.

## 2.5 EL SEACE EN EL PROCESO ARBITRAL

No cabe duda de que el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (en adelante, el SEACE) tiene un rol muy importante en la contratación con el Estado.

De ahora en adelante, también tendrá una función muy activa en distintas etapas del propio proceso arbitral.

En primer lugar, en el supuesto de que el OSCE deba designar a algún árbitro en defecto de las partes o en defecto de los árbitros que no se ponen de acuerdo para designar al Presidente, «la resolución de designación se notificará a las partes a través de su publicación en el SEACE y será comunicada de manera personal, al árbitro designado», de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 222 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Aquí ya vemos la primera aproximación del SEACE al arbitraje desde el inicio del proceso arbitral.

Incluso, siguiendo con lo relativo a los árbitros, tenemos al numeral 5 del artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en donde se establece que «la resolución que resuelve la recusación será notificada a través de su publicación en el SEACE».

Entendemos que refiere a una notificación tanto a las partes como al árbitro recusado, dado que en el citado artículo 226 no encontramos la distinción que sí hace el artículo 222.

Es decir, tanto las partes como los árbitros<sup>12</sup> deberán revisar diariamente la página del SEACE, para ver el resultado de la recusación.

Por otro lado, el artículo 227 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado incluye un párrafo en el que se establece que «realizada la instalación del árbitro único o tribunal arbitral, se trate o no de arbitraje institucional, las Entidades deberán registrar en el SEACE los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos».

<sup>11</sup> Suárez Anzorena, Ignacio. «La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas? En: Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Bogotá: Legis, 2007, p. 330.

<sup>12</sup> Incluidos, obviamente, los otros miembros del Tribunal Arbitral.

Finalmente, tanto el artículo 52 (original) de la Ley de Contrataciones del Estado como el artículo 231 (original) del Reglamento establecían la obligación del Árbitro Único y del Presidente del Tribunal Arbitral de remitir —al OSCE— copia del Laudo, así como de sus rectificaciones, integraciones, interpretaciones y exclusiones.

Incluso, la Directiva n.º 002-2005/CONSUCODE/PRE regulaba el tema de la remisión de Actas de Conciliación y Laudos arbitrales al OSCE, precisando las formalidades y el plazo en el cual los árbitros y, en su defecto, las entidades del Sector Público, debían cumplir con dicha obligación.

Una de las finalidades de dicha Directiva era la de verificar el correcto cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, con respecto a los procedimientos de conciliación y arbitraje, así como realizar un seguimiento periódico de los procedimientos de conciliación y arbitraje relacionados a controversias surgidas en la contratación pública, que se realicen ante una institución arbitral o de manera independiente (ad hoc).

La Directiva establecía que se debía remitir copia impresa del Laudo Arbitral y su transcripción en medios electromagnéticos dentro del plazo de cinco días, contados a partir del día siguiente de haber notificado a las partes.

Sin embargo, ahora el numeral 52.6. de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 231 del Reglamento, establecen que el laudo arbitral se debe notificar a las partes en forma personal y a través del SEACE para efectos de su validez.

Siempre hemos sido partidarios de la publicación de los laudos que ponen fin a los procesos en que ha sido parte el Estado, ya que se trata de controversias relativas a fondos públicos. La publicación de todos los laudos arbitrales constituye una importante «vitrina», en donde se exhibe lo bueno, lo malo y lo feo del proceder jurídico de cada árbitro.

Sin embargo, los referidos artículos modificados de la Ley y del Reglamento, también establecen que se entenderá notificado el laudo (más allá de la notificación física) cuando el mismo figure en el SEACE y recién ahí se computarán los plazos para la anulación del laudo.

Para ello, en primer lugar —y tal como lo establece la propia Ley de Contrataciones del Estado—, el SEACE deberá permitir, operativamente, la referida notificación.

Asimismo, hay que tener presente lo establecido por el artículo 288 del referido Reglamento, cuando señala que «la información del laudo arbitral y otras resoluciones arbitrales que se registran en el SEACE, en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 231, deberá ser idéntica a la del original suscrito por el o los respectivos árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral encargado de su registro».

## **2.6 ARBITRAJE ADMINISTRADO POR EL OSCE. FUERO DE ATRACCIÓN**

El artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado mantiene lo señalado en el sentido de que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

«Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento».

García-Calderón<sup>13</sup> tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio 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 reglamento contemple su incorporación de pleno derecho.<sup>14</sup>

Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la supuesta ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

Como bien señala Kundmüller<sup>15</sup> la obligatoriedad del arbitraje en la Contratación Pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha «obligatoriedad» existe y cuáles son sus consecuencias respecto del arbitraje, especialmente en lo relativo a las atribuciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el OSCE), en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

A nuestro entender, el considerar incorporado —de pleno derecho— dicho convenio arbitral permitirá garantizar

la plena vigencia del arbitraje en los contratos con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el propio contrato.

Sin embargo, la modificación al artículo 216 del Reglamento establece contempla también que «cuando el convenio arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encontrará a cargo del SNA-OSCE, se entenderá que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su Reglamento y a las decisiones de sus órganos. Asimismo, en caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de cualquiera de los órganos funcionales del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al SNA-OSCE».

No obstante ello, una de las principales modificaciones es lo dispuesto por el numeral 52.10. de la Ley de Contrataciones del Estado, precepto que señala que «en el caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de acuerdo a su reglamento».<sup>16</sup>

Como se puede apreciar, dicha disposición constituye una excepción a la regla contenida en el artículo 3 del artículo 7 del Decreto Legislativo n.º 1071, precepto que establece que «en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando

<sup>13</sup> García-Calderón Moreyra, Gonzalo. Op. cit., p. 144.

<sup>14</sup> El citado autor discute 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 doctrina y la ley de arbitraje recogen el carácter voluntario (consensual) del arbitraje. García-Calderón quiere decir, entonces, que si por un error administrativo no se incluyó el convenio arbitral en el contrato, no se puede incorporar el arbitraje sin el consentimiento de la otra parte, tal como equivocadamente lo señala el reglamento. En tal sentido, para García-Calderón, la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso. De esta manera, el citado profesor entiende esta incorporación 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 el convenio arbitral.

<sup>15</sup> Kundmüller Caminiti, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». En: Themis. n.º 39, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 217-218.

<sup>16</sup> Cabe señalar que, según el numeral 52.11. de la referida Ley, el Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) constituye un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado. Es autónomo, especializado y se rige por su propio reglamento que es aprobado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por la Ley de Arbitraje. El reglamento establece su conformación y atribuciones.

exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes».

Como se puede apreciar, en caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, la regla general es que el arbitraje se entienda como uno ad hoc; sin embargo, cuando el arbitraje verse sobre contratación con el Estado, se entenderá que estamos frente a un arbitraje administrado por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

Resulta evidente la voluntad del legislador, en el sentido de que cada día sean menos los arbitrajes ad hoc, tal vez, porque se busque que el Sistema Nacional de Arbitraje tenga mayor protagonismo, control y supervisión en el desarrollo del proceso y no sólo se recurra a él para instalaciones, designaciones por defecto y resolución de recusaciones.

## 2.7 LOS HONORARIOS ARBITRALES EN LOS PROCESOS AD HOC

De conformidad con lo establecido por el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071, «los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso».

Asimismo, cabe recordar que el inciso 1 del artículo 72 de la referida norma establece que «una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes (...)».

Como se puede apreciar, dichas normas otorgan plenas facultades al tribunal arbitral en lo relativo a sus honorarios. Estas facultades están —principalmente—, orientadas a los arbitrajes ad hoc, dado que los arbitrajes administrados se rigen por tarifas o tablas de honorarios establecidos por los respectivos centros de arbitraje.

El tema de los anticipos es relevante, por cuanto la prestación de los servicios del tribunal arbitral es una prestación que se extiende en el tiempo. Es decir, se trata de un contrato (o, si se quiere, de un conjunto de diversos contratos) de duración y, como tal, va a requerir que la contraprestación sea ejecutada conforme se va cumpliendo con el servicio pactado, de manera que resulta completamente justo que exista un anticipo o varios anticipos, siempre que éstos se rijan dentro de lo ya establecido en cuanto a las facultades del tribunal.

Sin embargo, la modificación al artículo 230 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece lo siguiente:

*«Artículo 230.- Gastos Arbitrales [...]*

*El OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA-OSCE organice y administre conforme a su Reglamento.*

**En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario.** *En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de lo establecido por la tabla de gastos arbitrales SNA- OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto será definitiva e inimpugnable.[...]. (El subrayado es nuestro).*

Como se puede apreciar, las facultades otorgadas a los árbitros por los citados artículos 71 y 72 del Decreto Legislativo n.º 1071, se ven limitadas por la nueva normativa sobre contrataciones del Estado, ya que no sólo limita las decisiones de los árbitros —en materia de honorarios— a la tabla del OSCE, si no que incluso sus decisiones pueden ser revisadas por dicha Entidad, naturalmente, a solicitud de parte.

Sin embargo, teniendo en cuenta que los anticipos de honorarios son fijados por el Tribunal Arbitral no sólo en razón de la cuantía objetiva en controversia, sino también teniendo en cuenta la existencia de pretensiones que no tienen una cuantía determinada (como, por ejemplo, el caso en que se pretenda el pago de intereses), cabe preguntarnos cuál será la manera en que el OSCE revise objetivamente dichas decisiones.

### 3. CONCLUSIONES

Nadie niega la importancia de las modificaciones efectuadas a la Ley de Contrataciones del Estado y a su Reglamento; sin embargo, hubiese sido mucho mejor que existiera una publicación

previa del proyecto de reglamento, a efectos de que se recogieran las opiniones y sugerencias de todos aquellos que —día a día— vivimos y aplicamos dichas normas; a saber: contratistas, entidades y árbitros.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de resaltar que las modificaciones que hemos analizado en este estudio preliminar han zanjado algunos problemas o debates que se presentaban en el proceso mismo, como el tema de los plazos de caducidad.

También resulta evidente que con estas modificaciones se busca que el OSCE tenga un mayor control y fiscalización sobre los arbitrajes.

No obstante, aún nos quedan por analizar otros aspectos de la nueva normativa, los mismos que hemos reservado para un ulterior trabajo. Allí trataremos, entre otros temas, acerca de las facultades sancionatorias a los árbitros por parte del OSCE, su configuración, pertinencia; y, naturalmente, el debido proceso que —ineludiblemente— deberá seguirse en esta materia.

Lima, agosto del 2009