

Gonzalo García Calderón Moreyra *
Alberto Molero Rentería **

ENTRE LA CURA Y LA ENFERMEDAD: A PROPÓSITO DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO EN MATERIA ARBITRAL

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje nace por una necesidad de la contratación internacional para resolver conflictos entre partes de distintas nacionalidades, legislaciones y/o aplicación las mismas, con el fin de procurar un resultado rápido, técnico, neutral y confidencial; que haga eficaz la obtención de un fallo definitivo.

Este mecanismo de solución de conflictos se incorpora en las legislaciones nacionales básicamente por las mismas necesidades existentes en la contratación internacional, siendo de gran utilidad en la actualidad y llegándose a convertir en un aliado de la inversión, tanto pública como privada.

Dentro de este esquema, el Estado peruano decidió someter los conflictos que surgían con inversionistas extranjeros al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversión (CIADI), o utilizando la Ley Modelo de las Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI), así como a través de la celebración de convenios de estabilidad jurídica, Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y Tratados de Libre Comercio, donde el arbitraje es el mecanismo para poner fin a los conflictos que se susciten.

De la misma manera, el Estado, teniendo la experiencia internacional en materia de gestión de conflictos, consideró necesario incorporar en el ámbito de la contratación pública, mecanismos alternativos de solución de controversias, a fin de agilizar la contratación de bienes, servicios y obras. De ésta manera, todos los conflictos que se generen como consecuencia de la contratación de bienes, servicios y obras en materia de contratación estatal, serán resueltos por la vía conciliatoria o arbitral.

* Socio principal del estudio García Calderón-Vidal-Montero Asociados Abogados, especialista en Arbitrajes con el Estado y Arbitraje en general.

** Miembro del estudio García Calderón-Vidal-Montero Asociados Abogados, especialista en Contratación Pública y Arbitraje.

Desde hace más de quince años aproximadamente, desde la dación de la Ley 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se incorporó el arbitraje como medio de solución práctica y eficiente en materia de contratación del Estado y el resultado ha sido – sin duda alguna – satisfactorio.

No obstante, así como la regulación en materia de contratación pública ha venido sufriendo una serie de modificaciones a lo largo de estos quince años, el arbitraje en ésta materia no ha sido la excepción, pasando desde aquel artículo 139¹, del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establecía la plena independencia de la función arbitral hasta la actual modificación, donde al parecer se pretende equiparar la función arbitral a la función administrativa, propia de los funcionarios públicos.

En efecto, la Ley 29873 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 1 de junio de 2012 introduce una serie de modificaciones en la actual Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo 1017.

Asimismo, a través del Decreto Supremo 138-2012-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de agosto de 2012, se han modificado una serie de artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. 184-2008-EF).

El presente artículo pretende abordar algunos aspectos que – a nuestro entender – contraviene la esencia de la función arbitral, generando una metamorfosis de esta institución.

2. EL PLAZO DE CADUCIDAD PARA EL INICIO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACIÓN Y/O ARBITRAJE

En lo que respecta al capítulo de solución de controversias (artículo 52 del DL 1017), una de las principales modificaciones está referida a la naturaleza de los plazos previstos para el inicio del procedimiento conciliatorio o arbitral.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Decreto Legislativo 1017, para el inicio de los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, se establecía un plazo general de caducidad, disponiendo la norma lo siguiente:

“Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad [...]” (el subrayado es nuestro)

De otro lado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establecía en su artículo 215, lo siguiente:

“Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

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 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.[...] “

¹ Artículo 139.- Independencia

Los árbitros, conciliadores y peritos no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.

Como vemos, si bien en la Ley se establecía el plazo general límite para el inicio del procedimiento arbitral, disponiendo que dicho plazo era de caducidad, el Reglamento de Contrataciones del Estado (D.S. 184-2008-EF) establecía una serie de plazos particulares y específicos, señalando que dichos plazos también eran de caducidad.

Cabía preguntarse entonces, cuál de los plazos de caducidad se debía tomar en cuenta para el inicio del proceso arbitral, ¿aquel plazo de caducidad general establecido en la Ley, la misma que establecía la facultad de iniciar una conciliación o acudir a la vía arbitral hasta antes de culminado el contrato?, o, por el contrario, ¿aquellos plazos particulares establecidos en diversos artículos del Reglamento?

Esta discusión generada por la propia norma al establecer criterios discordantes llevó a la práctica una serie de dificultades al momento de resolver controversias, pues mientras que para determinados árbitros los plazos de caducidad establecidos en el Reglamento eran válidos y por tanto debían cumplirse, para otros, dichos plazos no podían ser aplicados, en la medida que – como bien se conoce – la caducidad sólo puede ser establecida por Ley y no por una norma reglamentaria de menor rango.

La modificación del artículo 52 aunque tardía, zanja la discusión respecto a la aplicación del plazo de caducidad general establecida por Ley y la aplicación de los plazos particulares de caducidad establecidos por el Reglamento.

En efecto, el artículo 52 modificado dispone 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, liquidaciones del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. [...]

Este cambio en cuanto al plazo de caducidad ha generado además que para el caso de controversias relativas a la resolución del contrato de obra, el plazo de caducidad haya sido incrementado a quince (15) días hábiles, contra los diez (10) días hábiles previstos en el artículo 209 del D.S. 184-2008-EF.

Independientemente de la discusión sobre si es conveniente o no, distinguir el plazo de caducidad en las diversas etapas de la ejecución contractual – lo que a nuestro entender genera conflictos individuales en lugar de propiciar, en todo caso, una sola controversia a resolver al finalizar el contrato – ésta modificación viene a resolver el conflicto que se suscitaba en los procedimientos arbitrales tanto por parte de los particulares como por la defensa del Estado, toda vez que en ocasiones se argumentaba a favor de la caducidad establecida por norma reglamentaria, mientras que en otras, la posición era a favor de la caducidad establecida en la Ley, con lo cual, no existía una posición uniforme en la aplicación de los plazos establecidos tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en su Reglamento.

Sin embargo, el artículo 52.2 que modifica y uniformiza los plazos de caducidad, también ha incorporado en su redacción, la obligatoriedad de poner en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, la solicitud de inicio de conciliación y/o arbitraje, en procedimientos ad hoc e institucionales que no se lleven a cabo a través del Sistema Nacional de Arbitraje.

En efecto, el referido artículo dispone:

“Artículo 52.- Solución de controversias [...]

52.2 [...] 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 [...]”

Asimismo, el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado a través del Decreto Supremo 138-2012-EF, establece:

“Artículo 215.- Inicio del Arbitraje [...]

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley, la parte que solicita la conciliación y/o arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros”.

Creemos que esta modificación, no genera - *per se* - mayor conflicto en cuando al inicio del procedimiento arbitral, pues no puede supeditarse éste procedimiento al cumplimiento de disposiciones de naturaleza puramente estadística. No obstante, consideramos desacertada su inclusión pues con ello, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, no asegura la obtención de información sobre procesos arbitrales, en la medida que no existe ningún tipo de consecuencia ante su incumplimiento, lo cual, por otro lado, sería un exceso.

3. LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN: FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA PARA LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

Otra de las modificaciones efectuadas y que nos llama la atención, es aquella referida al orden de prelación normativa para la solución de las controversias.

En efecto, el artículo 52.3 modificado establece un orden de prelación en la aplicación de la norma, orden que deberá ser cumplido de manera obligatoria por los árbitros al momento de resolver una controversia en materia de contratación pública, bajo sanción de nulidad del laudo arbitral.

Dicha modificación dispone lo siguiente:

“Artículo 52.- Solución de controversias [...]

52.3 El arbitraje será de derecho y resuelto por un 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 prelación en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación de laudo [...]”

Con esta disposición, se agrega una nueva causal de anulación a las existentes en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), sin señalar la consecuencia de dicha anulación, es decir, sin señalar que será el Poder Judicial quien verá restablecida su competencia o será

un nuevo tribunal arbitral quien resuelva el conflicto o, incluso, podría pensarse en que sea el mismo tribunal arbitral quien vuelva a pronunciarse.

Este vacío legislativo genera un grave problema que evidencia lo apresurada de su incorporación, al no haberse establecido la consecuencia para el caso de que el Juez – vía recurso de anulación - anule el laudo arbitral por esta nueva causal, con lo cual, se deja en manos del Poder Judicial, la determinación de sus consecuencias.

Sin perjuicio de ello, consideramos que ante una eventual anulación de laudo sustentada en la causal de infracción al orden de prelación normativa, se deberá retrotraer el proceso hasta el momento de ocurrencia de la causal, es decir – en este supuesto – hasta el momento anterior a la emisión del laudo. Ello, con la finalidad de que el o los árbitro(s) puedan emitir un nuevo fallo considerando el orden de prelación normativa.

Cabe precisar que esta nueva posibilidad de revisión de laudo, en la práctica genera un dilación en la solución de la controversia, en la medida que, una vez anulado el laudo, lo lógico es que la parte vencida y que logró su anulación, formule recusación contra el o los árbitros, y por tanto, el proceso, que debió reiniciarse desde el momento anterior a la emisión del laudo, ahora tenga que ser nuevamente desarrollado, quitándole al laudo su carácter definitivo.

Vemos pues que si bien la modificación incorporada en el artículo 52.3 de la Ley, busca que las decisiones arbitrales finales (laudos), cumplan con el principio de especialidad de la norma dispuesta por el artículo 5² de la Ley de Contrataciones del

Estado, la creación de esta nueva causal de anulación sustentada en la infracción al orden de prelación normativa, trae consigo un efecto adverso para la finalidad de la contratación pública, que es sin duda, el logro del interés general de los administrados, a través de una adecuada y eficaz inversión del gasto público.

Ahora bien, entendemos que esta nueva causal de anulación sólo será aplicable para aquellas controversias que se enmarquen dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, pues de otro modo, no se estaría adoptando el mismo criterio o la finalidad de su incorporación, es decir, el cumplimiento del principio de especialidad de la norma consignado en el antedicho artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sin embargo, somos de la opinión que esta decisión genera un efecto pernicioso, pues no se ha tenido en cuenta que la incorporación de esta causal de anulación abre la posibilidad de que en vía de anulación, se pretenda revisar las cuestiones de fondo de lo decidido, pretensión que de concretarse estaría convirtiendo dicha causal en un recurso de revisión propio de las apelaciones. Es más, de acuerdo a la propia jerarquía de normas señalada por la Constitución, puede darse el caso que una Ley de Derecho Público colisione con el Reglamento de Contrataciones del Estado, generándose un conflicto de normas (Ley vs Decreto Supremo) debiéndose – como es de derecho – aplicar la Ley por sobre el Reglamento.

Estos aspectos, son quizás los mayores problemas que genera la modificación del artículo 52 (ahora 52.3) de la Ley de Contrataciones del Estado, pues atenta

² Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. El Titular de la entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento

directamente contra la institución arbitral y su carácter definitivo e inapelable. A pesar de que el propio artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, le da tal naturaleza al laudo arbitral.

En efecto, el artículo 52 modificado dispone:

“Artículo 52.- Solución de controversias [...]

52.6 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación [...]”

Consideramos que la lógica debe estar orientada a establecer un límite a la posibilidad de revisión del laudo en virtud de esta nueva causal de anulación-apelación, incorporando que su aplicación no debe ser contrario a lo dispuesto en el Artículo 62 de la Ley de Arbitraje, no debiendo significar una revisión del fondo de lo decidido en el laudo arbitral.

Consideramos indispensable entonces, que se realice una precisión en el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, en el sentido que: (i) la revisión del laudo derivada de un recurso de anulación bajo la causal de infracción al orden de prelación normativa, sólo involucra los aspectos formales de su aplicación, más no los aspectos de fondo del análisis e interpretación normativa efectuados por el o los árbitros al momento de emitir su pronunciamiento final, vale decir, que vía recuso de anulación el Juez sólo verificará si el laudo contiene una referencia normativa a la Constitución Política del Perú, a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y supletoriamente a las normas de derecho público y privado y, si dicha prelación normativa ha sido tomada en cuenta para resolver el conflicto, empero, que esta nueva causal de anulación no implica que el Juez se encuentre facultado para revisar el fondo

de lo decidido, ya que de ser así, estaremos frente a un recurso de apelación y no frente a una causal de anulación y; (ii) que la consecuencia jurídica en caso anule un laudo por infracción al orden de prelación normativa, será que el proceso arbitral debe retrotraerse hasta el momento de producirse la infracción, vale decir, hasta el momento anterior a la emisión del laudo, para ser resuelta a través de la vía arbitral.

4. LA EXIGENCIA DE ESPECIALIZACIÓN ACREDITADA PARA EL ÁRBITRO ÚNICO Y EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Uno de los aspectos que ha mantenido la modificación del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, es el referido a la especialización acreditada en materia de contratación pública, derecho administrativo y arbitraje, especialización que deben tener el Árbitro Único y el Presidente del Tribunal Arbitral.

En efecto, la referida norma establece:

“**Artículo 52.- Solución de controversias [...]**

52.4 El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias [...]”

No entendemos cual ha sido el criterio adoptado para seguir manteniendo esta distinción profesional y académica para los miembros del Tribunal, distintos al Presidente, pues, si lo que se busca es obtener de los árbitros una decisión de calidad ajustada a las normas sobre la

materia. ¿Acaso esta responsabilidad debe recaer para el caso de un Tribunal Arbitral, sólo en el Presidente del Tribunal?, consideramos abiertamente que no.

La anulación del laudo y la responsabilidad derivada de ello, es del Colegiado, no sólo del Presidente, por lo demás, lo que se busca es especialización, dedicación, autonomía, imparcialidad e independencia por parte de los árbitros, por lo que la exigencia debería ser igual para todos los ejercen la función arbitral.

Somos de la opinión que esta distinción no sólo acentúa el problema que ha suscitado la práctica arbitral, a saber, la mala calidad de algunas decisiones arbitrales, así como la designación de árbitros basada en acuerdos, porcentajes y conveniencias, que desvirtúan este mecanismo tan eficaz para la gestión de conflictos; sino además, esta distinción vulnera una de las principales virtudes de la justicia arbitral, a saber, posibilitar que las partes puedan designar al profesional idóneo para resolver determinado conflicto o controversia. De ahí que, nuestra posición de que la idoneidad que la Ley busca para el Árbitro Único y el Presidente del Tribunal Arbitral deba ser requisito *sine qua non* para los demás árbitros.

Precisamente porque, si el objeto-objetivo de una exigencia de especialización en materia de contratación pública, derecho administrativo y arbitraje, es asegurar que los laudos sean sustentados, respetando el principio de especialidad de la norma de contrataciones, resulta lógico y coherente que dicha especialización sea exigida a todos y cada uno de los miembros del tribunal arbitral, pues ¿Acaso, los árbitros designados por las partes no emiten su decisión conjuntamente con el Presidente del Tribunal?

De lo anterior se colige que la distinción equivocadamente está referida a la profesión y no a la idoneidad de la función arbitral, pues es claro que la exigencia de

especialización sólo está referida a los abogados (árbitro único y presidente del tribunal) y no a profesionales de otras materias, criterio que reiteramos, es errado, en la medida que la especialización debe asegurar que la decisión final (laudo) se encuentre sustentada en la norma sobre la materia.

En términos prácticos, no hay olvidar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Arbitraje, la adopción de decisiones se da por mayoría y por tanto, si lo que se busca es corregir los males detectados, resulta necesario que dicha exigencia sea a todos los árbitros, sin distinguir profesión como lo hace la actual modificación.

Mención aparte merece también, los problemas que se suscitan alrededor de la exigencia de especialización, en la medida que no se ha precisado aspectos como: (i) que se entienda por especialización acreditada; (ii) Qué parámetros deben considerarse para contar con dicha especialización, número horas lectivas, instituciones y grado académico y; (iii) Quién será la institución encargada de brindar dicha acreditación.

Si bien estas cuestiones aparentan ser aspectos secundarios, en la práctica no lo son, pues estamos frente a una exigencia cuyo incumplimiento será catalogado como causal de recusación, dejando abierta la posibilidad a una interpretación subjetiva en cuanto al cumplimiento de la exigencia de la especialización y con ello, librado a la interpretación de un funcionario público, que probablemente no cuente con la debida “especialización acreditada” para determinar si el árbitro cuenta con el bagaje académico que le otorgue un grado óptimo de acreditación en materia de contratación pública, derecho administrativo y arbitraje.

Resulta necesario entonces contar con aspectos objetivos que permitan a los abogados tener conocimiento de cuando se le considerará un especialista acreditado en materia de contratación pública, derecho administrativo y arbitraje, y así evitar recusaciones frívolas cuyo único objetivo es perturbar el desarrollo del proceso arbitral.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE ha venido emitiendo resoluciones sobre este tema, no obstante, consideramos necesario que dicha Entidad emita una Directiva estableciendo los aspectos relativos a la “especialización acreditada”, a fin de poder contar con criterios objetivos, lo cual constituye al menos, un buen comienzo.

5. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA POR INFRACCIÓN AL DEBER DE REVELACIÓN Y AL DEBER DE RESPETAR EL ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA.

Otro de los cambios que merece una reflexión particular, es la modificación del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, en los aspectos referidos al deber de revelación, específicamente, en lo relativo a la sanción administrativa que se deriva de su incumplimiento.

En efecto, en los artículos 235 y 238 modificados del Reglamento se señala:

“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,

particulares, 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”

“Artículo 238.- Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública [...]

La infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, se configurará cuando se haya declarado fundada la recusación interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente. Asimismo, el Tribunal debe determinar la configuración de la infracción antes señalada, aun cuando no exista pronunciamiento sobre el fondo de la recusación por renuncia del árbitro recusado o no se haya presentado recusación en el plazo correspondiente.

Asimismo, 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 en el presente Reglamento, o no cumpla con informar al OSCE sobre el estado del proceso arbitral en la oportunidad en que se le requiera [...].”

Sobre este punto, debemos recordar que ya el anterior artículo 52 establecía la posibilidad de sancionar a los árbitros en función al Código de Ética aprobado por el OSCE y según lo establecido por el Reglamento (Decreto Supremo 184-2008-EF). Así, el artículo 238³ del referido

Reglamento establecía la aplicación de una sanción económica a los árbitros que incumplan con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, además dicha sanción económica estaba prevista cuando el árbitro incumpla injustificadamente con remitir el laudo arbitral dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado, para su registro y publicación. Así, cuando una de las partes consideraba que existía una infracción al respecto, podía solicitar al OSCE la imposición de dicha sanción económica a los árbitros.

Entendemos que en estos supuestos, el encargado de analizar, determinar y resolver si existe o no una infracción pasible de sanción económica es el Tribunal de Contrataciones del Estado, pudiendo graduar la sanción en una multa que va desde una (1) y cuatro (4) UIT, tomando como criterios de evaluación para la gradación de dicha sanción, los establecidos en el artículo 245⁴ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Esta disposición ha sido ahora modificada por la Ley 29873 (que modifica el artículo 52) y por el Decreto Supremo 138-2012-EF (que modifica el artículo 238). En efecto, en el artículo 52 (ahora 52.8) se establece:

“Artículo 52., Solución de controversias [...]”

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 sancionado 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”

Adicionalmente a ello, el artículo 238 modificado del Reglamento, dispone la posibilidad de imponer una sanción administrativa también en el supuesto que: (i) el árbitro haya renunciado a

³ Artículo 238.- Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública
El Tribunal impondrá sanción económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la ley, a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incumplan, injustificadamente, con remitir el laudo correspondiente al SCE dentro del plazo señalado en el artículo 231. Cuando se considere que existe responsabilidad por parte de los árbitros de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, se deberá remitir al Tribunal todos los actuados, incluyendo un informe en el cual se indique el citado incumplimiento en que habrían incurrido los árbitros, en un plazo que no excederá de diez (10) días hábiles, contados a partir de la detección de la omisión. El Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad sancionará económicamente a los árbitros con una multa no menor de una (1) ni mayor de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias vigente. La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245 en lo que corresponda.

El OSCE puede exigir, además, coactivamente el pago de la multa, de conformidad con el artículo 59 de la ley.

⁴ Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse, conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

1. Naturaleza de la infracción.
2. Intencionalidad del infractor.
3. Daño causado.
4. Reiterancia.
5. El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
6. Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
7. Condiciones del infractor.
8. Conducta procesal del infractor

En caso de incurrir en más de una infracción en un proceso de selección o en la ejecución de un contrato, se aplicará la que resulte mayor.

su cargo o; (ii) cuando el pedido de recusación haya sido planteado de manera extemporánea, es decir fuera del plazo o, (iii) cuando el árbitro no registre en el SEACE el laudo emitido o; (iv) cuando no cumpla con informar sobre el Estado del proceso, en el supuesto que sea requerido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

En primer lugar, consideramos un exceso pretender asimilar la función arbitral a las actuaciones propias de funcionarios públicos, postores y/o contratistas usuarios de la norma de contrataciones. El árbitro, como el Juez natural, ejerce una función jurisdiccional (así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos) y por tanto, no puede encontrarse dentro de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado.

En el ámbito del arbitraje con el Estado, la función que ejerce el árbitro no es distinta, si bien resuelve controversias aplicando la norma de contrataciones, no tiene la calidad de 'administrado' y por tanto, no es posible que el Tribunal de Contrataciones imponga una sanción administrativa, toda vez que el Tribunal de Contrataciones del Estado, sólo podrá imponer sanción a aquellos administrados, que ejerzan una función pública o cuyo desempeño se encuentre regulado a través de la Ley de Contrataciones del Estado.

De ahí que, consideramos que esta norma es a todas luces inconstitucional, al atentar contra lo dispuesto por el artículo 139 de la Constitución de manera directa, pues no puede equipararse la función arbitral a los actos propios de la administración y por tanto, sujeto a un control administrativo, cuando en

puridad, el control debe ser sólo de las partes durante el desenvolvimiento del arbitraje.

De igual manera, si bien esta inconstitucional sanción administrativa, pretende en su esencia, asegurar que el árbitro, al momento de aceptar el cargo, realice una detallada reflexión sobre cualquier circunstancia o hecho que implique una vulneración a su independencia e imparcialidad, o que, ante la existencia de una duda justificada entre la revelación de un hecho o no, el árbitro opte por revelar este hecho, somos de la opinión que en este extremo, la cura ha sido peor que la enfermedad.

En cuanto al artículo 238 modificado del Reglamento, referido a que el Tribunal de Contrataciones está facultado para imponer una sanción administrativa aún en el supuesto que el árbitro haya renunciado a su cargo o; cuando el pedido de recusación haya sido planteado de manera extemporánea, es otra muestra de la animadversión injustificada contra los árbitros, pues, el árbitro puede considerar que no es necesario informar un hecho, por ser éste irrelevante, y que posteriormente, incluso posterior a la emisión del laudo, la parte que fue vencida en el arbitraje, pretenda se le imponga al árbitro – en evidente represalia - una sanción administrativa.

Debemos tener en cuenta además que, la declaración de extemporaneidad de una recusación es consecuencia directa de una regla procedimental establecida en el propio Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En efecto, el artículo 226⁵ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

⁵ Artículo 226.- Procedimiento de Recusación

En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme las siguientes reglas:

1. La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.
2. El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho.
3. Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.
4. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez (10) días hábiles.

La resolución de la recusación por el OSCE debe ser motivada, es definitiva e inimpugnabile y será publicada en el portal institucional del OSCE. Cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto.

El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral.

actualmente en vigencia, establece un plazo para la interposición de una recusación, con lo cual, esta contradicción normativa podría ir en desmedro del desarrollo del proceso arbitral, al tener que paralizar el trámite del arbitraje aún cuando no exista causal que la sustente.

Nótese además que en cuestiones prácticas, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado se toma entre 5 y 8 meses para resolver una recusación, lo cual implica en la práctica una paralización del arbitraje, pues si bien la recusación no suspende el trámite del proceso, ningún árbitro proseguirá con sus actuaciones o emitirá un laudo arbitral, hasta que dicho Organismo emita pronunciamiento al respecto.

Creemos que resulta inaplicable una sanción administrativa, pues al ejercer función de carácter jurisdiccional, no se encuentra supeditado a las decisiones de un Tribunal Administrativo, como lo es el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Finalmente, otro de los problemas que surge con esta disposición, está en que la posibilidad de que la decisión emitida por el Tribunal de Contrataciones pueda ser recurrida ante el Poder Judicial, a través de un proceso contencioso administrativo, proceso que suspenderá los efectos de la sanción, generando con ello, un mayor congestionamiento de procesos en sede Judicial y desnaturalizando la esencia del arbitraje, así como el objetivo su incorporación en materia de contratación pública por parte del Estado, hace quince (15) años atrás.

6. EL CONTROL INSTITUCIONAL DE LOS GASTOS ARBITRALES

Otra de las modificaciones que ha sufrido la norma de contrataciones y que consideramos ha tenido también un pobre análisis previo, es aquella modificación en materia de gastos arbitrales.

Sobre este punto, la modificación del artículo 230 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado introduce una limitación a la determinación de los honorarios arbitrales, estableciendo como de aplicación obligatoria la tabla de gastos arbitrales que aprobará el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a través de una directiva.

Asimismo, en el referido artículo 230 modificado, se dispone que en los casos de arbitrajes ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder de los montos consignados en la referida tabla de gastos arbitrales.

“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 en la tabla de gastos arbitrales SNA-OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir pronunciamiento final al respecto”.

En primer lugar, entendemos que esta disposición pueda ser aplicada a aquellos casos arbitrales regidos bajo la organización y administración del OSCE, a través del Sistema Nacional de Arbitraje (en adelante SNA), toda vez que tratándose de un arbitraje institucional, es perfectamente posible que dicha institución maneje una tabla de gastos arbitrales.

No obstante, extender dicha obligación a los arbitrajes de naturaleza ad hoc, resulta contrario a la propia voluntad de las partes, no sólo porque en estos casos el OSCE no interviene para nada, o siendo precisos, podría intervenir de dos formas: (i) como entidad nominadora residual, de darse el caso y; (ii) al momento de instalar al Tribunal Arbitral o al Árbitro Único; pero lo más grave del caso, es que los propulsores de esta modificación - quizá por una falta de *'expertise arbitral'* - no han tenido en cuenta que la cuantía de la controversia es sólo uno de los aspectos que sirven de base para la determinación de los gastos arbitrales.

En efecto, para establecer el monto de los gastos arbitrales, no sólo basta referirse a la cuantía de la materia controvertida, sino que es necesario además que se tomen en cuenta diversos aspectos, entre otros: (i) la complejidad de la controversia; (ii) la dimensión del proceso arbitral y de sus actuaciones; (iii) el tiempo de dedicación de los árbitros; entre otros.

En segundo lugar, en cuanto a la disposición referida a que, en caso una de las partes no se encuentre de acuerdo con la liquidación efectuada por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, dicha parte podrá solicitar al OSCE un pronunciamiento final, consideramos que tal enunciado abre nuevamente la puerta a una serie de problemas prácticos, en la medida que esta disposición centra la discusión – al parecer sin darse cuenta - en la naturaleza misma del conflicto o materia controvertida.

En efecto, la discusión sobre la liquidación o reliquidación efectuada por el Árbitro Único o Tribunal Arbitral estará dirigida y orientada a analizar si la materia controvertida involucra o no, aspectos de índole económico.

Así, por ejemplo, en un determinado caso, el Tribunal Arbitral o el Árbitro Único podrán considerar que la resolución contractual involucra en su esencia el monto del contrato, utilizando dicho monto para la determinación de los honorarios, no obstante, la parte podría considerar que dicha controversia, al referirse a la resolución contractual, sólo debe estar relacionada con un pronunciamiento de puro derecho, con lo cual, previamente al desarrollo del proceso, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE deberá analizar y resolver cuales controversias tienen un correlato económico y además si ese correlato deberá ser tomado en cuenta para la determinación de los honorarios.

Ahora bien, somos conscientes que algunos árbitros puedan establecer gastos arbitrales de manera desmedida, sin embargo, creemos que en este caso el remedio es peor que la enfermedad, toda vez que la coacción de un árbitro por una de las partes, frente a una determinación inadecuada de sus honorarios, podría contaminar el fallo que finalmente adopte dicho Juzgador, pues no debemos perder de vista que, aquel profesional que busca lucrar con el arbitraje, no tendrá como prioridad, resolver de manera adecuada y justa una controversia.

Creemos que la mejor manera de regular los costos arbitrales, si éste era el fin de la modificación de la norma en este extremo, es precisamente dejar que el propio universo de usuarios depure a aquellos profesionales que sólo buscan lucrar con la institución arbitral, o señalar, de manera clara y contundente que, en materia de contratación pública, la tabla de aranceles aprobada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE será la que se utilice como marco de referencia para la determinación de los gastos arbitrales.

7. LA CONFORMACIÓN DE TRIBUNALES ARBITRALES ESPECIALES

Respecto a este punto, el Decreto Supremo 138-2012-EF, sigue en la línea de posibilitar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la creación de Tribunales Arbitrales Especiales para resolver controversias sobre Órdenes de Compras y Servicios, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía, ampliando el alcance y competencia de dichos Tribunales, a cuantías menores o iguales a quince (15) Unidades Impositivas Tributarias – UIT.

En efecto, la modificación del artículo 233 establece:

“Artículo 233.- Organización y Administración de Arbitrajes [...]

3. El OSCE podrá conformar uno o más tribunales arbitrales especiales para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compras o de servicios originados en Adjudicaciones de Menor cuantía y cuyo monto no supere las quince Unidades impositivas Tributarias (15 UIT). Los arbitrajes a cargo de estos tribunales serán regulados por el OSCE mediante directiva que apruebe para tal efecto”

Sobre el particular, debemos señalar que esta facultad ya se encontraba inserta tanto en el Decreto Supremo 184-2008-EF⁶, como en el Decreto Supremo 084-2004-PCM⁷, con la salvedad de que en dichos dispositivos, el monto límite para

establecer la competencia de estos Tribunal Arbitrales Especiales era de cinco (5) UIT.

Al parecer, el Organismo Supervisor, ha tenido, a lo largo de estos 8 años desde que se incorporó esta posibilidad, la intención de administrar justicia en materia de contrataciones públicas y no sólo ser el Organismo Supervisor de las Contrataciones Públicas. Sin embargo, durante todos estos años el OSCE no ha puesto en práctica esta facultad.

Habría que mencionar además que actualmente – por disposición normativa⁸– el OSCE, a través del SNA, ya organiza y administra gran parte de las controversias derivadas de Órdenes de Compra y de Servicios, en la medida que estas contrataciones – por lo general – no incorporan convenios arbitrales para regular y resolver cualquier controversia derivada de éstas.

Sin embargo, debemos mencionar que la posibilidad de que el Organismo Supervisor constituya Tribunales Arbitrales Especiales, desnaturaliza la esencia misma del arbitraje, pues deja de lado la facultad de las partes para nombrar a los árbitros que estimen idóneo para resolver sus conflictos.

Consideramos que estos Tribunales no tienen una naturaleza arbitral, sino más bien, contienen en su esencia una naturaleza administrativa, y por tanto, sus decisiones – que constituyen en puridad actos administrativos – podrán ser perfectamente recurribles ante el

⁶ Artículo 233.- Organización y Administración de Arbitrajes [...]

3. El OSCE podrá conformar uno o más tribunales arbitrales especiales para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compras o de servicios originadas en Adjudicaciones de Menor Cuantía y cuyo monto no supere las cinco Unidades Impositivas Tributarias (5 UIT). Los arbitrajes a cargo de estos tribunales serán regulados por el OSCE mediante la directiva que apruebe para tal efecto

⁷ Artículo 291.- Organización y administración de conciliaciones y arbitrajes [...]

4) El CONSUCODE conformará uno o más Tribunales Arbitrales Especiales para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compras o servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias-UIT. Los arbitrajes a cargo de éstos Tribunales serán regulados por el CONSUCODE mediante la Directiva que apruebe para tal efecto.

⁸ Artículo 216.- Convenio Arbitral [...]

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 – OSCE, cuya cláusula tipo es:

“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”

Poder Judicial, no por la vía de la anulación del laudo, sino, a través del proceso contencioso administrativo, generando en muchos casos, el incumplimiento del objeto-objetivo de la contratación.

8. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Consideramos que todas estas modificaciones, si bien tienen la intención de optimizar y darle mayor eficacia y seguridad a los fallos arbitrales, así como procurar un mejor desempeño de los árbitros en la aplicación de la normativa y en los demás aspectos de su labor como gestor de conflictos, no se ha tenido en cuenta que dicha función es de carácter jurisdiccional y por tanto, no se encuentra sujeta a un control administrativo, a pesar de que se pretenda acuñar la idea de un “arbitraje administrativo” de naturaleza especial.

Por lo demás, creemos que las modificaciones a la institución arbitral en materia de contratación pública, nos dejan la sensación de que la cura ha sido peor que la enfermedad.