

OPINIÓN N° 043-2020/DTN

Solicitante: Marco Antonio Marreros Gonzáles

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

Referencia: Comunicación S/N recibida el 24.FEB.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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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. ***“El artículo 185.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que, “en caso corresponda que el arbitraje sea institucional, la Entidad incorpora 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 (...) como mínimo, las mismas que***

preferentemente deberán encontrarse ubicadas en el lugar del perfeccionamiento del contrato. El postor elegirá 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 cumple con ello, la Entidad elegirá a la institución arbitral correspondiente y fijará el orden de prelación, de ser el caso. Dicho orden de prelación será respetado por las partes...”. En tal sentido, ¿podría alguna de las partes desconocer dicho pacto y orden de prelación, e iniciar el arbitraje ante otra institución arbitral (no pactada o establecida en las Bases a través de la proforma del Contrato)? ¿Podría alguna de las partes, vulnerar el acuerdo de voluntades en el que se basa el arbitraje?” (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 definir, en vía de opinión, si en un determinado contexto, las partes pueden —o no— someter sus controversias ante una institución arbitral “no pactada o establecida en las Bases a través de la proforma del Contrato”.

2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, 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) UIT’s.

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 debía 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 Estado¹.

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.

2.1.4. Por lo tanto, **la organización y administración del arbitraje respecto de las controversias suscitadas durante la ejecución del contrato debía ser encargado a la institución arbitral establecida en el contrato** —cuyo cumplimiento integral era obligatorio para las partes—, dentro del plazo de caducidad establecido en la

¹ De conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del numeral 185.1 del artículo 185 del anterior Reglamento.

anterior normativa de contrataciones del Estado², en el caso que la referida institución arbitral no podía hacerse cargo de este encargo, **debía agotarse** el listado de instituciones arbitrales formulado antes del perfeccionamiento del contrato, respetando el orden de prelación establecido conforme al procedimiento estipulado en el artículo 185 del anterior Reglamento. Si al agotar tales acciones, la parte interesada no veía satisfecho su derecho de recurrir al arbitraje, de mutuo acuerdo, las partes podían establecer estipulaciones adicionales o modificatorias al convenio arbitral para tales efectos, **siempre que** éstas no contravinieran las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

2.2. “Sobre la base de lo señalado de manera precedente, ¿podría una institución arbitral, ajena al acuerdo de las partes o a la proforma del Contrato, asumir competencia para la administración de un eventual proceso arbitral, vulnerando lo dispuesto en el artículo 185.3 citado?” (Sic.).

2.2.1. Es pertinente indicar que, en vía de opinión, el OSCE solo puede absolver consultas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**. En esa medida, el OSCE no puede definir si, en el contexto de la ejecución de un contrato en particular, una determinada institución arbitral puede “asumir competencia para la administración de un eventual proceso arbitral”; cabe añadir que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido regulación sobre la competencia de las instituciones arbitrales.

Precisado lo anterior, como se indicó al absolver la consulta anterior, la organización y administración del arbitraje respecto de las controversias suscitadas durante la ejecución del contrato debía ser encargado a la institución arbitral establecida en el contrato —cuyo cumplimiento integral era obligatorio para las partes—, dentro del plazo de caducidad establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, en el caso que la referida institución arbitral no podía hacerse cargo de este encargo, debía agotarse el listado de instituciones arbitrales formulado antes del perfeccionamiento del contrato, respetando el orden de prelación establecido conforme al procedimiento estipulado en el artículo 185 del anterior Reglamento. Si al agotar tales acciones, la parte interesada no veía satisfecho su derecho de recurrir al arbitraje, de mutuo acuerdo, las partes podían establecer estipulaciones adicionales o modificatorias al convenio arbitral para tales

² 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 caducidad están concebidas como fenómenos extintivos: La primera de la “acción, pero no del derecho mismo” (...); mientras que la segunda del “derecho y la acción correspondiente (...). Efecto extintivo en ambos casos, pues. Un efecto que parecería provocado por la “inacción” de quien debió “actuar” en su 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.

efectos, siempre que éstas no contravinieran las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIÓN

La organización y administración del arbitraje respecto de las controversias suscitadas durante la ejecución del contrato debía ser encargado a la institución arbitral establecida en el contrato —cuyo cumplimiento integral era obligatorio para las partes—, dentro del plazo de caducidad establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, en el caso que la referida institución arbitral no podía hacerse cargo de este encargo, debía agotarse el listado de instituciones arbitrales formulado antes del perfeccionamiento del contrato, respetando el orden de prelación establecido conforme al procedimiento estipulado en el artículo 185 del anterior Reglamento. Si al agotar tales acciones, la parte interesada no veía satisfecho su derecho de recurrir al arbitraje, de mutuo acuerdo, las partes podían establecer estipulaciones adicionales o modificatorias al convenio arbitral para tales efectos, siempre que éstas no contravinieran las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 19 de junio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS