

¿ES VÁLIDA LA EXIGENCIA “DE LA DECLARACIÓN PREVIA” DEL OSITRAN PARA ACCEDER AL ARBITRAJE?

En la doctrina, tanto extranjera como nacional, es absolutamente pacífico que el origen del arbitraje nace mediante el convenio arbitral sustrayendo de ese modo, la competencia de cualquier otro órgano, siendo excluyente éste pacto de cualquier otra vía distinta al arbitraje.

El Convenio Arbitral es el nacimiento jurídico de éste mecanismo que permite que las controversias futuras queden dentro del marco de la Institución Arbitral y que se apliquen todos los principios y garantías de éste procedimiento, entre los que se encuentran – pero no son los únicos – el principio de divisibilidad o separabilidad del Convenio de Arbitraje del contrato que lo contiene, y el principio de la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia (Kompetez – Kompetenz).

RESOLUCIÓN NO. 019-2011-CD-OSITRAN

Éste tema que es tan claro doctrinaria y legislativamente, no lo es para el Consejo Directivo de OSITRAN, el mismo que mediante Resolución No. 019-2011-CD-

OSITRAN, dicta el Reglamento de atención de reclamos y solución de controversias de OSITRAN, el mismo que es publicado en el Diario Oficial El Peruano el día sábado 11 de Junio de 2011. El indicado Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, pretende que la solución de controversias debidamente pactada por las entidades prestadoras y los usuarios que hayan sometido sus controversias futuras a arbitraje, deberán contar con una aprobación previa de dicho órgano regulador.

En efecto, violando el principio de la competencia de los árbitros y la voluntad de las partes señalado en el Artículo 62º de la Constitución, el OSITRAN ha determinado en el Título IV denominado Arbitraje del mencionado Reglamento, que las entidades prestadoras y los usuarios podrán acordar arbitraje y añade que “Es posible someter a arbitraje los derechos disponibles en la medida que no exista interés público, declarado así por el cuerpo colegiado del OSITRAN”.

* Dr. Gonzalo García- Calderón Moreyra, Socio del Estudio GARCIA CALDERON, VIDAL, MONTERO & ASOCIADOS ABOGADOS

DEFINICIÓN DE USUARIOS Y ENTIDAD PRESTADORA

por una entidad prestadora o por los usuarios intermedios.

El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público tiene, entre otras funciones y/o atribuciones, las de solucionar conflictos en materia de reclamaciones en la vía administrativa que surjan entre entidades prestadoras y los usuarios del servicio.

Son usuarios finales por ejemplo, los pasajeros en cualquier servicio de transporte (ferroviario, carretera, de puertos o aeropuertos) que utilicen la infraestructura, así como los dueños de la carga transportada.

EXIGENCIA NORMATIVA

El propio Reglamento define lo que debe entenderse como entidad prestadora indicando que “Es la empresa o grupo de empresa que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sea empresa pública o concesionaria, y que conserva frente al Estado la responsabilidad por la prestación de servicios relacionados a esta explotación”.

Considero inválido el incorporar la exigencia legal de la declaración previa por parte del Cuerpo Colegiado de OSITRAN, y además inaceptable pretender ordenar que todas estas controversias privadas y de libre disposición sean resueltas por un Centro de Arbitraje que dependa directamente del OSITRAN.

Asimismo define al usuario como la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura en calidad de:

“El Artículo 65º Segundo Párrafo del Reglamento señala que: Mientras no se desarrolle el Reglamento y Centro de Arbitraje del propio OSITRAN, el procedimiento se llevará a cabo ante cualquier Centro de Arbitraje legalmente establecido, el cual no podrá admitir a trámite demanda alguna si no cuenta con la constancia del cuerpo colegiado del OSITRAN (el subrayado es del autor), declarando la inexistencia del interés público en la controversia.

1. Usuario Intermediario: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad y en general, cualquier empresa que utiliza la infraestructura para brindar servicios a terceros. Son ejemplos de usuarios intermedios, entre otros, las líneas aéreas, los agentes marítimos, los transportistas de carga o pasajeros, sea por ferrocarril o por carretera, o utilizando los puertos o aeropuertos.

Esto es absolutamente atentatorio contra la voluntad de las partes, la propia Ley de Arbitraje, y la finalidad de la Institución, poniéndose el OSITRAN en manifiesta rebeldía contra éste medio promovido por el Estado¹, y del Estado de Derecho.

2. Usuario Final: Es aquel que utiliza de manera última los servicios prestados

¹ En efecto, la Ley actual en su Artículo 52º, señala que las controversias que surjan entre las partes serán resueltas de la siguiente manera: *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 50º de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.*

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente éste orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Los árbitros que incumplan con ésta obligación serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituya impedimento absoluto.

Lo que es más inverosímil es que pretenda ordenar a Centros Privados de Arbitraje, creados bajo sus propios estatutos con órganos y normas propias poniéndose por encima de ellos, convirtiéndose en un Supra Directorio e incluso por encima de la Asamblea General de las Sociedades o Asociaciones creadas al amparo del Código Civil o de la Ley de Sociedades.

El Artículo 41º de la Ley de Arbitraje señala que el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativos a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del Convenio Arbitral, o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida a cualesquiera otros cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Señala también que el Tribunal Arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, lo que podrá versar, incluso sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad o ineficacia del contrato que contiene el Convenio Arbitral.

Entonces frente a este supuesto normativo, absolutamente diáfano y claro, sin que exista en la doctrina nacional ni internacional observación alguna ¿Cómo es posible que un organismo regulador pretenda erigirse en guardián de lo que puede o debe ir a arbitraje, exigiendo para ello un paso previo de “aprobación” de dicho Órgano regulador? Dicha exigencia contradice sendas resoluciones del

propio Tribunal Constitucional, el cual en reiteradas resoluciones ha confirmado el principio de la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia (Kompetez – Kompetenz).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, en los Expedientes No. 6167-2005-PHC/TC resuelto el 28 de Febrero de 2006; 1567-2006-PA/TC de fecha 30 de Abril de 2006 y su aclaratoria de fecha 21 de Junio de 2006; y en los Expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC cuya sentencia fue emitida el 11 de Diciembre de 2006 entre otras resoluciones, el Tribunal Constitucional convalida los principios de separabilidad del Convenio Arbitral del contrato que lo contiene así como el principio de Kompetenz – Kompetenz.

EN EL EXPEDIENTE NO. 6167-2005-PHC/TC EL TRIBUNAL SEÑALÓ:

“10.- Es por tal motivo que éste Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “Kompetenz – kompetenz” previsto en el Artículo 39º de la Ley General de Arbitraje – Ley No. 26572 -, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el Artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que

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 a 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 laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o Tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.

Este artículo tomó como marco conceptual los principios generales del Derecho Arbitral recogidos en la Ley General de Arbitraje No. 26572, los mismos que se han mantenido luego en el Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje).

se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto rearbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se gestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional”.

“11.- Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación

de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos de la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”.

Estos Fundamentos Jurídicos son vinculantes según lo señalado por el propio Tribunal en la Resolución antes mencionada.

Entonces, si de la lectura de las Normas glosadas en éste Artículo (Constitucionales y Legales), así como de las Resoluciones señaladas y de los principios que rigen ésta Institución Arbitral, se desprende que nace de un acuerdo de dos o más partes; a razón de que fundamento jurídico es dable pensar que en un Estado de Derecho sea posible que un Organismo regulador, por el sólo hecho de una decisión de su Consejo Directivo, pueda imponer una exigencia previa para acceder al arbitraje que consta en un contrato validamente suscrito por las partes?

El Reglamento de la Ley de Contrataciones, Decreto Supremo No. 184-2008-EF, menciona que el Convenio Arbitral debe incluirse en el contrato que suscribe el Estado (sea Gobierno Central, Gobierno Regional o Gobierno Local, y sean empresas estatales de derecho público, privado o mixtos, al igual que las concesiones que otorgue el Gobierno) precisando que en el caso que no se incorpore en el texto del contrato el Convenio Arbitral, ésta institución o mecanismo de solución de conflictos se incorpora de pleno derecho y se asume el texto señalado en el artículo 216º, el mismo que señala:

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc. El arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE.

Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE, cuya cláusula tipo es:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento”.

Es indubitable y medianamente claro pues, que la voluntad del Estado, al momento de contratar sobre cualquier adquisición de un bien o servicio, es resolver los conflictos que surjan mediante este mecanismo arbitral, sin posibilidad alguna de someter la controversia a la vía administrativa ni a la vía judicial.

CONTRATOS POR ADHESIÓN

Por último, es absolutamente válido que se den Convenios Arbitrales entre empresas prestadoras del servicio de transporte y los usuarios, en relaciones jurídicas estándares (cláusulas generales de contratación, contratos por adhesión) para lo cual la Ley establece la obligación de que el Convenio Arbitral haya sido conocido o haya podido ser conocido por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

La Norma presume sin admitir prueba en contrario, que el Convenio Arbitral ha sido conocido si se encuentra en el cuerpo principal del contrato y este consta por

escrito y esta firmada por las partes, o que se encuentre reproducida en el reverso del documento principal y se haga referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste conste por escrito y se encuentre firmado por las partes.

Será contrario a los fines de un contrato masivo, el pretender que el conflicto resultante de este, requiera de una aprobación del OSITRAN para el procedimiento derivado del mismo.

Considero, pues, que ésta Norma ha excedido la facultad del Organismo Supervisor debiendo ser corregida.