

EL ARBITRAJE EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y LAS RECIENTES MODIFICACIONES NORMATIVAS

INTRODUCCIÓN

Desde que en el año de 1993, la vigente Constitución Política estableciera que el Estado puede someter sus controversias derivadas de una relación contractual al arbitraje¹, a la fecha se ha producido un desarrollo muy interesante del sistema arbitral en el que es parte el Estado. Ese desarrollo y evolución a partir de la Constitución Política tuvo un hito determinante en el año 1998, al establecerse por primera vez que todos los contratos suscritos por el Estado referidos a las adquisiciones y contrataciones deban contener cláusulas obligatorias de solución de controversias referidas a los mecanismos de conciliación extrajudicial o arbitraje, conforme lo acuerden las partes. La referida normativa estuvo prescrita en el **Artículo**

41° de la entonces Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, **Ley N° 26850**².

Actualmente se viene dando una determinada consolidación del arbitraje como sistema de solución de controversias que se derivan de los contratos que suscribe el Estado con proveedores y contratistas. Digo, “determinada”, porque aún con el auge del arbitraje en general y en este ámbito en particular, y con las recientes modificaciones legales que se han producido, que son materia del presente artículo, se requiere consolidar aún más la institución del arbitraje.

El desarrollo del arbitraje en el ámbito de la contratación estatal que se viene dando en los últimos años, como mecanismo “obligatorio”³ - le llamaría “mecanismo único de solución de controversias”-, se

* Abogado, Doctor en Derecho Sobresaliente Cum Laude, por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Academia de la Magistratura. Socio de Guzmán Galindo Abogados

¹ Constitución Política. “Artículo 63°.- El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

² Ley N° 26850. Artículo 41°.- «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». Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La anterior norma contenida en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones –RUA, no establecían normas referidas al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, al contrario, se establecían procedimientos administrativos y judiciales, como los procesos contencioso administrativos.

³ El Artículo 40° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que los contratos regulados por la referida norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas —entre otras— a la solución de controversias. Artículo 40°.- Cláusulas obligatorias en los contratos.

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: (...)

c) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

Acerca de la “obligatoriedad” o “no obligatoriedad” del arbitraje en la contratación estatal, la doctrina nacional ha desarrollado el concepto in extenso (Vid. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado», Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2008, N° 177, Pág. 27, SANTISTEVAN sostiene el concepto de “adhesión a condiciones generales” y no comparte el concepto de “obligatoriedad”; CASTILLO FREYRE Mario, SABROSO MINAYA Rita, en “Arbitraje en la contratación pública”. Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen N° 7, Palestra Editores, y Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2009. Pág. 22-27; KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho”. En Revista Ius et Praxis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 2003, N° 34, Pág. 72.

ha constituido en un factor favorable para promover e incentivar las inversiones en el sector público, sea de fuente nacional o extranjera⁴.

Por otro lado, es de precisar que en este ámbito no debemos referirnos a un “arbitraje administrativo”, sino a un “arbitraje con el Estado”, no se trata de un tipo de arbitraje, sino que el arbitraje es el mismo, con la única particularidad que una de las partes es el Estado, y existe un régimen normativo especial contenido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su reglamento, además de las normas directivas dadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE- .

Considero que el Estado actúa como parte de un contrato y desprovisto del “*ius imperium*”, en igualdad de condiciones jurídicas dentro de una relación jurídica de derecho privado, siendo la otra parte el contratista (proveedor de bienes, prestador de servicios o constructor). La característica de esta relación contractual es que por ser parte el Estado y utilizarse bienes o fondos públicos, la misma está sujeta a los controles administrativos (auditorias y régimen de la Contraloría General de la República).

1. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ARBITRAJE A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO.

Por Ley N° 29873, publicada en el Diario El Peruano el día 01.06.2012, se modificaron diversas normas de la Ley de contrataciones

del Estado, en adelante “la Ley”, entre ellas las normas referidas a la solución de controversias y específicamente las reglas del arbitraje en las que es parte el Estado. Conforme a lo dispuesto en la referida Ley⁵ se modificó igualmente el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que contiene el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF publicado en el Diario El Peruano, con fecha 07.08.2012, versando también las modificaciones, entre otras, las referidas al arbitraje.

Conforme a la citada norma legal, las modificaciones legales y reglamentarias entrarán en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁶, ello es que conforme al cómputo respectivo, entrarán en vigencia el día 20 de setiembre del presente año.

A continuación precisamos y comentamos las principales modificaciones introducidas en la Ley y el reglamento referidas al arbitraje en cuyas controversias es parte el Estado y que dan lugar a comentario y observaciones.

2. PLAZO PARA PRESENTAR LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

Los plazos para presentar la solicitud de arbitraje se han precisado en forma expresa en la modificación del Artículo 52° de la Ley, de modo tal, que ahora las partes y los asesores legales de los contratistas y proveedores del Estado deben estar muy atentos a los plazos una vez que se

⁴ Al respecto se puede consultar BULLARD GONZALEZ Alfredo, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, Revista Peruana de Arbitraje, N° 02, Lima, Editorial Jurídica GRILEY, Pág. 166. CANTUARIAS SALAVERRY Fernando, “Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales”, Revista Advocatus, N° 07, Lima, revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima 2002, Pág. 180.

⁵ DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. Modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

El Poder Ejecutivo dicta las modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente ley.

⁶ DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Segunda. Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo 184-2008-EF. El Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que modifica el Reglamento de igual modo establece la vigencia de las normas reglamentarias modificadas a partir del trigésimo día hábil siguiente de su publicación en el Diario El Peruano.

suscite una controversia. En ese sentido, quien tenga interés en solicitar el arbitraje debe actuar con la debida diligencia para presentar la solicitud dentro del término y plazo legal.

El Artículo 52° de la Ley establecía que los procedimientos de conciliación y/o arbitraje debían solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, y el reglamento preveía que cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211°. Los referidos artículos establecían determinados plazos (10 o 15 días) para someter la controversia a un arbitraje.

Aparentemente se venía presentando en la normativa y también en la práctica arbitral una contradicción entre la ley y el reglamento, dado que esta última norma establecía determinados plazos para presentar la solicitud de arbitraje, plazos que no estaban previstos en la Ley. Así, suscitada una controversia, la parte que había excedido el plazo recurría a la norma general de la Ley que establecía, que en todo caso el arbitraje debía solicitarse en “cualquier momento” anterior a la fecha de culminación del contrato.

En tal sentido, bastaba demostrar que el contrato estaba vigente para sustentar que la solicitud de arbitraje fue presentada dentro del plazo legal, aun cuando los plazos del reglamento hayan vencido.

La parte emplazada con la solicitud de arbitraje, alegaba el cumplimiento de los términos del reglamento y planteaba

una excepción de caducidad contra las pretensiones del demandante. Al cuestionar la solicitud de arbitraje por el plazo, señalaba que fue presentada fuera de los plazos establecidos en el reglamento. Entonces se planteaban las siguientes cuestiones:

- Que, existe una discrepancia entre los plazos de caducidad establecidos en el Reglamento y los de la Ley.
- Que, la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.
- Que, el **Artículo 52°** de la Ley señala que las controversias que surjan entre las partes se resolverán mediante arbitraje en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato suscrito.
- Que, debe aplicarse los plazos de caducidad que señala la ley y no el reglamento, en aplicación de la jerarquía de ambas normas y el principio de legalidad.

Conforme a ello, en la práctica arbitral, en algunos casos, se resolvía que teniendo en cuenta el numeral 8 del Artículo 118° de la Constitución Política que consagra la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo⁷, la misma tiene la función de especificar el contenido de las leyes y contribuir a su puesta en práctica y vigencia. En ese sentido, el reglamento no puede contradecir el marco de la ley promulgada, tampoco, puede desnaturalizar la norma con rango de ley que pretendan especificar.

⁷ Artículo 118° de la Constitución Política “Corresponde al Presidente de la República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. (...)”

También se consideraba que conforme al principio de jerarquía constitucional, prevalece la ley por encima de los reglamentos. Conforme a ello, se determinaba que de aplicarse el plazo de caducidad contenido en el Reglamento, se estaría recortando y vulnerando el derecho de acción de la parte que solicitó el arbitraje, no siendo posible además obtener una interpretación de la norma reglamentaria. En ese sentido, se desestimaba las excepciones de caducidad que alegaban los términos del reglamento, haciendo prevalecer la norma legal, contenida en el **Artículo 52°** de la Ley, que establecía que la solicitud de arbitraje se puede presentar antes de la culminación del contrato.

Con la modificación de la norma, el Artículo 52° de la Ley ha quedado con el texto 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.

Como se puede ver del texto legal vigente, el término del plazo para presentar la solicitud de arbitraje en los referidos casos es de 15 días hábiles. Se deja para otros casos, no previstos expresamente,

la posibilidad de iniciar el arbitraje hasta antes de la culminación del contrato. La parte final del numeral referido establece que todos los plazos previstos son de caducidad.

Con relación a este dispositivo legal, se ha modificado el Artículo 215° del Reglamento, el mismo que establece que cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje dentro de los plazos de caducidad y en concordancia con los dispuesto en el numeral 52.2 del Artículo 52° de la Ley.

Conforme a ello se puede determinar que concordada la norma legal con la norma reglamentaria, ahora los plazos y términos para iniciar el arbitraje están determinados en la Ley y deben aplicarse en cada caso específico. De este modo se ha superado la antinomia. Siendo ello así se debe dejar de aplicar de modo general la norma legal que establece que procede el arbitraje en caso el contrato no ha culminado, pues ahora los términos se han precisado para cada caso en la Ley. En ese sentido regla del Artículo 52°: Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, se aplica a los casos no previstos en la misma norma.

3. INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO, APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO

La Ley también ha sido modificada introduciéndose por primera vez en el ordenamiento legal para el arbitraje interno el concepto de “orden público”. Como se sabe la Ley de Arbitraje contenida en el Decreto Legislativo N°

1071, solo reguló el concepto de orden público internacional para los casos de reconocimiento de laudos extranjeros o anulación del laudo, y no el orden público interno, como por ejemplo como causa de anulación del laudo.⁸

La norma modificada ha quedado redactada de la forma siguiente:

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.*

Con relación a la norma anterior se ha previsto la aplicación de la norma constitucional en el orden de prelación de las normas, lo que resulta lógico desde el punto de vista jurídico y considerando también que el arbitraje siempre es de derecho.

Las modificaciones más resaltantes se encuentran en la parte final de la norma glosada, una referida a que la aplicación del orden de prelación de normas desde la Constitución a la norma de derecho privado, es una norma de orden público.

Como habíamos precisado, se introduce un concepto que la ley de arbitraje no considera para el arbitraje interno, como es la referencia al orden público⁹. Con esta atinencia lo que la ley en materia

de contratación pública quiere decir es que se trata de una norma de “imperativo cumplimiento”, ello es, que conforme al derecho de obligaciones y derecho de los contratos, el poder de la autonomía de la voluntad de las partes no puede en este caso modificar o desconocer la norma legal, menos los árbitros al momento de emitir el laudo.

Conforme a ello, las partes en el convenio arbitral o al momento de acordar los términos del proceso en el acta de instalación del arbitraje no podrán establecer normas o procedimientos que desconozcan esta norma que es exigible y de ineludible cumplimiento, bajo sanción de anulación del laudo.

Por otro lado, otra incidencia de la modificación legal se encuentra en la previsión de una nueva causal de anulación del laudo, que vendría a ser la transgresión a esta norma de imperativo cumplimiento, ello es, que un laudo no haya dado cumplimiento a la aplicación del orden de prelación de las normas, empezando por la norma constitucional.

Esta es una causal que puede dar lugar a “interpretaciones” y de hecho será un “recurso” procesal al que recurrirá la parte que no esté conforme con el laudo, lo que puede dar lugar a un inadecuado uso de la acción de anulación que los tribunales de justicia deben evitar.

La Ley no precisa, pero se deberá tener en consideración para estos efectos, en todo caso, que conforme al Artículo 62° de la Ley de Arbitraje que en sede de impugnación del laudo está prohibido

⁸ Vid. artículos 16°, 45 y 63, literal f. de la Ley de Arbitraje.

⁹ Con relación al concepto de orden público en el arbitraje, CAIVANO precisa que es el conjunto de principios fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de “moralidad y justicia” y de “justicia universal”. Precisa también que se trata de normas imperativas locales, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes. Roque J. CAIVANO, “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros”, en *Arbitragem Comercial Internacional*, Adriana Noemí Pucci (Coordinadora), Editorial LTr, Sao Paulo, 1998, Pág. 156. Por otro lado, precisan LOPEZ DE ARGUMEDO y DE BENITO, que se puede hacer referencia al concepto del Juez Smith, en *Parsons v. Whitmore* (“las nociones más básicas de moralidad y justicia de un Estado”), o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto *Krombach v. Banbersky* (as. C-7/98) (“una regla legal considerada como esencial en el Estado en el que el reconocimiento se solicita”), en este último caso para el reconocimiento de un laudo. Vid. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO Álvaro y DE BENITO LLOPIS-LLOMBART Marcos, *Revista Actualidad Jurídica* N° 11, Publicación de Uría y Menéndez Abogados, Madrid, 2005. Pág. 123.

bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Esto quiere decir, que no se debe utilizar la causal prevista para revisar el fondo del laudo.

En igual forma, no precisa la norma legal si en el supuesto de esta causal, la misma debe ser objeto de reclamo expreso ante el mismo tribunal, a efecto de la procedencia de la acción, lo que podría darse únicamente por la presentación de un recurso en forma inmediata a la expedición del laudo, lo que tampoco se ha previsto.

Ante el vacío legal, considero que la instancia judicial que conoce del recurso de anulación, deberá conocer de la causal invocada en este caso, sin previo trámite ante el tribunal arbitral. Debe considerarse que se trata de una cuestión de puro derecho que el tribunal debe evaluar, no obstante, estimo que la causal introducida tiene ciertos “riesgos” de interpretación jurídica que las instancias judiciales deberán precisar en aplicación de los principios que rigen el arbitraje en nuestro país, principalmente que en sede judicial no se pueden revisar los laudos sobre el fondo de la controversia.

Una atinencia final a esta modificación es la referida al texto introducido en el numeral 52.8, como se ve en el texto de la norma:

52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y *sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo.* (subrayado nuestro)

La modificatoria establece que los árbitros pueden “apartarse” cuando corresponda del orden de prelación antes comentado.

Aquí una observación que denota una cierta falta a la Lógica Jurídica. Por un lado, se da una norma de “imperativo cumplimiento”, con el carácter de “orden público” – que por primera vez se introduce en las normas de arbitraje interno en nuestro país – y bajo causal de nulidad, y por otro, se da otra norma para establecer ligeramente que los árbitros “pueden” apartarse de la misma.

“Ser o no ser”. Decíamos que es característica jurídica per se al concepto de orden público que las normas jurídicas no pueden ser modificadas en uso de la autonomía privada, lo que quiere decir en Teoría General del Derecho que estas normas por su naturaleza deben cumplirse en forma ineludible, siendo ello así, resulta incoherente desde el punto de vista lógico – jurídico la norma introducida en el numeral 52.8, en el sentido que también se puede no aplicar la norma antes referida. No considero posible que un tribunal arbitral “sustente” que se aparta de la norma constitucional para aplicar la norma de derecho privado o un reglamento, resultaría inverosímil.

Esta norma modificada en este sentido exige una explicación o en su caso otra modificatoria.

4. NOTIFICACIÓN DEL LAUDO

En lo que se refiere a la expedición del laudo se mantiene el carácter de inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación. La modificación introducida está referida a la notificación del mismo a las partes y al OSCE.

52.6. 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. Dicho sistema debe permitir, operativamente la notificación del laudo.

La notificación se dará por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en la presente ley y al Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.

Con la modificación de la norma legal se establece que el tribunal arbitral debe proceder a la notificación del laudo, no solo en el domicilio fijado por las partes en el proceso, sino también a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). La notificación en el sistema electrónico se debe hacer a efecto de dar validez al acto procesal.

La norma legal ha precisado que los efectos de la notificación se producirán desde que ocurra el último acto, ello es lo primero que se produzca, sea la notificación en el domicilio de las partes o la producida por el sistema electrónico del SEACE.

Con la modificación no será necesario, como estaba regulado anteriormente, que el laudo sea remitido por el árbitro único o Tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento, que era de cinco días.

Estimamos que con este procedimiento se va evitar el incumplimiento en la remisión de los laudos y por otro lado va a contribuir a la sistematización de los contenidos de los laudos, su publicación y debida difusión.

En este aspecto vemos que el reglamento en el Artículo 238°, párrafo tercero del texto modificado, ha establecido vía reglamentaria una infracción administrativa respecto al deber de transparencia, siendo el texto el siguiente:

Artículo 238°.- Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública

(...) la infracción referida al incumplimiento de actuar con transparencia se configurará cuando el árbitro o el tribunal arbitral no

cumpla con registrar en el SEACE el laudo emitido dentro de los plazos previstos en la Ley y el presente Reglamento, o no cumpla con informa al OSCE sobre el estado del proceso arbitral en la oportunidad que se le requiera.

Como se observa la ley modificada solo precisó que el árbitro debe “actuar con transparencia” (Artículo 52°, numeral 52.8 del texto modificado), sin embargo, el reglamento ha “precisado” en qué consiste el deber de transparencia. Veo que la técnica jurídica no es la correcta, pues vía reglamento no se puede determinar los alcances de una infracción. En este caso el reglamento está regulando la infracción y delimitando la misma, lo que debe ser materia de ley. A ello se agrega que la falta al deber de transparencia está siendo delimitada por la conducta tipificada en el reglamento, en ese sentido descartando otras conductas que en la casuística pueden presentarse. En todo caso, hubiese sido conveniente dejar que las instancias correspondientes, en cada caso, determinen en qué consiste la infracción establecida por la Ley como falta al deber de transparencia. Considerando también que el concepto denota un principio, el principio de transparencia en el arbitraje.

5. RÉGIMEN DE SANCIONES A LOS ÁRBITROS, INSTANCIA DE APLICACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE CREAR UN CONSEJO SUPERIOR O CORTE DE ARBITRAJE EN EL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DEL OSCE

En lo que se refiere al régimen sancionador de los árbitros, podemos observar que las modificaciones se han producido en el sentido de determinar las infracciones de índole administrativa y aplicar la correspondiente sanción, agregando a ello que el órgano competente para aplicar la sanción es el Tribunal de Contrataciones del Estado. Este nuevo régimen de sanción administrativa se instituye además del que ya existe referido a las infracciones al Código de Ética.

Antes de la modificatoria, la norma respectiva establecía que los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, ahora se agregó en la deontología del árbitro, que su actuación debe darse con transparencia y que el deber de informar¹⁰ se debe dar a lo largo de todo el arbitraje.

La modificatoria de la norma tiene el texto siguiente:

52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), según la sanción impuesta.

La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso.

Se puede ver en la norma modificada que se ha tratado de diferenciar la infracción administrativa de la infracción de tipo ética, al establecerse que la sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la aplicación del Código de Ética. En este aspecto cabe una observación, hasta qué punto se puede distinguir la infracción administrativa y la ética, pues si se lee la regla de la Ley que “52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía”, podemos ver la misma regla en el Código de Ética para el arbitraje administrativo en contrataciones del Estado, contenido en la Resolución Nº 258-2008-CONSUCODE/PRE, publicada en el Diario El Peruano el 11.06.2008, cuya norma contenida en el Artículo 5º, numeral 5.7 establece que la aceptación al cargo de arbitro implica el cumplimiento de determinados requisitos, entre otros, el de informar, si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia.

De las normas glosadas se observa que ambas son similares, entonces donde estaría la distinción entre una infracción “administrativa” y una “ética”. Con relación a la primera tengo dudas, pues no estamos ante un proceso o procedimiento administrativo, sino arbitral, de tipo jurisdiccional. En el aspecto ético hay más relación con la naturaleza de la conducta de los árbitros y el proceso arbitral, en el se exige una deontología arbitral.

Vemos también que conforme al Código de Ética antes referido, la determinación de la infracción será decidida por el OSCE, según la gravedad y/o la reiteración de la falta, sin embargo, la norma de la directiva no indica cual es la entidad o instancia dentro del OSCE que aplicará la sanción.

¹⁰ El deber de informar (duty of disclosure) forma parte de uno de los deberes éticos del árbitro, conocido también como deber de revelación, conforme al cual el árbitro debe informar desde el momento en que es propuesto como tal de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia con relación a las partes. Vid. Artículo 28º, numerales 1 y 2 de la Ley de Arbitraje. Los otros deberes éticos del árbitro son el deber de transparencia, de competencia, el de comunicación con las partes, de diligencia y confidencialidad. Acerca de la deontología arbitral Vid. SERRANO RUIZ – CALDERÓN Jose Miguel, “Ética del Árbitro”, en Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones, Vol. IV, N° 01, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, Madrid, 2011, Iprolex, S.L. Págs. 31-74. NOEMI PUCCI Adriana, “O Arbitro Na Arbitragem Internacional Principios Éticos”, publicado en Arbitragem Comercial Internacional, Edit. LTR, Sao Paulo, Brasil, Pág. 118.

La norma del Código de Ética de OSCE es la siguiente:

Artículo 12º.- Sanciones

Cualquier denuncia de infracción a este Código será decidida por el OSCE, según la gravedad y/o la reiteración de la falta, en el contexto de las normas aplicables.

Las decisiones adoptadas por el OSCE en aplicación de este Código serán de público conocimiento, pudiendo para ello utilizarse cualquier medio de publicación que cumpla dicha formalidad.

Como se puede observar en la norma glosada no se precisa cual es el órgano del OSCE que determinara y aplicará la sanción.

Volviendo a la norma modificada en la Ley de Contrataciones, se establece que la infracción administrativa será determinada y la sanción aplicada por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

El texto de la norma modificada es el siguiente:

Artículo 63. Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Tiene las siguientes funciones:

a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección.

b) Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, árbitros y expertos independientes, según corresponda para cada caso. (...)

Como se puede ver la norma modificada establece como una nueva función del Tribunal de Contrataciones del Estado la de aplicar las sanciones a los árbitros.

La cuestión que surge en este nuevo esquema funcional para la aplicación de sanciones, es la siguiente, el Tribunal de Contrataciones es la sede natural para determinar las infracciones administrativas en las que incurre un árbitro por su incumplimiento a sus deberes? Al respecto, considero que no.

En primer lugar por qué configurar sanciones “administrativas” en un régimen de arbitraje y de conducta de los árbitros. Como referíamos anteriormente la conducta del árbitro no puede llevarse a un contexto “administrativo” y menos a un proceso o procedimiento administrativo, pues es evidente que no partimos de un “acto administrativo”, sino de “actuaciones arbitrales”.

Como se sabe, el Tribunal de Contrataciones del Estado se constituyó como un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del OSCE y tiene entre sus funciones resolver las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección. El Tribunal de Contrataciones resuelve las controversias que surgen antes de la suscripción del contrato, además de aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda

para cada caso. El arbitraje en cambio se instituyó para solucionar las controversias después de la suscripción del contrato.

La función del referido Tribunal siempre estuvo instituida como instancia administrativa para resolver controversias y aplicar sanciones a quienes participan en los procesos de selección (licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía) para la contratación por parte del Estado de bienes, suministros, obras y servicios requeridos por las diversas reparticiones y entidades públicas.¹¹

Como se puede ver el Tribunal venía asumiendo competencia en materia de contratación pública y ahora lo hará respecto a las sanciones administrativas a los árbitros.

A estas observaciones agrego una que es preciso resaltar. El Artículo 235°, modificado, del Reglamento al parecer establece una infracción más allá de lo que la ley establece, el texto es el siguiente:

Artículo 235°.- Potestad sancionadora del Tribunal

La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, sanción económica, suspensión temporal o inhabilitación permanente a que se contraen los artículos 51° y 52° de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal.

Como se observa el reglamento ahora establece que la imposición de sanción a los árbitros se puede dar por “infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento”. La redacción es muy extensiva, porque estaríamos ante una

infracción cualquiera, basta que se alegue que la conducta del árbitro sea contraria a cualquier norma de la ley para que se determine la infracción. La redacción como vemos va más allá del texto legal modificado, pues el Artículo 63° de la Ley establece que el Tribunal de Contrataciones aplicará las sanciones, entre otros a los árbitros, según corresponda para cada caso. La norma legal no especifica si es por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley, menos en el Reglamento.

Consideramos que las infracciones, por un principio de seguridad jurídica, deben estar previamente tipificadas o de algún modo determinadas por criterios objetivos, en ese sentido, vemos que el texto del reglamento ha generalizado la regla cuando al contrario solo debió precisar sin ir más allá de la Ley.

Por otro lado, considero que el régimen sancionador de los árbitros no es de índole administrativa, ni corresponde a la etapa del proceso de selección, que se ha descrito anteriormente. La conducta del árbitro está vinculada a las actuaciones arbitrales y se rige por los principios del arbitraje y por las normas que regula el proceso del arbitraje, pero con esta modificatoria veo que el proceso arbitral en parte y en lo que se refiere a la actuación de los árbitros está siendo sometida a la competencia del Tribunal de Contrataciones, cuya función inherente de carácter administrativo no debe ser precisamente la de conocer materias de arbitraje.

A ello se agrega otro riesgo, el de “judicializar” innecesariamente el régimen de conducta del árbitro, pues si el Tribunal de Contrataciones tiene competencia en esta materia, además del largo proceso administrativo que se ha regulado en la modificación del Reglamento¹², existe el recurso legal de recurrir a la acción contenciosa administrativa, regulada

¹¹ Vid. Artículos 15° y 16° de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹² Vid. Artículo 242° del texto modificado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

en el Artículo 250° de la Ley, que establece: procede la acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial, de conformidad con la Ley de la materia, contra: la resolución que impone una sanción. Este es un riesgo que no debería asumir el sistema de arbitraje de OSCE pues podría afectar aquellos procesos de arbitraje en los cuales un árbitro designado previamente demuestre que por “interpretación legal” o violación del derecho de defensa o el debido proceso no debió ser sancionado. Además, no se ha previsto que al darle potestad sancionadora sobre los árbitros al Tribunal de Contrataciones, que depende del Estado, éste es a la vez es parte en los arbitrajes en materia de contrataciones. En ese sentido, puede observarse – de modo objetivo y material- que una de las partes en el arbitraje tiene indirectamente la referida potestad.

Conviene hacer referencia en este aspecto al Colegio de Arbitraje Administrativo del OSCE¹³ que tiene dentro de sus atribuciones algunas referidas a los árbitros, como las de aprobar la inscripción de los árbitros en el Registro de Neutrales, designar a los árbitros, resolver recusaciones, etc. Las normas modificadas podrían haber contemplado la potestad sancionadora y atribuirla a este órgano.

En tal sentido, viendo que se pretende regular la conducta de los árbitros y considerando que el sistema de arbitraje de OSCE puede consolidarse aún más, sugiero la creación de un Consejo Superior de Arbitraje o una Corte de Arbitraje en el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, con rango legal, la debida autonomía y en cuya conformación estén representadas ambas partes el Estado y los contratistas o

proveedores. Las funciones de dicha Corte o Consejo serían las que corresponden a todo órgano similar, como los que funcionan en los centros de arbitraje del país y el mundo. Un Consejo o Corte se encargaría de supervisar la conducta y la idoneidad de los árbitros que intervienen en los procesos de arbitraje en las que es parte el Estado y en los casos que corresponda aplicar las sanciones.

La organización de un Consejo Superior de Arbitraje o Corte de Arbitraje resultaría sugerente máxime si en la actual norma modificada del Artículo 52°, numeral 52.11 de la Ley se ha establecido que el referido Sistema Nacional de Arbitraje, dentro del cual estaría el referido Consejo o Corte, tiene ahora el carácter de autónomo y especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado¹⁴.

Una Corte o Consejo Superior de Arbitraje para los arbitrajes con el Estado, tendría la función de velar también por el buen desenvolvimiento del sistema de arbitraje en OSCE, la idoneidad de los árbitros, la designación de los árbitros de modo residual, resolver las recusaciones contra los árbitros, las cuestiones renuncias o remociones de éstos, resolver los incidentes referidos a la devolución de honorarios, resolver las sanciones contra los árbitros conforme a ley, entre otras funciones inherentes a esta clase de órgano. En sí, convendría no darle un “régimen administrativo” al árbitro, menos judicializar el régimen de sanciones, sino como la Constitución establece un “régimen de jurisdicción arbitral”, establecer procedimientos y sistemas idóneos adecuados a la naturaleza del arbitraje, que como sabemos, sus principios y reglas son propios.

¹³ Vid. Artículos 7° y 8° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (SNCA-CONSUCODE), ahora OSCE, aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, de fecha 15.01.2004, vigente desde el 16.01.2004. Estas normas regulan las funciones del Colegio de Arbitraje Administrativo del OSCE.

¹⁴ Vid. Artículo 52°, numeral 52.11. “El Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNAOSCE) 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.”

CONCLUSIONES

Las modificaciones introducidas a la Ley de Contrataciones del Estado y el Reglamento en materia de arbitraje son buenas en el punto de haber precisado los plazos y términos para la presentación de la solicitud de arbitraje y de ese modo haber superado las anteriores contradicciones entre la Ley y el Reglamento.

En los otros aspectos veo algunas observaciones que seguro serán objeto de debate y análisis, como es el caso de la nueva causal de anulación del laudo y el régimen sancionador a los árbitros.

En este último aspecto sugiero y considero necesario debatir la posibilidad de crear un Consejo Superior o Corte de Arbitraje que con la autonomía dada al Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE se encargue de una verdadera sistematización y organización del arbitraje en el que es parte el Estado. Veo que las normas dadas, más que reforzar las bases institucionales del sistema arbitral en materia de contrataciones públicas, han generado algunas imprecisiones y riesgos.