

Magali Rojas Delgado\*

## PRINCIPALES MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE ARBITRAJE: ALGUNOS ALCANCES DE SU MOTIVACIÓN

### 1. INTRODUCCIÓN

Con el propósito de poder acercarnos a identificar y analizar las diversas motivaciones que sustentaron las principales modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado en materia de arbitraje, aprobadas mediante Ley N° 29873, resulta necesario ante todo introducirnos en el contexto político y jurídico dentro del cual se gestaron. En efecto, con el objeto de mejorar la eficiencia en el gasto público, se emitió el Decreto de Urgencia N° 048-2011, norma que esencialmente contiene la voluntad del Poder Ejecutivo (viabilidad política), la que expresamente identifica y decide por un eficiente régimen de contrataciones públicas, según las buenas prácticas internacionales, de acuerdo a lo siguiente:

*Un eficiente régimen de contrataciones, desde las buenas prácticas internacionales, exige procedimientos y documentos estandarizados, sólida planificación en función de la entrega oportuna de resultados, estrechos vínculos con la gestión presupuestal, personal conocedor de las características del mercado, vigilancia*

*a la calidad y eficiencia, información siempre actualizada para la toma de decisiones y la rendición de cuentas y un sistema de control basado en información actualizada.<sup>1</sup>*

En dicho contexto, se buscó con el referido Decreto de Urgencia que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE se fortalezca, mejorando sus procedimientos internos, relacionados a las funciones de supervisión, entre ellas lo referido al mecanismo de solución de controversias, con dos objetivos primordiales: asegurar la transparencia y mejorar la competencia en los procesos de selección, por lo que sus medidas se orientan, en forma categórica, al fortalecimiento del OSCE, de su organización y del desempeño de sus funciones de supervisión, en el marco de una mejora de la eficiencia y efectividad en el uso de los recursos públicos.

Como parte de las diferentes acciones que debían implementarse en cumplimiento del mandato legal del Poder Ejecutivo, se contó con la valiosa oportunidad de modificar la Ley de Contrataciones del

\* Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Administración Pública, 18 años de experiencia profesional en la Administración Pública, actual Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE.

<sup>1</sup> Segundo Considerando del D.U. N° 048-2011

Estado, otorgándole mayor transparencia y eficiencia a las instituciones jurídicas que se encuentran formando parte del ordenamiento jurídico que regula las contrataciones, siendo el arbitraje, como mecanismo principal de solución de controversias, una de las más importantes.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE DENTRO DEL MARCO LEGAL QUE REGULA LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

En primer término, resulta necesario invocar el marco constitucional que se le ha otorgado al arbitraje como institución jurídica que constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias. Así, la Constitución Política, en el numeral 1 de su artículo 139º, reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje<sup>2</sup>. Dicho carácter ha sido además reconocido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque dicho reconocimiento no ha evitado que este ente se avoque, bajo diversos criterios que se han sucedido en el tiempo, a revisar la validez de los laudos arbitrales que son cuestionados ante él por medio de acciones constitucionales.

Al ostentar carácter jurisdiccional, al arbitraje le son aplicables los principios correspondientes

a dicha función, de acuerdo a lo previsto en el mencionado artículo 139º<sup>3</sup>. Entre dichos principios, constitucionalmente reconocidos, resultan de particular trascendencia algunos como el de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el de observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

El primero de los mencionados, previsto en el numeral 2 del artículo 139º de la Constitución Política<sup>4</sup>, es el que sustenta la generalidad de los denominados “principios y derechos de la función arbitral” establecidos en el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1071<sup>5</sup>, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje y que, a nivel legal, otorga debida cobertura a la función arbitral contra las interferencias que puedan intentar ejercer otras autoridades respecto al desarrollo de su función jurisdiccional.

Por otra parte, el Decreto Legislativo N° 1071 ha recogido en su articulado otros principios, que si bien no han sido enunciados expresamente como tales, constituyen efectivamente reglas básicas del proceso arbitral en el Perú. Nos referimos a principios como el de libertad de regulación de actuaciones<sup>6</sup>, confidencialidad y

<sup>2</sup> Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. (...)

<sup>3</sup> Ello además fue objeto de pronunciamiento expreso por el Tribunal Constitucional ya desde el conocido caso “Cantuarías Salaverry” (exp. N° 06167-2005-PHC/TC).

<sup>4</sup> Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional. (...) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto alguno.

<sup>5</sup> Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

<sup>6</sup> Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

reserva<sup>7</sup>, entre otros, constituyendo de esta manera elementos característicos de una figura jurídica del Derecho Privado, que resuelve controversias relacionadas a bienes e intereses privados.

En este marco constitucional y legal, el literal b) del artículo 41° de la Ley N° 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado introduce dentro del régimen de contrataciones públicas, a la institución jurídica del Arbitraje, una institución que fue importada del Derecho Privado y que como hemos mencionado tenía y tiene como características principales o principios rectores, a la confidencialidad, la reserva y la autonomía arbitral irrestricta.

Desde dicha fecha y durante el paso de los años, se fueron aprobando diversos dispositivos legales y reglamentarios que fueron acotando con mayor precisión el contenido y la naturaleza del Arbitraje, como mecanismo de solución de controversias dentro del régimen de contrataciones públicas, distinguiéndolo de la institución jurídica original del Derecho Privado y generando un arbitraje que requería y requiere de características y principios rectores diametralmente opuestos, con matices propios generados por la intervención del Estado. Estamos hablando del Arbitraje Administrativo. Sin embargo, y antes de intentar identificar los elementos constitutivos de esta nueva institución jurídica que, además sirvieron de sustento para la introducción de las últimas modificaciones legales, consideramos conveniente enfocarnos en la naturaleza jurídica de las controversias que son materia de competencia arbitral administrativa, lo que constituye la piedra base del cambio en esta materia.

La celeridad del arbitraje, como mecanismo de solución de controversias proveniente del Derecho Privado fue el motivo más

importante, por el cual se importó esta institución jurídica hacia el Derecho Público, y particularmente hacia el régimen de contrataciones públicas. Era necesario contar con mecanismos céleres que no interrumpieran la inversión pública y la marcha hacia el cumplimiento de los objetivos institucionales de las entidades públicas, pero que a la vez otorguen a los contratistas y al Estado, la posibilidad de contar con las garantías procesales necesarias para cautelar su derecho de defensa y el equilibrio jurídico entre las partes.

En este sentido, abordando el análisis jurídico sobre las materias o controversias que se van a solucionar a través del Arbitraje Administrativo, podemos advertir su finalidad desde el punto de vista del Derecho Administrativo, lo que constituye la base esencial del régimen de las contrataciones públicas. En este sentido, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, aludiendo al reconocimiento constitucional español sobre la Administración Pública, señala que:

*[...] En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración Pública es una persona jurídico-pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. [...] Es decir, la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia. [...] Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda. [...] la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.<sup>8</sup>*

La Administración Pública que contiene entre otros regímenes, el de contratación pública, se encuentra regida por una serie

<sup>7</sup> Artículo 51.- Confidencialidad.

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública". En Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, p. 129.

de preceptos obligatorios, relacionados íntimamente con la naturaleza y la finalidad de los recursos públicos, con el fin público y con el servicio público. Los fondos o recursos públicos constituyen la fuente de financiamiento del Estado que la Administración Pública debe administrar y cautelar, y su finalidad pública obliga a que estos recursos sean utilizados para el cumplimiento de los objetivos institucionales de los Planes Operativos y Estratégicos, de cada entidad y nivel de gobierno, y por tanto, del Estado en general. Por ello y para ello, se han desarrollado y fortalecido conceptos relativos a la publicidad y transparencia, requisitos esenciales con los que la Administración Pública debe manifestar sus decisiones.

El manejo y el destino de los fondos públicos requieren obligatoriamente del cumplimiento de preceptos de orden público que garanticen que dichos fondos y las decisiones respecto a ellos, se encuentren bajo el orden jurídico vigente y aplicable y sean conocidos por la opinión pública, con el objeto de ejercer el control ciudadano correspondiente. Se trata, por tanto, de elementos consustanciales e ineludibles que marcan la naturaleza jurídica de los arbitrajes administrativos, los que resuelven controversias en las que los recursos públicos están directamente involucrados, esto es controversias dentro del régimen de contrataciones públicas.

Por tanto, siendo que las materias que se someten al Arbitraje Administrativo constituyen materias de orden público, y en la medida que los recursos públicos se encuentren involucrados directamente con las decisiones que se adoptan dentro del Arbitraje Administrativo, en este mecanismo de solución de controversias, principalmente los árbitros, forman parte de la Administración Pública, como entes privados de derecho público, cuyas decisiones generan efectos jurídicos

públicos. Así, lo precisa GORDILLO cuando afirma que existe “una neta prevalencia del derecho público sobre el derecho privado: mientras que un ente estatal sigue siendo público a pesar de estar parcialmente regido por el derecho privado, un ente no estatal, que en principio pudiera ser considerado privado, debe ser considerado un ente público cuando está regido por el derecho público en una medida importante”.<sup>9</sup>

Dicha participación proporciona una naturaleza esencialmente pública, manteniendo su finalidad orientada hacia una correcta administración de dichos recursos y, por otro lado, hacia la preponderancia del interés general, sobre la base de la objetividad y predictibilidad con la que la administración de justicia, en general, debe sostenerse. Así, el mismo autor señala que:

En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas [...] así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos.<sup>10</sup>

Entonces queda claro, que siendo la naturaleza de las controversias y materias arbitrales, esencialmente pública, debido a que están estrechamente vinculadas a los recursos públicos que deben ser administrados y cautelados por la Administración Pública, la naturaleza jurídica del Arbitraje en las contrataciones públicas, es esencialmente pública, lo que ha sido recogido y reconocido desde hace tiempo en las diversas normas

<sup>9</sup> GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Parte General. 7ª ed. Lima: Ara Editores, p. XIV-11.

<sup>10</sup> Op. Cit. p. X-21.

aplicables. En los últimos tiempos, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 ya lo contemplaba así, aunque en la práctica las obligaciones legales no eran cumplidas en su alcance integral.

Por ello, se requería fortalecer la institución del Arbitraje Administrativo, con el objeto de supervisar el cumplimiento de esas obligaciones ya consagradas legalmente, así como de establecer parámetros para cautelar la conducta procesal de los árbitros, de tal forma que se consoliden los elementos esencialmente públicos de su naturaleza jurídica y se fortalezcan sus principales límites: razonabilidad, proporcionalidad, la prohibición de la desviación de poder, buena fe, entre otros.<sup>11</sup>

### **3. PRINCIPALES MODIFICACIONES EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN MATERIAS DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO.**

Tomando en consideración la naturaleza jurídica del Arbitraje Administrativo, analizamos la situación actual sobre el cumplimiento de sus Principios rectores: publicidad y transparencia, así como los principales límites que se le han impuesto a las decisiones estrictamente administrativas. El artículo 52° de la Ley ya establecía la obligación de los árbitros de remitir al OSCE los laudos que emitan, como resultado del proceso arbitral en el que hayan sido designados. Sin embargo, entre el 2003 y el 2010, el Consejo Superior de Contrataciones del Estado - CONSUCODE en su oportunidad y ahora el OSCE, han recibido, en promedio, ciento setenta (170) laudos al año.

En el ejercicio anterior (2011), el total de los laudos remitidos a OSCE suman trescientos setenta y dos (372). Si tenemos en cuenta que, al año, se realizan aproximadamente

alrededor de 100,000 transacciones en el mercado de las compras públicas<sup>12</sup>, se verificó la necesidad de revertir esta situación de incumplimiento, con el propósito de publicitar y transparentar el contenido de los laudos, a través de su sistematización y discusión abierta promovida por el OSCE.

Sobre este tema, varios árbitros se han cuestionado sobre las ventajas y desventajas del cumplimiento de dicha obligación, sobre todo tomando en consideración la confidencialidad y la reserva del arbitraje privado, contemplado en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071). Ricardo Gandolfo a propósito de lo prescrito en el artículo 51° de la Ley de Arbitraje antes comentado, se pregunta las razones del trato diferenciado y contrapuesto en materia de publicidad y confidencialidad, y si ello se debe solo a la presencia del Estado, o a la particularidad de las controversias que se resuelven. Preferimos utilizar su siguiente argumento:

El principio sobre el que se sustenta esa opción legislativa es aquel que recuerda, en resumen, que “los asuntos del Estado interesan a todos y los asuntos de los particulares sólo a los particulares”. Y como interesan a todos, todos deben estar correctamente informados de la manera en que se resuelven los asuntos que comprometen los intereses del Estado. Al difundirse los laudos se crea jurisprudencia, se uniformizan criterios y se torna más difícil que los tribunales arbitrales puedan salirse de ciertos parámetros preestablecidos por determinados antecedentes, con lo que se abona a favor de la defensa de los intereses del Estado en litigio.<sup>13</sup>

Por ello, la primera modificación que resulta importante comentar, está contenida en el mismo artículo 52° de la Ley, específicamente en el numeral

<sup>11</sup> Op. Cit., p. X-21

<sup>12</sup> Información estadística obtenida del SEACE.

<sup>13</sup> GANDOLFO, Ricardo. “La defensa de los intereses del Estado en la contratación pública”. En Revista Arbitraje PUCP. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, p. 30

52.6, en virtud del cual “El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su validez”.<sup>14</sup> Con esta medida se pretende revertir la situación actual de incumplimiento en el que incurren los árbitros de remitir los laudos que emiten al OSCE.

Cumplir con dicha obligación legal no sólo implica observar los Principios de Transparencia y Publicidad, propios del Arbitraje Administrativo, sino también permite al OSCE sistematizar los laudos, identificar tendencias resolutorias para determinados temas con el objeto de ir construyendo Predictibilidad de criterios, así como procesar estadísticas relacionadas a la defensa del Estado en estas controversias, con el objeto de identificar las debilidades de forma y/o de fondo, e implementar las acciones normativas y de gestión que sean necesarias para mejorar su posición procesal.

En este sentido, y para complementar la disposición legal, se modifica el artículo 231° del Reglamento, precisando que es responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, registrar el laudo en el SEACE, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones. De igual manera, el artículo 227° del Reglamento recientemente modificado dispone la obligación de las Entidades de consignar en el SEACE la información referida a los nombres y apellidos completos del árbitro único o los árbitros que conforman el tribunal arbitral, luego de realizado el acto de instalación de cada arbitraje.

Esta modificación constituye un hito muy importante que resaltar, no sólo en el marco de la Transparencia y Publicidad que se requieren en atención al interés público en el uso y destino de los fondos

públicos, sino también en materia del Gobierno Electrónico y en la política nacional de combate contra la corrupción. Así, se garantiza que los diferentes mecanismos de control puedan ejercer su función en forma eficiente, y el escrutinio público mejore la eficiencia y eficacia del Arbitraje Administrativo como mecanismo de solución de controversias de orden público.

En segundo lugar, consideramos también importante resaltar otra modificación que marca una diferencia respecto al régimen de contrataciones públicas. Nos referimos a la modificación del artículo 52.8° que introduce como causales de aplicación de sanción, las siguientes: los árbitros que incumplan su deber de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impide ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, o incumplan su deber de garantizar el cumplimiento del principio de transparencia, o resuelvan sin sustentar el apartarse del orden de prelación previsto en el artículo 52° de la Ley para la aplicación de la normas.

Esta medida pretende disuadir el incumplimiento de las obligaciones de los árbitros vinculadas, no sólo con el deber de actuar imparcialmente y con independencia, sino de todas las obligaciones legales previstas para dicha función. En caso de incurrir en dichos supuestos, según la gravedad de la falta cometida, se podrá sancionar al infractor hasta con una suspensión temporal o con la inhabilitación permanente para ejercer como árbitro en la resolución de controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley y su Reglamento; sin perjuicio de separarlo definitivamente del Registro de Árbitros, en caso se encuentre inscrito.

Como parte de la regulación reglamentaria, el artículo 238°, recientemente modificado, desarrolla las infracciones y sanciones para los

<sup>14</sup> Artículo contenido en las modificaciones aprobadas mediante Ley N° 29873.

árbitros, configurándolas en forma particular. Así, se precisa que, como regla general, la infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, se configura si existe una recusación previa que haya sido declarada fundada, con el objeto de evitar decisiones contradictorias con la Presidencia Ejecutiva del OSCE que es la autoridad que resuelve las recusaciones. Sin embargo, adicionalmente se contempla que el Tribunal deberá determinar la configuración de la causal de infracción en los casos en que habiéndose presentado recusación, al resolverse la misma no existe pronunciamiento sobre el fondo, por haber renunciado el árbitro recusado; o, no se haya presentado recusación en el plazo correspondiente.

Por su parte, la infracción referida a no cumplir con actuar con transparencia, se configura en dos supuestos concretos: (i) cuando no se cumpla con registrar los laudos en el SEACE en el plazo correspondiente; y, (ii) no se atienda el pedido de información sobre el estado del proceso formulado por el OSCE. De otro lado, teniendo en consideración que la Ley no fijó los rangos para la imposición de las sanciones aplicables a los árbitros, resulta necesario efectuar esa precisión en el Reglamento, teniendo como parámetros los plazos mínimos y máximos que la propia Ley faculta al Tribunal.

En el artículo 243° del Reglamento se ha establecido el plazo de prescripción de dos (2) años para la imposición de sanciones, en función a la sanción máxima que se les puede imponer, siendo su cómputo de la siguiente manera:

- Si falta a su deber de revelación, el cómputo del plazo tiene tres formas de efectuarse: (i) si existe resolución que declara fundada la recusación, desde el día siguiente de su notificación; (ii) si se produce la renuncia del árbitro recusado, desde el día siguiente de la notificación de la resolución que

admite esa renuncia; y, (iii) si no hay recusación, desde el día siguiente del vencimiento del plazo para formularla.

- Si se falta a la obligación de actuar con transparencia desde el vencimiento del plazo para registrar el laudo en el SEACE o del plazo otorgado por el OSCE para informar sobre el estado del proceso arbitral.
- Si es por la falta de sustentar apartarse del orden de prelación, desde el día siguiente de la publicación del laudo en el SEACE.

La viabilidad jurídica en la aplicación de sanciones a los árbitros proviene de la calidad de cosa juzgada que tienen los laudos, así como en el precepto constitucional contenido en el numeral 3 del artículo 146° de la Constitución Política, en virtud del cual se garantiza la permanencia a los magistrados judiciales, siempre y cuando observen conducta e idoneidad propias de su función, lo que en el desarrollo legal y reglamentario ha representado el fortalecimiento, por su parte, de un sistema de control de la Magistratura, en virtud del cual los jueces pueden ser sancionados por diversas causales.

Dentro del régimen de contrataciones públicas, consideramos sustentable sancionar a los árbitros que no hayan cumplido con su deber de informar sobre la existencia de presuntos conflictos de interés, lo que pondría en riesgo la independencia e imparcialidad de criterios para la resolución de las controversias, sin perjuicio del procedimiento de recusación que constituye la forma de sanear procesalmente al arbitraje. Se consideró que el incumplimiento de los árbitros de su deber de informar sobre alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, constituiría una conducta procesal y poco idónea para ejercer el cargo de árbitro, y por ende, resolver controversias de orden público.

Por otro lado, se ha previsto la factibilidad de sancionar a los árbitros cuando no cumplen con los Principios de Transparencia y Publicidad, que constituyen elementos consustanciales a la naturaleza jurídica del Arbitraje Administrativo y las controversias que resuelven, remitiendo cualquier información que el OSCE, como organismo supervisor, pueda requerirles, o si no cumplen con la notificación y publicación del laudo en su oportunidad. Dichas infracciones están relacionadas también a la conducta idónea de los árbitros frente a preceptos obligatorios, así como al fortalecimiento de la institución jurídica del Arbitraje Administrativo, que persigue, como ya lo hemos mencionado, una finalidad pública.

Finalmente, se incorpora una causal relacionada a la motivación de las resoluciones o laudos emitidos por los árbitros. El numeral 5 del artículo 139° de la Constitución Política exige como un principio de la función jurisdiccional, la motivación. En efecto, no es intención de estas modificaciones legales y reglamentarias, vulnerar la autonomía de decisión de los árbitros, sin embargo se consideró oportuno y necesario enmarcar dicha motivación al cumplimiento del principio del orden de prelación, contemplado ya en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

En realidad, el nuevo Derecho Administrativo nos plantea una nueva funcionalidad de la institución de la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando de acudir a las cláusulas exorbitantes se trate. La razón de esta nueva manera de contemplar el Derecho Administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Administración. Concepto que para nosotros, en nuestro Derecho, podría resumirse diciendo que la buena

Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general.<sup>15</sup>

En efecto, y tomando en consideración en forma reiterada la naturaleza jurídica de las controversias que se resuelven en el arbitraje, la motivación está directamente relacionada al orden público y, por lo tanto, al Derecho Administrativo Público. Por ello, se estableció el orden de prelación como un principio de obligatorio cumplimiento, que confirmaba la naturaleza de las controversias y del propio Arbitraje Administrativo. En esta medida, se obliga en primer lugar con buscar la motivación de las decisiones que se adopten, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento como norma legal de orden público de carácter especial, para seguidamente invocar al Derecho Administrativo Público General, y finalmente dejar como última fuente de derecho al Derecho Privado en general.

De acuerdo a lo expuesto, se ha configurado como infracción que los árbitros no cumplan con motivar el apartarse del orden de prelación, de tal forma que se observará su conducta procesal y la forma como se emita el laudo, lo que podría ser objeto de sanción administrativa, en tanto estaría incumpliendo con una obligación legal. La motivación constituye uno de los elementos esenciales de las sentencias o, en este caso, los laudos (que tienen fuerza legal de una sentencia), por lo que se han desplegado mecanismos de coerción para garantizar que la sustentación de una decisión de orden público cumpla con el orden de prelación establecido como obligación legal, y si ello no corresponde, sea expresamente sustentado.

Por último, consideramos importante mencionar la modificación del artículo 52° de la Ley que pretende crear certeza entre los agentes del sistema de arbitraje

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública". En Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, p. 119

administrativo (incluidos contratistas, Entidades y árbitros) respecto a los plazos de caducidad que resultan aplicables a las controversias suscitadas en materia de contratación pública y que pretenden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

Al respecto, se recordará que la versión original del artículo 52° de la Ley establecía que ante cualquier controversia que surgiese entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, el inicio de los procedimientos de conciliación y/o arbitraje debía solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, calificando a este como un plazo de caducidad. Por su parte, el Reglamento establecía en sus artículos 214° y 215°, que el plazo de caducidad aplicable a diferentes materias controvertidas que pueden surgir de la ejecución de un contrato con el Estado sería el previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211°.

Bajo la vigencia del marco normativo descrito, se ha venido desarrollando una disparidad en los criterios jurisprudenciales respecto al plazo que resultaría aplicable para cada una de las pretensiones susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Administrativo. Con el objetivo de superar dicha problemática, la Ley N°

29873 se ha ocupado de establecer, con carácter taxativo, los plazos de caducidad que resultarán aplicables a las materias susceptibles de ser sometidas a conciliación y/o arbitraje, fijando para determinadas pretensiones como son: la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, un plazo de 15 días hábiles y, para las demás, un plazo que concluye con la culminación del contrato.

Como se advierte, el numeral 52.2 del artículo 52°, recientemente modificado por la Ley N° 29873, se ha encargado de fijar los plazos de caducidad para someter las controversias sobre contrataciones públicas a Arbitraje Administrativo, dejando al Reglamento la tarea de establecer los criterios para su cómputo adecuado.

Finalmente, resulta evidente comentar que estas últimas modificaciones constituyen cambios sustanciales positivos desde el punto de vista público, y marcarán un hito que refleja en forma precisa y objetiva la predominancia de la naturaleza jurídica del Arbitraje Administrativo, proveniente de las controversias que se resuelven, relacionadas estrechamente con los fondos públicos.