

## Capítulo III

### PROCESO ARBITRAL: PLAZOS DE CADUCIDAD, ACUMULACIÓN Y EXCEPCIONES

#### 1. PLAZOS PARA SOLICITAR EL INICIO DE UN ARBITRAJE

En este extremo de nuestro estudio, intentaremos responder cuándo las partes pueden acudir al arbitraje. Es decir, surgida una controversia en qué momento se debe solicitar el inicio de un arbitraje.

Tanto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como su Reglamento establecen un plazo de caducidad para que las partes soliciten el arbitraje.

##### *1.1. Prescripción y caducidad*

Antes de iniciar nuestro análisis en sentido estricto, juzgamos necesario delinear las nociones de prescripción y de caducidad.

En primer lugar, debemos recordar que el Derecho establece los plazos de prescripción y de caducidad, en razón de fomentar la seguridad jurídica; siendo, en general, los plazos de caducidad, los más cortos en todos los ordenamientos jurídicos y, también, en el nuestro.

Asimismo, debemos aclarar que no vamos a entrar a discutir —pues, no es propósito de este trabajo— si la prescripción extingue el derecho o la acción. Optamos, en este punto, por limitarnos a señalar nuestra conformidad con la tesis del maestro Luis Díez-Picazo, quien considera que el objeto inmediato o directo de la prescripción son las

facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas, las facultades de exigir.<sup>122</sup>

Al margen de esta consideración, en el presente ensayo vamos a emplear la terminología adoptada por nuestro Código Civil, así como la lógica que se desprende de su texto. Así, nos referimos a la prescripción de la acción y a la caducidad de los derechos.

Ahora bien, en un sentido amplio, se suele denominar como prescripción a aquellos fenómenos que parecen consistir en una modificación que experimenta determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo.

Por su parte, Messineo<sup>123</sup> se aproxima a esta noción cuando califica a la prescripción como un evento vinculado con el paso del tiempo. Desde esta perspectiva lo define como el modo o medio con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue y se pierde un derecho subjetivo por efecto de falta de ejercicio.

Díez-Picazo<sup>124</sup> enfatiza que, en realidad, fundamentar la prescripción exclusivamente sobre el transcurso del tiempo contribuye a oscurecer el panorama. Si bien se admite que el transcurso del tiempo como hecho jurídico altera los derechos subjetivos o las relaciones jurídicas, lo cierto es que el mismo no pertenece a la sustancia de la prescripción.

Así, el citado autor llama la atención sobre la inexactitud en que se incurre cuando se define a la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio del derecho. Se-

---

<sup>122</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (octubre-diciembre), 1936, fascículo V, tomo XVI, p. 987.

<sup>123</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, tomo II, p. 610.

<sup>124</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 981.

ñala, al respecto, que aunque el titular incida en inactividad o en inercia, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento.

A esta idea hay que agregar que la prescripción no puede ser acogida de oficio por el juez. La prescripción debe ser alegada o invocada por quien se encuentra interesado en valerse de ella.

Lo expresado nos permite demarcar la idea de prescripción a partir de dos perspectivas:<sup>125</sup>

Desde el punto de vista estructural, podemos afirmar que la prescripción constituye un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho debe ser ejercido dentro de un período de plazo razonable, puesto que es antisocial y contrario al fin o función para los que ha sido concedido, el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

Así las cosas, en razón de la inacción del titular del derecho que pudiendo hacerlo valer no lo hace, éste pierde la facultad de exigirlo compulsivamente.

Por otro lado, desde el punto de vista funcional, la prescripción es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo.

Esta perspectiva funcional nos permite apreciar claramente que en la prescripción se protege, sobre todo, un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antiguas, de las cuales se ha perdido la memoria, pues el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza de que el derecho o la facultad no serían ya ejercidos.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 1000.

<sup>126</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 999.

«Las funciones de la prescripción, examinada desde un contexto de certidumbre, son, primero en el caso particular, la de extinguir la situación de ventaja que se pretende hacer valer en beneficio del titular de la situación jurídica correlativa de desventaja, y en segundo en relación a la sociedad, la de asegurar el tráfico, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). Las funciones jurídicas reales de la prescripción, examinada desde un contexto de incertidumbre, son dos: para el caso concreto, descartar la atendibilidad judicial de un proceso inidóneo en tanto que configurado como privadamente inútil, ahorrando a las partes costos procesales; desde una perspectiva general, disminuir la carga procesal de la judicatura en relación a procesos no meritorios, lo que no es sino una visión de lo que ocurre para el Estado, de la sumatoria de descartes de procesos privadamente inidóneos».<sup>127</sup>

En lo que respecta a la caducidad, la misma es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares.

En la caducidad se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. Porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado dado el tiempo transcurrido.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> CUEVA GARCÍA, David Ernesto. «Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000, n.º 21, p. 106.

<sup>128</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 999.

Su justificación, como resulta evidente, radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

Como señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre,<sup>129</sup> no cabe duda tampoco de que los plazos de caducidad son, por lo general, mucho más breves que los plazos de prescripción, debido a que en estos casos al Derecho le interesa preservar la seguridad jurídica por encima de los derechos de las partes.

Por su parte, Rodríguez Ardiles<sup>130</sup> señala que la palabra caducidad conlleva la acción o el efecto de caducar, esto es, perder su fuerza una disposición legal o un derecho. En doctrina se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. La norma legal subordina la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esa manifestación no se produce en ese tiempo, se pierde el derecho o la opción.

Asimismo, Vidal Ramírez<sup>131</sup> sostiene que tratándose de la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. En este instituto, más que en la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley

---

<sup>129</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En *Derecho & Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004, n.º 23, p. 274.

<sup>130</sup> RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley Editores, 2006, n.º 1, p. 334.

<sup>131</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano con un estudio de su relación jurídica*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1985, p. 204.

por definir o resolver una situación jurídica o su cambio. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, Jossérand dice que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica.

Como hemos podido advertir, lo que se busca con estas instituciones es simplemente que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas. Este objetivo encuentra sustento en razones de paz social, de orden público y de seguridad jurídica, que se encuentran en concordancia con el interés particular.

En términos generales, entonces, la razón de ser de estas instituciones debe buscarse en exigencias de orden social. En efecto, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido; de manera que si no es ejercido, debe considerarse como renunciado por el titular.<sup>132</sup>

### *1.2. Plazo de caducidad en la Ley y el Reglamento*

Luego de haber analizado brevemente el tema de la prescripción y de la caducidad, debemos centrarnos en los plazos de caducidad que establecen la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento para el tema del arbitraje.

Es necesario recordar, en primer término, que cuando se establece un plazo de caducidad, ello se hace porque no solamente se quiere evitar que quien goce de una determinada pretensión, deje de ejercerla, sino que además no tenga siquiera el derecho de ejercerla.

---

<sup>132</sup> MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 65-66.

Ahora bien, tal como lo señala el primer párrafo del artículo 215 del Reglamento, «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».

En tal sentido, el Reglamento establece los siguientes plazos de caducidad:

Artículo 144.- «Nulidad del Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje. (El subrayado es nuestro).

Artículo 170.- «Efectos de la resolución

[...]

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida». (El subrayado es nuestro).

Artículo 175.- «Ampliación del plazo contractual

[...]

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión. (El subrayado es nuestro).

Artículo 177.- «Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso. (El subrayado es nuestro).

Artículo 199.- «Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

[...]

Sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valoración de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 201.- «Procedimiento de ampliación de plazo

[...]

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión». (El subrayado es nuestro).

Artículo 209.- «Resolución del Contrato de Obra

[...]

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 210.- «Recepción de la Obra y plazos

[...]

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 211.- «Liquidación del Contrato de Obra

[...]

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. [...]». (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, salvo el caso de controversias suscitadas por la resolución del contrato (para el cual el Reglamento establece diez días), en los demás casos, las partes tienen quince días para someter las controversias a arbitraje.

Dicho plazo —ya sea el de diez o el de quince días— es un plazo de caducidad, tal como expresamente lo señala el referido artículo 215 del Reglamento.

Sin embargo, el artículo 215 del Reglamento también hace referencia a la aplicación del plazo establecido por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en defecto del Reglamento.

El primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece 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).

Aquí también se establece un plazo de caducidad, a saber: *cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato*.

Y en ese sentido, lo que cabría preguntar es, efectivamente, cuándo culmina el contrato.

Para tal efecto, vamos a recurrir al artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que señala lo siguiente:

Artículo 42.- «*Culminación del contrato*

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato». (El subrayado es nuestro).

Para el caso de los bienes y servicios, el artículo 177 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 177.- «*Efectos de la conformidad*

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado es nuestro).

En relación al contrato de obra, el artículo 212 del Reglamento trata acerca de los efectos de la liquidación y señala lo siguiente:

Artículo 212.- «*Efectos de la liquidación*

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado es nuestro).

Resumiendo lo visto hasta el momento, el Reglamento establece un plazo de caducidad más corto para la solicitud de arbitraje (diez o quince días, dependiendo de la controversia), si lo comparamos con el plazo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (hasta la culminación del contrato).

Al respecto, hay quienes cuestionan la legalidad del marco normativo en lo que se refiere al tema de la caducidad del derecho a acudir a la vía arbitral.

Así, por ejemplo, García-Calderón<sup>133</sup> señala que dado que el artículo 2004 del Código Civil establece que «los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario», considera que el plazo de caducidad contemplado en el Reglamento es incorrecto e ilegal, toda vez que estos plazos se encuentran regulados en el Código Civil, no siendo posible establecerlos a través de normas de inferior jerarquía como un decreto supremo, dejando en indefensión al interesado al recortársele el derecho de acceso a la justicia.<sup>134</sup>

Asimismo, Rodríguez Ardiles<sup>135</sup> —teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 2004 del Código Civil— señala que ello conduce a cuestionarnos respecto a si las disposiciones efectuadas por el Reglamento, en el sentido de establecer plazos de caducidad, cumplen o no con el principio de legalidad.

Así, el citado autor afirma que el poder recurrir a la instancia arbitral en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato, ofrece a las partes contratantes una facultad amplia para determinar, dentro de dicho lapso, la posibilidad de decidir el momento en el cual, por razones de costo u oportunidad, se puede recurrir a la instancia arbitral, cumpliendo con las normas de procedimiento establecidas en el Reglamento.

---

<sup>133</sup> GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>134</sup> Cabe recordar que este artículo fue escrito en el año 2001, por lo que su autor hace referencia al artículo 186 del Reglamento contenido en el Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM. Sin embargo, la crítica puede ser aplicada *mutatis mutandis* a la reglamentación actual.

Al respecto, Rodríguez Ardiles señalaba que la legislación derogada (es decir, el Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM), aunque sin llamarla por su nombre, disponía un plazo perentorio para recurrir al arbitraje, esto es, hasta antes de que quede consentida la liquidación, configurándose así, en la práctica, un plazo que bien podía ser admitido como de caducidad. (RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *Op. cit.*, p. 331).

<sup>135</sup> RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *Op. cit.*, p. 335.

A entender del citado autor, el Reglamento<sup>136</sup> ha fijado plazos de caducidad no previstos en la Ley, dependiendo de la situación que en cada caso corresponde, recortando o limitando —sin explicación— la amplitud que la Ley otorga, lo que a la postre significaría una desnaturalización de la norma jerárquica superior a cuyos conceptos debe sujetarse. De esta manera, el establecer plazos perentorios que limitan la libertad que la Ley otorga a las partes contratantes, tiene un efecto perturbador del principio de legalidad, el mismo que es necesario restituir en el más breve plazo.

A nuestro entender, el legislador —a pesar de las críticas a la leyes de Contrataciones y Adquisiciones del Estado anteriores y a sus Reglamentos— persiste en establecer plazos de caducidad más cortos en el Reglamento. Ello, evidentemente, implica que se siga cuestionando la legalidad de los mismos.

Ahora bien, cabe resaltar que sí resulta novedosa la inclusión —en el artículo 215 del Reglamento— de la expresión «o, en su defecto». Es decir, el artículo 215 del Reglamento no sólo establece plazos de caducidad especiales para cada tipo de controversia, si no que también establece que en defecto de lo regulado por el propio Reglamento, las partes tienen derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es decir, antes de la culminación del contrato.

Decimos que resulta novedosa dicha inclusión ya que, por ejemplo, el artículo 273 del anterior Reglamento (Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM), establecía únicamente que «cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 53 de la Ley, en armonía con lo previsto en los artículos 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento [...]».

---

<sup>136</sup> Aquí también cabe precisar que el autor hace referencia al Reglamento contenido en el Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM. Sin embargo, su crítica también podría ser aplicada *mutatis mutandis* a la reglamentación actual.

Como se puede apreciar, con el antiguo Reglamento se tenía que hacer una aplicación e interpretación en armonía del plazo de caducidad establecido por el artículo 53 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los plazos de caducidad establecidos en los referidos artículos del antiguo Reglamento. Ahora, en cambio, de conformidad con lo establecido por el citado artículo 215 del actual Reglamento, la aplicación del plazo de caducidad de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se produce en defecto de los plazos de caducidad del nuevo Reglamento.

Sin embargo, tanto la reglamentación anterior como la actual dan lugar a una multiplicidad de arbitrajes susceptibles de iniciarse en relación a un mismo contrato. En otras palabras, la regulación de los plazos de caducidad para someter una controversia a arbitraje, implica que a lo largo de la ejecución de un contrato se puedan iniciar diversos procesos arbitrales o se puedan acumular<sup>137</sup> pretensiones al proceso ya iniciado.

### *1.3. La caducidad para el caso de los vicios ocultos*

#### *1.3.1. Aspectos generales de los vicios ocultos*

Hemos querido abordar de forma independiente el tema de la caducidad para el supuesto de controversias relacionadas con vicios ocultos, dada su particular importancia y su regulación especial.

Como se recuerda, el tema del saneamiento por vicios ocultos es una materia esencialmente civil, que está regulada en los artículos 1503 a 1523 del Código sustantivo.

El artículo 1484 del Código Civil señala que hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien, y el artículo 1485 del referido Código

---

<sup>137</sup> Sobre la acumulación nos remitimos al punto 2 del presente capítulo.

señala que en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por los hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido para la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

En ese sentido, el artículo 1486 del Código Civil establece una presunción de destino normal cuando señala que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición o las costumbres del lugar.

El saneamiento por vicios ocultos, señalado en el artículo 1503 del Código Civil, establece que el transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.

Nuestro examen de esta norma debe partir de la definición de vicio oculto, el cual se entiende, a grandes rasgos, como toda imperfección existente sobre el bien transferido que lo hace inadecuado para cumplir con el fin que motivó su adquisición. Esos vicios, entonces, hacen que el bien sea impropio para su destino, de modo que si el adquirente los hubiese conocido no lo habría adquirido, o habría dado menos por él.

La Exposición de Motivos del Código Civil vincula la noción de vicio oculto a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización. La buena o mala fe del transferente no afecta en nada a la calificación del defecto como causa de saneamiento.

Cánepa<sup>138</sup> señala que el vicio o defecto debe entenderse como una anomalía o imperfección en la cosa que impida al adquirente destinarla

---

<sup>138</sup> CÁNEPA TORRE, Horacio. *El saneamiento por vicios ocultos en la contratación civil y estatal*. Lima: F.M. Servicios Gráficos, 2007, p. 60.

a la finalidad de su adquisición y, en cuanto a la finalidad, el citado autor la considera de una manera subjetiva, es decir, la finalidad prevista por el adquirente al momento de celebrar el contrato.

Esbozada la noción de vicio oculto corresponde ahora realizar un esquema de los requisitos que deben concurrir para poder aplicar la norma bajo comentario y, por consiguiente, hacer responsable de saneamiento al transferente:

(a) *Que los vicios sean coetáneos o anteriores a la enajenación del bien*

El vicio debe tener un origen anterior o contemporáneo a la época de la enajenación del bien, es decir, debe preexistir al momento de la adquisición. Si el vicio surge luego de producida la transferencia, afecta algo que ya le pertenece al adquirente.

Debemos tener en claro que lo importante no es el momento en que se manifiesta el vicio (lo que podría ocurrir después de realizada la transferencia); lo que importa a efectos del saneamiento es el momento en que se originó dicho vicio.

Es necesario subrayar que la transferencia del riesgo no tiene protagonismo en el saneamiento por vicios ocultos, en tanto no se trata de determinar quién debe asumir la pérdida del bien por imposibilidad sobreviniente, sino quién asume la responsabilidad por la existencia del vicio.

De la Puente pone de relieve esa importante distinción, señalando que pese a que la transferencia del riesgo y la transferencia de la propiedad de los bienes muebles ciertos se produce en virtud del mismo acto —la entrega o tradición—, ello no ocurre así tratándose de bienes inmuebles. En este último caso la transferencia del riesgo sigue produciéndose en el momento de la entrega, desde que el artículo 1567 del Código Civil no distingue entre bienes muebles e inmuebles, pero la transferencia de propiedad se produce

desde el momento en que se crea la obligación mediante la celebración del contrato, aunque la entrega se produzca en momento distinto.

(b) *Que los vicios sean graves*

El vicio debe hacer que el bien sea impropio para el uso a que se le destina o disminuir sensiblemente su utilidad, de modo que sólo sirva imperfectamente, lo que permita presumir que conociendo la existencia de esos vicios el adquirente o no hubiese adquirido el bien o, en caso el contrato se hubiera celebrado a título oneroso, hubiese pagado un precio significativamente inferior.

Sobre el tema, León Barandiarán<sup>139</sup> se ha pronunciado argumentando que no todo vicio da lugar a responsabilidad. El vicio debe tener cierta gravedad, causar una depreciación de cierta importancia en la cosa, salvo, naturalmente, indicación expresa sobre la existencia de una cualidad no importante o sobre la no presencia de determinado vicio sin importancia. El vicio, enfatiza, debe afectar a la cosa, quitándole en todo o en parte la utilidad que se presumía le correspondía. Además, si el adquirente no tuviera perjuicio, no tendría razón para accionar.

La inutilidad absoluta de la cosa existe, entonces, cuando los defectos la hacen impropia para el uso a que se le destina. No se exige que sea inútil para todo uso a que pueda destinarse, sino a aquél a que se le destina.

Por otro lado, debemos anotar que para que se cumpla con este requisito no es necesario que el vicio o defecto sea irreparable, pues, como nos dice la razón, la gravedad no desaparece si es preciso realizar gastos de cierta importancia.

---

<sup>139</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Lima: Walter Gutiérrez Editor, 1992, tomo IV, pp. 171 y 172.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, y, como resulta evidente, no puede dejarse al arbitrio del adquirente el que, luego de realizada la transferencia, aduzca una supuesta inutilidad o deficiencia de la cosa para aplicarla al fin determinado. No basta con ello, ya que es preciso probar lo que se afirma.

(c) *Deben ser ocultos*

Ello supone que el transferente no haya manifestado los vicios, es decir que sean ignorados por el adquirente y que éste no haya debido conocerlos. De ello se sigue, además, que no existe vicio oculto en aquellos casos en que el adquirente es negligente en el examen del bien o en aquellos otros en que por su profesión u oficio debía haber sabido de la existencia del vicio con facilidad.

López de Zavalía<sup>140</sup> explica las tres posiciones que se han elaborado para determinar cuándo un vicio es oculto y cuándo es aparente:

El vicio es aparente cuando es cognoscible por el adquirente, aunque valiéndose del asesoramiento de terceros. Esta tesis es demasiado rigurosa y adoptarla implicaría ponerle trabas al tráfico contractual.

Se tiene por vicio oculto al vicio siempre que el defecto no resulte cognoscible para el adquirente concreto, atendiendo a sus condiciones personales. Se suele criticar esta postura en tanto la misma mezcla dos problemas distintos: el tema de lo oculto del vicio y su conocimiento por el adquirente concreto.

López de Zavalía se inclina por una tercera postura según la cual el vicio debe ser calificado de oculto o aparente *a priori*, prescindiendo

---

<sup>140</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía-Editor, 1984, p. 500.

de un determinado y concreto adquirente, pero teniendo en vista la cosa de que se trata y la práctica seguida en la vida de los negocios con referencia a las operaciones que sobre ella se verifican. Así, afirma, hay que partir de la idea del adquirente medio, de modo que la imagen de un perito sólo se tendrá en cuenta cuando por la naturaleza de la operación fuera de esperar que el adquirente se hiciera asesorar por terceros, como acontecería si hubiera una complejidad técnica en la cosa o si se tratara de una operación de gran envergadura. El citado profesor completa su argumentación afirmando que nadie está autorizado a calificar de oculto un vicio que sólo su completa inexperiencia sobre las cosas de esa índole le impidió ver, pero si tiene la experiencia normal que es de esperar de los que adquieren cosas de esa índole, el vicio será oculto aunque lo hubiera podido percibir una persona más avezada.

Sobre el particular, Mosset Iturraspe<sup>141</sup> señala que un vicio es oculto cuando no existe posibilidad de descubrirlo sin ensayo o prueba de la cosa, o cuando sólo puede ser advertido por expertos o propietarios diligentes.

Cabe resaltar que para determinar el carácter oculto del vicio debemos tener en cuenta la existencia del concepto de hecho notorio. Dicho concepto, como se infiere de su denominación, alude a aquellos hechos que entran naturalmente en el conocimiento o información normal de las personas en el círculo en que se desenvuelven. Su existencia, como resulta evidente, obstaría a la posibilidad de accionar por vicios ocultos puesto que dicho vicio podría ser considerado como un hecho notorio y perder, en consecuencia, el carácter de oculto.

A estos requisitos debemos agregar uno más que es identificado y explicado por el profesor argentino Fernando J. López de Zavalía:<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1988, p. 416.

<sup>142</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Parte General. *Op. cit.*, p. 505.

(d) *Los vicios deben ser de hecho, no de derecho*

Así, señala que los vicios que se toman en cuenta como causa de saneamiento no son los jurídicos, que son aquéllos que interesan para efectos del saneamiento por evicción.

De la Puente, en opinión que compartimos, rechaza este requisito sosteniendo que la diferencia que se hace entre vicio de hecho y vicio jurídico, en el sentido de que el primero afecta la materialidad de la cosa y el segundo incide sobre sus atributos legales, no es válida pues el concepto de vicio oculto es lo suficientemente amplio como para cubrir ambos campos.

Sostiene, además, que es un error distinguir las nociones de evicción y de vicio oculto sobre la base de la naturaleza del vicio existente, según la cual se atribuye a la evicción todo lo relativo a la perturbación del derecho sobre la cosa, y limitando el rol del vicio oculto a la naturaleza física de aquél. En realidad la evicción es la pérdida total o parcial del derecho del adquirente sobre la cosa en virtud de sentencia, y el vicio oculto es la limitación o pérdida de la posibilidad de destinar la cosa a la finalidad para la cual fue adquirida, lo cual puede provenir tanto de un defecto físico de la cosa como de un defecto jurídico, pues ambos tipos de defecto pueden tener similares consecuencias sobre la disponibilidad de ella.

De manera general podemos decir que el saneamiento por vicios ocultos se construye sobre la base de la lealtad que debe regir toda relación contractual.

Asimismo, podemos sostener que el saneamiento por vicios ocultos tiene el mismo fundamento jurídico que el saneamiento por evicción. En ambos casos la justificación de la obligación a cargo del enajenante debe encontrarse en su deber de responder ante el adquirente por no poder alcanzarse que el bien transferido sea apto para la finalidad a la que el adquirente lo destina. En otras palabras, el logro de la finalidad

de la adquisición es lo que justifica y da sentido a la institución del saneamiento, que está destinada, no a que la cosa sea apta para esa finalidad, desde que ello escapa las más veces a la voluntad del enajenante, sino a indemnizar la falta de aptitud.

Cabe resaltar que la responsabilidad por vicio oculto se vincula a la finalidad económica que se perseguía con la adquisición del bien, la misma que se pierde debido al vicio que presenta éste.

Por su parte, el artículo 1504 del Código Civil establece que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias.

Tal cual mencionamos al analizar la norma contenida en el artículo precedente, los vicios, para constituir causal de saneamiento, además de ser graves y previos o contemporáneos a la transferencia, deben ser ocultos.

Un problema vinculado a dicho aspecto, aunque distinto, es el problema del conocimiento que tiene el adquirente respecto de ese vicio oculto.<sup>143</sup>

Este problema ha sido abordado por López de Zavalía,<sup>144</sup> quien sobre su base distingue dos situaciones en las cuales no procede el saneamiento:

Cuando no hubo error alguno del adquirente, sea porque éste haya conocido directamente el vicio o porque se lo haya informado el trans-

---

<sup>143</sup> Así, lo oculto se distingue de lo ignorado, lo que nos lleva a constatar que lo que objetivamente es oculto puede, sin embargo, ser conocido por el adquirente. No obstante, admitimos que, en definitiva, lo que era conocido por el adquirente no puede ser considerado como oculto en estricto, aunque su conocimiento haya sido producto de una diligencia más allá de lo ordinario.

<sup>144</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, p. 507.

ferente. En este caso el vicio objetivamente oculto no lo ha sido subjetivamente para el adquirente.

Cuando hubo error, pero aquél no es invocable por el adquirente. Ello acontece cuando el adquirente, en razón de su profesión u oficio debió conocer el defecto. De este modo, si suponemos cosas que en la vida diaria compra el público en general sin el asesoramiento de peritos, pero que de hecho en el caso concreto han sido adquiridas por un técnico, podremos hablar de vicios objetivamente ocultos, pero que en el caso pudieron (y debieron) ser conocidos por el adquirente.

Siguiendo al autor citado podemos concluir en que se debería analizar en cada supuesto el grado de conocimiento del adquirente, respecto del cual —salvo casos muy particulares— no cabe presumir que sea un especialista en la materia.

En definitiva, los vicios no han de ser aparentes y ostensibles, de manera tal que no fueren conocidos por el adquirente ni pudieran serlo. Si hubieran podido ser detectados de inmediato, la decisión sería que adquirió el bien a sabiendas de sus defectos o que incurrió en culpa al dejar de examinarlo detenidamente y de acuerdo a las exigencias y posibilidades propias de la situación concreta.

Así las cosas, no basta con que los defectos estén encubiertos, si el adquirente es un perito en la materia que debió advertirlos. El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos.<sup>145</sup>

Por otro lado, debemos señalar que hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

---

<sup>145</sup> ESPINO MÉNDEZ, Alejandro. *Las obligaciones de saneamiento en el Código Civil Peruano*. Lima: LEJ, 2003, p. 97.

Como ha sido anotado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1505 del Código Civil Peruano, hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

Esta norma debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 1486, en el sentido de que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos preguntarnos cuál es la relación existente entre el saneamiento por vicios ocultos y la inejecución de las obligaciones.

Como se sabe, la expresión inejecución de las obligaciones abarca diversos conceptos y grados de incumplimiento, yendo desde el incumplimiento total de las obligaciones y pasando por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Si se tratara de un incumplimiento total de las obligaciones, ello implicaría que el deudor no habría ejecutado, en lo absoluto, la prestación debida.

En tal sentido, ante el incumplimiento total de una obligación, en los contratos que impliquen que el deudor debe transferir al acreedor la propiedad, posesión o uso de un bien, se presentaría el caso en el cual no se habría entregado nada.

En esta eventualidad, al no haber habido entrega de lo debido, mal podría hablarse de la existencia de una relación con el tema de saneamiento por vicios ocultos, ya que este último tema implica necesariamente que el bien se haya entregado al acreedor y que, precisamente, luego de su entrega, el acreedor descubra la existencia de determinados vicios ocultos que, justamente por el hecho de ser ocultos, no había

podido descubrir al momento de la celebración del contrato, ni tampoco al momento de la entrega del bien.

Los vicios ocultos, para poder dar lugar a que el acreedor del bien reclame por la existencia de los mismos, deben aparecer en algún momento posterior a la entrega. Esto significa que si hubo entrega, entonces, necesariamente estaremos hablando de algún grado de cumplimiento de la obligación.

En tal virtud, debemos descartar que el saneamiento por vicios ocultos tenga relación alguna con el incumplimiento total de una obligación.

En segundo término, nos referiremos al cumplimiento parcial de las obligaciones.

Cumplir parcialmente implica, a su vez, incumplir parcialmente.

Para que el incumplimiento parcial pueda tener alguna relación con el saneamiento por vicios ocultos, debería reunir necesariamente los requisitos del vicio oculto.

Esto equivale a decir que, en primer término, el acreedor no haya estado en la posibilidad de percibir o conocer al momento de la celebración del contrato ni al momento en que se le entregó el bien, que existía dicho vicio, es decir, que el vicio haya sido oculto.

Dentro de tal orden de ideas, si hablamos de defectos de cantidad, para que los mismos pudieran ser considerados como ocultos, necesariamente tendría que haber estado fuera del alcance del acreedor el descubrirlos.

Ello implica que tal acreedor no pudo haber contado, pesado o medido el bien o los bienes que constituían objeto de la prestación.

Esto significa que si el acreedor hubiera estado en aptitud de contarlos, pesarlos o medirlos y no lo hizo, tal situación haría que el vicio no sea oculto.

En segundo término, para que el vicio sea oculto, el mismo deberá ser importante, afectando el uso del bien en los términos del artículo 1505 del Código Civil, vale decir, que el bien carezca de las cualidades permitidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

No resulta fácil imaginar ejemplos en los que se conjuguen el saneamiento por vicios ocultos y el incumplimiento parcial de una obligación.

Finalmente, antes de terminar este marco general sobre los vicios ocultos, debemos resaltar que las normas generales en torno a la responsabilidad del contratista con respecto al comitente, se encuentran señaladas en los artículos 1782 y siguientes del Código Civil.

Específicamente importa a efectos de lo señalado en este punto, lo dispuesto en el artículo 1783, cuando establece que el comitente puede solicitar a su elección que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente sin perjuicio del resarcimiento del daño.

Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios.

El referido artículo señala que el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recibida la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra.

Y, por su parte, el artículo 1784 del Código Civil señala si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye total o

parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta, dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

La norma agrega que el contratista es también responsable en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo.

### *1.3.2. Vicios ocultos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*

La norma especial en relación a la contratación de bienes y servicios y obras del Estado, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece el desarrollo del tema en el artículo 50, cuando trata acerca de la responsabilidad del contratista. Dicho artículo establece lo siguiente:

#### Artículo 50.- «Responsabilidad del contratista

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue (sic) a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista». (El subrayado es nuestro).

El tema sigue siendo desarrollado también por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando señala que:

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, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad» (El subrayado es nuestro).

Sobre este particular, tenemos que indicar que es evidente que la Ley tenía que hacer una excepción, con respecto al rubro de los vicios ocultos, en cuanto a la brevedad de los plazos de caducidad señalados por la misma Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y por el Reglamento, que analizamos en el punto 1.2. del presente capítulo.

Esto, por cuanto, cuando se celebra un contrato y nos encontramos en presencia de un vicio oculto, estamos —como su nombre lo indica— frente a un vicio que no es conocido, que es —precisamente— oculto. Sobre este aspecto, la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica es unánime.

Entonces, en razón de los plazos establecidos por la ley, este vicio que podrá o no estar en germen, aparecerá con posterioridad y cuando aparezca, naturalmente, la entidad tendrá que accionar, pero siempre y cuando se encuentre dentro del plazo de caducidad; que es, en el caso de bienes o servicios, de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad; y, en el caso de obras, de siete años contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda, conforme a lo señalado por los artículos 50 y 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a que antes hicimos referencia.

El tema también es desarrollado por el Reglamento de la referida Ley.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, la materia es desarrollada en el artículo 177, cuando señala lo siguiente:

Artículo 177.- «*Efectos de la conformidad*

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado y la negrita son nuestros).

En lo que respecta a vicios ocultos relativos a contratos de obra, el tema es desarrollado por el Reglamento en el artículo 212, que dice lo siguiente a efectos de la liquidación:

Artículo 212.- «*Efectos de la liquidación*

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Dentro de tal orden de ideas, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento han establecido plazos especiales de caducidad para el caso de los defectos o vicios ocultos. Ahora bien, los plazos son establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que —para este caso concreto— no se presentan los cuestionamientos sobre legalidad de los mismos, a diferencia de los plazos de caducidad vistos en el punto 1.2. del presente capítulo.

#### *1.4. La conciliación como requisito previo para el arbitraje*

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

Por su parte, el artículo 214 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 214.- «*Conciliación*

Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación 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, debiendo iniciarse este procedimiento ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia.

[...].».

Como podemos apreciar, la Ley establece que —en caso de controversia— cualquiera de las partes puede optar por la conciliación o el arbitraje. Y, si se opta por la conciliación, la parte interesada deberá tener en cuenta los plazos a los que se remite el artículo 214 del Reglamento.

Sobre el tema y controversias en torno al plazo de caducidad para iniciar la conciliación, nos remitimos al desarrollo del punto 1.2. del presente capítulo, el cual se aplica *mutatis mutandis* a la conciliación.

Sin embargo, el citado artículo 40 de la Ley podría hacernos pensar en que aquella parte que deseara someter a discusión las controversias surgidas en virtud de algún contrato celebrado con el Estado, sólo tendría dos opciones excluyentes; a saber: (i) ir a conciliación; o (ii) ir a arbitraje.

Decimos esto porque, a diferencia del artículo 53.2. de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,<sup>146</sup> el artículo 40 de

---

<sup>146</sup> En efecto, el artículo 53 del Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM establecía lo siguiente:

Artículo 53.- «*Solución de controversias.*-

[...]

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

la Ley en actual vigencia únicamente emplea la disyunción «o» y no dice conciliación «y/o» arbitraje.

Sin embargo, consideramos que se trataría de un error tipográfico de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ya que en diversos artículos del Reglamento<sup>147</sup> se hace referencia a que, en caso de controversia, cualquiera de las partes podrá acudir a conciliación y/o arbitraje.

Nuestra posición se vería reforzada por el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento, que establece lo siguiente:

Artículo 215.- «Inicio del Arbitraje

[...]

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

[...]».

Como se puede apreciar, el citado artículo 215 del Reglamento contempla la posibilidad de que las partes pacten que —de manera previa— al arbitraje se pueda recurrir a la conciliación. Es decir, en este supuesto las partes podrían acudir a la conciliación y al arbitraje para solucionar sus controversias.

Ahora bien, entendemos que las partes deberán pactarlo expresamente en el convenio arbitral, es decir, deberán establecer que, de manera previa al arbitraje, las partes acudirán a la conciliación.

En la etapa de conciliación, las partes podrían arribar a una solución para sus controversias y, con ello, no ser necesario acudir a la vía arbitral. Sin embargo, eso rara veces sucede.

---

Si la conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas.

[...]». (El subrayado es nuestro).

<sup>147</sup> Así tenemos a los artículos 99, 144, 170, 175, 177, 179, 201, 210, 211 y 212.

En efecto, es muy probable que las partes no lleguen a un acuerdo total (ya sea porque una de ellas no asistió a ninguna de las dos audiencias, o, porque, si bien las dos partes asistieron a las audiencias, no arribaron a un acuerdo total).

En dichos casos, el centro de conciliación emitirá el Acta de no Acuerdo Total o Parcial a que hace referencia el artículo 215 del Reglamento.

A partir de la emisión de dicha Acta, la parte interesada en iniciar el arbitraje, tendrá quince días hábiles para presentar la solicitud de arbitraje a su contraparte, de conformidad con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento.

Caso contrario, es decir, en el supuesto de que las partes no hubiesen pactado la conciliación como mecanismo previo al arbitraje, deberá entenderse que el acudir a una u otra vía sí podría ser, en algunos casos, excluyente.

Ahora bien, cabe señalar que el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento, podría ser interpretado en otro sentido que no compartimos; a saber: que no sería necesario que las partes pacten expresamente que la conciliación es previa al arbitraje, bastando que una parte acuda a la conciliación y, luego, de no resolverse todas las controversias, acuda al arbitraje.

No compartimos dicha interpretación porque se podría presentar un problema cuando las partes —contractualmente hablando— no pactaron que el procedimiento de conciliación fuese previo al arbitraje, sino que simplemente incluyen la cláusula arbitral usual que señala que las partes solucionarán sus controversias en conciliación o arbitraje.

En este caso, queda claro que las partes no han convenido el mecanismo conciliatorio de manera previa al arbitraje, con lo cual estaremos en el supuesto en el cual una parte podrá recurrir primero a la

conciliación con ánimo de solucionar el problema o controversia y, tal vez, recurrir al arbitraje posteriormente.

La pregunta es ¿cuáles son los plazos para resolver la controversia, cuando se ha solicitado conciliación y luego se quiere recurrir al arbitraje?

El plazo para solicitar la conciliación será de quince o diez días de acuerdo a los plazos a los que hace referencia el artículo 214 del Reglamento.

Y ¿cuándo debe solicitarse el arbitraje?

Se podría sostener el criterio de que rigen los quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no acuerdo total o el Acta de acuerdo parcial de conciliación. Sin embargo, esto no está establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones ni por su Reglamento, ya que —como hemos dicho— el tercer párrafo del artículo 215 de Reglamento (que contempla el referido plazo de quince días) regula únicamente el supuesto en el que las partes hubiesen pactado expresamente que la conciliación es una vía previa para el arbitraje.

¿Esto a qué lleva? Lleva a que por precaución, cuando se quiera iniciar un proceso de conciliación previo al arbitraje (y que no haya sido establecido expresamente en el convenio arbitral), se solicite prácticamente de manera paralela la conciliación y el arbitraje. De tal manera que si fracasara la conciliación, luego no se tendrá que solicitar arbitraje sometiéndose al eventual cuestionamiento de la extemporaneidad o caducidad del plazo para tal solicitud, sino que éste ya se habría solicitado dentro de los quince días o diez días referidos en el primer párrafo del artículo 215 del Reglamento, conforme indican las normas respectivas.

Resultará interesante ilustrar mejor estas últimas ideas. Así, pensemos en un contrato que contenga la siguiente cláusula de solución de controversias:

«CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan durante la ejecución contractual serán resueltas mediante conciliación y/o arbitraje, 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».

Asimismo, pongámonos en el supuesto de que surge una controversia entre las partes, relativa a la resolución del contrato efectuada por la Entidad.

En tal sentido, ahí deberíamos que tener presente lo establecido por el artículo 209 del Reglamento, que establece que «en caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida [...]». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el citado artículo 209 del Reglamento sólo establece un plazo de caducidad de diez días hábiles. En efecto, dicho artículo no establece dos plazos, sino uno.

En tal sentido, la parte interesada en iniciar un arbitraje sólo tendría —para solicitarlo— un plazo de diez días hábiles, contados desde la notificación de la resolución del Contrato.

Cabe resaltar que el término inicial de ese único plazo establecido por el artículo 209 está constituido por el momento de la notificación de la resolución del contrato.

En otras palabras, no existe un segundo término inicial establecido por la ley; por lo que no se podría sostener válidamente que el plazo para solicitar el arbitraje se inicie con la finalización del proceso conciliatorio, ya que ello implicaría el invento de un plazo por parte del intérprete del referido artículo.

En tal sentido, cuando el artículo 209 del Reglamento establece un plazo de caducidad de diez días hábiles, es para que en esos diez días, la parte interesada haga todo lo que desee o pretenda hacer. Es decir, para que solicite la conciliación o para que solicite el arbitraje o para que solicite los dos.

En efecto, nada impide que —durante el único plazo legal de diez días hábiles—, la parte que no está de acuerdo con la resolución del contrato, diligentemente, solicite los dos mecanismos de solución de controversias (conciliación y arbitraje). En otras palabras, no hay ningún impedimento de orden material que haga que dicha parte sólo pueda solicitar —en ese plazo— la conciliación y no pueda, también, solicitar el arbitraje, para evitar —precisamente— que caduque su derecho.

Por ello, consideramos que no existe ningún contrasentido al solicitar el inicio de ambos mecanismos, porque es evidente que —dados los plazos usuales de un procedimiento conciliatorio—, éste va a discurrir en un plazo mucho menor que el que va a demorar el nombramiento de los árbitros y la instalación del futuro tribunal arbitral.

Incluso, si se produjera la instalación del Tribunal Arbitral, iniciándose el proceso, y, luego de ello, las partes arribaran a un acuerdo conciliatorio, entonces se produciría la sustracción de la materia y se tendría que archivar el proceso (en el supuesto de una conciliación total) o se tendría que continuar el proceso arbitral con las pretensiones que no fueron objeto de la conciliación (en caso estemos frente a una conciliación parcial).

Esto, simplemente, por una cuestión de precaución.

En tal sentido, si las partes pactaron de manera expresa que la conciliación sería previa al arbitraje, se siguen los plazos contemplados por el artículo 214 del Reglamento y, luego de ello, de ser necesario, el plazo de quince días establecido en el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento.

Si las partes no pactaron expresamente que la conciliación sería previa al arbitraje, se deberá tener en cuenta que los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 del Reglamento sólo establecen un único plazo para acudir a conciliación o a arbitraje o a los dos medios alternativos de solución de controversias.

## 2. ACUMULACIÓN

De conformidad con lo establecido por el artículo 218 del Reglamento, en caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda.

Asimismo, dicha solicitud deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía.

Por su parte, el artículo 219 del Reglamento establece que la parte que reciba una solicitud de arbitraje, deberá responderla por escrito dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

De esta manera, se estaría iniciando<sup>148</sup> el arbitraje en el que se resolverán las controversias surgidas entre el particular y el Estado.

---

<sup>148</sup> En estricto, el inicio del arbitraje se da con la recepción de la solicitud de arbitraje. En efecto, recordemos que el artículo 33 de la Ley de Arbitraje establece que «salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje». (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, cabe preguntarnos ¿qué sucede si durante el desarrollo del arbitraje, surgen nuevas controversias entre las partes?

Por ejemplo, imaginemos que el arbitraje versa sobre las controversias surgidas en torno al inicio del plazo contractual y, luego, surge una nueva controversia entre las partes por un adicional de obra. ¿Se tendrá que conformar un nuevo tribunal arbitral para resolver esta nueva controversia? Y, si en un momento posterior surge un tercer conflicto, esta vez, por una ampliación de plazo ¿tendremos que conformar un tercer tribunal arbitral?

A efectos de dar respuesta a estas interrogantes, el quinto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla la posibilidad de solicitar la acumulación de las nuevas pretensiones.

En tal sentido, cabe señalar que la acumulación tiene como objetivo unificar el tratamiento y resolución de disputas conexas en razón de sus circunstancias subjetivas, fácticas y/o legales. Inspirado en razones de eficiencia y equidad, este instituto procura concentrar el tratamiento de una misma materia litigiosa por ante un solo juzgador, a los fines de evitar soluciones inconsistentes y de optimizar el uso de los recursos, coadyuvando así a la buena administración de justicia.<sup>149</sup>

En el campo de la doctrina procesal, se hace referencia a la acumulación de pretensiones o acciones y a la acumulación de procesos. La acumulación de pretensiones o acciones tiene lugar en el marco de un único proceso. La acumulación de procesos, por su parte, presupone dos procesos iniciados de manera independiente.

---

<sup>149</sup> SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. «La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas? En *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Bogotá: Legis, 2007, p. 330.

Un convenio arbitral podría incluir o no disposiciones en torno a la acumulación de pretensiones o de procesos. Incluso, las partes podrían excluir expresamente dicha posibilidad.

Ahora bien, en caso las partes no dispongan nada en relación a la acumulación en el convenio arbitral, deberemos recurrir a lo que establezca el reglamento arbitral al que se han sometido o a lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Así, para el caso de los arbitrajes administrados, el tema de la acumulación de pretensiones y procesos estará regulado en el reglamento procesal del Centro de Arbitraje a cargo del proceso.

Por ejemplo, el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, establece lo siguiente:

Artículo 46.- «Acumulación de procesos

En caso se presentara una solicitud de arbitraje, referida a una relación jurídica respecto de la cual exista en trámite un proceso arbitral entre las mismas partes y derivada del mismo convenio arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que conocen el proceso anterior, la acumulación de la nueva controversia, siempre y cuando no se haya producido la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

Los árbitros resolverán dicha solicitud luego de escuchar a la contraparte, a quien se le correrá traslado por el plazo de tres (3) días». (El subrayado es nuestro).

En caso se trate de arbitrajes *ad-hoc*, se aplica lo establecido por el quinto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

[...]

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones de dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer

párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

[...]». (El subrayado es nuestro).

Asimismo, la acumulación de pretensiones es desarrollada por el artículo 229 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y que establece lo siguiente:

Artículo 229.- «Acumulación

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje *ad hoc*, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria.

Quando no se establezca expresamente en el convenio arbitral que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas estén de acuerdo, una vez iniciada la actuación de pruebas, los árbitros podrán decidir sobre la acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado de avance en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, a entender del legislador, es más conveniente que sea un solo tribunal el que conozca las controversias derivadas de un mismo contrato, siempre que se cumpla con ciertos requisitos; a saber:

- Que exista identidad de las partes;
- Que exista un arbitraje en curso;
- Que la nueva controversia sea relativa al mismo contrato;
- Que el pedido de acumulación de las pretensiones se realice dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley; y
- Que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria.

No acumular las controversias, a pesar de presentarse dichos requisitos, podría implicar que las mismas situaciones de hecho puedan ser

objeto de un análisis distinto por parte de los tribunales arbitrales que las conocen y que, como consecuencia de ello, se obtengan laudos inconsistentes.<sup>150</sup>

Por ello, es que nuestro legislador habría optado por contemplar la posibilidad de la acumulación de pretensiones, con lo que —a su vez— se evitaría una duplicidad de costos y esfuerzos.

Ahora bien, cabe señalar que la duplicidad de costos, a nuestro entender, no es —en todos los casos— una ventaja real en las acumulaciones, ya que si bien no se tienen dos tribunales arbitrales cobrando honorarios separados, sí se tendría un solo tribunal arbitral que iría reajustando sus honorarios cada vez que una de las partes le solicite la acumulación de una nueva pretensión.

Por otro lado, hay quienes identifican algunos inconvenientes en la acumulación, asociados a: (i) la especialidad en materia de conformación del tribunal; (ii) la celeridad; y (iii) la confidencialidad.

---

<sup>150</sup> Al respecto, Suárez Anzorena señala que existen algunas posibilidades para evitar dicha inconsistencia, aunque reconoce que son menos eficientes y económicas que la acumulación de pretensiones o de procesos; a saber:

- (i) La constitución de tribunales arbitrales con idéntica o similar composición. Así, cabría suponer que un determinado árbitro ponderará y valorará de manera uniforme un mismo conjunto de hechos y circunstancias. Se sigue de tal suposición que si se repite total o parcialmente una determinada composición de tribunales arbitrales en casos conexos, se reduciría el riesgo de resultados inconsistentes.
- (ii) La coordinación de procedimientos entre los distintos tribunales constituidos para los casos con elementos conexos. Uno de los supuestos más comunes en este campo es el de la unificación de las audiencias de prueba. Esta modalidad permitiría exponer a todos los árbitros (los de los dos arbitrajes) a un mismo trámite probatorio.
- (iii) Finalmente, los arbitrajes concatenados en los casos en que se presentan relaciones de contratación y subcontratación. Así, el primer demandante designa un árbitro, el cual vuelve a ser designado por el primer demandado en tanto demandante frente a quien es su contraparte en la línea de subcontratación. Este mecanismo se repite hasta llegar al último de la cadena, el cual designa a un árbitro distinto, repitiéndose el procedimiento de designación de este segundo árbitro en la dirección inversa hasta llegar al primer demandante. (SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 357-359).

Sobre el particular, Suárez Anzorena<sup>151</sup> señala que es usual que las partes de un acuerdo arbitral puedan, ya sea por vías directas o indirectas, seleccionar juzgadores que por su experiencia, preparación o relación con una cierta industria resultan ser los más adecuados para resolver una cierta disputa. El resultado de acumular arbitrajes, incluso en el supuesto de disputas que surgen de un mismo contrato pero que tienen diverso contenido de especialidad técnica, puede implicar un sacrificio de esta valorada ventaja del arbitraje.

Asimismo, el citado autor sostiene que la celeridad del procedimiento arbitral también podría verse afectada por el hecho de que se fusione el trámite de dos arbitrajes que no se encuentran en un mismo estado procesal o que requieren, dada la complejidad técnica o probatoria de las cuestiones que se ventilan, de distintos calendarios procesales.

Finalmente, el autor refiere que la confidencialidad podría verse comprometida en la hipótesis en que la acumulación abarcara arbitrajes con partes no idénticas.

### 3. EXCEPCIONES

Dado que en el primer capítulo hemos analizado las implicancias de la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública, es necesario subrayar que no siempre se podrá recurrir al arbitraje en materia de contratación del Estado, para efectos de solucionar las controversias; ello, habida cuenta de que existen ciertos escenarios en los que se condiciona la posibilidad de emitir un laudo sobre el fondo de la controversia.

Así, por ejemplo, la parte demandada o el demandante<sup>152</sup> podrían interponer alguna excepción en contra de alguna de las pretensiones

---

<sup>151</sup> SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 331-332.

<sup>152</sup> Como es lógico, la excepción no sólo puede ser formulada o deducida por el demandado, sino también por el demandante en caso de reconvencción, pues donde hay la misma razón hay el mismo derecho.

de la demanda o de la reconvencción, respectivamente, a fin de que el Tribunal Arbitral se declare incompetente para conocer el fondo de la controversia.

En ese sentido, resulta indispensable referirnos —en primer lugar— a la facultad del Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia. Para, luego, entrar al análisis de las principales excepciones que se interponen en un arbitraje sobre contratación del Estado.

Así, el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece que «El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en la parte final del citado inciso se enumeran varias clases de excepciones y/o defensas previas, las mismas que se subsumen en la figura denominada «oposición al arbitraje», que comprende todo tipo de medios de defensa que las partes pudieran esgrimir en contra de la arbitrabilidad de la controversia.

Asimismo, la primera parte del inciso 1 del referido artículo 41 tiene una redacción acorde con el principio *kompetenz-kompetenz*, evitando así que las partes puedan frenar el arbitraje con acciones o recursos en la vía judicial.

Ello se condice con lo señalado por el artículo 228 del Reglamento, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 228.- «Regulación del arbitraje  
En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades adminis-

trativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente Reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre.  
[...]». (El subrayado es nuestro).

Dentro de tal orden de ideas, ambas normas buscan evitar que las partes puedan frenar el arbitraje con articulaciones sobre competencia en la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las facultades del Poder Judicial para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación del laudo.

Incluso, en el supuesto de que alguna de las partes atacara la validez, existencia o eficacia del convenio arbitral, dicho cuestionamiento deberá ser resuelto por el propio tribunal arbitral.<sup>153</sup>

Tal como señalan Cantuarias y Aramburú,<sup>154</sup> ante dicha situación la doctrina postula desde hace mucho tiempo la necesidad de que sean los propios árbitros quienes determinen, por lo menos en un principio, si son competentes o no para resolver la controversia o, lo que es lo mismo, si el convenio arbitral —que es autónomo al contrato principal— sufre de algún vicio que lo invalide. Esta competencia de los árbitros de resolver acerca de su propia competencia es conocida comúnmente como *kompetenz kompetenz* y se encuentra expresamente contemplada en un sinnúmero de tratados y leyes sobre la materia.

Como bien señala Mantilla Serrano,<sup>155</sup> no queda la menor duda de que el árbitro o el tribunal arbitral podrá decidir toda excepción que

---

<sup>153</sup> Ver punto 3.2.1. del presente capítulo.

<sup>154</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 226.

<sup>155</sup> MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 138.

involucre cuestiones como la *litis pendentia* y la cosa juzgada, la prejudicialidad, la caducidad y el cumplimiento de las condiciones previas requeridas para iniciar el arbitraje.

Hernando Devis Echandía,<sup>156</sup> por su parte, afirma que la excepción es una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa en general, que le corresponde a todo demandando, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.

En tal sentido, siendo el arbitraje un mecanismo privado de resolución de conflictos, en donde sólo se autoriza a los árbitros a resolver aquello expresamente contemplado en el convenio arbitral, los árbitros —en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*— son competentes para verificar la validez del convenio arbitral y para verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o las materias controvertidas, de conformidad a lo establecido por la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### 3.1. Oportunidad para deducir una excepción y para resolverla

Resulta muy importante tener en consideración el momento en el cual pueden ser deducidas las excepciones, ya que la excepción no puede interponerse o deducirse en cualquier estado del proceso.

Así, el inciso 3 del artículo 4 de la Ley de Arbitraje establece que «Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas». (El subrayado es nuestro).

---

<sup>156</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad, 1984, tomo I, p. 264.

Evidentemente, lo que se busca es evitar que las partes se guarden algún tipo de oposición al arbitraje, como un as bajo la manga, que puedan presentar en el momento que mejor convenga a sus intereses y con ello —tal vez— demorar el trámite del proceso arbitral.

Es importante recoger aquí lo que constituye práctica habitual en los procesos arbitrales.

En ese sentido, una redacción tipo de las actas de instalación de los tribunales arbitrales, señala algo así como esto:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, derivada de la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o parte de ella, así como cualquier otro tipo de excepciones y/o defensas previas, deberá ser opuesta por las partes a más tardar en la contestación de la demanda o, con respecto a una reconvencción, en la contestación a esa reconvencción». (El subrayado es nuestro).

Esta cláusula tipo de las actas de instalación también es respaldada por los reglamentos arbitrales de los diversos Centros de Arbitraje de la Capital. En ese sentido, podemos citar —a título de ejemplo— lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cuyo inciso 1 señala lo siguiente:

*Excepciones y objeciones al arbitraje*

Artículo 40.-

«1. Las partes podrán proponer excepciones y objeciones al arbitraje hasta el momento de contestar la demanda, la reconvencción o el escrito de presentación simultánea de posiciones, según corresponda, las que serán puestas en conocimiento de la contraparte para que proceda a su absolución, dentro del mismo término que se tuvo para contestar tales actos. [...]». (El subrayado es nuestro).

Disposiciones similares se encuentran contenidas en los Reglamentos Procesales de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Lima, del Colegio de Abogados de Lima y de la Cámara de Comercio Peruano-Americana (AMCHAM).

Uno de los aspectos más controvertidos en torno a las excepciones, es el relativo a en qué momento deben ser éstas resueltas.

Para tal efecto, es importante recordar lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuando al referirse a la competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral, en su inciso 4, señala lo siguiente:

Artículo 41.- «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral [...]

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. [...] su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo». (El subrayado es nuestro).

El citado artículo 41, agrega en su inciso 5 que:

Artículo 41.- «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral [...]

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia».

En este sentido, es necesario hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, como vemos, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje faculta al Tribunal Arbitral a resolver las excepciones: (i) inmediatamente después de que ellas sean conocidas por el tribunal y absueltas por la contraparte; o (ii) al momento de laudar.

Aquí cabe preguntarnos ¿cuál es el momento idóneo para resolver una excepción?

Sobre esto habría que formular algunas consideraciones.

En primer lugar, estimamos que —en términos generales— el momento idóneo para resolver una excepción es al principio del proceso, es decir, de manera previa al Laudo arbitral. Ello, por una razón elemental y es que el resolver las excepciones al principio del proceso puede evitar: (i) que las partes incurran en gastos innecesarios; y (ii) que el tribunal arbitral lleve a cabo un proceso que podría devenir en inútil (si es que se amparase la excepción luego de que la misma hubiese sido analizada junto con las demás cuestiones de fondo, es decir, en el laudo).

E, incluso, si la excepción no estuviese destinada a atacar todo el proceso, sino sólo alguna de las pretensiones de la contraparte, el resolverla al comienzo del proceso también implicaría un ahorro de tiempo y dinero.

Entonces, en principio, el momento idóneo para resolver las excepciones es al inicio del proceso.

Naturalmente, si las excepciones fuesen declaradas fundadas y ellas versaren sobre todas las materias controvertidas (sobre todas las pretensiones), el proceso finalizaría con la resolución que las ampara. Ya no tendría sentido continuar con las siguientes etapas del proceso, porque el mismo carecería de objeto.

Sin embargo, todos sabemos que las excepciones podrían recaer, no sobre el íntegro de las pretensiones procesales de la contraparte, o sobre el íntegro de materias controvertidas, sino sólo sobre algunas. O, incluso, recayendo sobre el íntegro de materias controvertidas o pretensiones procesales, el tribunal arbitral podría decidir declarar fundada la excepción en contra de una o algunas de las pretensiones, archi-vándose dichos extremos controvertidos del proceso y quedando subsistentes otros a efectos de laudar.

En este caso, se produciría lo que se conoce con el nombre de un *laudo parcial* o *laudo interlocutorio*.

Como señalan Fouchard, Gaillard y Goldman,<sup>157</sup> el laudo arbitral puede ser definido como una decisión definitiva por parte de los árbitros respecto de todo o parte de la disputa sometida a su conocimiento, sea que se refiera al fondo de la controversia, a la competencia de los árbitros o a temas de procedimientos, siempre y cuando esa decisión sea, como ya se indicó, definitiva. Los autores identifican hasta cinco tipos de laudos: laudos finales, laudos preliminares, laudos interinos, laudos interlocutorios y laudos parciales.<sup>158</sup>

Ahora bien, el laudo interlocutorio es el que resuelve sin entrar al fondo de la controversia, como ocurre en el caso de las excepciones.

Si se tratase de un laudo interlocutorio donde se resolvieran las excepciones declarándolas íntegramente fundadas, ese laudo interlocutorio, de acuerdo a lo establecido por la nueva Ley de Arbitraje, será susceptible de impugnación a través de una acción de anulación, como explicaremos oportunamente a lo largo de este trabajo.

En cambio, si se tratase de un laudo que declarase fundada en parte la o las excepciones y subsistieran otras materias controvertidas, naturalmente, se trataría de un laudo parcial, por cuanto el proceso debería continuar sobre las materias controvertidas subsistentes o sobre las pretensiones que no fueron archivadas.

Es evidente, y así lo establece la Ley de Arbitraje, que en estos casos la posibilidad de impugnar el laudo parcial estaría abierta. La impug-

---

<sup>157</sup> Citados por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 295.

<sup>158</sup> A pesar de la cita que hace Cantuarias de los referidos autores, señala que a la fecha no existe consenso acerca del concepto «laudo arbitral» ni del contenido exacto de los diferentes tipos de laudos arbitrales que pueden dictar los árbitros. Justamente, debido a la falta de consenso acerca de este tema, los autores de la Ley Modelo de UNCITRAL desistieron en la tarea de definir qué se entiende por laudo arbitral y de establecer si pueden existir uno o más tipos de laudos. (*Idem*).

nación se tendría que realizar a través del mecanismo de la anulación de laudo, pero el momento para poder impugnarlo vía anulación no es precisamente cuando se resuelve la excepción, sino cuando termine el proceso arbitral con el laudo que ponga fin al mismo.

Recién allí se podrán impugnar los laudos parciales anteriores que hubiesen recaído sobre el proceso.

Hemos dejado para el final, pero no porque sea menos importante, un tema que también hay que señalar, y es que, en algunos casos —excepcionales por cierto— los tribunales arbitrales pueden dejar para el momento del laudo la resolución de las excepciones, si es que el conocimiento del fondo de las controversias fuese fundamental para la resolución de la propia excepción.

Lo que ocurre es que existen algunas circunstancias —y en el medio arbitral se presentan cada cierto tiempo— en donde no resulta fácil tomar una posición *a priori* sobre el tema de la excepción. Es decir, que el tribunal requiere —en el fondo— conocer más cuestiones sustantivas del proceso, a efectos de poder dilucidar si se trata de una excepción fundada o de una excepción infundada.

Una situación en la cual los tribunales podrían recurrir a un supuesto como éste (es decir, el de dejar para el laudo la resolución del tema de la excepción), sería aquella en donde las partes no sólo hayan ofrecido pruebas documentales, sino alguna prueba que se tenga que actuar con posterioridad. El resultado de dicha actuación podría dar mayores luces, a efectos de que el tribunal arbitral pudiera resolver la excepción deducida por la parte.

Dentro de tal orden de ideas, en estos casos, creemos que será totalmente posible y lícito que los tribunales arbitrales dejen para el final, es decir, para el momento de laudo, la resolución de las excepciones. Sin embargo, dicha decisión deberá ser tomada con mucho cuidado, ya que ello podría implicar un mayor costo para las partes.

### 3.2. *Excepción de incompetencia*

Dentro del tema de las excepciones, la primera excepción y, tal vez, la más común es la excepción de incompetencia.

A través de la excepción de incompetencia se denuncian los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo con la normativa legal respectiva.

La excepción de incompetencia procede si de oficio o a pedido de parte, se tramita el proceso ante el árbitro al que el emplazado considera como incompetente por alguno de los factores que determinan su propia competencia, a saber: por razón de materia u otros con respaldo de ley.

De la práctica en materia arbitral, podemos señalar algunos casos en los que se deduce la excepción de incompetencia en un proceso arbitral.

El primero sería el supuesto en el cual se alegue la invalidez de la cláusula arbitral.

Como se recuerda, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje señala, en su inciso 1, que:

Artículo 41.- «*Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral*  
1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones y objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia [...]». (El subrayado es nuestro).

En relación al tema de la invalidez de la cláusula arbitral, cabe reiterar que el artículo 41 de la Ley de Arbitraje recoge lo que se conoce con

el nombre del principio *kompetenz-kompetenz*, es decir, la facultad que tiene el propio tribunal para decidir acerca de su propia competencia.<sup>159</sup>

En materia arbitral es una regla de oro el que los tribunales arbitrales son los únicos que tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia y, ello, en la medida de que si fuesen los tribunales ordinarios de justicia quienes tuviesen que decidir acerca de la competencia de los tribunales arbitrales, en la práctica se tendría que seguir un proceso judicial previo al proceso arbitral, a efectos de poder dilucidar la propia competencia del tribunal arbitral.

Si, por el contrario, ello quedara —desde un inicio— en manos del Poder Judicial, el arbitraje se vería seriamente afectado, ya que la parte que no quisiera cumplir con el convenio arbitral podría iniciar un proceso, por ejemplo de nulidad de dicho convenio, ante el Poder Judicial y, así, el inicio del arbitraje se postergaría hasta que existiera un pronunciamiento firme de los tribunales ordinarios.

En ese sentido, el artículo 41 recoge los mismos principios que las leyes arbitrales peruanas precedentes.<sup>150</sup>

Otro ejemplo de excepción de incompetencia se presenta cuando se trata de adicionales de obra que se encuentran dentro de la competen-

---

<sup>159</sup> Al respecto, nos remitimos a lo señalado por el Tribunal Constitucional en las diversas sentencias que han recaído sobre temas arbitrales y, en especial, las que resolvieron los expedientes n.º 05-67-2006 (acción de amparo) y n.º 61-67-2005 (*habeas corpus*).

<sup>160</sup> Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje establecía que «los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral [...]». Por su parte, el artículo 95 de la antigua Ley General de Arbitraje, Decreto Ley n.º 25935, establecía —para el caso de arbitraje internacional— que «el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral [...]».

cia de la Contraloría General de la República, tema sobre el cual nos remitimos a lo expresado en el punto 4.1. del Capítulo II sobre materia arbitrable.

Aquí, sólo nos queda reiterar que si la controversia gira en torno a adicionales de obra que superan el 15% del monto originalmente contratado, los tribunales arbitrales deberían declararse incompetentes, ya sea a pedido de una de las partes —vía la excepción de incompetencia— o de oficio.

Otro argumento para fundamentar una excepción de incompetencia es el relativo a que el enriquecimiento sin causa no constituye materia arbitrable.

Al respecto, nos remitimos al punto 4.2. del Capítulo II sobre materia arbitrable, en donde señalamos que a nuestro entender el enriquecimiento sin causa sí es materia arbitrable, aunque reconocemos que no hay unanimidad al respecto. Ahora bien, debemos reiterar que en los casos en que los tribunales se declaran competentes para tal efecto, no es fácil que declaren fundada dicha pretensión, en la medida de que se tienen que cumplir todos los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que se proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa.

### 3.3. *Excepción de cosa juzgada*

Otra de las excepciones que son frecuentes en los procesos arbitrales sobre contratación con el Estado, es la excepción de cosa juzgada.

Como sabemos, la finalidad de la cosa juzgada es lograr el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente, a través de la prohibición de ventilar un asunto ya juzgado, para que —de este modo— no se afecten las relaciones jurídicas de derecho sustancial que fueron objeto de una precedente sentencia o laudo con autoridad de cosa juzgada, las mismas que se regirán de acuerdo a lo ordenado en dicha sentencia o laudo.

El artículo 452 del Código Procesal Civil establece que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

En ese sentido, la excepción de cosa juzgada requiere de ciertos requisitos; a saber, en primer lugar que las personas que siguieron el proceso sean las mismas; en segundo lugar, que la causa o acción (interés para obrar) y la cosa u objeto (pretensiones procesales) sean idénticos; y en tercer lugar, que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada.

### 3.4. *Excepción de caducidad*

La caducidad es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares.

Cuando la demanda o la reconvención, de ser el caso, se interpone vencido el plazo para plantear una pretensión procesal derivada de un derecho sustantivo susceptible de caducidad, el demandado o el demandante, dependiendo del caso, puede deducir la excepción de caducidad.

Osterling Parodi y Castillo Freyre<sup>161</sup> señalan que la justificación de la caducidad radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

Fernando Vidal Ramírez<sup>162</sup> señala que los plazos de caducidad se establecen de manera específica en relación a una situación jurídica concreta que ha dado lugar al nacimiento del derecho, momento desde

---

<sup>161</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>162</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Principio de legalidad en el plazo de caducidad». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 345.

el cual comienza a computarse el plazo para su ejercicio. Por ello, son plazos disímiles, fijados para cada caso, por lo que el Código no ha podido establecer plazos ordinarios o generales, como ocurre con los de la prescripción extintiva.

No haremos mayores comentarios sobre este punto, dado que el tema de la caducidad ha sido ampliamente analizado en el punto 1 del Capítulo III, al cual nos remitimos.