

EL PLAZO DE CADUCIDAD PARA EL INICIO DEL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y OTROS PLAZOS SOBRE LA EFICACIA DE LA SOLICITUD ARBITRAL PREVISTOS EN EL PROYECTO DE REGLAMENTO

1. El Plazo de Caducidad en la Normativa de Contratación Estatal

Haciendo un poco de historia sobre el origen del plazo de caducidad que rige para el inicio del arbitraje en la fase de ejecución contractual, encontramos que originalmente la Ley N° 26850 “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” no estableció plazos de prescripción o de caducidad especiales para recurrir a los sistemas de solución de controversias en la fase de ejecución contractual, los que de conformidad con los artículos 2000° y 2004° del Código Civil sólo pueden ser establecidos por Ley.

Si bien es cierto que en julio de 2001, mediante Decreto Supremo N° 079-2001-PCM que modificó el entonces Reglamento de la Ley aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, para el inicio del arbitraje se establecieron determinados plazos, sin especificar su naturaleza, tales plazos no generaban ninguna consecuencia si el arbitraje se iniciaba con posterioridad. En efecto, el tercer y el sexto párrafos del artículo 139° del entonces Reglamento modificado respecto a la liquidación del contrato de bienes y servicios estableció:

“(…)

En el caso de que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 185 y/o 186.

(…)

En el caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 185 y/o 186.”

Asimismo, el quinto párrafo del artículo 164° del referido Reglamento modificado respecto a la liquidación del contrato de obra estableció:

“(…)

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (7) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 185 y/o 186.”

Por último, el mencionado artículo 186° mencionado establecía:

“El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación.(…)”

El arbitraje obligatorio se deberá solicitar, como máximo, hasta el vencimiento de los plazos previstos en los Artículos 139 ó 164 para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios

o de obras, respectivamente.” Enfatizado y subrayado nuestro.

Esta situación cambia radicalmente en el año 2004 con la dación de la Ley N° 28267 que modificó parcialmente la Ley N° 26850 estableciendo por primera vez en el artículo 53° un plazo de caducidad general para gatillar los sistemas de solución de controversias en la ejecución contractual “en cualquier momento anterior a la culminación del contrato”, sin establecer plazos específicos. “En efecto, el artículo 53° de la Ley quedó modificado de la siguiente manera:

“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.”¹

El nuevo TUO de la Ley se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Es en esta última disposición de naturaleza reglamentaria, y no a través de una norma con rango de Ley como lo exige el Código Civil, que se establecen plazos concretos y específicos de caducidad, siendo éstos por lo general de quince (15) días [nulidad del contrato, resolución de contrato (bienes y servicios), ampliación de plazo (bienes y servicios), valorizaciones o metrados, ampliación de plazo (obras), recepción de obra, liquidación del contrato de obra y vicios ocultos] mientras que, inexplicablemente, en el caso de resolución del contrato de obra el plazo de caducidad se estableció en diez (10) días.

¹ Posteriormente este artículo fue modificado por la Ley N° 28911 de diciembre de 2006 quedando redactado de la siguiente manera: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, 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.”

² En este último supuesto el plazo de caducidad es de quince (15) días desde la notificación de la Resolución que deniega la acumulación.

Posteriormente, en febrero del año 2009, entran en vigencia el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, disposiciones que hasta antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, vigentes a partir del 20 de setiembre de 2012, mantuvo vía reglamentaria los plazos específicos de caducidad de la normativa anterior. Es recién con la Ley N° 29873 que se cumple la condición que exige el artículo 2004° del Código Civil, manteniendo los plazos de caducidad específicos, ahora uniformes, en quince (15) días, manteniendo a su vez el plazo de caducidad general (hasta la culminación del contrato) para los demás supuestos. Asimismo, se amplían otros supuestos específicos de caducidad como la recepción y conformidad (bienes y servicios), liquidación del contrato de consultoría de obra, la indemnización por el no inicio del plazo de ejecución de la obra por causas imputables a la Entidad, e, inexplicablemente, para controversias derivadas del pago que podrían versar, como en los hechos ocurre, sobre el incumplimiento de pago por parte de la Entidad.

La Ley N° 30225, aun no vigente, mantiene los plazos de caducidad tanto el general como los específicos, con la diferencia que: i) el plazo de caducidad general será hasta antes de la fecha del pago final; ii) se amplían los supuestos a los que se les aplica el plazo de caducidad específico para recurrir al arbitraje [v. gr. las decisiones de las Juntas de Resolución de Disputas y denegatoria de acumulación de pretensiones², y iii) se duplican los plazos de caducidad específicos a treinta (30) días lo que resulta a todas luces positivo.

II. ¿Plazos de Caducidad Específicos o un Único Plazo?

El plazo de caducidad para iniciar el arbitraje en contratación estatal no ha sido un asunto pacífico por parte de los operadores del sistema de contratación pública, especialmente por parte de los árbitros y abogados de defensa. Las posiciones discrepantes nacieron por varias razones:

a) En primer lugar, desde el momento en que vía reglamentaria se establecieron los plazos de caducidad específicos. Las dos posiciones marcadas y antagónicas eran:

i. Acoger la excepción de caducidad aplicando estrictamente la normativa ³, es decir, los plazos de caducidad específicos establecidos vía reglamentaria;

ii. No acoger la excepción de caducidad por considerar que los plazos específicos de caducidad eran ilegales por no respetar lo establecido en el artículo 2004° del Código Civil aplicando, en consecuencia, el plazo de caducidad general (hasta la culminación del contrato).

Esta discusión ha sido superada por lo menos respecto de los procesos de selección convocados a partir del 20 de setiembre de 2012.

b) En segundo lugar, existen especialistas en la materia que no están de acuerdo con establecer plazos específicos de caducidad mientras que otros opinan que sí es correcto a fin de no mantener en el tiempo incertidumbres jurídicas o situaciones inciertas, especialmente porque en todos los casos estas incertidumbres están referidas o relacionadas con los recursos públicos, con el cumplimiento de finalidades públicas y con la satisfacción de necesidades públicas.

c) En tercer lugar, de mantenerse los plazos de caducidad, algunos opinan que éstos deben ser razonables, centrándose la discusión no tanto en si debe existir plazos de caducidad sino en la extensión de tales plazos que debe ser, como se ha señalado, razonable para que se cumpla el objetivo de brindar seguridad jurídica a las relaciones contractuales entre el contratista y el Estado sin recortar arbitraria e irracionalmente derechos fundamentales como el derecho a acceder a la jurisdicción. Ello por muchas razones, aquí algunas:

c.1. Establecer plazos de caducidad específicos y extremadamente cortos complica sobremanera o no permite a ambas partes [tanto al contratista como al Estado] una gestión adecuada y eficiente del contrato y una gestión eficaz y eficiente de las controversias que se derivan del mismo. En efecto, cada supuesto de la normativa sujeto a plazo de caducidad específico para acudir a la jurisdicción arbitral es gatillado por hechos o situaciones distintas que se producen en diferentes momentos⁴. Ello implica estar en una permanente zozobra computando plazos por cada situación que se presente e iniciando sendos arbitrajes cuidando que el plazo no se venza situación que es más dramática en el caso de los arbitrajes SNA-OSCE en los que se debe interponer directamente la demanda arbitral o, por ejemplo, cuando el objeto de la controversia es la falta de pago, supuesto incorporado con las modificaciones del año 2012, llegando al absurdo de tener que acudir al arbitraje para pedir el pago por la prestación efectiva y oportunamente ejecutada en un plazo de caducidad de quince (15) días y motivando que las Entidades propongan como medio de defensa la excepción de caducidad y de ese modo intentar librarse del pago.

c.2. Ese escenario se complica aún más, como ocurre en los arbitraje ad hoc, por el hecho de

³ Pudiendo declararla de oficio por aplicación del artículo 2006° del Código Civil y Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.

⁴ Si bien la posibilidad de acumular pretensiones tal como ha sido regulada en la Ley N° 30225 es positiva y tiene como objetivo disminuir el número de arbitrajes derivados de un mismo contrato, también es cierto que dependerá de cada contrato en particular, su duración y las controversias que se presenten existiendo la posibilidad de que la acumulación sea denegada por el tribunal arbitral.

que por cada plazo específico de caducidad se debe presentar una solicitud arbitral para luego recurrir al OSCE para solicitar, a través de procedimientos administrativos que implican costos en tiempo y dinero, que designe al árbitro único, al árbitro por la parte o al presidente del tribunal arbitral y/o para solicitar la instalación del tribunal arbitral.

c.3. Finalmente, la extensión del plazo de caducidad no responde a criterios técnicos u objetivos sino a la voluntad del legislador, que es el propio Estado, que los establece pensando en sí mismo y no en sus colaboradores (contratista y proveedores) que son quienes demandan en el 95,8% de los casos ⁵. Prueba de que no existe un criterio objetivo o técnico es que hace once años el legislador consideró conveniente y suficiente establecer un plazo de caducidad de quince (15) días y durante ese lapso durante ocho (08) años consideró que para el caso de la resolución contractual del contrato de obra el plazo adecuado y suficiente era de diez (10) días. Sin embargo, actualmente, con la aún no vigente Ley N° 30225 el legislador ha considerado necesario duplicar el plazo a treinta (30) días decisión que hemos calificado como positiva pero que no sabemos si es suficiente o razonable o si va a evitar que se incremente el número de arbitrajes derivados del mismo contrato.

La solución es establecer un único plazo de caducidad como aparentemente fue la intención en el año 2004 con la Ley N° 28267, desnaturalizándose posteriormente ese mismo año con la incorporación vía reglamentaria de plazos específicos de caducidad sin respetar el principio de legalidad establecido en el artículo 2004° del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, establecer un plazo de caducidad único y razonable radica

en la necesidad de privilegiar el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho de acción a través del cual se accede a la jurisdicción cuyo contenido son las pretensiones que es aquello que se considera corresponde por derecho (derecho material) que se proponen en el proceso a efectos de obtener una decisión (en nuestro caso un laudo) que ponga fin a las controversias para lograr la ansiada tutela jurisdiccional efectiva con su ejecución. Al establecerse plazos específicos y demasiado cortos o poco razonables como sucede actualmente, se logra la seguridad jurídica que se desea sin embargo, el costo es muy alto y lo que es más grave vulnerando o recortando un derecho fundamental. Ya lo dijo Jossierand, citado por Fernando Vidal Ramírez, definiendo la caducidad como:

“(...) el plazo que concede la ley para hacer valer un derecho, para realizar un acto determinado, y que tiene carácter fatal: una vez transcurrido, y ocurra lo que ocurra, el derecho no puede ser ejercitado, el acto no puede ya ser cumplido: el retardatario incurre en una verdadera pérdida; pierde la prerrogativa, la posibilidad que le concedía la ley.” ⁶

III. El Proyecto de Reglamento

Sin perjuicio de lo comentado anteriormente sobre los plazos de caducidad - general y específicos - para acudir al arbitraje, el Proyecto de Reglamento vulnera el derecho fundamental a la acción y por ende a la posibilidad de acceder a la jurisdicción para obtener una decisión fundada en Derecho cuando en su artículo 193° “Designación Residual de Árbitros” condiciona la eficacia de la solicitud arbitral al inicio, en un plazo que no se ha establecido ni está determinado, de un procedimiento administrativo para la designación residual de árbitros por parte del OSCE. En efecto el artículo 197° establece:

⁵ Estudio de Investigación “Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos.” Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. 2013.

⁶ VIDAL RAMÍREZ Fernando. “La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano”. Cultural Cusco S.A. Editores. Lima. pp. 198

“En aquellos procesos arbitrales ad hoc en los cuales las partes no hayan pactado la forma en la que se designa a los árbitros o no se hayan puesto de acuerdo respecto a la designación del árbitro único o algún árbitro que integre el Tribunal Arbitral, o los árbitros no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del presidente del Tribunal Arbitral, cuando corresponda, le compete a OSCE su designación residual, a través de una asignación aleatoria por medios electrónicos, de acuerdo a los plazos y procedimiento previstos en la Directiva correspondiente. En caso la solicitud de designación residual no se presente dentro del plazo respectivo, la solicitud de arbitraje queda sin efecto automáticamente. Enfatizado y subrayado nuestro.

De otra parte el artículo 196° del Proyecto de Reglamento establece:

“Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes debe solicitar al OSCE la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los veinte (20) días siguientes de conocida la aceptación de estos, según corresponda. Para tales efectos, las instalaciones se pueden realizar en la Oficinas Desconcentradas de OSCE.

En caso de solicitudes de instalación presentadas fuera del plazo señalado en el párrafo anterior, el árbitro único o tribunal arbitral es competente para resolver cualquier reclamo expreso que formulen las partes respecto de la extemporaneidad de dicha actuación arbitral.”

Esta disposición establece un plazo que no es de caducidad pero que, sin embargo, abre la posibilidad de que la parte demandada se oponga al arbitraje por el hecho que el procedimiento administrativo para solicitar la instalación del tribunal arbitral se presentó extemporáneamente y que tal oposición, a criterio del tribunal arbitral, sea acogida o no, generándose por cierto dilación en el desarrollo de los arbitrajes. No se debe perder de vista que el plazo para solicitar la instalación está directamente vinculado

al plazo de designación, ya que el plazo para presentar la solicitud de instalación se computa desde que es conocida la aceptación del árbitro, aceptación que precisamente deriva de la designación cuya solicitud, a su vez, está vinculada directamente con la presentación de la solicitud arbitral y por tanto con los plazos específicos de caducidad.

En tal sentido, corresponderá al tribunal arbitral ponderar si el cumplimiento de un plazo administrativo que ha sido establecido en veinte (20) días [no sabemos con qué criterio] debe prevalecer sobre un derecho fundamental como es el de acceder a la jurisdicción y por tanto, a obtener una decisión de fondo y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Vemos pues con preocupación cómo se continúa “administrativizando” al arbitraje sujetando la eficacia de su inicio al inicio, a su vez, del procedimiento administrativo de designación perdiendo totalmente de vista que la solicitud arbitral (con la que se inicia el arbitraje) se tuvo que presentar porque así obliga la normativa al imponer plazos de caducidad.

En el segundo caso se abre la posibilidad de que arbitrajes cuya solicitud arbitral ha sido presentada dentro del plazo de caducidad y habiéndose presentado “a tiempo” la solicitud de designación no se llegue a una solución sobre el fondo a criterio del tribunal arbitral.

Por último, saliéndonos un poco del tema, sabemos que se condiciona hoy la validez del laudo arbitral, y con la nueva normativa su eficacia, no a un plazo pero sí a su Registro en el SEACE con los no pocos problemas que le irroga al árbitro esa obligación legal.

En los tres casos, en mi opinión, se vulneran flagrantemente derechos fundamentales:

i. En el primer caso el derecho a acceder a la jurisdicción a través del derecho de acción al disponer “dejar sin efecto automáticamente”, vía reglamentaria, la solicitud arbitral si no se inicia el procedimiento de designación de árbitro en un plazo que será fijado por

el OSCE a través de una Directiva, solicitud arbitral que el potencial demandante se vio obligado a presentar como consecuencia del plazo de caducidad, obligándolo a su vez a incurrir en el costo del procedimiento de designación asumiendo ese costo algunas veces innecesariamente porque las partes solucionan sus problemas directamente. Un motivo más para repensar en imponer un único plazo de caducidad.

ii. Las mismas razones, especialmente la imposición de plazos específicos de caducidad, las mismas consecuencias y recomendación aplican para el segundo caso en el que la decisión del tribunal arbitral y específicamente los fundamentos y criterios aplicados para adoptar tal decisión, acogiendo o no la oposición, serán fundamentales.

iii. En el tercer caso, condicionar la validez o la eficacia del laudo arbitral a su Registro en el SEACE vulnera el derecho fundamental a obtener tutela jurisdiccional efectiva a través de la ejecución del laudo, siendo suficiente para ello la notificación personal. No estamos en contra de la publicación de los laudos, por el contrario concordamos que en contrataciones estatales y, en general, respecto de todos los arbitrajes en los que participa el Estado debe regir el principio de transparencia debiéndose publicar los laudos, obligación que debería estar a cargo del propio Estado (las entidades o el OSCE).

En el primer caso y en el segundo caso aún estamos a tiempo de rectificar; en el tercer caso la disposición está contenida en la Ley N° 30225. Sin embargo, como es costumbre, es probable que el gobierno que asuma el poder en el año 2016 pretenda aprobar una nueva Ley de Contrataciones del Estado o modificar la vigente. De ser así, guardemos la esperanza que cuando eso ocurra se rectifiquen los errores.