

Ricardo Gandolfo Cortés

EL ARBITRAJE EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Abogado por la PUCP y experto en contratación pública. Es gerente legal de la firma consultora Cesel y director de la Asociación Peruana de Consultoría.

Ha participado en la elaboración de diversos anteproyectos de leyes y reglamentos sobre la materia. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales de crédito. En 1998 fue seleccionado como experto internacional en representación del Perú por el Acuerdo de Cartagena para el desarrollo del Estudio sobre Adquisiciones del Sector Público. Al año siguiente se desempeñó como consultor asociado en la elaboración del Estudio sobre la Legislación y Procedimientos aplicables en el Perú para las Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios para el Japan Bank for International Cooperation (JBIC). En el año 2004 fue elegido para elaborar el Manual sobre Contratación de Servicios y Consultorías del Consucode para la United States Agency for International Development (USAID). Es catedrático, conferencista y árbitro inscrito en los registros de la Universidad Católica, la Cámara de Comercio, el Consucode y el Colegio de Ingenieros. Escribe en distintos medios sobre su especialidad.

La nueva Ley de Contrataciones del Estado (LCE), promulgada mediante Decreto Legislativo 1017¹ no trae mayores innovaciones en lo que respecta a las fórmulas previstas para la solución de las controversias que pudieran suscitarse entre contratistas y entidades. Repite la misma disposición que han venido recogiendo con algunas variantes todas las versiones de la original Ley 26850 y que obliga a incluir en los contratos que ella regula una cláusula en cuya virtud toda discrepancia surgida durante la etapa de ejecución de tales contratos deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. Por si fuera poco, se subraya que si no se incluye esa cláusula ni en las bases ni en el contrato, se entenderá incorporada la cláusula modelo que establecerá el Reglamento².

1. ARBITRAJE DE PRESTACIONES ADICIONALES

Hay, sin embargo, en el nuevo texto algunas otras referencias a este mecanismo de solución de controversias que merecen destacarse. Al ocuparse de las contrataciones en general, por ejemplo, dice que «la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de

prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación de la Contraloría General de la República.»³ Prestaciones adicionales son, como se sabe, aquellas que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato y que la entidad puede ordenar

• • • • •

¹ Aprobado el 03.06.08 en el marco de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República a través de la Ley 29157 para implementar el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) suscrito con los Estados Unidos, apoyar la competitividad y mejorar el marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado. Esta nueva LCE sustituye a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado 26850 (LCAE), promulgada el 27.07.97.

² LCE, artículo 40º, Inciso b).

³ *Ibíd.*, artículo 41º, quinto párrafo.

y pagar directamente en el caso de bienes y servicios hasta por el 25% de su monto y en el caso de obras hasta el 15%, porcentaje este último que ahora puede trepar hasta el 50% siempre que previamente se cuente con la autorización expresa de la Contraloría⁴.

En la parte correspondiente a adicionales, reducciones y ampliaciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE) –que precedió a la recientemente aprobada– no se incluía disposición alguna sobre asuntos que no podrían ser materia de arbitraje⁵. Al tratar sobre las cláusulas obligatorias de los contratos y específicamente al abocarse a la de solución de controversias incluía, en sus últimas versiones, una precisión –que el nuevo texto ha omitido– en la que se indicaba que «dicha disposición no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General ejerce control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto»⁶.

El hecho de que esta precisión no se haya considerado en la norma equivalente de la nueva ley no supone que se haya desechado esa excepción del arbitraje obligatorio aplicable a determinadas desavenencias. Todo lo contrario. Al incorporarse en la norma que regula los adicionales y modificar ligeramente su redacción, en realidad se está pretendiendo ampliar el alcance de la misma excepción al comprender no sólo a las decisiones «respec-

to de las cuales la Contraloría General ejerce control previo» sino también a «las decisiones de la Entidad», especialmente aquellas respecto de las cuales la Contraloría General no ejerce control previo porque simplemente no se someten a su revisión. El reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF⁷, como era previsible no aclara ni precisa, como hubiera sido indispensable, que las decisiones que no pueden ser controvertidas en la vía arbitral son sólo aquellas que en adición a la autorización de la entidad requieren también de la autorización de la Contraloría, como sucede con las normas actuales que, por lo demás, le otorgan a esta última «una facultad [...] que resulta inconsistente con los fines para los cuales fue creada, esto es, como un órgano de control, no como un órgano jurisdiccional [...] [atribuyéndole] de manera inconstitucional [una] jurisdicción [...] incompatible con sus fines», como muy bien señala Sologuren Calmet, Hugo⁸. Particularmente no estamos de acuerdo con ninguna clase de excepciones ni de jurisdicciones especiales. Menos por cierto, con que éstas se extiendan todavía más.

Lo que sí se ha omitido en la nueva LCE es lo relativo a los «metrados no previstos contractualmente» y eso sí podría entenderse como una modificación positiva toda vez que aplicando esa excepción contemplada en la LCAE se ha terminado distorsionando por completo el concepto de los contratos «a tarifas o precios unitarios» en los que por definición el postor oferta «en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y que se valorizan en relación a su ejecución

El hecho de que esta precisión no se haya considerado en la norma equivalente de la nueva ley no supone que se haya desechado esa excepción del arbitraje obligatorio aplicable a determinadas desavenencias.

• • • • •

⁴ *Ibíd.*, artículo 41^o, tres primeros párrafos. Los porcentajes y rangos han ido variando según las políticas de Estado y la situación de las finanzas públicas. Mientras más recursos haya, más amplios los márgenes para que las entidades puedan aprobar directamente la ejecución de prestaciones adicionales. Mientras menos recursos existan, más estrechos los márgenes. Tratando de priorizar bien la masiva inversión pública en épocas de bonanza o bien el control estricto del gasto en épocas de escasez.

⁵ Específicamente el artículo 42° de la LCAE no incluía el quinto párrafo que se ha introducido ahora en el artículo 41°, que es su equivalente, de la LCE.

⁶ LCAE, artículo 41^o, segundo párrafo.

⁷ De fecha 31.12.08 y publicado en el diario oficial el jueves 01.01.09.

⁸ SOLOGUREN CALMET, Hugo. «Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado», en *Revista Peruana de Arbitraje*, 5/2007, p. 88.

real»⁹. Los mayores metrados estrictamente no pueden ser considerados como un adicional. Los que se consignan en los presupuestos tienen un carácter meramente referencial y por tanto su incremento no determina ningún adicional. Por consiguiente, para su aprobación no puede seguirse el procedimiento que se ha previsto para aquéllos.

El nuevo reglamento estipula que «si surgen discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida»¹⁰. A continuación agrega que «sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles, después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado»¹¹. No es mucho, pero es algo. Ello de pronto confirma la sospecha de que los mayores metrados, una vez que superen ese límite, podrán ir a arbitraje.

2. ¿CONCILIACIÓN O ARBITRAJE?

Al regular sobre la solución de controversias e impugnaciones la nueva LCE reitera que «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»¹². Alude al acuerdo que pueden adoptar la entidad y el contratista para transitar primero por la vía de la conciliación como paso previo, an-

tes de ir al arbitraje o para ir directamente a esta última vía. La referencia a la conciliación ha sido históricamente innecesaria porque las entidades en la práctica no tenían ninguna capacidad para llegar a ninguna transacción con sus contratistas, al extremo que en aplicación del Reglamento de la Ley de Conciliación las partes convenían «que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral [...] [quedando] habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje».¹³

El motivo era muy simple. Los procuradores podían iniciar cualquier proceso previa Resolución Ministerial o del titular de la entidad y podían “es un decir” conciliar, transigir, desistirse o allanarse previa Resolución Suprema¹⁴, lo que tornaba virtualmente imposible que lo hagan, sea porque no obtenían una autorización de ese rango normativo dentro de los plazos perentorios que se requerían, sea porque no se las conferían o porque simplemente ellos mismos, conscientes de sus realidades, no las solicitaban.

Era una práctica antigua que se remonta a la antigua Ley de Representación y Defensa del Estado y de su reglamento que consagraban este contrasentido a contrapelo del principio universalmente admitido, según el cual quien puede lo más, puede lo menos o, para decirlo más apropiadamente: Quién puede lo uno, puede lo otro. Si el procurador puede demandar, que equivale a iniciar un proceso o dar el primer paso dentro de una controversia, pues necesariamente tiene que poder dar los siguientes y llegar hasta el final. Por consiguiente, debería poder también conciliar, transigir, desistirse o allanarse que son las formas de terminar, en ocasiones con saldos favorables para el Estado.

• • • • •

⁹ Reglamento de la LCAE, artículo 56º, cuarto párrafo.

¹⁰ Reglamento de la LCE, artículo 199º, primer párrafo.

¹¹ Reglamento de la LCE, artículo 199º, segundo párrafo.

¹² Ob.cit., artículo 52º, primera parte del primer párrafo.

¹³ Reglamento de la Ley 26872, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2005-JUS, artículo 7º, numeral 1, inciso b), primer acápite.

¹⁴ Así lo señalan los artículos 12º y 19º de la Ley de Representación y Defensa Judicial del Estado, aprobada mediante Decreto Ley 17537, publicado el 25.03.69, hace cerca de 40 años.

Si el procurador puede demandar, que equivale a iniciar un proceso o dar el primer paso dentro de una controversia, pues necesariamente tiene que poder dar los siguientes y llegar hasta el final.

Así lo ha entendido el legislador moderno y prueba de ello es la aprobación de la Ley de Defensa Jurídica del Estado que, entre otras interesantes disposiciones, establece que en adelante los procuradores podrán conciliar, transigir o desistirse de demandas, conforme a los requisitos y procedimientos que se establezca en el respectivo reglamento, para cuyo efecto, agrega, será necesaria la expedición de la resolución autoritativa del titular de la entidad, previo informe del procurador en el que se precise los motivos de la solicitud¹⁵. Es una muy buena noticia que les restituirá a los procuradores el rol que siempre debieron mantener en defensa de los reales intereses del Estado. Es una reforma, en suma, que hace abrigar la esperanza de que en breve empiecen a resolverse algunas controversias sobre contratación pública de una manera todavía más rápida por la vía de la transacción.

3. ARBITRAJE OBLIGATORIO

En 1997 se promulgó la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo primer anteproyecto tuve el honor de elaborar¹⁶, y se introdujo en el país toda una revolución legislativa en materia de compras públicas que unificó en un solo cuerpo normativo al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP)¹⁷, a la Ley de Consultoría y al Reglamento General de las Actividades de Consultoría (REGAC)¹⁸ y al Reglamento Único de Adquisiciones (RUA)¹⁹, entre otras disposiciones que regulaban todas las licitaciones y concursos de bienes, servicios, obras y demás contratos estatales. El nuevo ordenamiento también concentró en el entonces novísimo Consejo Superior de Con-

trataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) a todos los consejos preexistentes, tales como el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (CONSULCOP), el Consejo Superior Nacional de Consultoría (CONASUCO) y los Consejos Departamentales de Adquisiciones, originalmente creados por esos dispositivos.

Una de las novedades que trajo consigo el nuevo universo normativo fue la incorporación del arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias en materia de contratación pública. Cuando hicimos esa propuesta sabíamos que tenía muy pocas posibilidades de prosperar; sin embargo, teníamos la absoluta seguridad de que era la única forma de resolver los litigios del Estado por esta vía, comprobadamente rápida y eficaz, habida cuenta que desde siempre las entidades públicas habían rehusado dirimir sus discrepancias con los particulares de esta forma, salvo que se trate de contratos financiados con créditos procedentes del exterior, cuyas propias bases ya incluían dicha alternativa sin opción a escaparse de esta jurisdicción. Nos sorprendió que la propuesta se mantuviera hasta el final sorteando con éxito todos los obstáculos que se le pusieron en el camino y nos sigue sorprendiendo, gratamente sin duda, perdurando en el tiempo y constituyéndose en una fórmula pionera y ejemplar para las legislaciones especializadas de otros países.

Los resultados de esta importante innovación legislativa saltan a la vista. Basta señalar de pronto algo de público conocimiento, esto es que desde que se puso en vigencia, la resolución de los conflictos entre entidades y contratistas se ha hecho muy fluida. Y lo será todavía

Cuando hicimos esa propuesta sabíamos que tenía muy pocas posibilidades de prosperar; sin embargo, teníamos la absoluta seguridad de que era la única forma de resolver los litigios del Estado por esta vía, comprobadamente rápida y eficaz...

• • • • •

¹⁵ Inciso 2 del artículo 23° de la Ley de Defensa Jurídica del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo 1068.

¹⁶ A iniciativa del CONSULCOP que se adelantó a la reforma y preparó un conjunto de documentos que sirvieron de base para la aprobación primero de la nueva Ley y posteriormente de su Reglamento.

¹⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo 034-80-VC del 21.11.80 y con fuerza de ley en virtud de lo dispuesto en la Ley 25388 del 08.01.92.

¹⁸ Ley 23554 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 208-87-EF con fuerza de ley en virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 608 del 10.07.90.

¹⁹ Aprobado mediante Decreto Supremo 065-85-PCM del 19.07.85.

más a partir del momento en que unos y otros puedan conciliar sus respectivas pretensiones o meditar mejor y discernir lo que les resulta más conveniente a sus intereses en cuanto empiece a funcionar la modificación de la ya citada Ley de Defensa Jurídica del Estado.

4. ARBITRAJE DE DERECHO

La nueva ley persiste en señalar que «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 este orden de preferencia en la aplicación del derecho»²⁰. La LCAE no entraba a este detalle sobre otras normas y sus prioridades. Suponemos que ahora se ha incluido con el objeto de asegurar la vigencia de las normas de control que exceptúan de la jurisdicción arbitral a determinadas materias²¹. Insiste también la LCE en exigir que «el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados» para luego añadir una novedad al sostener «que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado»²².

Reiterar que el arbitraje será de derecho puede parecer una terquedad del legislador, pero no lo es. Desde 1998 diversos operadores insisten con múltiples argumentos para que el arbitraje en la contratación pública sea de conciencia. No han tenido éxito y cada vez, por el contrario, se fuerza para que todo el proceso se ajuste más a la normatividad le-

gal al punto que ahora no sólo se exige, como siempre, que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral sean «necesariamente abogados» sino que además «cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado», tal como se ha referido. Al parecer algunos laudos se estarían escapando del marco legislativo aplicable y se estarían resolviendo según los «conocimientos y leal saber y entender»²³ de los árbitros, como si fueran efectivamente arbitrajes de conciencia.

Está claro que el Estado no acepta que las controversias en las que se encuentren involucradas sus distintas instancias administrativas se arreglen al margen del derecho y ello explica los nuevos requisitos que, sin embargo, no se les reclama a «los demás integrantes del colegiado [que pueden] ser expertos o profesionales de otras materias»²⁴ con lo que se configura una exigencia que sólo se aplica a un árbitro que para mayor abundamiento es el único que está en la genuina posibilidad de garantizar un arbitraje de derecho lo que puede ser un contrasentido. Si la norma opta por un tribunal multidisciplinario no debería pretender un arbitraje de derecho. Si opta por un arbitraje de derecho no debería pretender un tribunal multidisciplinario.

Los críticos del arbitraje de derecho sostienen que la presencia dentro de un tribunal de árbitros especializados en la materia en conflicto aporta conocimientos importantes para la resolución de cada caso. Es verdad. No menos cierto es que en la misma medida contribuyen los peritos cuyos dictámenes suelen inclinar los procesos a uno u otro lado

Los críticos del arbitraje de derecho sostienen que la presencia dentro de un tribunal de árbitros especializados en la materia en conflicto aporta conocimientos importantes para la resolución de cada caso.

• • • • •

²⁰ Segundo párrafo del artículo 52° de la LCE que, por lo demás, incurre en error al diferenciar al árbitro único del tribunal arbitral como si fueran opciones distintas y sin advertir que el tribunal arbitral también puede ser unipersonal como lo reconoce el artículo 53.2 de la LCAE y lo aclara el Diccionario de la Real Academia al definir como «tribunal colegiado al que se forma con tres o más individuos, por contraposición al tribunal unipersonal».

²¹ Específicamente de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control 27785 promulgada el 22.07.02, cuyo artículo 23° dispone que las decisiones que emita la Contraloría General no podrán ser objeto de arbitraje ni pueden ser sustraídas de su competencia.

²² Tercer párrafo del artículo 52° de la LCE.

²³ Según la definición que recoge el segundo párrafo del artículo 3° de la derogada Ley General de Arbitraje 26572.

²⁴ Ob.cit., tercer párrafo.

e ilustran a los árbitros para tomar una mejor decisión ajustada a la ley. Los peritos son los expertos en cada materia, no los árbitros, que lo deben ser también, según se subraya ahora para los abogados, pero en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado. No necesariamente en las distintas disciplinas sobre las que se discute. Para zanjar el asunto se creó ese arbitraje de derecho sui generis²⁵ para que, en el caso de un tribunal de tres miembros, cuando menos uno debe ser obligatoriamente abogado. En la hipótesis de que, en efecto, sólo uno lo sea, garantizar un laudo ajustado a derecho, por más especialista que sea el hombre de derecho, no resulta muy fácil a no ser que los otros miembros se avengan a lo que el presidente sugiera en este asunto o que se le otorguen facultades extraordinarias distintas de aquellas que sólo ejerce en caso de empate. ¿Cómo se asegura un arbitraje de derecho con una mayoría de expertos de otras profesiones integrando el tribunal? ¿Quién responde sobre la legalidad del proceso y del laudo? No parece justo responsabilizar al que puede estar en minoría sobre cuestiones que se resolverán por mayoría. Si salva su voto y emite uno singular, su responsabilidad puede quedar protegida; pero ¿Y el laudo? ¿Podría ser anulado en la vía judicial? Todo parece indicar que sí. Siempre que no se hayan observado las formalidades procesales más indispensables.

La acreditación de las especialidades dispuesta por la nueva ley, por otra parte, abre otras interrogantes. ¿Quién las validará? Sabido es que ninguna facultad de derecho acredita especialidades al término de los estudios regulares. ¿Habrá que hacer una maestría o bastarán algunos cursos de especialización o

diplomados? ¿Será suficiente haberse desempeñado como árbitro en estas materias durante determinado tiempo o estar inscrito en un determinado registro? Son inquietudes que deben despejarse en breve.

5. EL DEBER DE INFORMAR

Al tratar sobre los árbitros la nueva LCE preceptúa que éstos «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 Superior de las Contrataciones del Estado –OSCE»²⁶. Actualmente existe un Código de Ética, aprobado por el CONSUCODE²⁷ que establece las reglas que se deben observar tanto en los arbitrajes sometidos al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (SNCA) como en aquellos ad hoc que se encuentren bajo el ámbito de la LCAE y su reglamento y obliga por igual a los árbitros, a las partes, a sus representantes y asesores así como también al personal del SNCA y del Consejo mismo, a quienes expresamente se les impide prestar servicios de secretaría arbitral en los procesos que no sean organizados y administrados por esa dependencia.

El código dispone que los árbitros deben conducirse bajo el imperio de los principios de independencia, imparcialidad, equidad, eficiencia, integridad, confidencialidad, intermediación y transparencia que los obliga, este último, a informar respecto de todos los hechos o circunstancias que puedan originar

¿Cómo se asegura un arbitraje de derecho con una mayoría de expertos de otras profesiones integrando el tribunal? ¿Quién responde sobre la legalidad del proceso y del laudo?

• • • • •

²⁵ Sui generis porque en el arbitraje de derecho todos los árbitros deben ser abogados tal como lo dispone la nueva Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo 1071, en el inciso 1 de su artículo 22°, al precisar que «en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario» y como lo disponía aún más categóricamente la antigua Ley General de Arbitraje 26752, en el segundo párrafo de su artículo 25°, al indicar que «el nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados».

²⁶ Ob.cit., artículo 52°, cuarto párrafo. El OSCE es la nueva denominación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) creado por la original LCAE.

²⁷ Mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE del 05.06.08, publicada en el diario oficial el 11.06.08.

dudas justificadas que afecten la integridad del arbitraje o de cualquiera de los principios que lo gobiernan²⁸. Como recuerda el experto español José María Alonso «no basta con que el árbitro se considere a sí mismo o simplemente se declare independiente e imparcial, sino que es necesario que aquél revele a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia»²⁹.

Precisamente, sobre el deber de informar³⁰, la norma estipula que el árbitro debe comunicar a las partes si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o, si adquiere o pudiese adquirir, algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole con relación al resultado o a la tramitación del arbitraje. Igualmente, si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño. También debe informar si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.

Del mismo modo debe decir si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades. Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativa que pudiera dar

lugar a duda justificada respecto de su imparcialidad o independencia.

Nótese que la norma obliga a informar si el mismo árbitro tiene esos conflictos con alguna de las partes. No expresa si en algún proceso, terminado o en trámite, se conduce como abogado, representante o asesor de un tercero que litiga con una parte. En este extremo, el Código exige informar si el árbitro es más bien abogado, representante o asesor de alguna parte en conflicto. No si lo es en contra de ella, porque lo que se quiere evitar es que quien está al servicio de una de las partes sea árbitro.

Resulta inaceptable sostener, como lo han manifestado algunas entidades, que no puede actuar como árbitro quien es abogado, representante o asesor de un tercero que ha litigado o litiga con una de las partes porque podría tener cierta animadversión contra ella. Forzando el esquema en esa línea se terminaría marginando de estos procesos a todos los expertos en determinadas especialidades que por cierto siempre litigan –en ejercicio de su profesión–, en unos casos a favor y en otros en contra de determinadas entidades y contratistas. Mientras esos árbitros no se conduzcan o se hayan conducido al servicio de una parte, naturalmente no están impedidos de actuar como árbitros.

El arbitraje en la contratación pública busca que sean los expertos los que integren los tribunales y no que sean proscritos para terminar confiando estas tareas en quienes no dominan las múltiples especialidades. Eso de que prestar servicios a un tercero que tiene o ha tenido un conflicto con una de las partes puede constituir un impedimento, no resiste ningún análisis serio y más bien apunta a debilitar la institución creada para facilitar y

El arbitraje en la contratación pública busca que sean los expertos los que integren los tribunales y no que sean proscritos para terminar confiando estas tareas en quienes no dominan las múltiples especialidades.

• • • • •

²⁸ Código de Ética, artículo 3º.

²⁹ ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros», en *Revista Peruana de Arbitraje*, 2/2006, p.99.

³⁰ Ob.cit., Artículo 5º.

agilizar la resolución de conflictos y no para complicarla.

El código, por último, faculta a los propios árbitros, a las partes, a sus representantes, abogados y/o asesores, al personal del SNCA y a cualquier persona que tenga conocimiento de la infracción de sus normas a interponer la denuncia correspondiente a efectos de que el CONSUCODE –en adelante será el OSCE–, de encontrarla procedente, la traslade al denunciado para que formule sus descargos en un plazo de cinco días, para luego emitir su pronunciamiento o solicitar mayor información si lo estima pertinente, pudiendo finalmente amonestar al infractor o suspenderlo en forma temporal o permanente para ejercer el cargo de árbitro, sin perjuicio de separarlo en forma definitiva del registro, alternativa que la nueva ley ha recogido al precisar que «los árbitros que incumplan con esta obligación serán sancionados en aplicación del reglamento y del Código de Ética.»

6. RECURSO DE ANULACIÓN

«El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación» establece, finalmente la LCE. No dice nada respecto del recurso de anulación. El nuevo reglamento dispone que “como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida”³¹. El derogado Reglamento de la LCAE decía que “para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá estable-

cerse como requisito que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida, siempre que esté recogido en el convenio arbitral o lo disponga el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia”³².

Al omitir la referencia a lo que pueda disponer el reglamento del respectivo centro de arbitraje podría pensarse que el proyecto le ha restado fuerza al alcance original de este requisito de la fianza. No es así, en realidad. En la práctica, sigue igual. Sólo puede exigirse esta garantía en el caso de que estuviese pactado o lo establezca la institución arbitral, lo diga o no lo diga el nuevo reglamento, porque si el centro lo tiene previsto y las partes se han acogido a sus normas es como si estuviese acordado por ellas mismas³³. Ese no es el problema. El problema estriba en que el proyecto ha desaprovechado la oportunidad de incorporar plenamente esta figura que consolida al arbitraje como mecanismo efectivo y rápido de solución de controversias, tal como lo hemos solicitado en varias ocasiones³⁴.

Está demostrado que cuando existe la obligación de consignar una fianza como requisito para interponer un recurso de anulación contra el laudo, éste no se presenta salvo en los casos en que efectivamente se evidencia una causal válida que afecta la formalidad del proceso. Cuando no existe la obligación de consignar una fianza, la parte vencida se encuentra más tentada de presentar el recurso como si se tratase de una apelación con la seguridad de que esa articulación dilatará el proceso y diferirá la ejecución del laudo pese a tener la absoluta certeza de que no tiene posibilidad alguna de ser declarada fundada.

El problema estriba en que el proyecto ha desaprovechado la oportunidad de incorporar plenamente esta figura que consolida al arbitraje como mecanismo efectivo y rápido de solución de controversias, tal como lo hemos solicitado en varias ocasiones.

• • • • •

³¹ Reglamento, Artículo 231º.

³² Proyecto de Reglamento, Artículo 289º, tercer párrafo.

³³ Tanto así que el segundo párrafo del artículo 215º del nuevo Reglamento preceptúa que “de haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional.”

³⁴ GANDOLFO, Ricardo. “La garantía del arbitraje de instancia única” en *Diario Gestión*, edición del 05.11.04, p. 15. Véase también del mismo autor: “Justicia rápida y eficaz”, en *Diario Gestión*, edición del 22.04.05, p. 15.

...la interposición del recurso de anulación no suspende per se la ejecución del laudo, como era antes, y que para presentarlo no se necesita el requisito de la fianza que sí es indispensable para solicitar la suspensión de la ejecución del laudo.

No puede obviarse, sin embargo, que la nueva Ley de Arbitraje estipula que “la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable”³⁵. A continuación dispone que “al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.” En seguida agrega que “si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo”³⁶. En otras palabras, no hay forma alguna de impedir la ejecución del laudo sin presentar fianza.

La Ley de Arbitraje, por consiguiente, le ha puesto “el cascabel al gato”. Lo que no se atrevió el legislador a hacer en la Ley de Contrataciones lo ha hecho en la norma general. ¿Será aplicable en el universo de las compras públicas? Nosotros estimamos que sí. Porque la LCE no entra a los detalles de la ejecución del laudo. No regula ese trámite. Es más, preceptúa que 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 esta LCE y su reglamento³⁷.

Queda claro, por tanto, que ahora la interposición del recurso de anulación no suspende *per se* la ejecución del laudo, como era antes, y que para presentarlo no se necesita el requisito de la fianza que sí es indispensable para solicitar la suspensión de la ejecución del laudo. Es una salida inteligente de la Ley de Arbitraje que aplicada a la LCE supone que para la interposición del recurso de anulación sólo será necesaria la fianza en el caso de que esté previsto por las partes o en el reglamento arbitral correspondiente, en tanto que para la suspensión de la ejecución del laudo siempre será un requisito ineludible. Quienes pedían que la interposición del recurso no sea onerosa para las partes pueden estar de alguna manera tranquilos. Se puede presentar el recurso sin acreditar la fianza y éste podrá ser tramitado por la Corte sin requisito alguno. Sólo si se pretende suspender su ejecución será indispensable la garantía.

La antigua Ley General de Arbitraje preceptuaba que el laudo se ejecuta como sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición de la apelación ante una segunda instancia arbitral o de la apelación o anulación ante el Poder Judicial, ambos casos en los que el juez suspendía la ejecución³⁸. Ahora, como se sabe, ya no hay segunda instancia, ni arbitral ni judicial³⁹ y en este extremo la norma general

• • • • •

³⁵ Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo 1071, artículo 66º, inciso 1.

³⁶ *Ibíd.*, inciso 2.

³⁷ *Ibíd.*, artículo 52º.

³⁸ Ley 26572, artículo 84º.

³⁹ El inciso 1 del artículo 59º de la nueva Ley de Arbitraje establece que “todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.” El primer párrafo del artículo 60º de la anterior Ley General de Arbitraje N° 26572 estipulaba que “procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.” Un segundo párrafo, por si fuera necesario, agregaba que “el recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.” Un tercer párrafo advertía que “contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación” porque obviamente allí no hay posibilidad alguna de revisar la correcta aplicación e interpretación del derecho habida cuenta que en estos casos los árbitros resolvían “conforme a sus conocimientos y leal saber y entender” a juzgar por lo dispuesto en el artículo 3º de la misma Ley.

ha recogido la experiencia valiosa que sobre el particular han aportado las normas sobre contrataciones públicas desde 1998, año en que entró en vigencia el arbitraje de instancia única que incorporamos en el anteproyecto de la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El Decreto Legislativo 1071, en esa línea, dispone que la parte ejecutada sólo podrá oponerse a la ejecución del laudo si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución consignando la correspondiente carta fianza⁴⁰.

Es cierto que el Reglamento de la LCE estipula que cuando se interponga un recurso de anulación, la parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el árbitro único o ante el tribunal arbitral la interposición de este recurso dentro de los cinco días de vencido el plazo para hacerlo pues en caso contrario «se entenderá que el laudo ha quedado consentido en sede arbitral»⁴¹. No menos cierto es que nada obliga a inferir que en razón de esta disposición la anulación del laudo automáticamente suspende su ejecución. Ni la LCE ni el reglamento se ocupan de la ejecución de los laudos, tema en el que, por ello se aplica necesariamente lo preceptuado en la Ley de Arbitraje.

¿De qué sirve un recurso de anulación que no suspenda la ejecución del laudo? Esa es otra historia. Si habiéndose ejecutado el laudo, el recurso termina siendo declarado infundado no hay mayor problema. Si se declara fundado y se anula el laudo en forma total o parcial procede el recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema⁴². Interpuesta la casación o no, el proceso se ajustará a lo señalado por la nueva Ley de Arbitraje que contempla diversas consecuencias para cada una de las causales previstas para solicitar la anulación⁴³.

Si alguna de ellas no puede implementarse o habiéndose implementado lo finalmente resuelto tampoco puede ejecutarse siempre quedará la posibilidad de que la parte perjudicada por la ejecución del laudo pida y obtenga la indemnización pertinente. Pero de todos los casos, esos, estamos seguros, serán los menos. La mayoría de ellos se resolverán correctamente y la innovación impuesta por el Decreto Legislativo 1071 le habrá dado a la legislación sobre contratación pública y a toda controversia susceptible de dilucidarse en la vía arbitral el respaldo y las seguridades que se reclamaban para resolver las diferencias realmente de manera efectiva y rápida.

7. CONCLUSIONES

Una primera conclusión que salta a la vista de esta rápida revisión de las normas sobre resolución de conflictos en la nueva LCE es que se persiste en reforzar y ampliar la jurisdicción de la Contraloría General de la República en esta materia, creando y extendiendo los alcances de esas excepciones que impiden llevar a arbitraje asuntos vinculados a las denominadas prestaciones adicionales. No es por cierto una buena señal en circunstancias como las actuales. Si el país quiere continuar esa política de sembrar confianza en los operadores económicos una extraordinaria medida sería la de hacer exactamente todo lo contrario de lo que se está haciendo en este tema. Anunciar que absolutamente todos los conflictos que se deriven de un contrato, sin excepción alguna, se solucionarán en la vía arbitral, si es que no se superan en una etapa previa de conciliación, sería, dentro de este contexto, muy importante. Sería como sacarle el mayor provecho posible a ese indiscutible avance legislativo de haber incorporado este mecanismo a la normativa sobre contratación pública.

¿De qué sirve un recurso de anulación que no suspenda la ejecución del laudo? Esa es otra historia.

• • • • •
⁴⁰ Nueva Ley de Arbitraje, artículo 68º, inciso 3.

⁴¹ Reglamento, artículo 231º, penúltimo párrafo.

⁴² Tal como lo dispone ahora el inciso 5 del artículo 64º de la Ley de Arbitraje, continuando con la tendencia de proteger la institución y asegurarse de que el laudo efectivamente debe ser anulado

⁴³ *Ibíd.*, artículo 65º.

De otro lado, en lo que respecta a la conciliación es pertinente señalar que se advierte notables progresos aunque también es preciso reconocer que éstos no se deben a la nueva ley que nos ocupa sino a la nueva Ley de Defensa Jurídica del Estado que ha restablecido la equidad al exigir los mismos requisitos para que el Estado demande y para que llegue a acuerdos con sus contratistas.

En tercer lugar, debe destacarse que la LCE, pese a sus retrocesos, mantenga la figura del arbitraje obligatorio como mecanismo de solución de controversias sin ceder a los insistentes reclamos de quienes, sin mayor sustento jurídico, piden que se vuelva totalmente atrás y se regrese a la vía administrativa y agotada ésta, al Poder Judicial.

En cuanto al arbitraje de derecho sui generis que consagra la norma no hay mucho que decir. Salvo que el legislador no ha cedido a nada y ha seguido en lo suyo aunque esta vez ajustando al árbitro único y al presidente del tribunal a quienes no sólo les exige que sean abogados sino que ahora obligará que sean también especialistas en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, configurando un requisito que no se pide a los demás integrantes del colegiado que pueden ser solamente expertos o profesionales de otras materias.

Con relación al deber de informar de los árbitros creemos que hay un avance importante al incorporar principios éticos que salvaguardan la independencia, imparcialidad y autonomía pero que al mismo tiempo no dejan a los procesos desguarnecidos y en manos de árbitros sin mayor experiencia en cada especialidad.

Una última conclusión es la que nos parece más importante. Es la relativa a la imposibilidad de suspender la ejecución del laudo sólo con la interposición de un recurso de anulación. Aquí también por aplicación de la nueva Ley de Arbitraje será indispensable acreditar la constitución de una fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine como condición para suspender la ejecución del laudo, con lo que en la práctica se fortalece aquella norma que dispone que el laudo sea inapelable, definitivo y obligatorio.

En resumen, hay avances y retrocesos, como en toda nueva ley. Algunos no se pueden atribuir directamente a la LCE pero ese detalle en el fondo no interesa. Importa el conjunto, los resultados que se otean en el horizonte y que son el fruto de la combinación de todas las normas que interactúan entre sí y que pueden anunciar tiempos mejores o peores, según como sean aplicadas por sus respectivos operadores. Confiamos en que lo harán bien.

