

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL ARBITRAJE EN LA LEY N° 30225: NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

1. Introducción

El año pasado, en un artículo que escribí para la Revista de Arbitraje de la PUCP², señalé que era necesario y urgente replantear lo concerniente al arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a raíz de las reformas introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF vigentes desde el 20 de setiembre de 2012. En esa oportunidad consideramos que como consecuencia del anuncio presidencial con ocasión de aniversario patrio del año 2013 se presentaba una gran oportunidad para hacerlo.

No nos equivocamos. Casi un año después del referido anuncio, específicamente el 11 de julio de 2014, se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley N° 30225, nueva Ley de Contrataciones del Estado, que entrará en vigencia el próximo año cuando se publique su Reglamento; en ese momento, derogará al Decreto Legislativo N° 1017 que desde febrero del año 2009 regula hasta la fecha la contratación pública.

Lo concerniente a la solución de controversias en ejecución contractual se encuentra regulado en el artículo 45° de la nueva Ley, el que constituye sin duda el artículo más extenso de toda la norma reflejando el interés (por no decir injerencia en algunos aspectos) en el arbitraje.

En este artículo haremos un repaso de lo que consideramos los aciertos y desaciertos (o riesgos) de la regulación propuesta en la Ley N° 30225 en relación a nuestro tema recurrente: el arbitraje.

2. Aciertos

2.1. Lo Eliminado

Existen disposiciones que para beneplácito de todos no han sido repetidas en la nueva Ley y por tanto serán derogadas cuando entre en vigencia, disposiciones que fueron y son motivo de gran preocupación entre los operadores del arbitraje en contratación pública.

Así tenemos que se ha eliminado la posibilidad de que los árbitros sean sancionados por un tribunal administrativo como es el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Nos gratifica que por fin los funcionarios del Poder Ejecutivo hayan entendido, después de tantas críticas, algunas constructivas y otras no tanto, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y que, por tanto, está protegido constitucionalmente por el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional según el cual ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.³

De esta forma ya no existe el riesgo de que los árbitros, por no registrar el laudo en el SEACE o por no informar al OSCE el estado de los expedientes arbitrales, sean tratados como una suerte de funcionarios públicos, de naturaleza híbrida, y por tanto sometidos a procedimientos administrativos sancionadores por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado.⁴

1. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro y Conciliadora Extrajudicial. Especialista en medios alternativos de solución de controversias, derecho procesal, derecho administrativo, contrataciones del Estado y comercio internacional. Ex Directora de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y ex Subgerente de Gestión Procesal de Telefónica del Perú S.A.A. Egresada de la Maestría en Derecho Internacional Económico (PUCP) y de la Maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos (UPC).

2. GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela, "Zapatero a tu Zapato: Gran Oportunidad para Rectificar Errores en el Llamado Arbitraje Administrativo" en Revista Arbitraje PUCP, Año III, N° 3, setiembre 2013.

3. Numeral 2. Del artículo 139° de la Constitución Política de 1993.

4. Actual artículo 238° del Reglamento.

Asimismo, se ha eliminado la tantas veces objetada causal de anulación de laudo por no mantener o respetar, por parte del árbitro al momento de resolver, el orden de prelación normativa, causal especialísima de anulación de creación autóctona, aplicable únicamente para los arbitrajes en el marco de la normativa de contratación estatal. Esta causal desnaturalizaba la esencia del arbitraje y se contradecía con las propias estipulaciones de la normativa de contratación pública ya que, de activarse esta causal de anulación, se correría el gravísimo riesgo que el Poder Judicial revise el fondo del asunto como una especie de apelación encubierta. Así, el laudo que el propio Reglamento define como definitivo, inapelable y con valor de cosa juzgada⁵ no iba a ser tal ya que necesariamente esta causal de anulación que, prontamente será derogada, propiciaba que la jurisdicción ordinaria de alguna manera revise el fondo del asunto.

Lo que sí preocupa respecto a las aún vigentes disposiciones referidas a los procedimientos administrativos sancionadores contra árbitros y la particular causal de anulación contra laudos, es el hecho que no han sido derogadas de manera inmediata en la Ley N° 30225. Más aun, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria establece que los procesos de selección iniciadas antes de la entrada en vigencia de la referida Ley se regirán por las normas vigentes al momento de su convocatoria, siendo que la Ley, de conformidad con su Octava Disposición Complementaria señala que la Ley entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de su reglamento. Ello significa, en principio, que respecto de los procesos convocados a partir del 20 de setiembre de 2012 hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa, será posible iniciar procedimientos administrativos sancionadores contra los árbitros así como sustentar anulaciones de laudo sobre la base de la causal de anulación introducida por la Ley N° 28973, manteniéndose por ese periodo una situación de excepción a nuestro modo de ver injustificada y desproporcionada sustentada únicamente en la no meditaciones modificaciones vigentes a partir del 20 de setiembre de 2012.

De otra parte, consideramos un acierto el hecho que se haya establecido expresamente que la nulidad de contrato sólo puede ser sometida a

arbitraje, excluyéndose la posibilidad de recurrir a la conciliación extrajudicial. En efecto, la nulidad del acto jurídico implica su ineficacia e invalidez desde su nacimiento por carecer de algún requisito sustancial para su validez o existencia ya sea porque así lo establece la ley o por atentar contra el orden público. Un acto viciado de nulidad no puede ser convalidado ni confirmado por las partes. En consecuencia, siendo la conciliación extrajudicial un mecanismo de resolución de controversias autocompositivo a través del cual las propias partes directamente se encargan de poner fin o no a sus controversias no podrían, a través de la conciliación extrajudicial, convalidar o confirmar un acto que nació nulo. Esta disposición de la nueva Ley es además coherente con las disposiciones que regulan la conciliación extrajudicial que expresamente establecen como materia no conciliable la nulidad del acto jurídico.⁶

2.2. Lo Nuevo

Consideramos un gran acierto la inclusión de las Juntas de Resolución de Disputas como medio alternativo de solución de controversias para solucionar conflictos que surjan durante la ejecución de obras. De acuerdo a la Ley N° 30225, este mecanismo será utilizado "de acuerdo al valor referencial" lo que nos induce a pensar que se aplicará para obras de gran envergadura tal como señala además la Exposición de Motivos de la norma. Señala la nueva Ley que las decisiones de las Juntas de Resolución de Disputas serán vinculantes, dejando de lado desde ya la posibilidad que estas Juntas emitan recomendaciones, señalándose también que las condiciones para su aplicación serán establecidas en el Reglamento de la nueva Ley.

Asimismo, se establece que el Reglamento podrá establecer otros mecanismos de solución de controversias, lo que abre la posibilidad, tal como ha ocurrido en el régimen de las Asociaciones Público – Privadas, que se establezca como medio alternativo de solución de conflictos a la amigable composición en trato directo.⁷

Resulta positivo también que se haya ampliado el plazo de caducidad a treinta (30) días hábiles para que aquel que se sienta perjudicado por algún incumplimiento en la etapa de ejecución contractual pueda activar el inicio del medio de

5. Actual artículo 231° del Reglamento.

6. Artículo 7-A°, literal f) de la Ley N° 26872.

7. Decreto Supremo N° 127-2014-EF, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2014.

solución de controversias que resulte aplicable. No resultaba justo, ni equilibrado o razonable, que ante algún incumplimiento contractual el Estado pueda gatillar sendos remedios como, por ejemplo: la ejecución de garantías, la aplicación de penalidades, la resolución del contrato y la posibilidad de iniciar ante el Tribunal de Contrataciones del Estado un procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de inhabilitar al Contratista, mientras que éste último, igualmente frente a un incumplimiento, únicamente tenga la posibilidad de gatillar el arbitraje, situación que acertadamente ha manifestado públicamente en sendas ocasiones el Dr. Ricardo Gandolfo Cortés. Resultaba injusto y poco razonable que ante la única posibilidad del Contratista como es recurrir al arbitraje, la Ley imponga un plazo de quince (15) días que además es un plazo de caducidad.

Por lo menos, con la Ley N° 30225, el Contratista contará con un plazo mayor para prepararse mejor, contando con más tiempo para diseñar su estrategia y documentar su expediente.

Un tema particularmente sensible es el referido a las prestaciones adicionales y al enriquecimiento sin causa o indebido. En la Ley N° 30225 se precisa claramente cuando estos supuestos no serán materia conciliable o arbitrable debiéndose recurrir necesariamente al Poder Judicial dado que la propia norma señala que todo pacto en contrario es nulo. En la nueva Ley se precisa que no podrán ser materia de medios alternativos de solución de controversias las siguientes:

1. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales. Nótese que esta disposición no se circunscribe únicamente a la ejecución de obras sino que sería aplicable a cualquier tipo de contrato.
2. El enriquecimiento sin causa o indebido, indemnizaciones o cualquier otra pretensión que **se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas** por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República.

Desde nuestro punto de vista, queda claro que la

decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales, en ningún caso, podrá ser materia arbitrable. De otro lado, también quedaría meridianamente claro que únicamente no será materia arbitrable cualquier pretensión, incluido el enriquecimiento sin causa o indebido, cuando se derive de la falta de aprobación o aprobación parcial de las prestaciones adicionales, circunscribiendo o limitando la jurisdicción únicamente a la jurisdicción ordinaria a cargo del Poder Judicial exclusivamente para estos supuestos. No estamos de acuerdo con establecer competencia exclusiva al Poder Judicial para resolver aquellas controversias por enriquecimiento sin causa o indebido ni cualquier otra de naturaleza patrimonial, derivada de la ejecución de prestaciones adicionales. En ese aspecto, coincidimos con Castillo Freyre y Sabroso Minaya quienes sostienen: *"En tal sentido, el enriquecimiento sin causa es per se materia arbitrable, al ser de libre disposición, e incluso por tener contenido patrimonial."*⁸

Sin perjuicio de lo anterior, podemos afirmar que de acuerdo a la Ley N° 30225, si el enriquecimiento sin causa o indebido no es consecuencia de la falta de aprobación de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, sí podrá ser materia arbitrable, reconociéndose o aclarándose implícitamente que el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento indebido también puede derivar de fuente contractual, lo que nos parece un acierto. Al respecto, Castillo Freyre y Sabroso Minaya señalan que: *"(...) habiendo quedado claro que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato."*⁹

De otro lado, también se ha previsto en la Ley N° 30225, la posibilidad de acumular pretensiones relacionadas con el mismo contrato dentro de un proceso arbitral ya iniciado. Esta disposición permitirá abaratar costos y recortar tiempos permitiendo que el arbitraje sea más eficiente. Sin embargo, consideramos que el Reglamento deberá precisar que se debe entender como "iniciar otro arbitraje" en caso la solicitud de acumulación sea denegada, para lo cual además se otorga un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles desde que es notificada la denegatoria de la acumulación. Es

8. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA Rita: "Arbitraje: El arbitraje en la contratación pública". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 7. Lima, 2009. pp.75.

9. Ibid. pp. 75.

decir, considerando el referido plazo, se deberá estipular claramente si bastará la presentación de la solicitud arbitral a la contraparte para entenderse iniciado el arbitraje o si se considerará iniciado con la presentación de la demanda arbitral. En nuestra opinión, debería ser suficiente la presentación de la solicitud arbitral considerando que en la mayoría de los casos el demandante deberá iniciar, previamente a la interposición de la demanda arbitral, procedimientos administrativos ante el OSCE como, por ejemplo: para solicitar la designación de árbitro y para la instalación del tribunal arbitral.

De otra parte, se establece que el OSCE asumirá un rol subsidiario en la organización y administración de un régimen institucional de arbitraje. No nos queda claro si esta disposición implica que el OSCE dejará de organizar y administrar arbitrajes ad hoc, administrando y organizando únicamente arbitrajes bajo el régimen institucional del Sistema Nacional de Arbitraje (SNA – OSCE) y, de ser así, si lo hará para todo tipo de contratos o únicamente para menores cuantías de bienes y servicios. Hubo un anteproyecto de la nueva Ley que establecía como funciones del OSCE la de: *“Organizar y administrar arbitrajes provenientes de contratos de bienes y servicios cuyo monto no supere las veinte (20) UITs de conformidad con la Directiva que se apruebe para tal efecto.”*

Esta disposición no ha sido replicada en el texto final de la Ley N° 30225, sin embargo, sería saludable que el OSCE justamente asumiendo el rol subsidiario que le corresponde de conformidad con nuestra Constitución Política, se limite a organizar y administrar arbitrajes de menores cuantías y que organice y administre arbitrajes en aquellos mercados fuera de Lima que no cuenten con instituciones arbitrales que brinden u oferten servicios arbitrales. En todo caso, nos queda esperar como se regulará en el futuro Reglamento el rol subsidiario del OSCE en materia arbitral conforme lo dispone la nueva Ley.

3. Desaciertos (o riesgos)

3.1. Lo que se Mantiene

Lamentablemente, se sigue condicionando la eficacia del laudo (y ya no su validez como señala la normativa vigente) a su registro en el SEACE además de la notificación personal a las partes. En nuestro concepto, esta disposición atenta contra un derecho fundamental como es el de la tutela jurisdiccional efectiva además de

generar incertidumbres o confusiones innecesarias respecto al cómputo de los plazos ya sea para solicitar la ejecución del laudo o para interponer recurso de anulación.

Actualmente, la norma condiciona la validez del laudo a su registro en el SEACE, registro que está a cargo del Árbitro Único o Presidente del Tribunal Arbitral, para cuyo efecto la normativa no le señala un plazo. En consecuencia, si el Árbitro Único o Presidente del Tribunal Arbitral se demora en registrar el laudo en el SEACE y estando la parte vencedora en condiciones de solicitar la ejecución del laudo, puede darse el caso que la parte vencida se oponga a la ejecución aduciendo la invalidez del laudo (y en el futuro la ineficacia del mismo) por el hecho que el laudo no se ha registrado en el SEACE. Con la nueva normativa, no se trataría de un laudo válido sino de un laudo ineficaz por haberse condicionado su eficacia a un mero registro de carácter administrativo.

No estamos en contra del Principio de Transparencia. Por el contrario, estamos totalmente de acuerdo con la publicación de los laudos, así lo ordena además el artículo 51° de la Ley de Arbitraje. En lo que no estamos de acuerdo es en el hecho de condicionar validez o eficacia del laudo a un registro administrativo. Esta condición debe ser eliminada por vulnerar, insistimos, un derecho fundamental como es el de obtener tutela jurisdiccional **efectiva**. Otro aspecto que esperamos sea eliminado es que sean el Árbitro Único o el Presidente del Tribunal Arbitral según corresponda, los responsables de efectuar el registro del laudo en el SEACE. El registro, si el OSCE no dese asumir esa función, debería estar a cargo y ser responsabilidad, bajo supervisión del OSCE, de las Entidades y dejar a los árbitros con su responsabilidad cual es la de ejercer función jurisdiccional. Los resultados del laudo son parte de la gestión de las Entidades del Estado, por tanto son ellas que están obligadas a transparentar su gestión.

3.2. Lo Nuevo

Un aspecto preocupante es que se esté creando un Registro de naturaleza constitutiva como es el Registro Nacional de Árbitros, en el cual necesariamente se deberán registrar los profesionales para que estén habilitados a ejercer función arbitral en el marco de la normativa. Este Registro, según la nueva Ley, es automático sujeto a fiscalización posterior por parte del OSCE que lo administra, de acuerdo a los requisitos y

condiciones que establezca la Directiva que será aprobada también por el OSCE.

En primer lugar, en nuestra opinión, este Registro atenta contra un principio fundamental del arbitraje cual es la libertad de las partes para designar al árbitro o a los árbitros que consideren idóneos para resolver sus controversias. En segundo lugar, preocupa el manejo o administración que se le pueda dar al Registro por parte del Estado, instrumento que se puede politizar o ser administrado no técnica ni objetivamente sino de acuerdo a los intereses del propio Estado dejando en el Registro, como resultado de la fiscalización posterior, únicamente a aquellos árbitros que el Estado considere convenientes. En tercer lugar, vinculado a lo que acabamos de señalar, no debemos perder de vista que el Estado es parte de los procesos arbitrales, en consecuencia, si existe la posibilidad de que el Registro sea administrado de acuerdo a los intereses del propio Estado existe un gravísimo riesgo que se pierda una garantía constitucional de la función jurisdiccional como es la independencia que debe caracterizar, en este caso, al árbitro.

Por otro lado, se ha creado un Consejo de Ética conformado por tres miembros, todos nombrados por el Estado¹⁰. Este Consejo tendrá a su cargo la determinación de comisión de infracciones y la aplicación de sanciones contra los árbitros previstas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado. Es decir, será el propio Estado que, reiteramos, es parte de los procesos arbitrales, el que sancionará a los árbitros por faltas éticas. Otro riesgo adicional para menoscabar la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Definitivamente el principio *kompetence – kompetence* y el principio de separabilidad del convenio arbitral constituyen los dos pilares del arbitraje. Sin ellos sería impensable un sistema arbitral eficaz que se consolide en el tiempo. Simplemente, sin esos principios, el sistema arbitral estaría condenado a muerte. Sin embargo, consideramos añadir un tercer pilar del arbitraje que es el árbitro, pero no cualquier árbitro, sino un árbitro independiente e imparcial con valores éticos, que sabe perfectamente lo que debe revelar a las partes cuando lo designan, que sabe cuándo no debe aceptar una designación o que sabe cuándo debe apartarse de un proceso arbitral si aparece una situación de conflicto de intereses

durante el desarrollo del proceso, situación que demás deberá revelar.

En nuestra opinión, la independencia e imparcialidad de los árbitros podría estar en riesgo con la creación del Registro Nacional de Árbitros y con la conformación del Consejo de Ética, dos instrumentos muy importantes a cargo exclusivamente del Estado.

Dándole el beneficio de la duda al legislador, podríamos considerar que existen buenas intenciones al intentar apartar a algunos "malos árbitros" que se coluden con el privado o con malos funcionarios públicos a quienes no les importa el resultado final de los procesos arbitrales y que solo buscan su propio provecho.

Sin embargo, al estar ambos instrumentos en manos exclusivamente del Estado que, insisto, es parte de los procesos, en el futuro podrían ser utilizados para conseguir justamente lo que la Ley quiere evitar: esto es que a través del Registro Nacional, que será administrado por el Estado, y del Consejo de Ética conformado por personas nombradas también por el Estado, sólo queden disponibles árbitros amigos del Estado en cuyo caso, como es obvio, la independencia e imparcialidad que tanto se quiere salvaguardar, se pierda y se dirija la designación de los árbitros a aquellos profesionales con los que el Estado se siente cómodo, situación que resultaría paradójica pues justamente, de acuerdo a la normativa de contratación estatal, el direccionamiento está proscrito. Además, de conformidad con nuestra Ley de Arbitraje, está proscrito el privilegio en la designación a favor de una de las partes, disposición que se sustenta en el principio de igualdad. Al ser el Estado el que administre este Registro Nacional, de darse un mal manejo de esa administración, podríamos llegar al extremo de que los árbitros designables sólo sean aquellos que el Estado considere idóneos por servir a sus intereses. Definitivamente, indirectamente, se le estaría otorgando al Estado el privilegio de designar árbitros, situación proscrita por la Ley de Arbitraje.

Por último, la Ley N° 30225, se establece que el arbitraje institucional se deberá realizar en Instituciones arbitrales acreditadas por el OSCE conforme a la Directiva que apruebe para estos efectos. En primer lugar no consideramos que esa función deba estar a cargo del OSCE. En todo

10. Por la Presidencia del Consejo de Ministros, por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y por el Ministerio de Economía y Finanzas.

caso, si el Estado quiere acreditar a las instituciones arbitrales, esa función debería estar a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tal como es competente para acreditar o autorizar a los Centros de Conciliación Extrajudicial. Para ello existe, en el referido Ministerio la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de la que depende la Dirección de Medios Alternativos. De otro lado, sería muy importante que el OSCE pre publique la Directiva que va a regular la acreditación de las instituciones arbitrales para conocer previamente las condiciones y requisitos que pretenderá imponer a las referidas instituciones a efectos de conseguir la acreditación ante el OSCE.

4. Recomendación

Hechas estas reflexiones iniciales respecto al tratamiento del arbitraje en la aun no vigente Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Ley N° 30225, solo nos queda esperar que esta vez, antes de publicar el nuevo Reglamento, el Poder Ejecutivo disponga la publicación del proyecto correspondiente a efectos de que los operadores del Sistema tengan la posibilidad de remitir sus observaciones y comentarios así como para discutir sus alcances a través de foros especializados con la finalidad de mejorar el marco normativo elevando las conclusiones a las que se arriben para consideración del Poder Ejecutivo.

Esta recomendación tiene como único afán el que se establezca un marco normativo adecuado, que brinde seguridad jurídica y estabilidad en el tiempo. Al respecto, hemos ganado experiencia con ocasión de las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, constatando que en menos de dos años el Estado ha tenido que dar un paso al costado en aspectos que fueron muy criticados como el procedimiento administrativo sancionador contra los árbitros y la especialísima causal de anulación.

Asimismo, y con la misma finalidad, sería altamente recomendable que el OSCE pre publique las Directivas relacionadas con el Registro Nacional de Árbitros y con la acreditación de instituciones arbitrales para conocer con anticipación sus futuros alcances y así tener la oportunidad de realizar comentarios, observaciones y sugerencias evitando que se establezcan barreras de acceso al mercado de servicios arbitrales.

Por último, esta recomendación es también una invocación a nuestras autoridades para que eviten

emitir señales equivocadas al mercado nacional e internacional, especialmente en materia arbitral, que lo único que generan es inseguridad jurídica en un aspecto tan relevante para el país como es la contratación pública.