

PLAZOS PARA SOLICITAR EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

DERIK LATORRE BOZA*

El tratamiento que da el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM —en adelante el Reglamento—, a un tema crucial como es el del plazo que tiene la parte interesada de un contrato para solicitar el inicio de un arbitraje a fin de resolver alguna controversia surgida durante la ejecución del mismo, resulta, paradójicamente, impreciso y sumamente oscuro. El objetivo del presente artículo es explorar este tema que está inmerso en una sombra de misterio.

Empiezo por enfatizar que, de acuerdo a las propias normas de contrataciones públicas (artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM, en adelante la Ley), lo estipulado en ellas prevalece sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables.

1. Plazo para solicitar el inicio del arbitraje

El artículo 140 del Reglamento señala que luego de haber *quedado consentida la liquidación* del contrato, no procederá reclamo alguno entre las partes mediante arbitraje. En similar sentido, el artículo 186 del propio Reglamento establece que el arbitraje obligatorio se debe solicitar, como máximo, *hasta el vencimiento de los plazos previstos en los artículos 139 ó 164 para que quede consentida la liquidación* del contrato según se trate de bienes y servicios o de obras, respectivamente.

Hasta este punto, las cosas son aparentemente claras y, por tanto, el plazo tendría como límite final el consentimiento de la liquidación del contrato¹. Aparentemente. En realidad, el consentimiento de la liquidación es un asunto que, en sí mismo, requiere de un análisis independiente y hasta de una decisión respecto de si se produjo o no el supuesto de consentimiento. Y esta decisión, muchas veces, tampoco será una cuestión indubitable, sino que requerirá de un ejercicio hermeneúutico. Es decir, el propio consentimiento de la liquidación podría constituir una controversia de compleja solución, por cuanto las partes pueden discutir inclusive este extremo, con lo que el límite final del plazo deja de ser preciso y se hace nebuloso.

Existen plazos especiales para solicitar el arbitraje. Uno de ellos es el estipulado en el artículo 139, respecto de las liquidaciones en contratos de bienes y servicios, en

* El autor es abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y actualmente presta sus servicios en la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del CONSUMED.

¹ Aquí el choque con la oscuridad es evidente, pues de acuerdo a una interpretación, los plazos para presentar la solicitud de arbitraje podrían ser más concretos: de 15 o 5 días, tratándose de bienes o servicios; de 60, 30 o 15, en el caso de tratarse de obras. Esta interpretación no me parece válida, pues el propio artículo 186 señala que el arbitraje se debe solicitar, como máximo, hasta el *vencimiento de los plazos* previstos en los artículos 139 o 164 para que quede consentida la liquidación; es decir, el límite máximo para presentar dicha solicitud concluye con el consentimiento de la liquidación, por cuanto esta es la consecuencia del vencimiento de los plazos referidos.

caso de que una de las partes del contrato no acoja las observaciones formuladas por la otra, supuesto en el que, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a arbitraje. Otro de los plazos especiales es el señalado en el artículo 164, para liquidaciones de contratos de obra, ya que en el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, dentro de los siete (7) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a arbitraje. En estos dos casos, se entiende que esos plazos especiales se incorporan a fin de establecer con claridad el momento en el que la liquidación habría quedado consentida cuando, presentada la liquidación, se formula observaciones y no se está de acuerdo con las mismas; entonces, el plazo es bastante preciso y será de 5 o 7 días y si vencidos esos plazos no se ha presentado la solicitud de arbitraje, la liquidación habrá quedado consentida. No se entiende, sin embargo, por qué la diferencia de los plazos; esto es, por qué para el caso de bienes y servicios es de cinco días y por qué en el caso de obras es de siete días.

Por otro lado, el artículo 185 del Reglamento, en su párrafo final, establece que si se hubiera previsto la conciliación como medio para resolver controversias y luego de buscarse en ella un acuerdo, este fuera posible de manera parcial o simplemente no fuera posible llegar a un acuerdo, tendría que recurrirse al arbitraje y la parte interesada debería presentar su solicitud en los 15 días *siguientes de la suscripción del acta respectiva*. Estamos, en principio, frente a otro plazo especial. Este supuesto puede significar el recorte drástico del plazo común para solicitar el arbitraje, pues lo limita a 15 días, cuando en el común de los casos este plazo se extiende hasta el consentimiento de la liquidación de los contratos, incluidos los plazos vistos en el párrafo anterior. Por tanto, no tiene sentido que en los casos que se haya previsto la conciliación como mecanismo previo, se recorte a las partes el plazo para solicitar el arbitraje sin una razón lógica que lo justifique.

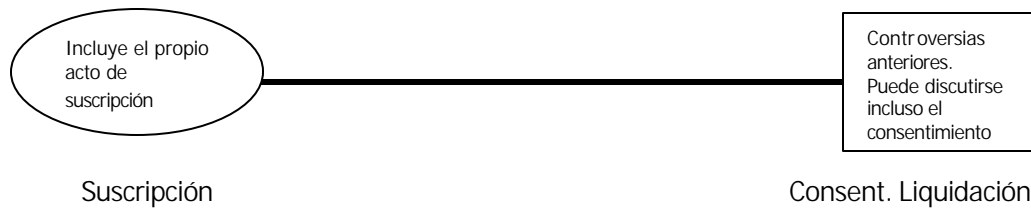
Se aprecia, entonces, que existe un tratamiento disperso e inconsistente respecto de cuál es el plazo con el que cuentan las partes de un contrato para solicitar el inicio del arbitraje. Con el fin de corregir esto, se requiere una modificación de la Ley y del Reglamento, para que se precise esta cuestión y se aclare el punto en el que finaliza dicho plazo, el mismo que debería ser meridianamente claro, para que no exista sobre ese particular ninguna posibilidad de duda.

Asumo el riesgo de plantear dos alternativas de solución a este problema:

- a. El plazo para solicitar el inicio de un arbitraje no debiera ser mayor a quince (15) días hábiles, desde el momento en que surgió la controversia.
- b. Si el límite final del plazo fuera necesariamente el momento en el que concluye el contrato, debiera, primero, regularse con mayor claridad dicho tema, pues pese a que las normas dicen que los contratos terminan con la liquidación, esto solamente se cumple para el caso de obras y en muy pocos caso en bienes y servicios, donde en la realidad importa solamente el Acta de Recepción y la Conformidad correspondiente. Podría, entonces, establecerse que el plazo para presentar una solicitud de arbitraje vence veinte (20) días después de la presentación de la liquidación o del acto mediante el que se formaliza la culminación del contrato.

2. **Ámbito temporal para la aplicación del arbitraje**

De conformidad con el propio artículo 186 del Reglamento, el arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de las controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección *hasta el consentimiento de su liquidación*. El horizonte temporal en el que las controversias serán arbitrables, va desde el momento de la suscripción de los contratos y hasta antes de que quede consentida la liquidación, aunque eventualmente podría discutirse también si consintió o no la liquidación. Grafiquemos esto:



De acuerdo a lo señalado por el artículo 190 del Reglamento, inclusive las controversias derivadas de la validez o invalidez de los contratos podrían ser materia de arbitraje, por cuanto podrían estar directamente relacionadas con el acto mismo de la suscripción o perfeccionamiento² del contrato. En tal sentido, sobre este punto existiría un campo de intersección de los recursos impugnativos previstos para la solución de controversias surgidas durante la etapa de selección (procedimiento administrativo) y los mecanismos propios de la etapa de ejecución contractual. Y es que el artículo 54 de la Ley señala que las discrepancias relacionadas con actos administrativos producidos desde la convocatoria hasta la **suscripción del contrato, inclusive**, solamente podrán dar lugar a la interposición de los recursos de apelación y revisión. Si bien, de una primera lectura puede concluirse que con relación al acto de suscripción del contrato solo caben los recursos impugnativos, esto tiene que evaluarse con más acierto sobre la base de la lectura del artículo 190 del Reglamento, en concordancia con los artículos 14, 39 y 44 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante, LGA). Dichos dispositivos, establecen que la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, **los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento**, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral; los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La causal de invalidez del contrato podría haberse generado en el momento de la suscripción del mismo.

² La norma distingue entre suscripción del contrato o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los mismos, por cuanto existen casos en los que no se suscribe, en estricto, un contrato y la forma en que se perfecciona el contrato es, por ejemplo, mediante órdenes de compra o de servicios.

En cuanto al límite final del ámbito temporal de aplicación del arbitraje, el mismo se encuentra en el consentimiento de la liquidación del contrato; por tanto, una vez consentida la liquidación, el arbitraje ya no es procedente. Aquí es necesario reflexionar sobre qué sucede después de consentida la liquidación final del contrato. El artículo 140 del Reglamento señala que no procederá reclamo alguno entre las partes mediante arbitraje ni conciliación. Pero no dice si podrá interponerse un reclamo en la vía judicial, por ejemplo. Haciendo una lectura concordada del artículo 164, tenemos que para el caso de obras, una vez que la liquidación haya quedado consentida, el contrato quedará concluido, debiendo cerrarse el expediente de la contratación. Luego del cierre del expediente, la única materia superviviente sobre la que se puede reclamar judicialmente es la responsabilidad por vicios ocultos. Por otro lado, el artículo 139 plantea de distinto modo la consecuencia: "una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación". La duda se genera cuando nos preguntamos si el arbitraje o la conciliación constituyen mecanismos de impugnación y, además, si el hecho de que no quepa impugnación alguna implica que el expediente de la contratación quedó cerrado. Es obvio que el autor de la norma confundió los supuestos, por cuanto la conciliación y el arbitraje no son recursos impugnativos. Es conveniente modificar esta norma, siguiendo la misma línea del artículo 164.

Opino que, consentida la liquidación de un contrato cualquiera, la consecuencia lógica debe ser el cierre del expediente de la contratación y, por tanto, no podrá reclamarse nada respecto de dicho contrato en ninguna vía, excepto el tema de la responsabilidad por vicios ocultos en el plazo previsto en la normativa, cuestión que podrá reclamarse en la vía judicial. Y ello por cuanto la fijación de un término de extinción de las obligaciones o pretensiones "tiene por finalidad servir a la seguridad general del Derecho y la paz jurídica"³.

3. Naturaleza jurídica del plazo para solicitar arbitraje

Los plazos previstos en el Reglamento no han dejado en claro su naturaleza ni el sentido de su consideración, por lo que, en lo inmediato, se requiere efectuar una interpretación para integrar este vacío o laguna normativa y, a futuro, es recomendable calificar legalmente este plazo, para lo que se hace necesaria una modificación en la normativa.

Puede señalarse que, en principio, los plazos que establece el Reglamento respecto del ámbito temporal dentro del cual puede presentarse una solicitud de arbitraje son simplemente referenciales. Sin embargo, de aceptar esta hipótesis, nos encontraríamos frente a la evidencia de la inutilidad de establecer plazos, pues la existencia de un plazo que no tenga una consecuencia no tiene sentido.

Como una segunda alternativa, podría entenderse que se trata de plazos de prescripción extintiva, entendiendo que "la prescripción funciona como medio de orden, tranquilidad y seguridad social, porque evita que después del tiempo que la ley prescribe, puedan suscitarse pleitos y controversias de difícil solución. Puede ocurrir que algunas veces ella sirva para amparar o consagrar una injusticia, pero estos casos pueden ser tolerados en atención a los grandes servicios que ella presta a la sociedad"⁴.

³ Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo XXII, p. 927

⁴ Ob Cit pp. 935-936

Sin embargo, cabe aún una tercera posibilidad: podría tratarse de que estos plazos son de caducidad, con lo que es necesario distinguir entre estas dos figuras: “La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en tanto, la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice Enneccerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión”⁵.

Marcial Rubio Correa señala que la prescripción extintiva “es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene, para exigir un derecho ante los tribunales”⁶. Como características de esta figura jurídica, Rubio señala entre otras, que la prescripción extingue la acción dejando subsistente el derecho, que solamente opera a petición de parte, como excepción, y puede ser suspendida.

Mientras tanto, respecto de la caducidad, el mismo Marcial Rubio señala que “cuando la ley ha fijado plazos de caducidad, las partes no pueden pactar en contrario. Entendemos que los plazos son de orden público”. Además, dice que los plazos de caducidad deben ser fijados por ley, no por normas de inferior jerarquía⁷.

Aunque este tema merece mayor discusión creo que es imprescindible que la Ley opte por calificar el plazo para solicitar el arbitraje y me parece que, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las contrataciones públicas, esto de acuerdo también con el artículo 3 de la Ley, el plazo debiera ser de caducidad, extinguiendo tanto el derecho como la acción misma.

4. Órgano o entidad competente para decidir respecto de si una solicitud de arbitraje es o no extemporánea

El artículo 139 de la Constitución considera que la vía arbitral de solución de controversias constituye una jurisdicción independiente a la judicial, por lo que los árbitros tienen en cada caso concreto competencia jurisdiccional para decidir sobre la controversia que se ha sometido a su conocimiento.

En tal sentido y tal como está regulado el tema en la normativa aplicable, debemos tener en cuenta que el CONSUCODE, de conformidad con la Ley y el Reglamento, tiene como función residual (es decir, en defecto de las partes) la de designar árbitros; además, se hará cargo de la solución de las recusaciones que puedan presentarse. Como resulta obvio, la designación de árbitros o recusación de árbitros no implica el conocimiento del fondo de la controversia y ni siquiera aspectos formales como puede ser la calificación de la solicitud de arbitraje en cuanto refiere a su oportunidad o su admisibilidad.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. p. 14

⁶ RUBIO C., Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 16

⁷ RUBIO C., Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 77

Ampliando el punto anterior, puede afirmarse que el CONSUCODE (entidad nominadora de árbitros) no está facultado y, por tanto, no resulta competente con la normativa actual para decidir sobre cuestiones inherentes al arbitraje, ni en sus aspectos procedimentales y menos aun en los aspectos de fondo.

Sin embargo, es recomendable modificar la Ley a fin de lograr inocular criterios de mayor dinámica, evitando que se inicie arbitrajes que a todas luces son extemporáneo o para los cuales no rigen las normas que establecen el recurso al arbitraje. En estos casos, tratándose del arbitraje de derecho administrativo la Ley debería establecer como atribuciones del CONSUCODE el decidir sobre esos temas en particular, lo que podría evitar que se inicien dichos arbitrajes y, por tanto, ahorrando a las partes los costos en que deberían incurrir para que se establezca un Tribunal Arbitral (sea este unipersonal o colegiado).