

Crónica al proyecto de ley que busca modificar el arbitraje en Contrataciones del Estado

Luis Enrique Ames¹

I. Introducción

En el Perú desde el año 1998, el Estado Peruano, en atención a una política de promoción de la inversión privada, tuvo la adecuada decisión de establecer la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de contratación pública, tal es así, que esta acertada medida promovió y generó seguridad jurídica en la inversión pública y privada; por ello, diversas empresas nacionales y del mundo optaron por contratar con el Estado, ante la certeza de que en caso de darse controversias en sus contratos, estas iban a ser resueltas de forma celeré, especializada y eficiente, a través del arbitraje.

Desde dicha fecha a la actualidad el arbitraje no ha hecho más que demostrar plenamente que es el mecanismo heterocompositivo más eficiente en la solución de controversias en la contratación pública.

Si bien, durante este tiempo se han producido algunos hechos relacionados a supuestos actos de corrupción en el arbitraje, estos han sido algunos casos focalizados; los cuales, se encuentran en investigación; sin embargo, el Gobierno de turno los ha generalizado y ha propuesto algunas medidas que a su consideración dan solución al problema que desde la percepción del Ejecutivo me hace suponer que estarían buscando eliminar al arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la Contratación Estatal.

Entre estas propuestas tenemos una que propone modificar los mecanismos de solución de controversias que regula la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE).

Particularmente, esta propuesta es muy perjudicial porque impone que sea la vía judicial la que tenga que resolver las controversias en materia de Contratación Estatal, con las evidentes situaciones negativas que ello va a generar.

El Gobierno olvida de forma intencionada que la institución del arbitraje no es el problema en la Contratación Estatal, desconoce los beneficios que ha generado desde su implementación en el año 1998 y considera que eliminar la obligatoriedad del arbitraje

¹ Abogado, Mediador, Adjudicador, Árbitro del RNA-OSCE y de diversas instituciones arbitrales.

Member of the International Construction Law Association, Asociado del International Centre for Dispute Resolution (ICDR). Latin American and Caribbean Users' Council London Court of International Arbitration (LCIA). The Society of Construction Law Member. Miembro del Singapore Institute of Arbitrators - MSI Arb. Member del Chartered Institute of Arbitrators - MCI Arb, del Club Español del Arbitraje - CEA y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción - ALDEC.

Especialista en Arbitraje, Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas, Derecho Administrativo y Construcción por la: Pontificia Universidade Católica de Paraná - Brasil, Universidad San Pablo - España (CEU Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación – CIAMEN y el Chartered Institute of Arbitrators - CI Arb), Consejo General de la Abogacía Española, International Chamber of Commerce - ICC Spain, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid – CIAM, Universidad Austral - Argentina, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Pacífico, Universidad ESAN y PUCP.

en esta materia es la solución a un problema que en realidad es generado por el propio Estado.

II. **Proyecto de ley que buscar modificar los mecanismos de solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado.**

El Gobierno Peruano ha considerado formular un proyecto de ley, que, entre otros, propone modificar el artículo 45° de la LCE, estableciendo la siguiente fórmula legal:

“Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

*45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, proceso judicial o arbitraje. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje. **Si al momento de la elaboración de las bases la entidad opta por acudir a la vía arbitral, dicha decisión debe encontrarse sustentada en un informe técnico que justifique la conveniencia para el interés público de acudir, en ese caso en particular, a la vía arbitral antes que a la judicial.***

En el caso de la contratación de ejecución de obras, si por el objeto de la controversia se produce la paralización o suspensión de la ejecución de la obra o se incurre en alguna causal de ineficacia estructural o funcional del contrato, se realiza la liquidación de la misma hasta el momento en que se configuró el hecho que suscita la controversia. Realizada la liquidación, la entidad pública afectada inicia acciones para continuar o reanudar la ejecución de la obra, sin perjuicio del proceso judicial o arbitral que se siga.

Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra.

(...)

45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse establecido en las bases que la vía sea conciliación o la arbitral, se inicia en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.

(...)

45.7 Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse establecido en las bases que la vía

sea la conciliación o la arbitral, se inicia en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.

45.8 En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra.

Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a proceso judicial o arbitraje, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

(...)

45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede acudir a otra vía judicial o iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.”.

La propuesta de modificación del Ejecutivo, busca establecer básicamente que la vía judicial sea el mecanismo de solución de controversias obligatorio en las contrataciones del Estado.

III. Justificación del proyecto de ley

De la revisión de la exposición de motivos del proyecto, se aprecia que el Ejecutivo sostiene que “se propone eliminar la obligatoriedad del arbitraje en la contratación estatal, con la finalidad de que su empleo se encuentre fundamentado en una evaluación por parte de la Entidad que la lleve a determinar, en cada caso concreto, si resulta conveniente introducir en el contrato un convenio arbitral o, de ser el caso, optar por llevar una eventual controversia ante el Poder Judicial.”².

Ahora, esta propuesta se basa en “(...) que se ha evidenciado en años recientes el uso del arbitraje como un mecanismo para eludir la correcta aplicación del Derecho, a través de redes de corrupción que involucra a contratistas, árbitros y centros de arbitraje, con la finalidad de perjudicar al Estado. En ese sentido, la propuesta busca atender esta situación, también desde la revisión de la normativa vigente que establece la obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones estatales, proponiendo la modificación de diversas disposiciones de la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado y de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.”³.

En resumen, el Gobierno ha venido considerando que el problema en la Contratación Estatal y los supuestos perjuicios que se señalan son generados por el arbitraje, haciendo referencia a hechos aislados y que, en esencia, constituyen excepciones a la regla general que implica la imparcialidad y verdadera eficacia del arbitraje como el

² Página 29 de la Exposición de Motivos del Proyecto.

³ Página 26 de la Exposición de Motivos del Proyecto.

mecanismo de solución de controversias más idóneo para resolver conflictos en materia de Contratación Estatal.

IV. ¿Cuál es el verdadero problema en la contratación estatal?

La Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría), máximo órgano autónomo que supervisa y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado, publicó el estudio “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013”⁴ (en adelante el Estudio).

El Estudio tenía por objetivo brindar información estadística y económica sobre el arbitraje nacional en las contrataciones públicas para el periodo 2003-2013 identificando entre otros aspectos, estadísticas sobre su distribución por año, por nivel de Gobierno, por objeto de contratación, los montos que el Estado debe pagar según lo establecido en los laudos, así como los costos que los procesos arbitrales han implicado para el Estado.

Dentro de las conclusiones⁵ del Estudio, se destacan las siguientes:

- Los resultados desfavorables que registran las entidades del Estado en la mayoría de los casos no son producto de problemas derivados del propio sistema arbitral. Estos resultados se dan por las causas que generan que el Estado sea llevado a un arbitraje y que, por lo general, están referidas a problemas en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.
- Por tanto, se ha identificado la necesidad de mejorar la organización interna de los órganos encargados de la contratación pública en todos los niveles del Estado, con el propósito de minimizar las deficiencias en el proceso de selección para la contratación de sus bienes, servicios u obras; y promover una estrecha coordinación entre las unidades orgánicas involucradas en el seguimiento de la ejecución de los contratos. De tal forma que en caso la entidad llegue a la vía arbitral no lo haga por problemas y hechos imputables a la propia entidad, como sucede actualmente.
- Es necesario fortalecer la gestión de los procesos arbitrales con especialistas para ejercer una adecuada defensa de los intereses del Estado que no se enfoque estrictamente desde el punto de vista procesalista, sino que sea complementado con la parte técnica y el apoyo de los órganos de línea de la Entidad (áreas usuarias). El propósito final es mejorar la eficiencia en la defensa del Estado. Sin duda, los procuradores deben dominar temas sobre Contratación Pública, Arbitraje y Derecho administrativo.
- Si el problema es la gestión de las obras y compras, debería fomentarse la conciliación para evitar mayores costos propios del arbitraje (tiempos y costos mayores).

⁴ <https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

⁵ Páginas 128 y 129 del Estudio.

De éstas se puede apreciar claramente que la Contraloría de forma diáfana deja establecido que el arbitraje no es el problema en la Contratación Estatal, sino que realmente, es el propio Estado quien genera las controversias en esta, debido a que presenta deficiencias en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.

Incluso este órgano autónomo propone, adecuadamente, la necesidad de mejorar la organización interna de los órganos encargados de la contratación pública en todos los niveles de Estado, con el propósito de minimizar las deficiencias en el proceso de selección para la contratación de sus bienes, servicios u obras; y promover una estrecha coordinación entre las unidades orgánicas involucradas en el seguimiento de la ejecución de los contratos.

V. ¿El Poder Judicial es una vía idónea para la solución de controversias en contratación estatal?

No obstante, que el arbitraje en realidad no es el problema en la contratación pública, es necesario evaluar si el órgano jurisdiccional es la vía idónea para ser un mecanismo de solución en esta materia.

Son plenamente conocidas las ventajas del arbitraje frente al órgano jurisdiccional, tales como, la celeridad, los costos, la especialización de los árbitros, confidencialidad, entre otros.

Sin embargo, debemos hacer especial referencia, a que efectivamente el órgano jurisdiccional no es célere, dado que, como es conocido la estructura de este se basa en un juez especializado, un colegiado superior y una sala suprema, siendo que haciéndose uso de los diversos recursos que la norma procesal provee, un proceso judicial puede durar muchos años sin que este tenga un pronunciamiento definitivo y que no pueda ser revisado por una instancia superior.

No solo se tiene este aspecto negativo, sino que, además, debe considerarse que el órgano jurisdiccional se encuentra desde hace muchos años atrás completamente colapsado, pese a las regulaciones especiales que se han implementado para reducir el tiempo de duración de un proceso judicial.

Muestra de ello, es que incluso, con la aplicación de una regulación especial, por ejemplo, la Ley Procesal del Trabajo, un proceso judicial no dura menos de tres (3) años para poder obtener un pronunciamiento definitivo.

Además, la especialización de los jueces es otro aspecto negativo, toda vez, que en generalidad estos poseen una especialización y experiencia que les es exigida antes de ocupar su cargo, en las áreas en las que se dividen los diversos Juzgados y Salas son bastante generales (Civil, Comercial, Penal, Laboral, etc.)⁶ pero no en materia de contratación estatal, situación que generaría un perjuicio grave e irreparable en el fin de resolver una controversia en esta materia.

⁶ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. Doce razones para elegir al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Ver: https://lpderecho.pe/doce-razones-elegir-al-arbitraje-mecanismo-resolver-una-controversia/#_ftn2

Por otro lado, en relación con los costos, si bien el arbitraje resulta ciertamente oneroso en comparación con el órgano jurisdiccional es importante tener en cuenta que en esencia el arbitraje es menos oneroso y hasta constituiría un ahorro, pues la resolución justa del litigio en corto tiempo trae consigo ventajas patrimoniales⁷.

Ante las mencionadas deficiencias del órgano jurisdiccional se suman las limitaciones logísticas y presupuestales del Poder Judicial (informe del CERIAJUS); ¿Acaso los que han elaborado dicho proyecto se han tomado la molestia de evaluar cuanto tiempo tomo implementar el Nuevo Código Procesal Penal a nivel nacional?; o ¿Cuántos Jueces, Juzgados y Salas tienen las competencias y condiciones idóneas para resolver controversias tan especializadas como las derivadas de la Contratación Estatal, entre ellas la Ejecución de Obras (afectación de la ruta crítica, supuestos de ampliaciones de plazo, calendario acelerado, asientos en el cuaderno de obra, etc).

Como ejemplo, imaginemos que se celebró un contrato entre el contratista "X" y la entidad "Y" para la ejecución de la carretera "Z"; el cual tiene una duración de 360 días calendario; y durante la ejecución de la obra, el contratista "X" (desde su posición) considera que el "estudio de suelos" está mal elaborado (cabe señalar que el estudio de suelos podría haber sido elaborado por el proyectista el cual podría ser un servidor de la Entidad que contrato al contratista "X"); y que, esa situación afecta el normal desarrollo del calendario de ejecución contractual llegando a afectar la ruta crítica (reitero desde la posición del contratista "X"); por lo que, realiza un asiento del inicio de causal para solicitar la ampliación de plazo por 60 días; y que, luego del trámite con el supervisor de la Obra, la Entidad "Y" rechaza el pedido de ampliación de plazo; ahora pongámonos en el supuesto que se apruebe el Proyecto en cuestión, en ese caso, dicho contratista tendría que ir al Poder Judicial para demandar la ampliación de plazo por 60 días; ¿Cuánto tiempo demoraría el Juzgado en primera instancia para calificar su demanda?, ¿Cuánto tiempo tardaría ese Juzgado en emitir una sentencia?; en el supuesto que sea fundado lo demandado ¿la contraparte podría apelar?; si la sala confirma lo resuelto en primera instancia, ¿Podría irse en Casación?; ¿Cuántos años creen que pasaron?; ¿Cuántos años creen que se paralizó la ejecución de la carretera "Z"?; y todo esto para que al final la Corte Suprema (luego de 10 años de lucha en las instancias judiciales); pueda decir: (i) nulo todo lo actuado, presentese otra demanda; (ii) Fundada: corresponde otorgar 60 días adicionales; (iii) infundada: no van los 60 días solicitados continúese con la ejecución de la carretera "Z"; entre otros resolutive que bien podrían ocurrírsele al distinguido lector.

En suma, la desconfianza en el Poder Judicial obliga a que los interesados en contratar con el Estado, se acojan al arbitraje como una solución para sus controversias con el Estado. Por ello, el Perú es líder en la utilización de esta herramienta; ya que, que brinda seguridad jurídica a los capitales privados locales y extranjeros⁸.

⁷ LEÓN BARANDIARÁN HART, José. «El arbitraje: sus ventajas con respecto al proceso judicial». En Legal Express, n.º 5, Gaceta Jurídica, 2001, p. 4.

⁸ GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo. Perú es líder en arbitraje de solución de controversias. Ver: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/peru-lider-arbitraje-solucion-controversias>

VI. ¿La corrupción es un mal que sólo afecta al arbitraje?

Como se puede apreciar de la exposición de motivos del Proyecto, el Ejecutivo considera que el arbitraje es una institución corrupta, dado que, para el Estado, solo en este mecanismo se han producido hechos de corrupción; los que, aparentemente justifican la necesidad de establecer que el órgano jurisdiccional sea la vía para la solución de controversias en materia de contratación estatal, siendo que a consideración del Gobierno, el órgano jurisdiccional es una garantía de imparcialidad al ser designado el juzgador por un órgano autónomo distinto a las partes.

De acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la corrupción es un fenómeno de ámbito mundial que causa pobreza, obstaculiza el desarrollo y hacer huir a la inversión. También debilita los sistemas judiciales y políticos que tendrían que estar al servicio del bien público. No es sorprendente, pues, que, a medida que se menoscaba el imperio de la ley y se hace caso omiso de la voz del pueblo, disminuya la confianza de los ciudadanos en los funcionarios gubernamentales y las instituciones oficiales⁹.

Así, la corrupción no es un problema de instituciones sino uno de personas; por lo que, una institución no es corrupta per se, sino lo son las personas que pertenecen a ésta.

Por otro lado, es un factor común del Gobierno de turno omitir que los mayores escándalos de corrupción en la administración de justicia, aparentemente han sido los del Poder Judicial; por lo que, parecen olvidar que hace poco en Perú se descubrió una supuesta red de corrupción que involucró a diversos Jueces y Fiscales Supremos (autoridades del sistema judicial del más alto nivel jerárquico) conocido como el caso Cuellos Blancos.

Este escándalo tuvo proporciones de carácter internacional no siendo el primer caso en que el órgano jurisdiccional se vio involucrado por imputaciones de corrupción, por ello, el Perú desde hace mucho tiempo se encuentra en una percepción de corrupción del sistema judicial, incluso Transparencia Internacional¹⁰ ha considerado en su ranking 2021 que el país obtiene una puntuación de 36 menor a 50 puntos, lo que indica que tienen graves problemas de corrupción.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional posee una vasta y amplia gama de antecedentes en materia de corrupción que lo han desprestigiado y justamente han generado una desconfianza tal que el Estado tuvo que establecer en el año 1998 la obligatoriedad del arbitraje en contratación estatal para que los que contraten con el Estado tengan confianza de que las controversias en materia de contratación pública no iban a ser ventiladas en el órgano jurisdiccional que tan desacreditado quedó por sus constantes escándalos de corrupción.

VII. La propuesta es peligrosa y ambigua

El proyecto señala que "(...) Si al momento de la elaboración de las bases la entidad opta por acudir a la vía arbitral, dicha decisión debe encontrarse sustentada en un

⁹ Ver: <https://www.unodc.org/newsletter/es/200601/page004.html>

¹⁰ Ver: <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>

informe técnico que justifique la conveniencia para el interés público de acudir, en ese caso en particular, a la vía arbitral antes que a la judicial.”.

Es común escuchar esta frase importante y gráfica “el camino al infierno está lleno de buenas intenciones”, como se podrá apreciar “la buena intención” del Gobierno de dar la posibilidad a la Entidad de que opte por la vía arbitral debe estar sustentada en un informe técnico que justifique su conveniencia.

Particularmente, en el Perú uno de los grandes problemas de los funcionarios y servidores públicos es su exacerbado apego a la norma, con lo cual, si la ley no establece determinadas situaciones el funcionario o servidor opta por denegar aquello que la norma no reconoce expresamente, y en los casos en que la ley establece una determinada obligación y no quien es el responsable de ella, se da una suerte de “anarquía” en relación con definir al funcionario o servidor responsable de hacerse cargo de la obligación.

Ante este contexto, resulta evidente que al ser ambiguo el proyecto y no establecer que funcionario o servidor será el encargado de elaborar y sustentar el informe técnico, saltan diversas dudas y una desconfianza abrumadora, que nos llevan a formularnos las siguientes interrogantes ¿el funcionario o servidor público responsable del informe técnico tendrá conocimientos y experiencia en materia de arbitraje y contratación pública? ¿Si el informe técnico se encarga al procurador público de la Entidad éste tendrá la suficiente expertis en Defensa Jurídica del Estado? ¿Si el informe está a cargo del Órgano Encargado de las Contrataciones este se encontraría capacitado para opinar sobre un tema que no es de su conocimiento y experiencia?

Lamentablemente las desafortunadas “buenas intenciones” del Gobierno únicamente nos van a llevar a una situación que generará arbitrariedad y desconcierto en la Contratación Estatal.

VIII. Conclusiones

El arbitraje ha demostrado cabalmente que es el mecanismo de solución de controversias más eficiente en la solución de controversias en materia de Contratación Estatal, no obstante, el Ejecutivo de forma desacertada considera que es el problema en esta materia, olvidándose incluso que los conflictos en este aspecto se derivan por la propia falta de adecuada gestión del Estado en la contratación pública.

La propuesta de modificación bajo comentario no hace más que ahuyentar a quienes deseen contratar con el Estado y generar que la seguridad jurídica que se ha venido brindando en el Perú, simplemente desaparezca con un plumazo ante la incorrecta concepción y olvido predeterminado del Gobierno de turno.