

## **Capítulo 3 del Módulo 3**

# **Cómo ejecutar el contrato y cómo solucionar controversias durante esta etapa**

**Docentes**      **Luz María Lorena Guillén Vales**

**Luis Ernesto Huayta Zacarías**

**Marco Aurelio Montoya Lazarte**

Pasos a seguir para el estudio de este capítulo

Paso 1.- Lea el texto de este capítulo. Revise el índice y subraye las ideas importantes a fin de que pueda comprender el texto. Adicionalmente, también es importante que pueda realizar un cuadro resumen de las ideas principales.

Paso 2.- Revise los hipervínculos que muestra el texto, para que pueda tener un mayor conocimiento del tema.

Paso 3.- Reflexione sobre el texto leído, ¿por qué es importante? ¿en qué se relaciona con su labor en la MYPE?

Paso 5.- Recuerde que para el examen final, le será de ayuda el tener cuadros resúmenes de los diferentes temas.

**APRENDIZAJES ESPERADOS:**

- Conocer el procedimiento de ejecución del contrato.
- Conocer el procedimiento para solucionar controversias en la etapa contractual.
- Reflexionar en torno a los mecanismos de solución de controversias en la etapa contractual.

## Índice

### Cómo ejecutar el contrato

- I. Obligación de contratar.
- II. Perfeccionamiento del contrato.
- III. Sujetos de la relación contractual.
- IV. Requisitos para suscribir el contrato.
  - A. Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado.
  - B. Garantías.
  - C. Contrato de consorcio.
- V. Contenido del contrato.
- VI. Plazos y procedimiento para suscribir el contrato.

### Cómo solucionar controversias durante la etapa contractual

- I. Aspectos generales de los mecanismos de solución de controversias en la fase de ejecución contractual.
  - A. La suscripción del contrato estatal o administrativo, como hito diferenciador de relaciones jurídicas.
  - B. La decisión legal de utilizar mecanismos alternativos para la solución de controversias en la etapa contractual.
  - C. Materias de conciliación y/o arbitraje.
  - D. Oportunidad para iniciar los procedimientos y plazos de caducidad.
- II. La conciliación en la contratación estatal.
  - A. La regulación de la conciliación vinculada a las contrataciones estatales.
  - B. Características de la conciliación.
  - C. El procedimiento conciliador.
  - D. Conclusión de la conciliación.
  - E. El acta.
- III. El arbitraje en la contratación estatal.
  - A. ¿Qué es el arbitraje?
  - B. La regulación del arbitraje vinculado a las contrataciones estatales: Arbitraje administrativo.
  - C. Tipos de arbitraje permitidos en la contratación estatal. Arbitraje de derecho y de equidad. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. Árbitro único y tribunal arbitral.
  - D. La solicitud de inicio del arbitraje y su contenido.
  - E. Respuesta de la solicitud de arbitraje.
  - F. ¿Quiénes pueden ser árbitros?
    1. Designación de árbitros.
    2. Aceptación de la designación.
    3. Deberes de los árbitros.
    4. Recusación.
    5. Instalación.
    6. Acumulación.
  - G. El Laudo.
  - H. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y el Sistema Nacional de Arbitraje - SN

## Introducción

La importancia del estudio de este capítulo radica en la utilidad de los temas que aquí se tratan para los operadores de la norma y los proveedores en general. Esta es una etapa fundamental en las contrataciones del Estado, porque es la que permite concretar las compras públicas y la contratación de servicios que van a satisfacer las necesidades de la Entidad, para el cumplimiento de sus objetivos.

Conocer las formalidades para gestionar con éxito la fase contractual, es importante tanto para los funcionarios públicos que laboran en el Órgano encargado de las contrataciones de las Entidades como para los responsables de la gestión de los contratos en las empresas proveedoras del Estado. En ambos casos se busca que el conocimiento de las normas aplicables al procedimiento para el perfeccionamiento del contrato facilite las relaciones entre la Entidad y el ganador la Buena Pro.

Los procedimientos de contratación pública están diseñados para satisfacer a las Entidades públicas, de los bienes, servicios y ejecución de obras necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales. En este escenario, la culminación del contrato es un tema que adquiere singular importancia; pues la Entidad expresa su conformidad con el bien, servicio u obra que recibe y dispone el pago respectivo que ello implica. En otras palabras, es el momento de la efectiva disposición de presupuesto público como contraprestación de lo recibido por la Entidad, de por sí trascendental. Por ello, obliga a establecer formalidades y procedimientos claros en la Ley y el Reglamento.

Finalmente, la posibilidad que el contrato no culmine debido al incumplimiento de las partes respecto de sus obligaciones contractuales, es una situación circundante, con lo cual también debe tomarse la decisión de culminar el contrato, vía resolución del mismo. Y ello es importante tanto para el conocimiento de la entidad como del proveedor.

## Cómo ejecutar el contrato

### I. Obligación de contratar

El Reglamento señala que la obligación de contratar nace cuando, habiéndose otorgado la Buena Pro, esta ha quedado consentida por no existir impugnación alguna contra esta, o administrativamente firme. En otras palabras, la Buena Pro no es impugnabile en sede administrativa o ha quedado consentida al no existir impugnación alguna<sup>1</sup>.

La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal referida al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada<sup>2</sup>. En estos casos, el sustento debe ser incorporado al Expediente de Contratación.

Asimismo, el Reglamento expresa que la negativa a suscribir el contrato sustentada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda. Por tanto, la Entidad no deberá negarse a firmar el contrato, si no ocurrieran las situaciones antes referidas.

Es importante señalar que el Reglamento establece que si el postor o los postores ganadores de la Buena Pro se niegan a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le (s) es atribuible, declarada por el Tribunal por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Esto significa que no corresponde a la Entidad analizar ni declarar la imposibilidad física o jurídica sobrevenida del ganador de la Buena Pro, sino únicamente al referido tribunal.

En caso de no producirse la suscripción del contrato por causa atribuible al ganador de la Buena Pro<sup>3</sup>, se configura una causal de sanción que está prevista en el inciso a) del artículo 237º del Reglamento, que señala al respecto lo siguiente:

#### ***“Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas***

##### ***1. Infracciones***

*Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:*

---

<sup>1</sup> En los casos en que en un proceso de selección sólo existe una sola propuesta válida, y a este postor se le otorga la Buena Pro, es claro que va ser inviable la impugnación de ésta, por lo que el Comité Especial debe entender que la Buena Pro otorgada tiene la categoría de consentida.

<sup>2</sup> Artículo 137º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>3</sup> En estos casos deberá llamarse al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación de la evaluación de las calificaciones a las propuestas presentadas en el respectivo proceso de selección, tal como lo dispone el artículo 148º inciso 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

*a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.”*

La Entidad tiene la obligación de informar al Tribunal de Contrataciones del Estado acerca de un incumplimiento injustificado en la suscripción del contrato<sup>4</sup>, en aplicación de lo establecido en el Reglamento.

## **II. Perfeccionamiento del contrato**

Como se ha señalado previamente, una vez que se ha otorgado la Buena Pro, tanto la Entidad como el ganador de la Buena Pro están obligados a formalizar la relación contractual. En este punto cabe reflexionar acerca de lo siguiente: ¿Qué debemos hacer cuando nos encargan gestionar el perfeccionamiento del contrato? Debemos tener presente que este se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene. Sin embargo, también hay que considerar que cuando se trata de Adjudicaciones de Menor Cuantía, distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, el Reglamento permite que el contrato se perfeccione con la recepción de la orden de compra o de servicio.

El perfeccionamiento implica el nacimiento y existencia del contrato, a partir del cual se van a generar derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben. Por ello resulta importante que las partes que lo firman se encuentren debidamente acreditadas y que cuenten con la representación respectiva. Así, el postor beneficiado con la Buena Pro deberá acreditar un representante con poder vigente, el funcionario que suscribe deberá tener atribuciones expresas, contenidas éstas en el correspondiente documento de gestión (ROF, MOF, por citar algunos) o en su defecto mediante la delegación de facultades que le otorgue el titular de la Entidad.

En el caso de procesos de selección por relación de ítems, el contrato podrá ser perfeccionado con la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de una orden de compra o de servicio según el monto del valor referencial de cada ítem.

El Reglamento permite elegir, según el monto del valor referencial de cada ítem, la mejor alternativa para la Entidad: esta puede ser la suscripción de un contrato propiamente dicho con cláusulas o la recepción de una orden de compra o de servicio.

## **III. Sujetos de la relación contractual**

Respecto de la suscripción del contrato, el Reglamento establece que el contrato será suscrito por la Entidad a través del funcionario competente o debidamente autorizado; no obstante, ello varía de acuerdo a las normas de organización interna de cada Entidad. En la práctica, solo en algunas Entidades el Titular conserva la facultad para suscribir el contrato; en muchas de ellas ha sido delegada a otros funcionarios.

---

<sup>4</sup> Artículo 240 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De igual manera, el contrato puede ser suscrito por el contratista o por su apoderado, cuando el contratista sea una persona natural. Cuando el contratista sea una persona jurídica, el contrato será suscrito por su representante legal.

De lo señalado previamente, se concluye que los sujetos de la relación contractual son:

✓ La Entidad

Aquella que ha convocado el proceso de selección, previa inclusión en su Plan Anual de Contrataciones.

✓ El contratista

Aquel que ha obtenido la Buena Pro del proceso de selección, y cuando esta ha quedado consentida o administrativamente firme.

En aquellos casos en los que se haya distribuido o prorrateado la Buena Pro entre dos o más postores, el Reglamento señala que se formalizará un contrato con cada postor.

#### IV. Requisitos para suscribir el contrato

Para suscribir el contrato, la Entidad debe verificar la presentación de una serie de documentos por parte del ganador de la Buena Pro, entre los que se encuentran algunos cuyo requerimiento es de carácter obligatorio:

##### A. Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado

Este documento se presenta en principio en todos los casos, excepto en los contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía y de procesos de selección según relación de ítems, en los que el monto del valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no superen lo establecido en la normativa vigente para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía. En estos supuestos, la Entidad deberá efectuar la verificación correspondiente en el portal del [Registro Nacional de Proveedores](#) (RNP) del OSCE.

Sobre el particular, puede revisar el [Comunicado Nro. 004-2009-OSCE/PRE](#) referido a la Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado.



**B. Garantías, salvo casos de excepción.**

Las garantías<sup>5</sup> que tienen como finalidad asegurar el cumplimiento del contrato ya formalizado, así como las responsabilidades del contratista derivadas de sus cláusulas y que se presentan, según corresponde, son las siguientes: la garantía de fiel cumplimiento del contrato, la garantía por los adelantos y la garantía por el monto diferencial de propuesta.

Alternativamente, en caso de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, así como los contratos de consultoría y ejecución de obras, las micro y pequeñas empresas podrán optar que, como garantía de fiel cumplimiento, la entidad retenga el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley. Para estos efectos, la retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo (Art. 155 del Reglamento)

**C. Contrato de consorcio con firmas legalizadas de los consorciados**

El documento que contiene este contrato solo se presenta si el ganador de la Buena Pro es un consorcio. Este puede estar compuesto por dos o más personas, naturales o jurídicas, que se han consorciado para participar en un proceso de selección y han presentado en su propuesta técnica una promesa formal de consorcio.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, los requisitos mencionados no serán exigibles cuando el contratista sea otra Entidad, cualquiera sea el proceso de selección; con excepción de las empresas del Estado, que sí deberán cumplirlos.

Es importante señalar que existen otros documentos que, aunque no han sido indicados en la norma, deben ser presentados si han sido requeridos en las Bases como documentos necesarios para la suscripción del contrato. Por ejemplo, para la contratación del servicio de seguridad y vigilancia se presenta la estructura de costos – que deberá ajustarse a las legislaciones laborales y previsionales vigentes y podrá ser observada de no ceñirse a estas – las pólizas de seguro, los certificados de antecedentes penales, entre otros.

La Entidad tiene la obligación de verificar que todos los documentos presentados cumplan con las exigencias dispuestas en las Bases y normas legales aplicables. Una vez que se haya realizado la revisión respectiva acerca del cumplimiento de los

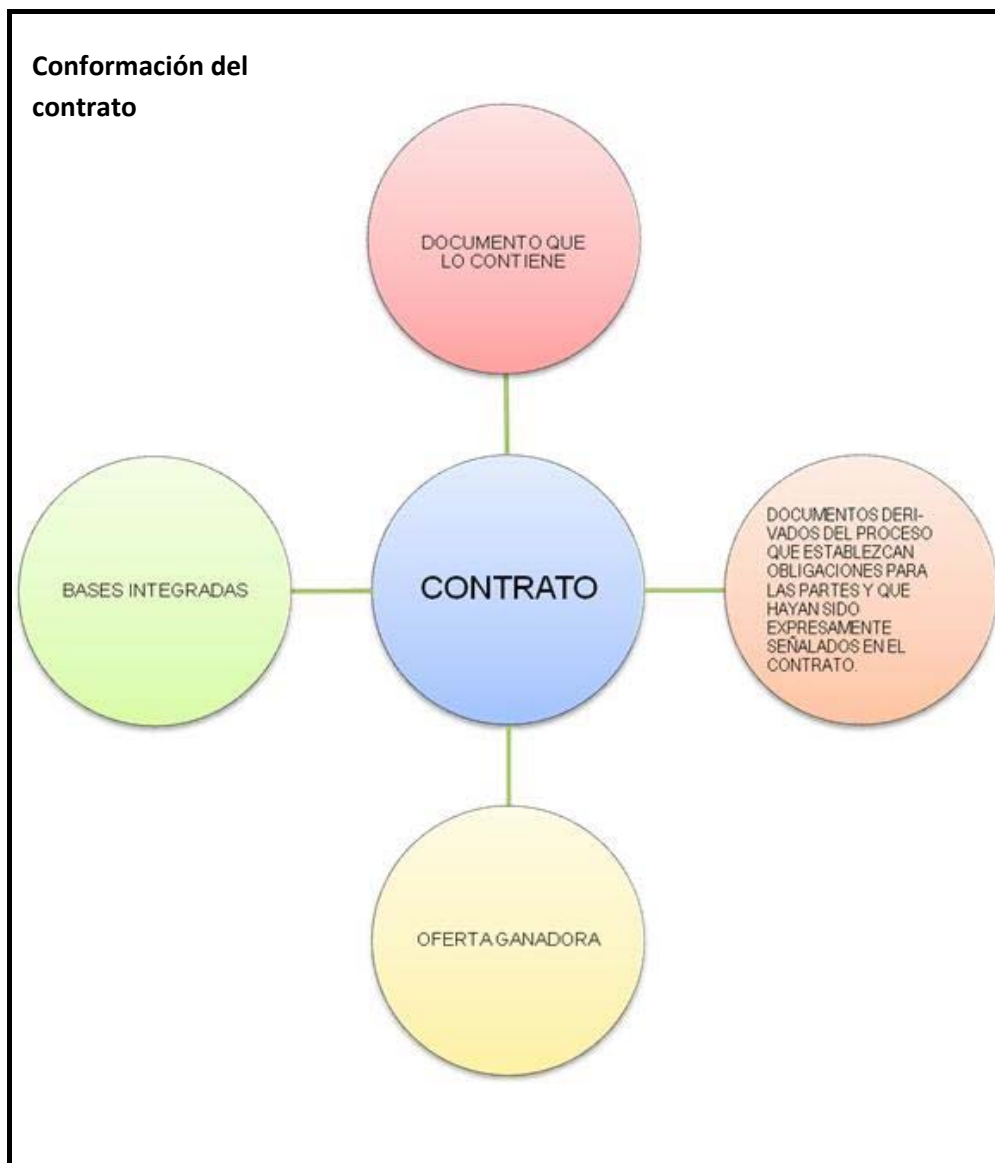
---

<sup>5</sup> Las clases de garantía y las excepciones han sido numeradas en los artículos 156º y 161º (modificado por el Decreto Supremo Nº 021-2009-EF) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

requisitos para la suscripción del contrato, será posible suscribirlo y la Entidad deberá entregar un ejemplar del mismo al contratista.

#### V. Contenido del contrato

El contrato no es únicamente el documento que lo contiene. Está conformado por dicho documento, las Bases integradas y la oferta ganadora; es decir, la propuesta técnica y económica presentadas por el postor que ha sido el ganador de la Buena Pro, así como todos los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.



Eventualmente existen otras obligaciones que pueden no encontrarse en los documentos citados; sin embargo, resultan exigibles por la Entidad, debido a que se encuentran previstas en la legislación sobre la materia objeto del contrato. Por citar un ejemplo, en el caso del

servicio de limpieza y vigilancia (intermediación laboral), éstas se encuentran reguladas en la [Ley Nº 27626](#), la [Ley Nº 27696](#) y el [Decreto Supremo Nº 003-2002-TR](#).

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas del Título III del Reglamento. Los contratos de obras públicas se regulan, además, por el Capítulo III de ese Título.

En ese punto, resulta importante considerar lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley referido a la especialidad de la norma y delegación: la Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

Sin perjuicio de lo expresado, es importante precisar que en aquello que no haya sido previsto en la Ley y su Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.

## VI. Plazos y procedimiento para suscribir el contrato



Para la suscripción del contrato, el Reglamento establece los plazos y el procedimiento que tanto la Entidad como el contratista están obligados a cumplir.

Por ello, cuando el otorgamiento de Buena Pro ha quedado consentido o administrativamente firme, tanto la Entidad como el ganador de la Buena Pro, deben sujetarse a lo siguiente:

- ✓ La Entidad cuenta con dos (02) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro para citar al postor ganador. Para realizar la citación respectiva, la Entidad remitirá un documento, mediante el cual le otorgará al ganador de la Buena Pro el plazo establecido en las Bases, el mismo que no podrá ser menor de cinco (05) ni mayor de diez (10) días hábiles. Esto quiere decir que si bien el Reglamento otorga la posibilidad de elegir en cuantos días se le citará al ganador para la firma del contrato, las Bases deben establecer en cuantos días (5, 6, 7, 8, 9 ó 10 días) se realizará tal actividad.
- ✓ Dentro del plazo otorgado, el ganador de la Buena Pro deberá presentarse en la sede de la Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida.

Cuando la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, el ganador tiene un derecho adquirido. Sin embargo, podría ocurrir que no se presente a la Entidad dentro del plazo otorgado para la suscripción del contrato o que habiéndose presentado, no cumpla con exhibir todos los documentos solicitados. En este caso perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable<sup>6</sup>.

Cuando el ganador de la Buena Pro no se presente a suscribir el contrato, el órgano encargado de las contrataciones le notificará lo siguiente:

- 1º Que ha perdido la Buena Pro.
- 2º Que se llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato y que se procederá conforme al plazo señalado anteriormente.
- 3º Que se ejecutará la garantía de seriedad de oferta.
- 4º Que se comunicará al Tribunal de Contrataciones del Estado para que se le inicie el correspondiente procedimiento sancionador.

Luego de esta comunicación, la Entidad deberá esperar cinco (05) días, si se trata de procesos de Adjudicación Directa u ocho (08) días en el caso de procesos de Licitación Pública y Concurso Público, pues el ganador podría interponer un recurso de apelación contra dicho acto. Si no se interpone ningún recurso, la Entidad deberá repetir el procedimiento con el postor que ocupó el segundo lugar. Si este postor no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección.

Podría suceder que la Entidad no cumpla con citar al ganador de la Buena Pro para la suscripción del contrato dentro del plazo establecido. En este caso, el postor podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (02) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (05) a diez (10) días hábiles. En estos casos, la Entidad deberá reconocer a favor del postor una cantidad equivalente al uno por mil (1/1000) del monto total de su propuesta económica por cada día de atraso, computado desde el requerimiento y hasta la fecha efectiva de suscripción del contrato, con un tope máximo de diez (10) días hábiles.

---

<sup>6</sup> **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**  
**“Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas**

**1. Infracciones**

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

- a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.

(...)

**2. Sanciones**

(...)

Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 1) del artículo 51° de la Ley y en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 1) del presente artículo, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.

La imposición de las sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse por las infracciones cometidas.”

A continuación, revisemos un ejemplo:

Si la propuesta económica del postor ganador es S/. 200,000.00 y la Entidad se demora 10 (diez) días para la firma del contrato, la Entidad le reconocerá como penalidad S/. 200.00 por cada día de los 10 (diez) días, un total de S/. 2,000.00 Nuevos Soles.

¿Qué pasa si la Entidad no paga al ganador esta cantidad? ¿Cuál es el procedimiento que debe realizar el ganador para obtener este pago por parte de la Entidad?

La norma de contrataciones no regula estos supuestos. El ganador de la Buena Pro tiene, entre otras opciones<sup>7</sup>, dos posibilidades para hacer exigible esta penalidad. En caso que la Entidad se niegue a cumplir con esta exigencia legal y nunca se suscriba el contrato, el postor podrá recurrir a la garantía constitucional denominada “acción de cumplimiento”<sup>8</sup>. En el supuesto que se suscriba el contrato, el postor podrá trasladar esta controversia a la correspondiente sede jurisdiccional arbitral.

De otro lado, si vence el plazo otorgado por el ganador de la Buena Pro sin que la Entidad haya suscrito el contrato, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, este podrá solicitar que se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro. En este supuesto, la Entidad deberá reconocerle una única indemnización por lucro cesante, cuyo monto deberá ser sustentado por el postor en su solicitud. Dicho monto no podrá ser mayor al diez por ciento (10%) del monto adjudicado; sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder al funcionario competente para la suscripción del contrato.

Cabe la siguiente reflexión: ¿Quién se hará responsable de devolverle a la Entidad el dinero pagado por concepto de indemnización por lucro cesante?

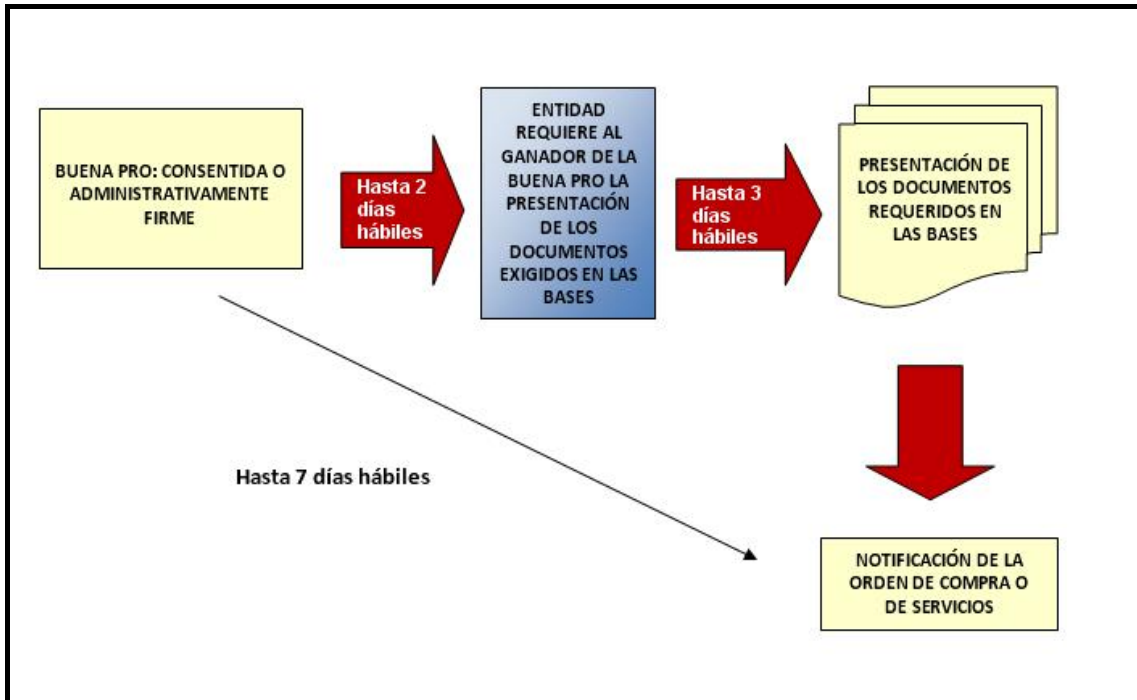
El Reglamento ha establecido que la Entidad tendrá un plazo máximo de diez (10) días hábiles para resolver el pedido de indemnización; y, en caso de surgir alguna controversia, esta será resuelta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Es necesario reflexionar sobre este punto: el ganador de la Buena Pro a efectos de acudir al Tribunal ¿Lo hará en mérito a un recurso de apelación? Si es así ¿Deberá presentar la garantía correspondiente regulada por el Artículo 112 del Reglamento? El mencionado artículo no establece excepción para este supuesto; en consecuencia, el ganador sí deberá presentar la garantía correspondiente.

Como se puede apreciar, la no suscripción del contrato por motivos atribuibles a la Entidad genera la obligación de reconocer a favor del ganador de la Buena Pro un monto dinerario, lo que evidentemente generará también responsabilidades para el funcionario cuya omisión o negligencia hubiera puesto a la Entidad en tal situación.

De la misma forma, si el ganador de la Buena Pro no sigue el procedimiento descrito anteriormente, seguirá vinculado a la Entidad.

**VII. Plazos para el perfeccionamiento del contrato mediante orden de compra o de servicios**



Si el contrato se perfecciona con la recepción de una orden de compra o de servicios, dentro de los dos (02) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro la Entidad deberá requerir al ganador la presentación de los documentos exigidos en las Bases, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles.

La orden de compra o de servicios deberá ser notificada en un plazo no mayor de siete (07) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro.

De ello se deduce que entre la fecha de presentación de los documentos requeridos en las Bases y la fecha de la notificación de la orden de compra o de servicios habrá un plazo que dependerá de los plazos que haya aplicado previamente la Entidad. Si emplea los plazos máximos, no podrá tomarse más de dos (02) días hábiles.

Con relación a los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato, es importante tener en cuenta el [Acuerdo Nro. 007/2009](#), referido a la evaluación y adopción de un criterio como supuesto previo para imponer una sanción por la causal de no suscribir injustificadamente el contrato respectivo. La Entidad tiene la obligación de citar al postor adjudicatario dentro del plazo de dos (02) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, conforme señala el Reglamento.

Del referido acuerdo se desprende que, cuando una Entidad cita a un postor ganador de la Buena Pro para que suscriba el contrato sin haber observado estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa y, posteriormente comunica la supuesta infracción cometida de no suscripción injustificada de contrato a fin que se imponga la sanción

administrativa correspondiente, dicha Entidad no ha cumplido con una de las condiciones o requisitos mínimos que la normativa establece para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, como es el cumplimiento del procedimiento para suscripción del contrato. Por tal motivo, cabe su desestimación y debe declararse que en dicho supuesto no ha lugar al inicio del procedimiento sancionador.

<sup>7</sup> Se discute si este tipo de controversias es materia de apelación *–en el supuesto que no se suscriba contrato–* pues el artículo 94º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que, las discrepancias que surjan desde la convocatoria *hasta la celebración del contrato inclusive*, podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación ante el Titular de la Entidad o el Tribunal.

<sup>8</sup> Está prevista en el inciso 6 del artículo 200º de la Constitución Política del Perú.

## Cómo solucionar controversias durante la etapa contractual

### I. Aspectos generales de los mecanismos de solución de controversias en la fase de ejecución contractual

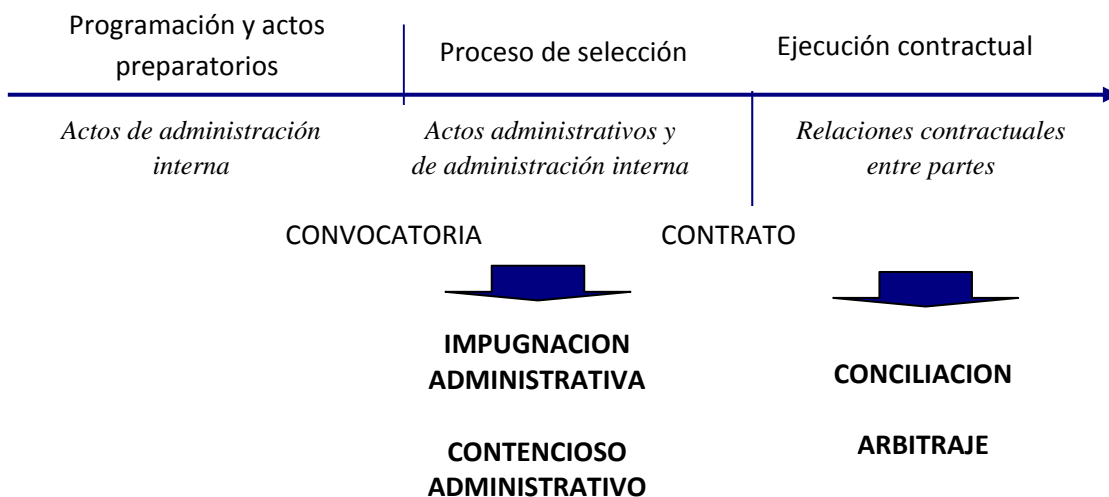
#### A. La suscripción del contrato estatal o administrativo, como hito diferenciador de relaciones jurídicas

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido dos hitos que diferencian claramente las relaciones jurídicas que se producen en la contratación estatal. El primero de ellos es la convocatoria al proceso de selección, pues con este acto se da inicio a un procedimiento administrativo, y, por tanto, las relaciones que se originan son conducentes a la emisión de actos administrativos. El principal de los cuales es el otorgamiento de la Buena Pro<sup>7</sup>; por ello la solución de las controversias que se puedan generar durante esta etapa es también de naturaleza administrativa.

El otro hito es la suscripción del contrato, pues a partir de este momento las relaciones jurídicas dejan de ser administrativas, de naturaleza subordinada y originadas en actos administrativos (Administración – administrado), para convertirse en relaciones jurídicas contractuales de naturaleza fundamentalmente paritaria (relaciones entre partes), aun cuando sigan siendo relaciones administrativas<sup>8</sup>.

Sin embargo, para solucionar las controversias que se originan en estas relaciones jurídicas, el Derecho Peruano ha adoptado una decisión especial, pues utiliza mecanismos de solución de controversias propias del derecho privado: la conciliación y el arbitraje.

Veamos el siguiente gráfico:



<sup>7</sup> Antes de la convocatoria del proceso de selección, lo que existe es un conjunto de actos de administración interna que no generan relaciones jurídicas más allá de la propia Entidad.

<sup>8</sup> En efecto, los contratos estatales no son sino una de las varias formas en que se expresa la actividad administrativa.



## **B. La decisión legal de utilizar mecanismos alternativos para la solución de controversias en la etapa contractual**

Desde el año 2000, con la emisión de la Ley N° 27330, norma que modifica, entre otros, el artículo 53º de la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, en nuestro país se ha decidido utilizar mecanismos alternativos para la solución de controversias que ocurran en la etapa contractual, dejando de lado soluciones administrativas o judiciales. Así, actualmente, el artículo 52º de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, establece expresamente 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 (...)”.

No siempre se ha utilizado estos mecanismos, pues, por ejemplo, antes de la emisión de la Ley N° 27330, durante la vigencia del Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) o el Reglamento Único de Licitaciones y Concursos Públicos (RULCOP), en los primeros cuatro años de vigencia de la Ley N° 26850, la solución era administrativa y, eventualmente judicial, a través del proceso contencioso administrativo. En otros países, por ejemplo, la solución continua siendo administrativa y, eventualmente, judicial (Francia, España).

Cabe señalar que esta decisión legal es compatible con la regulación constitucional, pues en el numeral 1) del artículo 139º de nuestra Constitución Política se establece que el arbitraje, que es el mecanismo final de solución de controversias en esta etapa<sup>9</sup>, constituye una de las excepciones al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Asimismo, el artículo 63º de la misma norma fundamental, dispone que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

## **C. Materias de conciliación y/o arbitraje**

El principio general es que estos mecanismos alternativos sirven para solucionar las controversias que se originan a partir la suscripción del contrato y durante toda la etapa de ejecución contractual; entre otros actos materia conciliación y/o arbitraje tenemos:

- ✓ Aspectos vinculados a la ejecución de las prestaciones contractuales.
- ✓ Aspectos vinculados a la interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.
- ✓ Ampliaciones del plazo contractual.
- ✓ Conformidad de la prestación.
- ✓ Discrepancias respecto de las valorizaciones o metrados.

---

<sup>9</sup> Pues ante la posibilidad que las partes no lleguen a un acuerdo a través de la conciliación, tienen el derecho de acudir al arbitraje para, finalmente, solucionar la controversia con este mecanismo alternativo a la jurisdicción estatal.

- ✓ Recepción de obra y plazos.
- ✓ Liquidaciones de contratos de obras.
- ✓ Penalidades.
- ✓ Ejecución de garantías.
- ✓ Aspectos vinculados al pago y los intereses por la mora en el pago.
- ✓ Vicios ocultos.

#### **D. Oportunidad para iniciar los procedimientos. Plazos de caducidad.**

La normativa ha propuesto plazos de caducidad para solicitar cualquiera de estos dos mecanismos de solución de las controversias. Aquí, la decisión ha sido bastante radical, tanto desde el punto de vista de los cortísimos plazos establecidos como por la naturaleza de caducidad exigida.

El derecho civil, por ejemplo, normalmente establece plazos de prescripción bastante largos. Así el numeral 1) del artículo 2001 del Código Civil señala que prescriben a los diez años, salvo disposición diversa de la ley: la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico. De otro lado asimismo, según el artículo 2004 del mismo cuerpo legal, los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.

Con la prescripción y la caducidad el ordenamiento jurídico busca salvaguardar el orden social, limitando el derecho de las personas de exigir la solución de controversias, en el sentido de no dejarlas abiertas o inciertas indefinidamente; sin embargo, son dos figuras jurídicas de naturaleza distinta:

*“Desde el punto de vista estructural, podemos afirmar que la prescripción constituye un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho debe ser ejercido dentro de un período de plazo razonable, puesto que es antisocial y contrario al fin o función para los que ha sido concedido, el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.*

*Así las cosas, en razón de la inacción del titular del derecho que pudiendo hacerlo valer no lo hace, éste pierde la facultad de exigirlo compulsivamente.”<sup>10</sup>*

En la caducidad, si bien se mantiene la decisión de preservar el orden social evitando reclamos indefinidos, aquí el Derecho considera como algo de interés general establecer plazos no sólo para accionar sino también respecto del mismo derecho, pues, como señala VIDAL RAMÍREZ<sup>11</sup>, en la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. CASTILLO y SABROSO, al respecto, mencionan:

<sup>10</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Arbitraje: el arbitraje en la contratación pública. Lima: Palestra - Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, p. 87.

<sup>11</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano con un estudio de su relación jurídica. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1985, p. 204.

*“Es necesario recordar, en primer término, que cuando se establece un plazo de caducidad, ello se hace porque no solamente se quiere evitar que quien goce de una determinada pretensión, deje de ejercerla, sino que además no tenga siquiera el derecho de ejercerla”<sup>12</sup>.*

Cabe señalar que la Ley ha dejado a la voluntad de las partes, por lo menos formalmente, la decisión respecto de si la conciliación debe ser un paso previo al arbitraje. Entonces, dependerá de lo establecido en las Bases y en el contrato si, antes de acudir al arbitraje, la controversia puede tratar de ser solucionada mediante la conciliación<sup>13</sup>. Al respecto, podrían ocurrir tres situaciones:

- 1º Que las Bases o el contrato hayan establecido la obligatoriedad de acudir previamente a la conciliación. En este caso, la parte solicitante, dentro del plazo de caducidad, necesariamente deberá iniciar la conciliación.
- 2º Que las Bases o el contrato hayan establecido que dependerá la voluntad de las partes escoger entre los dos mecanismos. En este caso, al igual que en el primero, dependerá de la parte solicitante optar entre la conciliación o el arbitraje, dentro del mismo plazo de caducidad.
- 3º Que ni en las Bases ni en el contrato se haya establecido ninguna regulación especial al respecto. En este caso si dependerá de la interpretación que se haga de las normas, pues no hay regulación expresa.

Así una primera interpretación sistemática de las mismas nos señala que el Reglamento ha establecido, de manera similar, que “cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación” (artículo 214º del Reglamento) y también que “cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo” (artículo 215º), entonces, ante la ausencia de acuerdo previo, dependerá de la parte solicitante ampararse en lo establecido por el artículo 214º o por el artículo 215º.

Sin embargo, cabe una segunda interpretación, a contrario, del tercer párrafo del artículo 215º que señala que *“Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial”* (subrayado nuestro); entonces, considerando que

<sup>12</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Ob. cit., p. 90

<sup>13</sup> A pesar que tanto el artículo 52º de la LCE, como el tercer párrafo del artículo 215º del RLCE, señalan expresamente que la decisión es por acuerdo entre las partes, en realidad va a depender de la voluntad de la Entidad, quien es la que debería proponerla en las Bases; los participantes, frente a esta propuesta no tendrían opción de observarla, pues se realiza conforme a ley; si la Entidad no incluyó esta posibilidad en las Bases, las partes sólo podrían solicitar incluirlas, pero dependerá, finalmente de la voluntad de la Entidad, hacerlo o no.

la regulación se encuentra dentro un artículo que establece como regla general el derecho de iniciar el arbitraje administrativo dentro de los plazos de caducidad establecidos, si las partes no prefirieron dicha opción (mediante acuerdo expreso) tendría que aplicarse la regla general, es decir, acudir directamente al arbitraje.

De optarse por la conciliación, ésta deberá ser solicitada ante un centro de conciliación debidamente acreditado por el Ministerio de Justicia<sup>14</sup>.

El plazo de caducidad para solicitar el inicio de la conciliación o el arbitraje, según corresponda, debe seguir los siguientes criterios:

- ✓ En caso que el Reglamento) haya señalado un plazo de caducidad expreso, ese plazo es el que se aplica. En varios supuestos, esta norma ha establecido un plazo de quince (15) días hábiles desde que es notificado el acto pertinente (nulidad de contrato, resolución contractual referida a bienes y servicios, ampliación de plazo, valorizaciones o metrados, recepción de obra, liquidación del contrato de obra)<sup>15</sup>.
- ✓ Para el caso de la resolución de los contratos de obras el RLCE ha establecido un plazo singular de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución<sup>16</sup>.
- ✓ En caso que el plazo de caducidad no haya sido señalado expresamente por el Reglamento, es de aplicación lo dispuesto por el artículo 52º de la Ley; es decir, que los procedimientos de conciliación o arbitraje pueden ser iniciados en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente.<sup>17</sup>

Corresponde, respecto de esta posibilidad, precisar cuándo se entiende culminado un contrato. El artículo 177º del Reglamento señala que *“efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo”*; es decir, el contrato culmina con el último pago que efectúe la Entidad, y, como sabemos, para que se produzca este pago, previamente debe haberse efectuado el correspondiente informe del área usuaria donde se debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias, así como la conformidad correspondiente.

---

<sup>14</sup> Artículo 214º del RLCE.

<sup>15</sup> Artículos 144, 170, 175, 199, 201, 210 y 211 del RLCE

<sup>16</sup> Artículo 209º del RLCE. Sobre esta variación en los plazos no encontramos una lógica válida, pues por criterios de orden normativo hubiera sido mejor señalar un mismo plazo para todos los actos regulados expresamente.

<sup>17</sup> Así lo precisa también el primer párrafo del artículo 215º del RLCE.

El caso de los vicios ocultos, que de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 50º y 52º de la Ley, tiene plazos de caducidad especiales. Así, para bienes o servicios, es de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad, y, en el caso de obras, de siete años contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Es preciso señalar que existen autores que cuestionan el hecho que se haya establecido a nivel reglamentario plazos de caducidad de quince (15) días hábiles, y para el caso de resolución de contratos de obras de diez (10) días hábiles, que podrían ser menores que el plazo establecido en la Ley para la culminación del contrato; sustentándolo en el artículo 2004º del Código Civil que dispone que *“los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario”*, con lo cual se afectaría el principio de legalidad<sup>18</sup>.

Sin embargo, es necesario considerar, que el Código Civil es aplicable a las relaciones jurídicas de derecho privado, mientras que para las contrataciones estatales es aplicable sólo de manera supletoria, ante la ausencia de normas y principios de derecho público

## II. La conciliación en la contratación estatal

### A. La regulación de la conciliación vinculada a las contrataciones estatales

En el Perú, aun cuando la conciliación fue recogida en las normas procesales civiles, la obligatoriedad de su uso antes de acudir a la jurisdicción, fue implementada por la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1997, que, además, declara *“de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos”* (artículo 1º). Inicialmente, se estableció que la obligatoriedad de la Conciliación Extrajudicial regiría a partir de enero del año 2000; sin embargo, mediante Ley Nº 27218, se prorrogó la entrada en vigencia de dicha obligatoriedad hasta el 14 de enero del año 2001.

En el caso particular de las contrataciones estatales, como señalamos antes, fue en el año 2000, mediante la Ley Nº 27330, que se introdujo la conciliación y el arbitraje como mecanismos de solución de controversias sobre *“la interpretación o ejecución del contrato”*. A partir de ese momento, las sucesivas normas emitidas, incluyendo la Ley actual, han mantenido esta decisión.

A diferencia del arbitraje, donde la normativa de contrataciones estatales ha establecido una cantidad importante de regulaciones al respecto; en el caso de la conciliación no existe mayores normas especiales que las establecidas en el artículo

<sup>18</sup> Ver: GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del Arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Ius et Praxis*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, n.º 32, p. 146. También: RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley Editores, 2006, n.º 1, p. 335

214º del Reglamento. Dicha norma señala que el procedimiento de conciliación debe iniciarse ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y que las actas de conciliación deberán ser remitidas al OSCE para su registro y publicación, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas. Entonces, de conformidad con el último párrafo del artículo 52º de la Ley, las normas especializadas como la Ley Nº 26872 y su modificatoria Decreto Legislativo Nº 1070, su Reglamento<sup>19</sup> y las directivas del Ministerio de Justicia, son de plena aplicación para la conciliación en las contrataciones del Estado.

## B. Características de la conciliación

Según la normativa especial antes citada, la conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos (MARC), implica la intervención de un tercero imparcial (Centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia), sin poder de decisión, y que solo asiste a las partes a que lleguen voluntariamente a un acuerdo aceptable<sup>20</sup>.

Algunas de las principales características de la conciliación son las siguientes:

**1. Es personalísima:** Las partes deben participar personalmente de la conciliación; así por ejemplo, en la Audiencia respectiva acuden las personas naturales o, en el caso de personas jurídicas o Entidades, sus representantes legales. Los casos de apoderados son excepcionales y deberá contarse con un poder que consigne literalmente la facultad de conciliar extrajudicialmente y de disponer del derecho materia de conciliación.

Se permite que las partes sean asesoradas durante la audiencia de conciliación, pero estas personas no deberán de interferir en las decisiones de las partes ni asumir un rol protagónico durante las discusiones que se promuevan.

**2. Es confidencial:** El artículo 8º de la Ley de Conciliación señala que quienes participan en la Audiencia de Conciliación deben mantener reserva de lo actuado, y que todo lo sostenido o propuesto en ella carece de valor probatorio.

<sup>19</sup> Aprobado por el Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS

<sup>20</sup> Así lo dispone el artículo 5º de la Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070:

“Artículo 5.- Definición

La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.”

3. **Es informal:** Si bien existen formalidades y plazos para la invitación a la Audiencia, el desarrollo de las mismas, es decir, la conciliación propiamente dicha, no tiene formalidades.
4. **Es consensual:** Para llegar a un acuerdo conciliatorio se requiere la voluntad de ambas partes. De allí que la ausencia o la negativa de una de las partes a conciliar no generan consecuencias jurídicas, distintas de concluir la conciliación como MARC, para poder acudir al mecanismo final de solución de la controversia, ya sea por la vía judicial o arbitral.
5. **Es autocompositiva:** Son las partes quienes solucionan la controversia. El conciliador sólo es un mediador que acerca a las partes y les da la

### C. El procedimiento conciliador

Salvo situaciones excepcionales, se realiza en una Audiencia Única, en el local del Centro de Conciliación autorizado y en presencia del conciliador y de las partes. Puede comprender la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la normativa de conciliación<sup>21</sup>. Esta audiencia se debe realizar, como máximo, dentro de los treinta (30) días calendario contados a partir de la primera citación a las partes (este plazo puede ser prorrogado por acuerdo de las partes)<sup>22</sup>.

El procedimiento es, más o menos, sencillo. La parte interesada en iniciarlo presenta su solicitud escrita<sup>23</sup> al Centro de Conciliación, el cual debe designar al conciliador al día

<sup>21</sup> Artículo 10º de la Ley de Conciliación. Respecto de la unicidad de la audiencia el Reglamento de la Ley de Conciliación modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070 (Decreto Supremo Nº 014-2008-JUS), ha precisado que si la Audiencia se lleva a cabo en más de una sesión, deberá dejarse expresa constancia de la interrupción en el acta correspondiente, señalándose el día y la hora en que continuará la Audiencia

<sup>22</sup> Artículo 11º de la Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070

<sup>23</sup> El artículo 12 del Reglamento de la Ley de Conciliación modificado por el Decreto Legislativo Nº 1070, establece los requisitos de esta solicitud:

“Artículo 12.- Requisitos de la Solicitud de Conciliación

La solicitud de Conciliación deberá presentarse por escrito y contendrá:

1. Fecha. Si la fecha de recepción no coincide con la fecha de solicitud, se tomará en cuenta la fecha de recepción para el cómputo de los plazos.
2. El nombre, denominación o razón social, documento (s) de idEntidad, domicilio del solicitante o de los solicitantes. En el caso que la solicitud sea presentada en forma conjunta, quien desee ser invitado en una dirección diferente, deberá señalarlo en la solicitud.
3. El nombre y domicilio del apoderado o representante del solicitante o solicitantes, de ser el caso. En los casos de padres menores de edad que sean representantes de sus hijos en materias de alimentos y régimen de visitas, podrán identificarse con la partida de nacimiento o su Documento Nacional de IdEntidad.
4. El nombre, denominación o razón social de la persona o de las personas con las que se desea conciliar.
5. El domicilio de la persona o de las personas con las que se desea conciliar.
6. Los hechos que dieron lugar al conflicto, expuestos en forma ordenada y precisa.

hábil siguiente, teniendo éste último dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación<sup>24</sup>. De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia<sup>25</sup>. De no concurrir ambas partes, concluye el procedimiento.

En esta audiencia los protagonistas son las partes, quienes deciden si concilian o no. El conciliador no decide, sólo debe promover el diálogo y eventualmente proponerles fórmulas conciliatorias no obligatorias. Si al final de dicha sesión, las partes manifiestan su deseo de no conciliar, la Audiencia y el procedimiento de conciliación deben darse por concluidos.

#### **D. Conclusión de la conciliación**

El procedimiento conciliatorio se da por concluido por:

- ✓ Acuerdo total de las partes.
- ✓ Acuerdo parcial de las partes.
- ✓ Falta de acuerdo entre las partes.
- ✓ Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
- ✓ Inasistencia de ambas partes a una (1) sesión.
- ✓ Decisión debidamente motivada del conciliador en audiencia efectiva, por advertir violación a los principios de la conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el Acta de Conciliación.

7. Deberá indicar, en el caso de alimentos, si existen otras personas con derecho alimentario a fin de preservar los principios de buena fe y legalidad de la conciliación.

8. La pretensión, indicada con orden y claridad, precisando la materia a conciliar.

9. La firma del solicitante; o su huella digital, si es analfabeto.

La solicitud de Conciliación podrá realizarse también verbalmente. Para este efecto, los Centros de Conciliación elaborarán formatos de la solicitud de Conciliación, los que deberán contener todos los requisitos señalados en el párrafo anterior. En este caso, todos los datos serán requeridos directamente por el Centro de Conciliación, bajo su responsabilidad.

En caso, el solicitante deba ser representado por imposibilidad de acudir al Centro de Conciliación deberá consignar este hecho en la solicitud.”

<sup>24</sup> El plazo para la realización de la audiencia no debes ser superior los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles.

<sup>25</sup> Sólo cabe la inasistencia de una parte a dos (02) sesiones



### E. El Acta

El Acta es el documento privado que expresa la manifestación de voluntad de las partes, ya sea que contenga acuerdo conciliatorio (que puede ser total o parcial) o no se haya llegado a tal acuerdo.

El Acta debe contener necesariamente una las formas de conclusión del procedimiento conciliatorio, y puede ser ofrecido como medio de prueba en un proceso judicial.

Si el acta contiene acuerdo conciliatorio debe precisar los acuerdos ciertos, expresos y exigibles establecidos por las partes. En estos casos, necesariamente deberá consignarse la declaración expresa del Abogado del centro de conciliación que verifica la legalidad del acuerdo.

El acto jurídico contenido en el Acta de Conciliación sólo podrá ser declarado nulo en vía de acción por sentencia emitida en proceso judicial.

El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

## III. El arbitraje en la contratación estatal

### A. ¿Qué es el arbitraje?

En este punto del tema es conveniente realizar una aproximación a una definición general del arbitraje que también alcance al arbitraje en las contrataciones estatales. Al respecto, como ocurre con la mayoría de instituciones jurídicas, existe gran cantidad de definiciones de acuerdo a cada autor. CASTILLO FREYRE y VAZQUEZ KUNZE, en un estudio sobre la naturaleza y definición del arbitraje propone la siguiente:

*“El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica, sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo, será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado”<sup>26</sup>.*

<sup>26</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y VAZQUEZ KUNZE, Ricardo. Arbitraje: Naturaleza y definición. En: [http://www.castillofreyre.com/articulos/arbitraje\\_naturaleza\\_y\\_definicion.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/arbitraje_naturaleza_y_definicion.pdf), p. 11

Lo importante a considerar de una aproximación conceptual del arbitraje es:

- ✓ Es una forma heterocompositiva de solución de controversias, es un tercero ajeno a las partes quien decidirá sobre la controversia.
- ✓ Es una forma de administración de justicia, que el propio ordenamiento jurídico ha excluido de la competencia del Poder Judicial<sup>27</sup>.
- ✓ En el caso de las relaciones civiles, se origina por acuerdo plasmado en una cláusula del contrato o en un documento especial; en cambio, en el caso de las contrataciones estatales el arbitraje debe realizarse por mandato normativo, es decir, es la ley la que excluye estas relaciones jurídicas de la competencia de la jurisdicción ordinaria, las partes no tienen potestad de elegir entre acudir al Poder Judicial o al arbitraje.
- ✓ Los árbitros son designados por las partes, o, en todo caso, son ellas quienes han determinado la forma de su elección.
- ✓ La decisión resolutoria (laudo) es definitiva y de cumplimiento obligatorio para las partes.
- ✓ La ejecución del laudo es realizada por la coerción estatal.

#### **B. La regulación del arbitraje vinculado a las contrataciones estatales: Arbitraje administrativo**

Una primera constatación de la distinción entre el arbitraje general del arbitraje utilizado en las contrataciones estatales es la regulación normativa distinta de la norma general del arbitraje, es decir, el Decreto Legislativo N° 1071. En efecto, no solo se regula esta institución en un extenso artículo de la Ley (artículo 52º) y un capítulo del Reglamento (con 20 artículos), sino que, además, estas normas declaran expresamente que se trata de un “arbitraje administrativo”<sup>28</sup> que “se desarrollará de

---

<sup>27</sup> Recordemos que el numeral 1) del artículo 139º de nuestra Carta Magna establece que el arbitraje, constituye una de las excepciones al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

<sup>28</sup> Artículo 52 de la LCE:

“El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo”

Artículo 215 del RLCE:

“Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

conformidad con la normativa de contrataciones del Estado”<sup>29</sup> y que solo “se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento”<sup>30</sup>.

El jurista KUNDMÜLLER, comentando la regulación de la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que no señalaba de manera expresa un “arbitraje administrativo”, como sí lo hace la vigente Ley, manifestaba que éste, al igual que toda la contratación estatal o administrativa, frente a las instituciones del derecho privado de las cuales derivan (arbitraje general o contratos privados) encuentran su fundamento en la especialidad y especificidad administrativa propias de dichas instituciones<sup>31</sup>.

Además de la regulación que a continuación pasaremos a estudiar, dos ejemplos claros de especialidad y especificidad del arbitraje administrativo en relación al arbitraje general son los siguientes: por un lado, la obligatoriedad del mismo, y, por otro, la publicidad de los laudos arbitrales, situaciones completamente ajenas a los arbitrajes del derecho privado.

En efecto, algunos autores incluso consideran que la esencia misma del arbitraje es su carácter voluntario que excluiría la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Esta característica es cierta para los arbitrajes del derecho privado, no así para los arbitrajes administrativos, como aquellos destinados a solucionar

---

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

(...)

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo el OSCE brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. “

“Artículo 234.- Órganos del Sistema Nacional de Arbitraje

Son órganos del SNA-OSCE:

1. El Colegio de Arbitraje Administrativo del SNAOSCE, que estará conformado por:

(...)

(Subrayados nuestros)

<sup>29</sup> Último párrafo del artículo 215 del RLCE

<sup>30</sup> Último párrafo del artículo 52º de la LCE.

<sup>31</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. El Arbitraje Administrativo en Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En: <http://www.teleley.com/revistaperuana/11franz57.pdf>, p. 224-226

controversias derivadas de contratos estatales o administrativos, donde, por mandato de la Ley, este es el mecanismo excluyente a ser utilizado<sup>32</sup>.

La confidencialidad del proceso arbitral, incluyendo el laudo, es también una de las reglas generales del arbitraje en el derecho privado<sup>33</sup>. En cambio, en el arbitraje administrativo el laudo y las actas, según lo estipulado por el artículo 52º de la Ley y el artículo 231 del Reglamento, deben ser publicados por el OSCE.

### **C. Tipos de arbitraje permitidos en la contratación estatal. Arbitraje de derecho y de equidad. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. Árbitro único y tribunal arbitral**

Sobre este punto, en primer lugar debemos afirmar que el segundo párrafo del artículo 52º de la Ley, dispone expresamente que, en las contrataciones estatales, no está permitido el arbitraje de equidad, sino que sólo cabe el arbitraje de derecho.

El arbitraje de equidad, denominado también de conciencia o *ex aequo et bono* es aquel que hace que:

*“(...) el árbitro asuma un papel diferente al de juzgador, caracterizado por la búsqueda de una solución que componga y avenga con recto criterio el estado o la relación jurídica que se presenta entre las partes. El arbitraje en equidad conlleva decidir sin sujeción irrestricta a la norma, y con apego a la realización de los fines de la convivencia y la justicia.”<sup>34</sup>*

En el derecho privado, nuestro ordenamiento permite este tipo de arbitraje, conforme la regulación contenida en el numeral 3) del artículo 57º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Un estudio más profundo sobre la obligatoriedad del arbitraje administrativo lo podemos encontrar en CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Arbitraje: el arbitraje en la contratación pública. Lima: Palestra - Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, pp. 21-30.

<sup>33</sup> Así lo dispone el artículo 51º del Decreto Legislativo Nº 1071

<sup>34</sup> BECERRA TORO, Rodrigo. El arbitraje en equidad. En: Criterio Jurídico Nº V. 10, No. 1, 2010-1. Santiago de Cali, p. 93.

<sup>35</sup> “Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.
3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1) y 2) de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

En el arbitraje de derecho, la controversia debe ser solucionada por el árbitro de conformidad con las normas jurídicas sustantivas aplicables, tal como si fuera un juez<sup>36</sup>; en el caso de la contratación estatal, la Ley ha sido mucho más específica que su predecesora<sup>37</sup>, pues ha incorporado un párrafo en su artículo 52°, que circunscribe aun más el arbitraje de derecho en las contrataciones del Estado:

*“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”.*

Se regula, pues, un orden de prelación en la aplicación de las normas sustantivas. De manera concordante el artículo 142º del Reglamento, refiriéndose a las normas aplicables en la ejecución contractual dispone:

*“El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”. (Subrayado nuestro)*

Por otro lado, el arbitraje en las contrataciones estatales puede ser de naturaleza *ad hoc* o institucional, según como se haya pactado<sup>38</sup>. En realidad es la Entidad la que normalmente elige el tipo de arbitraje, pues es ella quien elabora las Bases del proceso de selección, donde puede decidir el tipo de arbitraje.<sup>39</sup>

---

4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.” (subrayado nuestro).

<sup>36</sup> Algunos autores como Kundmüller consideran que esta decisión legal constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Thémis*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, Nº 39, p. 217. Sin embargo, no debemos olvidar que el arbitraje en las contrataciones estatales es un mecanismo de solución de controversias respecto de actuación administrativa, la cual debe regirse siguiendo el principio de legalidad, que también deberá aplicarse en la solución de las posibles controversias.

<sup>37</sup> El numeral 53.2) del T.U.O de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al respecto, sólo señalaba que el arbitraje era de derecho, sin establecer ninguna prelación en la aplicación de las normas sustantivas.

<sup>38</sup> De acuerdo al artículo 216 del RLCE si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*.

<sup>39</sup> Contra esta decisión, entendemos que no sería posible una observación por parte de los participantes, pues la normativa no exige mandatoriamente uno u otro tipo de arbitraje

El arbitraje es institucional cuando es organizado y administrado por una Entidad dedicada al arbitraje. De acuerdo al numeral 2) del artículo 7º del Decreto legislativo Nº 1071, las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro<sup>40</sup>. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

En cambio, el arbitraje *ad hoc*, es el que se constituye ex profesamente para solucionar la controversia suscitada.

Cabe señalar que una forma de arbitraje institucional, es la administrada y organizada por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE. En efecto, los dos últimos párrafos del artículo 21º del Reglamento disponen:

*“Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es:*

*‘Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento.’*

Por su parte, el numeral 3) del artículo 233º del citado RLCE, dispone:

*“3. El OSCE podrá organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que se aprueben para tal efecto. El Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE) es autónomo y especializado. Sus órganos tienen la finalidad de brindar servicios de arbitraje y en general de prevención, gestión y solución de conflictos, en las materias comprendidas dentro de su estructura normativa y en armonía con sus principios rectores.”*

Otra forma de distinguir los arbitrajes es en relación al número de árbitros, que también dependerá del acuerdo previo. Así, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 52º de la Ley y del artículo 220º del Reglamento, el arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros. A falta de acuerdo

<sup>40</sup> Algunas de las instituciones arbitrales más conocidas en nuestro país son:

- Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Centro de Conciliación, Arbitraje y Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, Consejo Departamental de Lima
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción
- Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima
- Centro de Arbitraje AMCHAM Perú

entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único. La normativa, además, ha establecido que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados.

#### **D. La solicitud de inicio del arbitraje y su contenido**

Cualquiera de las partes puede iniciar el arbitraje, dentro del correspondiente plazo de caducidad<sup>41</sup>, o dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial, si previamente se hubiera optado por la conciliación.

La solicitud que inicia el arbitraje debe presentarse:

- ✓ En la institución arbitral, en el caso del arbitraje institucional.
- ✓ En el domicilio de la otra parte, en el caso del arbitraje ad hoc.

En el caso del arbitraje institucional la solicitud deberá contener lo exigido por el reglamento del centro arbitral.

En el caso del arbitraje *ad hoc*, en la cláusula arbitral se puede establecer formalidades para la solicitud; en caso ello no se haya estipulado, el artículo 218º del RLCE exige que, cuando menos, la solicitud deberá:

- ✓ Estar dirigida a la otra parte por escrito.
- ✓ Indicar el convenio arbitral.
- ✓ Designación del árbitro, cuando corresponda.
- ✓ Posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía.

#### **E. Respuesta de la solicitud de arbitraje**

La parte contra quien se ha solicitado un arbitraje debe responder dicha solicitud. No obstante, si no lo hace, la falta de respuesta o toda oposición formulada en contra del arbitraje, no interrumpirá el desarrollo del mismo ni de los respectivos procedimientos para que se lleve a cabo la conformación del tribunal arbitral y la tramitación del arbitraje.

La respuesta debe cumplir con lo siguiente:

- ✓ Por escrito.
- ✓ Dentro los diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud.
- ✓ Se debe designar el árbitro, cuando se haya acordado que la controversia será resuelta por un Tribunal Arbitral; o, en caso de árbitro único, pronunciarse sobre el árbitro propuesto por la otra parte en la solicitud.
- ✓ Posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía

---

<sup>41</sup> Ver numeral 2.4.

- ✓ De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

#### **F. ¿Quiénes pueden ser árbitros?**

Considerando que la Ley ha establecido que el arbitraje administrativo sólo puede ser de derecho, tanto el mismo artículo 52º de la Ley (tercer párrafo), así como el artículo 220º del Reglamento, exigen que el árbitro único o el Presidente del Tribunal Arbitral deben ser, necesariamente, abogados. Asimismo, estas personas deben contar con especialización acreditada tanto en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, reafirmando, de esta manera la vocación de la nueva Ley de considerar un arbitraje administrativo, distinto del arbitraje general.

Para el caso de los demás miembros que compongan un Tribunal Arbitral las referidas normas exigen que sean expertos o profesionales en otras materias, se entiende que la especialización tendrá que ser en materia vinculada al caso concreto<sup>42</sup>.

Es pertinente señalar que existen algunas personas que se encuentran impedidas para actuar como árbitros. Estas son, de acuerdo al artículo 221º del Reglamento:

- ✓ El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
- ✓ Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
- ✓ Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
- ✓ El Contralor General de la República.
- ✓ Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado. Aquí el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.
- ✓ El personal militar y policial en situación de actividad.
- ✓ Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes. Aquí el impedimento también se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.
- ✓ Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
- ✓ Los declarados en insolvencia.
- ✓ Los sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

#### **1. Designación de árbitros**

En el caso del arbitraje institucional, la designación se realizará de acuerdo con los reglamentos de la institución arbitral.

---

<sup>42</sup> Estas son exigencias que la anterior normativa de contrataciones con el Estado no contemplaba.



En los arbitrajes *ad hoc*, en principio, la forma de designación depende de lo pactado, es decir de lo establecido en las Bases del Proceso de Selección o en el contrato. Aquí es pertinente preguntarnos si la forma de designación de los árbitros es completamente libre o debe guardar ciertas garantías; por ejemplo, sería válido un acuerdo, establecido en las Bases o en el contrato que establezca que el árbitro único será aquel que designe la Entidad; al respecto, no hay regulación expresa, ni en la Ley ni en el Reglamento, por lo que debe ser de aplicación, de manera supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, cuyo artículo 26° prescribe los privilegios de nombramiento, bajo sanción de nulidad<sup>43</sup>.

En general, como afirma CHOCHRÓN, no está permitidos los convenios arbitrales que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros<sup>44</sup>.

Si en las Bases del proceso de selección o en el contrato no se reguló la forma de designación de los árbitros, se deben seguir las siguientes reglas:

- 1° Cuando se trata de árbitro único y la parte contra quien se solicitó el arbitraje, no está de acuerdo con el árbitro propuesto en la solicitud, o no ha respondido, cualquiera de las partes puede solicitar al OSCE la designación de dicho árbitro.

El artículo 220° del Reglamento señala un plazo máximo de diez (10) días hábiles, el cual debe interpretarse desde la notificación de la respuesta del arbitraje o desde vencido el plazo para efectuarla. ¿Qué pasa si se vence este plazo y las partes continúan sin ponerse de acuerdo respecto del árbitro único, pero no solicitan su designación al OSCE? Al respecto, CASTILLO y SABROSO consideran que éste es un plazo de caducidad y, por lo tanto, ya no se podría solicitar el nombramiento del árbitro único al OSCE y tampoco se podría llevar adelante el proceso arbitral, salvo que las partes logren ponerse de acuerdo en la designación de dicho árbitro<sup>45</sup>.

- 2° En caso de Tribunal Arbitral, cada parte designa un árbitro, en su solicitud y respuesta, respectivamente, estos árbitros, a su vez designan al Presidente. Si la parte contra la quien se presentó la solicitud de arbitraje no designa su árbitro, dentro de los diez (10) días hábiles que tienen para responder, o si los dos árbitros designados no se ponen de acuerdo sobre el tercero, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro,

<sup>43</sup> Artículo 26.- Privilegio en el nombramiento.

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

<sup>44</sup> CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 77.

<sup>45</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Ob. cit., pp. 151-152

cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer árbitro, dentro del plazo de diez (10) días hábiles. Aquí también es pertinente mencionar, como en el caso anterior que éste sería un plazo de caducidad, vencido el cual ya no podría solicitarse al OSCE la designación del tercer árbitro, salvo acuerdo entre las partes.

Las designaciones efectuadas por el OSCE en los supuestos se realizarán de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.

## 2. Aceptación de la designación los árbitros

No es suficiente la designación de los árbitros que realizan las partes de la controversia, sino que, además, se requiere que los árbitros acepten su designación.

Si el arbitraje es institucional, la aceptación se realizará de acuerdo a los reglamentos de la institución arbitral.

Si el arbitraje es *ad hoc*, en principio, depende de lo pactado en las Bases del Proceso de Selección o en el contrato, caso contrario se siguen las siguientes reglas:

- 1º El árbitro, dentro de cinco (05) días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, deberá dar a conocer su aceptación por escrito a la parte que lo designó, la misma que deberá de poner en conocimiento de la contraria la correspondiente aceptación del árbitro.
- 2º Si en el plazo establecido, el árbitro no comunica su aceptación, se presume que no acepta ejercer el cargo, con lo que queda expedito el derecho de la parte que lo designó para designar un nuevo árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.
- 3º Si el nuevo árbitro designado no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco (5) días hábiles, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente.

## 3. Deberes de los árbitros

Durante el ejercicio de su función, los árbitros deben cumplir con lo siguiente:

- ✓ Respetar los principios de imparcialidad, independencia y neutralidad.
- ✓ No deben mantener con las partes relaciones personales profesionales o comerciales.
- ✓ Cumplir con el Código de Ética y otras reglas que apruebe el OSCE
- ✓ Cumplir con las normas sobre responsabilidad civil y penal establecidas en la legislación sobre la materia.

- ✓ Deber de declaración o de información: Tanto al momento de aceptar, como durante las actuaciones arbitrales, el árbitro debe informar o revelar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad. La omisión conlleva a sanción.

En tal virtud, todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia.

Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia.

Asimismo, el árbitro designado debe incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

#### 4. Recusación

La recusación es el rechazo de las partes en relación a los árbitros designados, motivado por la desconfianza sobre su idoneidad, imparcialidad o incumplimiento de sus deberes funcionales.

El artículo 225º del Reglamento establece las causales de la recusación:

- ✓ Cuando se encuentren impedidos o no cumplan con los deberes de árbitros.
- ✓ Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.
- ✓ Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.

La oportunidad para recusar y su procedimiento, en el caso del arbitraje institucional, serán los establecidos en los reglamentos de la institución arbitral. Si el arbitraje es *ad hoc*, en principio, depende de lo pactado en las Bases del

Proceso de Selección o en el contrato, caso contrario se siguen las siguientes reglas:

- La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.
- El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho.
- Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.
- Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez (10) días hábiles.
- La resolución de la recusación por el OSCE debe ser motivada, es definitiva e inimpugnable y será publicada en el portal institucional del OSCE. Cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto.
- El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral.

## 5. Instalación

Si el arbitraje es institucional, la instalación se realizará de acuerdo a los reglamentos de la institución arbitral.

En caso de arbitrajes *ad hoc*, el Reglamento no permite que las partes regulen, ya sea en las Bases del Proceso de Selección o en el contrato, la forma de instalación del arbitraje, sino que dispone reglas que se deben cumplir en este tipo de arbitrajes.

Según estas disposiciones, contenidas en el artículo 227º del Reglamento, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE, la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación de estos, según corresponda. En este punto nuevamente se refleja la influencia administrativa de los arbitrajes en las contrataciones estatales, de tal manera que se configura un procedimiento incluido en el TUPA del OSCE (Procedimiento N° 17). Será el Director de Arbitraje Administrativo del OSCE quien resuelva la solicitud.

Cabe señalar que el Reglamento, a diferencia de su predecesor, precisa que la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya iniciado por la materia controvertida. Dicha suspensión continuará durante el desarrollo del proceso arbitral y únicamente podrá ser levantada cuando dicho proceso concluya con el laudo debidamente consentido o sea declarado archivado por el árbitro o tribunal arbitral, según corresponda.

## 6. Acumulación

Antes de estudiar la regulación normativa sobre este punto, es conveniente precisar qué entendemos por acumulación de pretensiones. Al respecto, SUAREZ ANZORENA señala que la acumulación tiene como objetivo unificar el tratamiento y resolución de disputas conexas en razón de sus circunstancias subjetivas, fácticas y/o legales; inspirado en razones de eficiencia y equidad, este instituto procura concentrar el tratamiento de una misma materia litigiosa por ante un solo juzgador, a los fines de evitar soluciones inconsistentes y de optimizar el uso de los recursos, coadyuvando así a la buena administración de justicia<sup>46</sup>.

La figura se presenta cuando existe un arbitraje en curso y surgen nuevas controversias relativas al mismo contrato. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿debe designarse un nuevo árbitro único o tribunal arbitral, según corresponda, o pueden acumularse las nuevas pretensiones al arbitraje ya iniciado?

El quinto párrafo del artículo 52º y el artículo 227º del Reglamento responden esta pregunta incorporando la posibilidad de acumular las nuevas pretensiones. De las normas precitadas podemos extraer los siguientes presupuestos para que proceda la acumulación de pretensiones en el arbitraje administrativo:

- a. En caso de arbitraje institucional, la acumulación se rige de acuerdo a los reglamentos de la institución correspondiente.
- b. En el caso de arbitraje ad hoc, caben dos posibilidades:
  - ✓ Que se haya regulado en las Bases del Proceso de Selección o en el contrato que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral. De no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.
  - ✓ Si no hay ninguna regulación en las bases o el contrato, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria. Si ya se inició la etapa de actuación de pruebas, los árbitros podrán decidir sobre la acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el

<sup>46</sup> SUAREZ ANZORENA, Ignacio. «La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas? En Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Bogotá: Legis, 2007, p. 330. Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Ob. cit., p. 119.

estado de avance en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes.

## G. El Laudo

Presentemos algunas definiciones del laudo arbitral, para entender su naturaleza e importancia dentro del proceso arbitral:

*“(...) la decisión dictada por uno o varios jueces particulares, elegidos por las partes, con arreglo a derecho y al debido procedimiento, sobre una cuestión o cuestiones determinadas y dentro del término, establecidos en el compromiso arbitral”.<sup>47</sup>*

*“El laudo arbitral constituye la decisión que emite el árbitro y que resuelve la controversia sometida a su conocimiento. Es la última y, sin duda, la más importante fase del proceso arbitral. En verdad, toda la institución arbitral está estructurada para llegar a esta etapa. Asimismo el laudo arbitral equivale a una sentencia judicial y puede ejecutarse como tal”.<sup>48</sup>*

*“Como sabemos, los procesos arbitrales tienen como parte fundamental el laudo arbitral, que es la etapa del proceso a la que se aspira a llegar desde el inicio del propio proceso arbitral; de manera tal que es muy importante que el proceso culmine con un laudo, ya que él subsume todas las etapas procesales anteriores y pone fin a la controversia”.<sup>49</sup>*

La Ley también ha reconocido estas características esenciales, al señalar que: *“El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación”*. Por su parte el artículo 231 del Reglamento ha precisado, además, que *“tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia”*.

Ahora bien, la normativa de contrataciones ha establecido una característica especial de los laudos de arbitrajes administrativos, que es la publicación de los mismos, en aplicación del principio de transparencia en las contrataciones del Estado. Para este efecto, tanto el árbitro único como el tribunal arbitral, deberán remitir al OSCE, en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificado, el laudo, así como sus correcciones, integraciones y aclaraciones.

En caso de omisión por parte de los árbitros de esta obligación de remisión, estarán sujetos a sanciones económicas (no menor de una ni mayor de cuatro Unidades

<sup>47</sup> ZWANCK, Carlos Alberto, Cfr la voz: “Juicios de árbitros” en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. XVII,

Editorial DRSKILL S.A., Buenos Aires, 1978, p. 221.

<sup>48</sup> GAGLIERO, Silvana Gabriela. El laudo arbitral: Nociones Generales. En: [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/el\\_laudo\\_arbitral.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/el_laudo_arbitral.html)

<sup>49</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Ob. Cit. p. 211.

Impositivas Tributarias), de acuerdo al procedimiento administrativo sancionador establecido en el artículo 238º del Reglamento, tramitado ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Un aspecto importante a considerar son las formalidades exigidas para laudo, respecto de las cuales ni la Ley ni el Reglamento tienen regulación expresa. En este caso, es de aplicación supletoria las normas pertinentes del Decreto Legislativo N° 1071. Entre otras formalidades tenemos:

- ✓ Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
- ✓ Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
- ✓ Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.
- ✓ Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se considera dictado en ese lugar.
- ✓ El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

Contra el laudo arbitral cabe la posibilidad de interponer un recurso de anulación ante el Poder Judicial. El Reglamento establece algunos requisitos adicionales a los establecidos para este recurso por la norma general (Decreto Legislativo N° 1071, artículo 63º):

- ✓ Si las partes establecieron 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.
- ✓ La parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el árbitro único o el tribunal arbitral la interposición de este recurso dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de vencido el plazo correspondiente; en caso contrario se entenderá que el laudo ha quedado consentido en sede arbitral.
- ✓ Las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación, deberán ser remitidas al OSCE por la parte interesada en el plazo de diez (10)

días hábiles de notificadas para su registro y publicación. Los representantes de las partes deberán cumplir con dicha obligación bajo responsabilidad.

#### **H. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y el Sistema Nacional de Arbitraje - SNA**

El OSCE, en relación a los arbitrajes administrativos cumple funciones básicas, tales como:

- ✓ Administrar un Registro de Árbitros para efectos de las designaciones que deba realizar.
- ✓ Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento. Asimismo, resuelve sobre solicitudes de instalación de Tribunales Arbitrales, devolución de gastos arbitrales, inscripción y renovación de árbitros.
- ✓ Proporcionar apoyo administrativo constante o servicios de organización y administración de arbitrajes y demás medios de prevención, gestión y solución de controversias. En estos casos, el OSCE podrá llevar a cabo los cobros correspondientes, de conformidad con las formas de pago que se apruebe para tales efectos, de acuerdo a la legislación vigente.
- ✓ Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que se aprueben para tal efecto. El Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE) es autónomo y especializado. Sus órganos tienen la finalidad de brindar servicios de arbitraje y en general de prevención, gestión y solución de conflictos, en las materias comprendidas dentro de su estructura normativa y en armonía con sus principios rectores. El SNA-OSCE cuenta como órganos un Colegio de Arbitraje Administrativo, además de una Secretaría del SNA-OSCE.

El OSCE podrá conformar uno o más tribunales arbitrales especiales para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compras o de servicios originados en Adjudicaciones de Menor Cuantía y cuyo monto no supere las cinco Unidades Impositivas Tributarias (5 UIT). Los arbitrajes a cargo de estos tribunales serán regulados por el OSCE mediante la directiva que apruebe para tal efecto.