

OPINIÓN N° 195-2019/DTN

Solicitante: Juan José Pérez Rosas Pons
Asunto: Arbitraje institucional
Referencia: Comunicación S/N con fecha de recibido 24.SET.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Juan José Pérez Pons formula una consulta referida al sometimiento de controversias, en aquellos casos que deba recurrirse a un arbitraje institucional.

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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnica Normativa, se han revisado las consultas planteadas por la Entidad, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la segunda consulta formulada por el solicitante no se encuentra directamente referida al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que solicita que el OSCE determine el acto administrativo a través del cual la Entidad debe realizar la designación de árbitro, aspecto que debe definirse de acuerdo a la organización interna de cada Entidad, y que resulta ajeno a la mencionada normativa. Por tal motivo, se atenderá solo la primera consulta.

“En el supuesto de que en un convenio arbitral determinado, se pacte, por ejemplo, el sometimiento a la administración de un eventual proceso arbitral al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima o al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ¿podría alguna de las partes desconocer dicho pacto e iniciar el arbitraje ante otra institución arbitral (no pactada), alegando que, a la fecha, no hay ningún Centro de Arbitraje acreditado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)? ¿Podría alguna de las partes, vulnerar el acuerdo de voluntades en el que se basa el arbitraje” (Sic).

- 2.1. De manera previa, corresponde señalar que el artículo 45 de la Ley establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o **arbitraje institucional**, según el acuerdo de las partes.

Sobre el particular, cabe precisar que el artículo 182 del Reglamento establece los supuestos en los que, de manera excepcional, las partes se encuentran facultadas a resolver sus controversias mediante arbitraje ad hoc².

- 2.2. En relación con el arbitraje institucional, debe indicarse que el numeral 45.5. del artículo 45 de la Ley precisa que este “(...) *se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto*”.

Concordante a la disposición citada, el numeral 185.1 del artículo 185 del Reglamento precisaba que “*Cuando corresponda el arbitraje institucional, en el convenio arbitral las partes deben encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral debidamente acreditada ante el OSCE, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado en el contrato. (...)*”; al respecto, el numeral 185.5 del mismo artículo señala que “(...). *El OSCE publica en su portal institucional la relación de instituciones arbitrales registradas y acreditadas, así como los convenios arbitrales tipo*”.

De las disposiciones citadas se infiere que en aquellos casos que correspondía recurrir a un arbitraje institucional, las partes debían encomendar la organización y administración de dicho proceso a una institución arbitral que se hubiese encontrado debidamente acreditada ante el OSCE. Para estos efectos, el OSCE debía emitir la directiva que regulara dicha acreditación y, posteriormente, publicaría el listado de instituciones arbitrales acreditadas, en la medida que éstas concluyeran sus respectivos procesos de evaluación.

En relación con ello, el 22 de julio de 2016, mediante Resolución N°277-2016-OSCE/PRE, este Organismo Supervisor aprobó la Directiva N°019-2016/OSCE/CD “Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE”, en cuya Disposición Final se señalaba que ésta entraría en vigencia “en la oportunidad señalada en el Comunicado que emita el OSCE para estos efectos”. **No obstante, se debe mencionar que la aludida Directiva no entró en vigencia**

² De acuerdo al numeral 184.3 del artículo 184 del Reglamento, “*Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc solo cuando las controversias deriven de contratos de bienes, servicios y consultorías en general, cuyo monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT*”.

y fue derogada mediante Resolución N° 023-2019-OSCE/PRE publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 07 de febrero de 2019.

De lo expuesto, se puede deducir que el dispositivo que establecía como requisito que las instituciones arbitrales se encuentren acreditadas por el OSCE no llegó a aplicarse, pues, en vista de que la aludida directiva no entró en vigencia, ninguna institución arbitral podía estar acreditada.

Adicionalmente, es importante precisar que la derogatoria de la Directiva N° 019-2016/OSCE/CD concuerda con la entrada en vigencia del nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 344-2018-EF³; según el cual la acreditación, por parte del OSCE, de las instituciones arbitrales que resolverían las controversias derivadas de los procesos de contratación ya no es necesaria.

- 2.3. Ahora bien, la presente consulta está referida al supuesto en que las partes hubiesen incorporado en el contrato una cláusula de solución de controversias, en la cual se hubiese establecido que el arbitraje es institucional y, además, se hubiese designado a una institución arbitral determinada. Cabe precisar que la institución elegida no se encontraría acreditada, pues como se anotó, la Directiva N°019-2016/OSCE/CD no entró en vigencia.

Respecto del supuesto descrito, es necesario traer a colación que la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento establece lo siguiente:

“La fecha desde la cual resulta obligatorio que solo las instituciones arbitrales acreditadas presten el servicio de organización y administración de arbitrajes institucionales será determinada en la Directiva correspondiente, (...). A partir de dicha fecha, las partes, al momento de suscribir el contrato, solo pueden encargar el arbitraje institucional a una institución arbitral acreditada.

En el caso de contratos que hayan sido suscritos antes de la fecha establecida en la Directiva y en los cuales se haya pactado un arbitraje institucional a cargo de una institución arbitral no acreditada, el proceso se desarrolla bajo sus reglas hasta su culminación”. (El resaltado es agregado)

Del dispositivo citado se puede advertir que la obligatoriedad de la acreditación de las instituciones arbitrales designadas se encontraba supeditada a la entrada en vigencia de la Directiva emitida por el OSCE para estos efectos (lo que nunca ocurrió); de tal manera que mientras no entrase en vigencia la referida directiva, las controversias debían solucionarse conforme a las reglas de la institución arbitral designada en el acuerdo y consignada en el contrato⁴.

En coherencia con lo señalado, durante la vigencia del D.L. N°1341 y las normas reglamentarias que lo desarrollaban, en el supuesto en que las partes hubiesen acordado –y, en consecuencia, consignado en el contrato– solucionar sus

³ El Reglamento se encuentra vigente desde del 30 de enero de 2019.

⁴ Es preciso reiterar que la Directiva nunca llegó a entrar en vigor, por tanto, durante la vigencia del D.L. 1341 y las normas reglamentarias que la desarrollaban, ninguna de las instituciones arbitrales pudo acreditarse ante el OSCE.

controversias bajo las reglas de una institución arbitral determinada, se encontraban en la obligación de cumplir con dicho acuerdo⁵. La circunstancia de que la institución arbitral no se hubiese encontrado acreditada no impedía el cumplimiento de lo establecido en el convenio arbitral, pues el requisito contemplado en el numeral 185.1., del artículo 185 del reglamento no llegó a aplicarse, debido a que la Directiva que debía establecer los requisitos para la acreditación de las instituciones arbitrales no entró en vigencia.

3. CONCLUSIÓN

Durante la vigencia del D.L. N°1341 y las normas reglamentarias que lo desarrollaban, en el supuesto en que las partes hubiesen acordado –y, en consecuencia, consignado en el contrato– solucionar sus controversias bajo las reglas de una institución arbitral determinada, se encontraban en la obligación de cumplir con dicho acuerdo. La circunstancia de que la institución arbitral no se hubiese encontrado acreditada no impedía el cumplimiento de lo establecido en el convenio arbitral, pues el requisito contemplado en el numeral 185.1., del artículo 185 del reglamento no llegó a aplicarse, debido a que la Directiva que debía establecer los requisitos para la acreditación de las instituciones arbitrales no entró en vigencia.

Jesús María, 8 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/JDS

⁵ Ello sin perjuicio de que se configurase alguno de los supuestos previstos por la normativa de Contrataciones del Estado para que proceda la modificación contractual.