

OPINIÓN N° 038-2020/DTN

Solicitante: Marco Antonio Marreros Gonzáles

Asunto: Arbitraje en el marco de la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Carta S/N de fecha 03.MAR.2020

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el señor Marco Antonio Marreros Gonzáles formula varias consultas referidas al arbitraje en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

**2. CONSULTAS Y ANÁLISIS**

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente a partir del 3 de abril de 2017.
- “**anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente a partir del 3 de abril de 2017.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿De haberse pactado en el convenio arbitral una única institución arbitral para que administre y organice determinado proceso arbitral, ésta institución arbitral podría inhibirse o declinar de administrar determinada controversia, tomando en consideración que no existiría otra institución a la cual recurrir en caso de conflicto pues no se encontraría pactada en el citado convenio arbitral?” (Sic.).*

2.1.1. De manera previa, es necesario recalcar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al **sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos**. En esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar, en vía de opinión, si las instituciones arbitrales que organizan y administran arbitrajes sobre las controversias suscitadas en el marco de los contratos celebrados bajo lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, tienen la facultad o no de “inhibirse” o “declinar” el mencionado encargo; dicha situación **no** ha sido contemplada en la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. Realizadas las precisiones previas, corresponde señalar que el artículo 45 de la anterior Ley establecía que las controversias que surgían entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resolvían, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes, y dentro del plazo de caducidad correspondiente.

Cabe precisar que el numeral 184.3 del artículo 184 del anterior Reglamento facultaba a las partes a recurrir al arbitraje ad hoc únicamente cuando las controversias derivaban de contratos de bienes, servicios y consultorías en general, cuyo monto contractual original era menor o igual a veinticinco (25) UITs.

2.1.3. En relación con el arbitraje institucional en el marco de los procesos de contratación regulados bajo lo previsto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, se tenía que tener en cuenta dos momentos:

1. **Antes del perfeccionamiento del contrato:**

- Cuando correspondía que las posibles controversias que se suscitaban durante la ejecución del contrato fueran sometidas a arbitraje institucional, el numeral 185.3 del artículo 185 del anterior Reglamento establecía que **la Entidad debía incorporar en** la cláusula de solución de controversias **de la proforma de contrato contenida en los documentos del procedimiento de selección**, una lista de **dos (2) instituciones arbitrales** registradas y acreditadas ante el OSCE, **como mínimo**, las cuales preferentemente debían encontrarse ubicadas en el lugar del perfeccionamiento del contrato.
- Así, **el postor debía elegir a una de esas instituciones**, señalando un **orden de prelación** con relación a las demás, de ser el caso, **al momento de la presentación de su oferta**. Si el postor no cumplía con ello, la Entidad elegía a la institución arbitral correspondiente y fijaba el orden de prelación, de ser el caso.
- Es importante resaltar que dicho orden de prelación era respetado por las partes **en caso** se identificara que la institución arbitral elegida inicialmente no se encontraba registrada y acreditada ante el OSCE al momento del perfeccionamiento del contrato o hubiera perdido su registro y acreditación con posterioridad.

2. **Al momento del perfeccionamiento del contrato y luego de su perfeccionamiento:**

- De conformidad con el numeral 185.1 del artículo 185 del anterior Reglamento — cuando correspondía que las posibles controversias que se suscitaran durante la ejecución del contrato fueran sometidas a arbitraje institucional—, **en el convenio arbitral** las partes **debían encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral** debidamente acreditada ante el OSCE, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo podía ser incorporado en el contrato.
- Cabe precisar que, **durante la ejecución del contrato**, las partes **podían establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no** contravinieran las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado<sup>1</sup>.

De lo expuesto hasta este punto puede inferirse que, **al momento del perfeccionamiento del contrato**, las partes designaban —entre las, al menos, dos instituciones arbitrales que se hubieran consignado de manera previa al perfeccionamiento del contrato— a la institución arbitral que se encargaría de la organización y administración del arbitraje en caso se suscitaran controversias durante la ejecución del contrato. Cabe resaltar que ante la posible situación de que la institución arbitral designada en el convenio no pudiera encargarse de la organización y administración del arbitraje, el artículo 185 del anterior Reglamento había previsto la posibilidad de que las partes, de mutuo acuerdo, pudieran establecer estipulaciones adicionales o modificatorias al convenio arbitral **siempre que** éstas no contravinieran las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado, como por ejemplo, no haber agotado el listado —de acuerdo con el orden de prelación previamente establecido— de instituciones arbitrales formulado antes del perfeccionamiento del contrato, de conformidad con el numeral 185.3 del artículo 185 del anterior Reglamento.

2.1.3. Como puede apreciarse, la anterior normativa de contrataciones del Estado disponía que cada contrato, cuyo cumplimiento integral era obligatorio para las partes, contemplaba la forma en cómo éstas (las partes) designaban a la institución arbitral que se haría cargo de organizar y administrar el arbitraje que resolvería las controversias que pudieran suscitarse durante la ejecución del referido contrato; así, **las partes se obligaban a** someter las controversias del contrato a la institución arbitral designada conforme al procedimiento estipulado en el artículo 185 del anterior Reglamento.

2.2. *“De ser afirmativa la respuesta, en el supuesto de una declaración de nulidad o resolución del contrato, en los que la Ley de Contrataciones del Estado establece un plazo de caducidad de treinta (30) días para recurrir al arbitraje, ¿este plazo se reactivaría para iniciar un nuevo arbitraje ante otra institución arbitral? O en efecto, ¿habría caducado el derecho por el transcurso del tiempo en tanto que la inhibición del Centro habría tardado más de treinta (30) días?” (Sic.).*

---

<sup>1</sup> De conformidad con el segundo párrafo del numeral 185.1 del artículo 185 del anterior Reglamento.

- 2.2.1. De manera previa, corresponde indicar que el OSCE no puede emitir pronunciamiento respecto de situaciones o casos concretos. En esa medida, debe resaltarse que el criterio desarrollado en la presente Opinión **no puede y no está vinculado** a una situación particular (*como el tiempo que una institución arbitral emplea para decidir sobre hacerse cargo o no de la organización y administración de un arbitraje*), sino que desarrolla el **alcance y sentido general** de las disposiciones contenidas en la anterior normativa de contrataciones del Estado.
- 2.2.2. Precisado lo anterior, debe indicarse que de conformidad con lo previsto en los artículos 122 y 137 del anterior Reglamento, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución del contrato o la declaratoria de nulidad, el contratista podía someter a arbitraje las controversias al respecto, siendo éste un **plazo de caducidad**.

Asimismo, el numeral 45.4 del artículo 45 de la anterior Ley establecía que el arbitraje, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, **se regía especialmente por lo establecido en la anterior Ley y el anterior Reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia**<sup>2</sup>.

Al respecto, es importante traer a colación que el artículo 33 del Decreto Legislativo N° 1071 “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, establece lo siguiente:

**“Artículo 33.- Inicio del arbitraje**

*(...), las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se **iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje**”.* (El resaltado es agregado).

Por tanto, **a fin de ejercer su derecho a someter a arbitraje** las controversias suscitadas en el marco de la ejecución de un contrato celebrado bajo el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, **las partes debían presentar la solicitud de arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución del contrato o la declaratoria de nulidad**<sup>3</sup>; considerando que

<sup>2</sup> En relación con la aplicación supletoria de las normas legales, Luis Orellana (2000) señala que: “La teoría de la ley comprende el estudio de las características fundamentales de la fuente material y formal más importante del derecho. (...), una de las clasificaciones legales referidas a la aplicación y que dice relación con el contenido material y personal de la ley, la divide en ley general y ley especial. Esta clasificación se sustenta en el hecho de considerar como unidad al ordenamiento jurídico, donde la ley general contempla las materias más totalitarias del sistema, dejándose a la ley especial la tarea de ocuparse de situaciones o materias más singulares, específicas o concretas, pero en la que se encuentran presentes los principios que informan a la ley general. El concepto supletorio subyace en esta clasificación, por cuanto ante la conexión evidente entre ley general y especial, la primera configura la norma de reemplazo para las faltas y carencias de la segunda, porque la ley general es el derecho supletorio por antonomasia, ante las ausencias de la ley especial”. Orellana, L. (2000), *La Supletoriedad de las Leyes*, Chile, Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 N° 4, Sección Estudios, pp. 807-822.

<sup>3</sup> Al respecto, cabe señalar que Eugenia Ariano (2014) realiza un análisis respecto de la caducidad y la prescripción, detallando sus semejanzas y diferencias, y señala lo siguiente: “(...) tanto la prescripción como la caducidad están concebidas como fenómenos extintivos: La primera de la “acción, pero no del derecho mismo” (...); mientras que la segunda del “derecho y la

de no presentar la solicitud de arbitraje dentro de dicho plazo, operaba la caducidad de su derecho a someter sus controversias a arbitraje<sup>4</sup>.

De esta forma, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que el plazo previsto conforme con lo dispuesto en la anterior Ley y el anterior Reglamento para someter a arbitraje las controversias relacionadas a la nulidad o la resolución del contrato era de **caducidad**; una vez vencido dicho plazo, las partes perdían el derecho a someter sus discrepancias a arbitraje, no siendo posible volver a iniciar el conteo del plazo para tales efectos.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. La anterior normativa de contrataciones del Estado disponía que cada contrato, cuyo cumplimiento integral era obligatorio para las partes, contemplaba la forma en cómo éstas (las partes) designaban a la institución arbitral que se haría cargo de organizar y administrar el arbitraje que resolvería las controversias que pudieran suscitarse durante la ejecución del referido contrato; así, las partes se obligaban a someter las controversias del contrato a la institución arbitral designada conforme al procedimiento estipulado en el artículo 185 del anterior Reglamento.
- 3.2. La anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que el plazo previsto conforme con lo dispuesto en la anterior Ley y el anterior Reglamento para someter a arbitraje las controversias relacionadas a la nulidad o la resolución del contrato era de caducidad; una vez vencido dicho plazo, las partes perdían el derecho a someter sus discrepancias a arbitraje, no siendo posible volver a iniciar el conteo del plazo para tales efectos.

Jesús María, 18 de junio de 2020

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

JDS

---

*acción correspondiente (...). Efecto extintivo en ambos casos, pues. Un efecto que parecería provocado por la “inacción” de quien debió “actuar” en un determinado tiempo y que, sin embargo, no lo hizo”. Acto seguido, respecto de la “caducidad” precisa: “En contraposición, la caducidad viene configurada (...) como la extinción de un derecho, cual efecto automático del mero transcurso del plazo legal (...) // **la única forma de evitar la caducidad del derecho —o sea, su extinción— es realizando el acto previsto por la ley** —por lo general, pero no sólo, el planteamiento de una demanda— **dentro del plazo legal**”.* (El resaltado y subrayado son agregados).

*Ariano, E. (2014) Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil, Lima-Perú, Themis, Revista de Derecho N° 66, pp. 329-336.*

<sup>4</sup> *Cabe señalar que de acuerdo con el numeral 183.5 del artículo 183 del anterior Reglamento, cuando las partes acudían a la conciliación, de manera previa al arbitraje, en caso el procedimiento conciliatorio concluía por acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes podían resolver la controversia en la vía arbitral. En caso de acuerdo parcial, el arbitraje sólo podía versar sobre la parte controvertida.*