

---

# *El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*

**Fernando Cantuarias Salaverry**

*Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)*

En un trabajo de reciente publicación<sup>(1)</sup>, analizamos en detalle el marco constitucional y legal que regula el arbitraje del Estado en materia comercial y, en especial, las reglas de juego dispuestas por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>(2)</sup> y su reglamento<sup>(3)</sup> que en algunas materias se contraponen a las disposiciones de la Ley General de Arbitraje (en adelante simplemente LGA).

Luego de un análisis puntual de ambos dispositivos legales, propusimos una serie de reformas que apuntan a hacer aún más eficiente la utilización del arbitraje, y que son las siguientes:

1. Se reconozca expresamente la aplicación de la Sección Primera de la LGA<sup>(4)</sup>, salvo respecto de algunas normas especiales que identificamos seguidamente .
2. Se reconozca en las partes la facultad de establecer libremente si desean someterse a un arbitraje institucional o a uno ad-hoc, identificando dentro de sus normas las cláusulas modelo recomendadas por las instituciones arbitrales constituidas en el país y proponiendo una cláusula modelo tipo para arbitrajes ad-hoc

---

1 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Participación del Estado Peruano en Arbitrajes Comerciales". *Revista Advocatus*, Lima: 2002, N° 7, pp.178-193.

2 Decreto Supremo No. 012-2001-PCM -Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante simplemente LCAE).

3 Decreto Supremo No. 013-2001-PCM -Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante simplemente RLCAE).

4 Se supone que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41° y 53° de la LCAE, para la solución de todos los conflictos que se generan de la ejecución o interpretación de los contratos, sólo cabe recurrir a la conciliación o al arbitraje. Sin embargo, en la realidad esto no sería así, ya que los artículos 139° y 140° del RLCAE habilitarían la vía judicial para ciertas controversias.

En efecto, CASSINA RIVAS, Emilio, "Contrataciones y Licitaciones Públicas". Lima: 2003, pp.261, afirma que "[e]l art. 140° del Reglamento, establece que luego de haber quedado consentida la liquidación del Contrato, no procederá reclamo alguno entre las partes mediante los mecanismos de solución de controversias, establecidos en la Ley y el Reglamento que, como sabemos, son los de conciliación y/o arbitraje; sin perjuicio de las garantías comerciales que el Contratista hubiese otorgado a la Entidad ni de la eventual responsabilidad por defectos y vicios ocultos, los que se ventilarán en la vía judicial. En consecuencia, debe concluirse en que, tal como surge de la interpretación del art. 41° (inciso b), la única y definitiva vía para zanjar los conflictos entre las partes derivados de la interpretación y ejecución de los contratos, desde su formalización y hasta la etapa de la liquidación (cuando corresponde) es la conciliación y/o la vía arbitral. Pasado este periodo de liquidación cualquier otro punto controvertido como son los relativos a garantías comerciales, defectos o vicios ocultos, sólo se pueden ventilar en la vía judicial".

Es más, el autor agrega que aún cuando se haya culminado la etapa de la liquidación, "...[¿] si por ejemplo sigue un pago pendiente a favor del contratante o la Entidad y los plazos para solicitar el arbitraje se han vencido, se habrá vencido también el plazo para cobrar el adeudo que corresponda y este habrá prescrito?. Creemos que no. El Reglamento no es una Ley y no puede haber modificado los plazos de prescripción y caducidad previstos en el Código Civil, los que siguen vigentes y son exigibles solo que los derechos respectivos ya no serán materia de arbitraje sino que las partes tendrán que recurrir a la vía judicial para reclamarlos". Emilio Cassina Rivas, "Contrataciones y Licitaciones Públicas", Ob. Cit., pp. 285.



3. Si las partes pactan el sometimiento a un arbitraje institucional, sólo será de aplicación lo dispuesto en el reglamento arbitral respectivo, dentro de los límites dispuestos por la LGA y las pocas normas especiales que proponemos.
  - La exigencia de que los arbitrajes tengan que ser de derecho.
  - La posibilidad de que cuando se arbitre con tribunales arbitrales, sólo el presidente tenga que ser abogado<sup>(5)</sup>.
4. Si las partes pactan un arbitraje ad-hoc, el CONSUCODE sólo intervendrá como entidad nominadora residual de árbitros dentro del marco legal establecido por la LGA, y como responsable en caso de recusación de tribunales arbitrales unipersonales .
  - La norma que prohíbe el recurso de apelación.
  - La disposición sobre la incompetencia del Poder Judicial.
5. Si las partes no suscriben un convenio arbitral, se entenderá incorporado de pleno derecho un acuerdo de arbitraje ad-hoc, el que además, deberá establecer la forma de determinar el número de árbitros, considerando el tipo de contrato de que se trate o la cuantía de la controversia .
6. Se reconozca la posibilidad de que en las adquisiciones y contrataciones realizadas a partir de convenios internacionales se pueda someter cualquier controversia al Arbitraje Internacional o al arbitraje fuera del país (Arbitraje Extranjero) al amparo del artículo 92° de la LGA, cuando se trate de un proveedor o contratista domiciliado fuera del país.
7. Por último, las normas especiales que deberán mantenerse son:
  - Afirmamos además y nos ratificamos, que si se implementan estas propuestas se logrará una plena vinculación entre la LGA y la LCAE, posibilitando de esa manera una correcta y eficiente utilización del arbitraje en todos los conflictos que se deriven de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado; lo que resulta de interés directo de este último, ya que detrás de la decisión de someter los conflictos a arbitraje está el reconocimiento de que es mediante la práctica del arbitraje que el Estado puede contratar en mejores condiciones la provisión de los bienes y servicios que requiere o vender aquellos que produce o provee.
  - Para nosotros es claro que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo de aplicación de la LCAE, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial Peruano ) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una

---

En nuestra opinión, debería procederse a la inmediata derogatoria de todas las normas del RLCAE (en especial del artículo 140°), que condicionan el acceso al arbitraje sólo hasta la etapa de liquidación del contrato. La LCAE establece de manera expresa que corresponde utilizar la vía arbitral para resolver todas las controversias generadas de la ejecución o interpretación del contrato (ver artículos 41°(b) y 53° de la LCAE), por lo que el RLCAE limita indebidamente la aplicación de la RCAE y obliga a acudir al Poder Judicial para ventilar temas claramente referidos a la ejecución contractual, que se encuentran cubiertos por el pacto arbitral.

Es más, existe inclusive una "tercera" vía, creada por ley N° 27785 –Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República-, que será analizada en extenso en este artículo.

5. Si bien nosotros consideramos acertada esta posibilidad, ya que la acerca a la postura asumida por la LGA en relación al Arbitraje Internacional que no exige requisito profesional alguno y que es la que compartimos, existe la duda de si una norma reglamentaria está en aptitud de modificar la LGA.

En efecto, en los últimos meses el Poder Judicial ha emitido jurisprudencia, como la contenida en el fallo del 15 de julio del 2002 de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Exp. 165-2001), en las que se anulan laudos arbitrales dictados al amparo de la LCAE, por cuanto uno de los árbitros (que no es el presidente) no es abogado. El argumento es simple: la LGA exige que en los arbitrajes de Derecho, todos los árbitros sean abogados.

Si bien es cierto que al momento en que se escriben estas líneas todavía no conocemos de un pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema de la República, parecería que efectivamente el RCAE se habría excedido, ya que la LCAE en momento alguno ha modificado el artículo 25° de la LGA.

Sin embargo, ¿podría afirmarse que la LCAE habilita a su reglamento para que modifique los requisitos para ser árbitro, al disponer en su artículo 53° que el "...arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento" y que los "...procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia"?

Creemos que la pregunta debe ser contestada en sentido negativo, ya que la LCAE lo que habilita es a que se puedan establecer procedimientos de designación especiales, pero no a modificar los requisitos legales dispuestos en la LGA para actuar como árbitro. Además, la referencia a la aplicación supletoria de la LGA sólo está referida a las normas de procedimiento y no a las características de los árbitros.

instancia poco neutral, como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones de intercambio).

Por ello, nos ha sorprendido de sobremanera el cambio del marco legal dispuesto por la Ley N° 27785 –Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

**I.- Disposiciones de la Ley N° 27785 relacionadas con el arbitraje dispuesto en la LCAE**

La Ley N° 27785 -Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República contiene, entre otras, las siguientes disposiciones:

“Artículo 22°.- Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:  
(...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública ... cuyos montos excedan a los previstos en Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.  
(....)

o) Participar directamente y/o en coordinación con las entidades en los procesos judiciales, administrativos, arbitrales u otros, para la adecuada defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de éste”.

“Artículo 23°.- Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1° de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias

comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del artículo 22° de la Ley. las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General”.

Como puede apreciarse, esta Ley “...ha introducido una variación importante en la solución de controversias, prevista por el inc. b) del art. 41° de la Ley 26850, según la cual la conciliación y el arbitraje eran los únicos medios para alcanzarla. La variación consiste en que, según lo dispuesto por el art. 23° de la Ley 27785, se ha prohibido el arbitraje cuando la controversia verse [sobre el] pago de presupuestos adicionales de Obras y aprobación de Mayores Gastos de Supervisión en los cuales la Contraloría General deba dar la autorización previa a la ejecución y pago de esos conceptos, esto es en los casos señalados en el art. 42° de la Ley 26850, que requiere su intervención cuando el importe de éstos supere el 15% del monto del contrato. Igualmente, se han prohibido esas vías de solución sobre las decisiones emitidas por la Contraloría General en las referidas materias.

En definitiva, lo que la Ley 27785 ha hecho es vedar la conciliación y el arbitraje cuando se susciten divergencias sobre el pago de Presupuestos Adicionales de Obras y Mayores Gastos de Supervisión que superen en 15% del monto contractual respectivo, ya sea que éstas se produzcan antes o después de la intervención de la Contraloría conforme a Ley y al Reglamento”<sup>6</sup>.

---

---

**“Lo que la ley 27785 ha hecho es vedar la conciliación y el arbitraje”**

---

---

**II. Adicionales de obra e intervención ex-ante de la Contraloría General de la República**

Como explica la propia Contraloría General de la República (en adelante simplemente CGR), los adicionales de obra son “...trabajos o construcciones mayores o complementarias una obra principal, no consideradas en la contratación, que sin embargo resultan indispensables para que la obra entre en funcionamiento.  
(...)

Tales obras adicionales demandan la inversión de mayores recursos del Estado a los previstos para la obra principal, generándose un presupuesto adicional

---

En todo caso, creemos que hasta que no exista un pronunciamiento definitivo de la máxima instancia judicial de nuestro país, designar a un árbitro no abogado al amparo del artículo 189° del RLCAE puede resultar, a la larga, un mal negocio.

6 CASSINA RIVAS, Emilio. “Contrataciones y Licitaciones Públicas”. ob. cit., pp. 287.



de la obra, sobre el cual corresponde a la Contraloría General emitir la autorización respectiva, efectuando un control previo a su ejecución y pago <sup>(7)</sup>”.

En esta materia cabe recordar que la intervención de la CGR ha variado en el tiempo, desde el RULCOP que disponía que la ejecución la aprobaba la entidad comitente y la Contraloría sólo autoriza el pago, hasta la Ley N° 27785 que “...establece que corresponde a la CGR autorizar, de manera previa a su ejecución y pago, los adicionales de obra que sobrepasen el 15% del monto del contrato original <sup>(8)</sup>”.

La CGR justifica su intervención ex-ente, “...atendiendo a que el Estado requiere contar con un análisis especial y previo de la necesidad y costo adicional, la cual por su naturaleza es inesperada y por tanto no se tenía previsto cubrir los mayores recursos que demandan, a fin de advertir antes de la ejecución de la obra adicional un probable egreso injustificado de recursos del Estado, evitando de esta manera que en vía de control posterior, tenga en su caso que establecer responsabilidades y buscar la reversión de los significativos recursos indebidamente invertidos.

Estos trabajos complementarios ocasionan desfases o modificaciones significativas en la administración presupuestal del Estado, que van a ocasionar dejar de efectuar otras actividades públicas para cubrir tales costos, por lo que se ha requerido que un organismo autónomo, técnico y externo a la Entidad y al contratista, efectúe la fiscalización especial y previa

para analizar la necesidad y el costo real de trabajos que no fueron planificados, y por tanto no estaban comprendidos en el presupuesto original <sup>(9)</sup>”.

Frente a estos débiles argumentos, creemos pertinente citar nuevamente a Ortega: “Si se trata de una institución de control, creemos que no debería ingresar a temas propios de la gestión, porque ello es una responsabilidad de la entidad comitente... Que la CGR asuma la responsabilidad de aprobar los adicionales que sobrepasen del 15% de lo contratado originalmente (...) demandaría a la CGR contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata... lo cual significa convertir a la CGR en una suerte de supraorganismo público... sinónimo, en los hechos, de ineficiencia...” <sup>(10)</sup>.

Como si esto no fuera poco, la CGP pretende aplicar este nuevo marco legal a todos los adicionales sin importar la fecha de celebración de los respectivos contratos de obras <sup>(11)</sup>, aun cuando “... tratándose de contratos de obra celebrados bajo la RULCOP, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 (y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-98-PCM), e inclusive bajo el T.U.O de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM), la CGR carece de competencia para autorizar de manera previa la ejecución de los adicionales que sobrepasen el 15% del contrato” <sup>(12)</sup>.

7 [www.contraloria.gob.pe](http://www.contraloria.gob.pe)

8 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública”. *Revista Advocatus*, Lima: 2002, N° 7, pp. 432 – 433. Aunque, sobre éste particular, cabe aclarar que las Leyes de Presupuesto Público pueden establecer diferentes porcentajes, dependiendo de si la fuente de financiamiento es externa o del tesoro público.

9 [www.contraloria.gob.pe](http://www.contraloria.gob.pe)

10 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública”. *ob. cit.*, pp. 440.

11 Sobre este particular, revisar la Directiva N° 012-2001, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG, y la Resolución de la Contraloría N° 092-2003-CG.

12 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública”. *op cit.* Pp. 442. Creemos más pertinente invitar al lector a revisar el análisis histórico que hace Ortega de la función de la CGR en la aprobación de los adicionales de obra (pp. 435 - 441).

Aquí cabe recordar que el artículo 42° de la LCAE dispone lo siguiente: “La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Alternativamente, la Entidad podrá resolver el contrato, sin responsabilidad para las partes. En este último caso, el contrato queda resuelto de pleno derecho desde su comunicación al contratista y la Entidad procederá a pagar al contratista lo efectivamente ejecutado, con lo que el contrato se entiende liquidado.

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.

Es más, esta intervención se hace en clara violación a lo dispuesto en la Tercera Disposición Transitoria de la LCAE<sup>(13)</sup>, que “... no sólo refleja una determinada opción legislativa sino que además guarda correspondencia con lo que podríamos considerar un respeto por las reglas contractuales y legales bajo las cuales el contratista asumió sus obligaciones (y la entidad comitente, sus respectivos derechos y atribuciones administrativas), reglas que definitivamente son evaluadas para determinar la asunción de determinados riesgos o no, así como para determinar los criterios en la fijación de los precios”<sup>(14)</sup>.

### III. Prohibición de someter a arbitraje los conflictos generados de los adicionales de obra.

Para que la faena sea completa, la ley bajo comentario prohíbe además, como ya hemos indicado, que se arbitren estas materias, lo que en opinión de Cassina “...es cuestionable en cuanto a su constitucionalidad, pues parece contravenir lo dispuesto en los arts. 62° y 63° de la Constitución, en cuanto declara no arbitrables las controversias contractuales que se refieren a los casos en que la Ley llama a intervenir a la Contraloría, hay un error en lo que se refiere a la clase de proceso a seguir porque, interviniendo o mejor dicho irrumpiendo dentro de una ley de carácter especial, como es la ley 26850, cuya finalidad en cuanto a controversias era la de proveer una rápida solución como es el arbitraje, no deja otro camino en caso de surgir éstas sobre Adicionales y Mayores Gastos de Supervisión, superiores al 15% de los contratos de obras correspondientes, que recurrir a la vía judicial lo que significa un largo proceso que recorre dos duras instancias y es factible de casación por la Corte Suprema”<sup>(15)</sup>.

Independientemente de la correcta llamada de atención que hace Cassina acerca de una posible inconstitucionalidad de la norma bajo comentario, que por sí sola la descalifica, creemos necesario analizar las justificaciones que ofrece la CGR : “... las decisiones

que emita la Contraloría General sobre los presupuestos adicionales de obra, no pueden ser materia de arbitraje, mecanismo que se pretende utilizar para sustraer el tema del pronunciamiento institucional o variar los montos autorizados por el Organismo Superior de Control, que luego de una evaluación técnica y presupuestal determina los trabajos necesarios de efectuar y la razonabilidad de sus costos. Ello en atención a que los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición de las partes contratantes, cuando por ley se dispone de la intervención de la Contraloría General para verificar su ejecución y pago”<sup>(16)</sup>.

Verifiquemos la pobreza argumental: el arbitraje se pretende utilizar “...para sustraer el tema del pronunciamiento institucional...” o para “...variar los montos autorizados... luego de una evaluación técnica...”. Además, “...los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición... cuando... [interviene] la Contraloría General...”.

Cualquiera que conoce un poco de arbitraje, sabe perfectamente que jamás se le utiliza para “sustraer el tema del pronunciamiento institucional”, ya que al arbitraje se accede una vez que se haya dado cumplimiento a los requisitos y condiciones previstas en la ley<sup>(17)</sup>.

Además, es realmente insostenible el segundo argumento referido a que como la CGR interviene los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición, ya que su participación en nada cambia la naturaleza del contrato que sigue siendo un simple y común contrato de obra<sup>(18)</sup>.

En todo caso, si analizamos a fondo una de las justificaciones que da la CGR, creemos que podemos encontrar la razón de la sinrazón: “...las decisiones que emita la Contraloría General sobre los presupuestos adicionales de obra, no pueden ser materia de arbitraje, mecanismo que se pretende utilizar para sustraer el tema del pronunciamiento institucional o variar los montos

---

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con el procedimiento establecido en el inciso b) del Artículo 41° de la presente Ley ”.

- 13 Tercera Disposición Transitoria de la LCAE: “Los procesos de adquisición o contratación iniciados antes de la vigencia de la presente Ley, se rigen por sus propias normas”.
- 14 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Algunas Reflexiones sobre la Competencia de la Contraloría General de la República respecto a los Presupuestos Adicionales de Obra Pública”. ob. cit., pp. 439. Es más, el autor señala (pp. 40) que, “[e]n ese orden de ideas, la posibilidad que las reglas contractuales pudiesen ser modificadas por variaciones legislativas podría afectar la seguridad jurídica”.
- 15 CASSINA RIVAS, Emilio. “Contrataciones y Licitaciones Públicas”. ob. cit., pp. 287-288.
- 16 [www.contraloria.gob.pe](http://www.contraloria.gob.pe)
- 17 De lo contrario los árbitros serían incompetentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 39° de la LGA.
- 18 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Algunas Reflexiones sobre la Competencia de la Contraloría General de la República”. ob. cit., pp. 343. “...resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido ius imperium alguno, por lo que no es eso razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje”.



autorizados por el Organismo Superior de Control, que luego de una evaluación técnica y presupuestal determina los trabajos necesarios de efectuar y la razonabilidad de sus costos”.

Veamos que, en opinión de la CGR, no se puede recurrir en estos casos al arbitraje, porque en el arbitraje se puede cambiar la decisión “técnica” de la CGR. ¿Acaso la decisión “técnica” de la CGR no puede ser modificada por el poder judicial, al que se puede recurrir en base a este texto legal?, ¿O es que acaso pretende la CGR convertirse en una instancia jurisdiccional cuya decisión sea irrevisable?.

Lo cierto es que dentro del marco de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la decisión que emita la CGR definitivamente podrá ser impugnada ante el poder judicial, el que podrá modificar o, como lo llama la CGR, “sustraer” la decisión de la CGR. Sin embargo, lo lamentable de esto es que esa decisión del poder judicial demorará varios años, será tomada por magistrados que generalmente tienen poca experiencia en esta materia, e implicará dividir la solución del conflicto en dos instancias: Una, la general (interpretación y ejecución del contrato de obra) ante los árbitros, y otra, la especial (adicionales cuando sobrepasen “x” por ciento del valor de la obra) ante el poder judicial.

Pero, también podríamos tratar de entender que lo que reclama la CGR, es que no puede defender en sede arbitral su “evaluación técnica”, ya que al no formar parte del contrato de obra no puede participar en el arbitraje.

Entendemos que este sí sería un reclamo serio y correcto. Sin embargo, nos preguntamos: ¿No hubiera bastado una norma que dispusiera que la CGR puede participar en los procesos arbitrales como tercero coadyuvante, exclusivamente para defender sus decisiones?.

Esa parecería ser la razón detrás del inciso o) del artículo 22° de la Ley bajo comentario, que dispone que es atribución de la CGR: “Participar directamente y/o en coordinación con las entidades en los procesos judiciales, administrativos, arbitrales u otros, para la adecuada defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de éste”.

Sin embargo dentro del contexto integral de la Ley materia de análisis, esta atribución de la CGR es absolutamente impertinente, ya que cuando esta institución interviene está prohibido recurrir al arbitraje. ¿O es que acaso la CGR pretende participar además en cualquier proceso arbitral en el que sea parte el Estado?.


La facultad en mención está pues fuera de lugar, ya que sólo sería aceptable si las decisiones de la CGR respecto a los adicionales que se someten a su consideración, pudieran seguidamente recurrirse en la vía arbitral.

Lo que pasa es que, según tenemos conocimiento, el proyecto de Ley original proponía mantener el arbitraje para estas materias, pero al mismo tiempo permitía que la CGR participara en el proceso arbitral para defender sus posiciones.

Al final, el Congreso de la República decidió prohibir el arbitraje, pero mantuvo la opción de que la CGR pudiera intervenir en los procesos arbitrales, lo que no tiene sentido.

#### IV. A modo de conclusión

Nosotros creemos que aquí se requieren tomar decisiones urgentes: Cualquier análisis costo-beneficio serio demostrará que no es conveniente mantener el sistema de aprobación de adicionales ex-ante por parte de la CGR y, al mismo tiempo, que tiene que habilitarse nuevamente el acceso de estos temas a la vía arbitral, permitiendo, en todo caso, que la CGR pueda participar como tercero coadyuvante en los procesos arbitrales para defender, exclusivamente, las materias en las que deba intervenir de acuerdo a ley <sup>(19)</sup>.

Mientras tanto, y como era de esperar, “...los costos de las obras públicas se ...[han] incrementado finalmente para el Estado porque la duración del trámite ante la CGR para obtener su autorización previa a la ejecución y pago de los adicionales [y el potencial costo del proceso judicial] ha llevado, muchas veces, a que los contratistas trasladen a las entidades comitentes sus mayores gastos generales originados por la imposibilidad de poder ejecutar los adicionales...” <sup>(20)</sup>. 

19 En otras palabras, en las materias y bajo las condiciones dispuestas en el artículo 42° de la LCAE.

20 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “Algunas Reflexiones sobre la Competencia de la Contraloría General de la República Respecto de los Presupuestos Adicionales de Obra Pública”. ob. cit., pp. 433.