

COMENTARIOS A LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (DECRETO LEY n.º 1017)

José Zegarra Pinto*

SUMARIO:

1. Introducción.— 2. La solución de controversias en materia de contrataciones del Estado.— 3. Tipos de arbitraje en el marco de la Ley de Contrataciones.— 4. Arbitraje *ad-hoc*.— 5. La composición y designación del tribunal arbitral.— 6. Proceso residual de designación.— 6.1. Arbitraje *ad-hoc*.— 6.2. Arbitraje institucional.— 6.3. Omisión de designación de árbitro en el OSCE.— 6.3.1. Arbitraje administrado y organizado por el OSCE con árbitro único o presidente del tribunal arbitral nombrado por una Cámara de Comercio.— 6.3.2. Arbitraje administrado y organizado por la Cámara de Comercio.— 7. Conclusiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Ya ha transcurrido un poco más de un año desde la emisión de nuestra actual Ley de Contrataciones del Estado¹ y, como era de esperar, ya es tiempo más que suficiente como para poder verificar en campo la existencia de aspectos positivos y otros no tan positivos que se podrían mejorar en la norma legal a la cual hacemos mención.

Al igual que muchas otras personas, siempre hemos considera-

do que una norma o, en general, cualquier cuerpo normativo debe ser ante todo eficaz y eficiente, en resumidas cuentas debe aspirar no sólo a satisfacer las pretensiones legales de quien manifiesta poseer legítimo derecho, sino también que debe buscar que no se produzca un mayor menoscabo en el patrimonio de quienes recurren a los tribunales, o en este caso a quienes recurren a un tribunal arbitral.

Un tema que nos parece suma-

mente interesante e importante de abordar, en esta oportunidad, es el de la designación residual del árbitro o árbitros en los procesos arbitrales seguidos ante el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE). Conforme vamos a poder verificar en la Ley y su Reglamento,² se plantea toda una serie de posibilidades para abordar la temática de la designación residual de árbitros; sin embargo, nada se dice con respecto a qué hacer cuando, a pesar de que se solicita la intervención del

* Abogado por la PUCP. Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Facultad de Gestión y Alta Dirección de la misma Casa de Estudios. Miembro de la Nómina de Árbitros de la Cámara de Comercio de Lima y el OSCE.

¹ Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Legislativo n.º 1017

² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo n.º 184-2008-EF.

OSCE, el mismo omite o retrasa de manera ostensible su labor de designación de árbitro único o tribunal arbitral.

Como es de precisar, la composición de los tribunales arbitrales es de suma relevancia y es el motivo por el cual nuestro legislador hace que el tema de la designación residual de árbitros sea algo importante y sensible. Por tal motivo, creemos que dicho tema nos invita a reflexionar sobre si un supuesto como al que hacemos referencia –omisión de designación por la OSCE– tiene una respuesta adecuada por parte de nuestra actual legislación arbitral peruana y, asimismo, si es que la propia actividad residual de designación de árbitros puede llegar a traer complicaciones al proceso en sí.

Conforme vamos a poder observar, nuestra actual legislación arbitral peruana viene reflejando un nivel de experiencia cada vez mayor. Dicha situación, por tanto, nos permite que en la actualidad podamos decir que una norma como el Decreto Legislativo n.º 1071,

posea y resuelva un mayor número de supuestos y circunstancias que representan o representaban problemas o complicaciones a los operadores del sistema arbitral.

2. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Es preciso iniciar la presente exposición señalando que son, en estricto, dos las formas a través de las cuales las partes que intervienen en un contrato en el que participan las entidades del Estado, pueden resolver sus conflictos. La primera de ellas es, sin que implique grado de importancia, la conciliación, y la segunda, es el arbitraje.

En el primero de los casos –conciliación– hablamos en estricto de aquel proceso en el cual participa un tercero, neutral e imparcial, que tiene como objetivo ayudar a las partes a resolver sus conflictos o desavenencias a través del fomento del diálogo o la negociación directa entre las

partes; propone opciones de solución, las cuales no son vinculantes para las partes. Consideramos que se trata de un método sumamente eficaz y eficiente para resolver conflictos; sin embargo, nunca ha llegado a ser muy utilizado, sobre todo en aquellos conflictos en los que intervienen entidades del Estado.³

En el caso del arbitraje, la situación es totalmente distinta, es prácticamente unánime la elección de utilizar dicho medio como forma de resolver dichos conflictos. Independientemente del hecho que exista mandato legal imperativo para utilizarlo, consideramos que su común utilización se debe principalmente a que se trata de un supuesto en el cual interviene un tercero que resuelve el conflicto a través de un laudo con carácter de derecho, inapelable, definitivo y obligatorio para las partes que intervienen en el mismo.⁴

Realizada esta breve introducción al tema, vamos a empezar a desarrollar con mayor detalle el tema que nos convoca.

³ Particularmente no conocemos ni hemos escuchado que se celebren conciliaciones en aquellos conflictos en los cuales interviene el Estado. Quien escribe el presente artículo participó de una Comisión Reformadora de la Ley n.º 26872 y pudo constatar *in situ* lo «complicado» que era para un funcionario del Estado el conciliar en procesos en los cuales hay de por medio recursos estatales. En atención a dichas circunstancias y con el objetivo de fomentar el uso del aludido medio, la Comisión elaboró una propuesta legislativa, la cual muy a nuestro pesar no fue atendida, pero que sin embargo con estrictos fines ilustrativos procedemos a citar: «[...] Tratándose de conciliación en asuntos que el Estado es parte, a través de entidades sujetas a la Ley de Presupuesto del Sector Público del Ejercicio en que se lleva a cabo la conciliación, se seguirá el procedimiento siguiente:

- a) El Estado estará representado por un equipo negociador integrado por:
 - Un representante de la Dirección General de Administración o la que haga sus veces.
 - Un representante de la Dirección General de Asesoría Jurídica o la que haga sus veces.
 - Un representante de la unidad organizacional directamente vinculada con el tema o asunto materia de la conciliación.
- b) Una vez definidos los alcances del posible acuerdo, se suspenderá la Audiencia de Conciliación, a fin de que los términos de éste sean aprobados por la máxima autoridad administrativa de la entidad.
- c) El informe final de los resultados de la negociación y del Acuerdo Conciliatorio será suscrito por los tres representantes de la entidad como responsables de la negociación [...].».

Ver: http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/proyecto_enviado1.pdf.

⁴ Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Legislativo n.º 1017. Artículo 52. - «Solución de controversias».

3. TIPOS DE ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES

Al revisar la Ley de Contrataciones del Estado, podemos verificar que son básicamente 2 (dos) los tipos de arbitraje que se pueden desarrollar en el marco de la aludida norma: *arbitraje institucional* y *arbitraje ad-hoc*. A manera de poder tener una idea más clara de los aludidos conceptos, vamos a proceder a brindar información al respecto.

En estricto, cuando se habla de *arbitraje institucional*, se puede decir que es:⁵

[...] un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso [...].

Para encontrarnos frente a un caso de arbitraje institucional, confor-

me a la Ley de Contrataciones, deben de presentarse las siguientes circunstancias:

1. Tener un contrato en el cual exista una cláusula de resolución de controversias que señale expresamente que ante el surgimiento de algún conflicto o desavenencia, ésta será resuelta a través de un arbitraje que será organizado y administrado por el OSCE.
2. Tener un contrato en el cual exista una cláusula de resolución de controversias que señale expresamente que ante el surgimiento de algún conflicto o desavenencia, ésta será resuelta a través de un arbitraje que será organizado y administrado por cualquier otra institución arbitral.⁶
3. No exista un contrato, pero sin embargo, por mandato imperativo de la Ley de Contrataciones del Estado, se señale que el arbitraje será uno institucional a cargo del OSCE.⁷

Como se puede ver, son en estricto tres los supuestos que nos

permiten hablar de un arbitraje institucional, dos de los cuales pueden ser ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE–. En el segundo de los supuestos no existe contrato; sin embargo, por mandato legal se considera incorporado un convenio arbitral. Cuando hablamos de este último supuesto, debemos hacer mención a casos tales como la orden de compra y la orden de servicio.⁸

De la misma manera, podemos observar que existe libertad en las entidades del Estado en establecer la institución arbitral que se encargará de la administración y organización del proceso arbitral,⁹ esto de por sí nos parece sumamente conveniente, dado que fomenta competitividad entre las distintas instituciones arbitrales del medio.

4. ARBITRAJE AD-HOC

Con respecto a este tipo de arbitraje, se puede decir que las partes prescinden de la presencia de una institución organizadora o administradora. Adicionalmente, nos parece adecuado traer nuevamen-

⁵ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*. ¿He ahí el dilema?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2005, n.º 1, p. 234.

⁶ Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros.

⁷ Artículo 216.- «Convenio Arbitral [...]

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 OSCE y de acuerdo con su Reglamento».

⁸ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 35.- «Del contrato. El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección. El Reglamento señalará los casos en que el contrato puede formalizarse con una orden de compra o servicio, no debiendo necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas a que se hace referencia en el artículo 40 de la presente norma, sin perjuicio de su aplicación legal [...]».

⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

te a colación lo señalado por Del Águila.¹⁰

[...] Jorge Farrel describe dos formas de arbitraje *ad-hoc* que nos parece pertinente mencionar: (i) el arbitraje *ad-hoc* en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y (ii) el arbitraje *ad-hoc* en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral [...].

Tal como lo señalamos en el caso de los arbitrajes institucionales, vamos a hablar de arbitrajes *ad-hoc* cuando nos encontremos frente a los siguientes supuestos:

1. Tener un contrato en el cual exista una cláusula de resolución de controversias que simplemente señale que, ante el surgimiento de algún conflicto o desavenencia, ésta será resuelta a través de un arbitraje, pero no se hace referencia alguna a que el mismo será

administrado u organizado por alguna institución arbitral en particular.

2. Tener un contrato en el cual exista una cláusula de resolución de controversias que simplemente señale que, ante el surgimiento de algún conflicto o desavenencia, ésta será resuelta a través de un arbitraje *ad-hoc*.

Luego de explicar los conceptos y los supuestos de hecho de los tipos de arbitraje, es preciso que procedamos a describir la forma de dar inicio a los aludidos arbitrajes:

1. Arbitraje institucional. En este primer caso y para el estricto asunto de los procesos administrados y organizados por el OSCE, será de aplicación lo señalado en el *Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE*,¹¹ dicho tipo de arbitraje será dado por ini-

ciado, cuando la parte interesada presente interponga su *demanda arbitral* ante la Secretaría del SCNA.¹²

2. *Arbitraje ad-hoc*. Para este supuesto, nos remitimos a lo señalado en el *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*.¹³ En dicha norma legal se dispone que el proceso arbitral se iniciará cuando la parte interesada remita una solicitud de arbitraje a su contraparte, documento que adicionalmente deberá contener la siguiente información, tal como la indicación del convenio arbitral, designación del árbitro, resumen de las controversias y la cuantía.

Habiendo terminado de describir los dos tipos de arbitraje que se pueden presentar, en el caso de conflictos en los cuales intervienen entidades del Estado, y las formas como se logra dar inicio al aludido proceso, vamos a pasar inmediatamente a describir las circunstancias y los plazos frente a los cuales

Artículo 215.- «Inicio del Arbitraje

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje *ad-hoc*, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento».

¹⁰ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje Institucional o arbitraje *Ad-Hoc*. ¿He ahí el dilema?». *Op. cit.*, p. 237.

¹¹ Mediante Resolución n.º 016-2004/CONSUCODE/PRE, de fecha 15 de enero del 2004, se aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (SNCA-CONSUCODE). Artículo 25.- «Demanda arbitral. La parte interesada en iniciar el arbitraje deberá interponer su demanda arbitral ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, la que deberá ponerla en conocimiento de la parte demandada.

Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de interposición de la demanda ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE [...].».

¹² Por ejemplo, en el caso de la Cámara de Comercio de Lima, el arbitraje se iniciará a través de una petición de arbitraje. Reglamento de Arbitraje de la CCL: «TÍTULO II. PETICIÓN DE ARBITRAJE. Inicio del arbitraje. Artículo 17.- «El arbitraje se inicia en la fecha de presentación ante el Centro, de la petición de arbitraje respectiva dirigida al Secretario General [...].».

¹³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 218.- «Solicitud de Arbitraje.

En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía [...].».

se puede optar por utilizar el arbitraje administrativo para resolver dichas desavenencias.

Con el objetivo de realizar una exposición didáctica de lo antes señalado, hemos procedido a elaborar un cuadro en base a lo ex-

puesto en el artículo 215 del Reglamento de la Ley.¹⁴

Artículo	Supuesto	Plazo de Interposición
144	Nulidad de contrato	15 días hábiles posteriores a la recepción de la carta declaratoria de nulidad
170	Resolución de contrato	15 días hábiles posteriores a la recepción de la comunicación de la resolución
175	Ampliación de plazo	15 días hábiles posteriores a la recepción de la comunicación
177	Defectos o vicios ocultos	Plazo previsto para cada caso ¹⁵
199	Valorizaciones o metrado	15 días hábiles después de ocurrida la controversia
201	Ampliación de plazo	15 días hábiles posteriores a la comunicación de la decisión
209	Resolución del contrato de obra	10 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución.
210	Recepción de la obra y plazos	15 días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.
211	Liquidación del contrato de obra	15 días hábiles siguientes

¹⁴ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 215.- «Inicio del Arbitraje».

¹⁵ Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 50.- «Responsabilidad del contratista.

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecúe a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista».

Como se puede observar, la regla es el plazo de 15 (quince) días hábiles posteriores a la presentación del supuesto que posibilita dar inicio al arbitraje. De la misma manera, se puede verificar que dicha regla sólo varía para el caso de los supuestos contemplados en los artículos 177 y 209 del Reglamento de la Ley. Finalmente, vale la pena precisar que para el supuesto de hecho contemplado en el artículo 210, se debe entender que se trata de días hábiles.¹⁶

Continuando con la exposición, nos parece adecuado detenernos un momento a destacar que: todos los plazos descritos en el artículo 215 del Reglamento de la Ley, son plazos de caducidad.¹⁷

A través de lo expuesto en los artículos 50 y 52 de la Ley de Contrataciones con el Estado, se puede evidenciar que el legislador, en concordancia con lo estipulado en el Código Civil, ha hecho uso adecuado del componente facultativo de la institución de la caducidad.

Empezaremos la exposición de la idea expuesta en el párrafo precedente, trayendo a colación la norma a la cual hacemos mención:

[...]
Ley de Contrataciones con el Estado

Artículo 52.- Solución de controversias

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, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la entidad.¹⁸
[...]

Cuando hablamos de «[...] uso adecuado del componente facultativo de la institución de la caducidad [...]», nos referimos, en estricto, a lo siguiente: «[...] el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma [...]». A continuación, procedemos a citar el aludido artículo 50:

[...]
Ley de Contrataciones del Estado.
Artículo 50.- Responsabilidad del contratista

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecúe a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista.

[...]

Al leer con detalle lo señalado por ambos artículos, se puede concluir que para el caso de vicios ocultos la ley admite que las partes que intervienen en una relación jurídica de esa naturaleza, puedan tener la opción de pactar los más variados plazos de caducidad. Claro está, respetando los plazos mínimos legales establecidos por ley.

Dicha «opción de pactar» ha sido convenientemente establecida en la Ley de Contrataciones del Estado y va en concordancia con lo señalado en el Código Civil:

Artículo 2004.- Legalidad en plazos de caducidad

¹⁶ En el caso del artículo 210 del Reglamento de la Ley, es evidente que se trata de días útiles. Ley n.º 27444. Artículo 134.- «Transcurso del plazo.

[...]
134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquéllos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional [...].

¹⁷ A continuación, citamos el texto del artículo 2003 del Código Civil peruano. Artículo 2003.- «Efectos de la caducidad. La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente».

¹⁸ El subrayado es nuestro.

Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario. [...]

Si uno realizará una lectura superficial de la norma, al parecer se estaría contraviniendo lo señalado en nuestro Código Civil. Sin embargo, esto no es así. El hecho de que los plazos de caducidad sean fijados por ley, no impide que las partes pudieran pactar plazos, conforme lo señala la Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, nos parece adecuado lo señalado por Rubio Correa:¹⁹ «[...] a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, aquí es posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contraven gan uno que haya establecido por ley [...]».

Esto es un tema sumamente interesante, el cual consideramos adecuado desarrollarlo en otro momento, pero al menos querríamos ir brindando una pequeña aproximación o comentario al aludido aspecto.

Continuando con nuestra exposición, vamos a seguir exponiendo nuestras ideas con respecto al tema de la composición del tribunal arbitral.

5. LA COMPOSICIÓN Y DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme hemos podido observar, tanto para el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad-hoc*, es imprescindible que se consigne determinado tipo de información en los documentos que dan inicio a los mismos.²⁰ Para efectos de nuestro trabajo, sólo procederemos a destacar lo referido al tema de la designación del árbitro único o el tribunal arbitral.

Empezaremos señalando que es en el convenio arbitral donde consideramos que empieza el proceso de designación de los árbitros. La *primera fase* del aludido proceso se encontraría en la delimitación que deben realizar las propias partes, respecto del número de árbitros que resolverán la controversia. No está de más señalar que ellas tienen absoluta libertad para definir si sus diferencias serán resueltas por árbitro único o por un tribunal arbitral.

Conforme dispone el Reglamento de la Ley, a falta de acuerdo o duda en el número de árbitros, se entenderá que el proceso será resuelto por un árbitro único.²¹ Finalmente, cabe destacar que dicha opción legislativa difiere con lo señalado en el Decreto Legis-

lativo n.º 1071, en el cual, por el contrario, se opta por un tribunal arbitral de tres miembros.²²

Una vez definido el número de miembros que van a componer el órgano arbitral, la siguiente y *segunda fase* consistiría en que las partes procedan a designar al árbitro único o árbitros.

Para el caso del árbitro único, en el documento mediante el cual se da inicio al arbitraje, simplemente se indicará dicha característica y dependerá del proceso de designación elegido para que se pueda individualizar a la persona o personas naturales que se harán cargo de resolver la controversia.

Asimismo, para el caso del tribunal arbitral de tres miembros, la regla general es que cada parte designe a un árbitro, tanto en la demanda como en la contestación, y de esa manera, posteriormente, ambos árbitros designen al presidente del tribunal.

6. PROCESO RESIDUAL DE DESIGNACIÓN

Hasta el momento hemos expuesto supuestos en los cuales los procesos de composición y designación transcurren de manera normal; sin embargo, como es de esperar,

¹⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Biblioteca «Para Leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, 3.ª Ed., p. 73.

²⁰ Demanda Arbitral, Solicitud de Arbitraje, Petición de Arbitraje, entre otros.

²¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 220.- «Árbitros. El arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único».

²² Decreto Legislativo n.º 1071. TÍTULO III. ÁRBITROS. Artículo 19.- «Número de árbitros.

A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros. Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral».

se pueden llegar a producir situaciones en las cuales alguna de las partes que interviene en el proceso, no cumple con sus obligaciones de designación. Los supuestos a los que hacemos referencia, son los que vamos a describir a continuación:

6.1. Arbitraje *ad-hoc*²³

Al respecto, nos parece adecuado traer a colación lo señalado en el Reglamento de la Ley:

Artículo 222.- Designación. [...], el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho arbitro.
2. Para el caso de tres (3) árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) árbitros designarán al tercero, quien presidirá el tribu-

nal arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación.

3. Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del ultimo árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer arbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

[...]

Es sencillo advertir que en cada uno de los tres supuestos descritos en el artículo 222, se hace expresa mención a que será el OSCE quien tiene la facultad de nombrar, a pedido de parte, al árbitro o árbitros que no se pudieran llegar a designar. Todo esto nos parece adecuado y correcto y es, por tanto, una manera efectiva de poner fin a este tipo de desavenencias.

6.2. Arbitraje institucional

Para este caso, la designación residual dependerá, en estricto, de los reglamentos de las instituciones arbitrales a los cuales se hayan sometido las partes.²⁴

En el específico caso del OSCE, se debe advertir que desempeñarán labor residual de designación cuando:²⁵

- a) Las partes no se hayan puesto de acuerdo en la designación del árbitro.
- b) Una o ambas partes no hayan designado a sus árbitros en la demanda o en la contestación.
- c) Cuando los árbitros designados no designaran al presidente del tribunal.

Como conclusión de lo visto en estos dos tipos de arbitraje, se puede señalar que la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, otorgan al OSCE un rol de suma importancia dentro dicho proceso residual de designación; sin embargo, en este momento nos

²³ El presente proceso también se aplica a todos aquellos supuestos en los cuales no hayan pactado la forma de designación de árbitros.

²⁴ Como ejemplo, podemos traer a colación el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima:

«[...] Designación de árbitros por el Consejo. Artículo 27. - 1. De no haberse producido la designación de uno o más árbitros, conforme al artículo 26, corresponde al Consejo Superior de Arbitraje efectuar la designación, entre los integrantes del Registro de Árbitros del Centro. 2. Si cualquiera de las partes hubiera delegado el procedimiento de designación al Centro, la Secretaría General solicitará dicha designación al Consejo Superior de Arbitraje, el que la realizará entre los integrantes del Registro de Árbitros del Centro. 3. El Consejo Superior de Arbitraje efectuará la designación siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria, teniendo en cuenta, en lo posible, la naturaleza de la controversia, la especialidad requerida y lo hará también, en tanto se pueda, de manera rotativa».

²⁵ Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (SNCA-CONSUCODE). Artículo 33.- «Designación por el Colegio de Arbitraje Administrativo.

El Colegio de Arbitraje Administrativo del SNCA-CONSUCODE procederá a la designación del árbitro correspondiente, en caso las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del Árbitro Único, en el plazo señalado en el artículo 32 o cuando una de las partes o ambas no cumplan con designar a su árbitro en la demanda y contestación o cuando los árbitros designados por las partes no cumplan con designar al Presidente del Tribunal Arbitral, en el plazo señalado en el artículo 35. También procederá a la designación de árbitros, cuando las partes expresamente le confieran ese encargo al Colegio de Arbitraje Administrativo del SNCA-CONSUCODE».

surge la siguiente pregunta: ¿qué pasa si el OSCE omite designar?

6.3. Omisión de designación de árbitro en el OSCE

Al revisar tanto la Ley como el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, nos encontramos con que, efectivamente, no se dice nada con respecto a qué se debe hacer en caso el OSCE no cumpla con su labor de designar al árbitro o al presidente de un tribunal arbitral.

El arbitraje como tal, es un medio que obtiene gran aceptación y demanda, en virtud a que representa una opción rápida de resolución de controversias. Si es que se producen retrasos inmotivados o por cualquier otra circunstancia, esto no tiene por qué perjudicar a las partes que optaron por el arbitraje.

Frente a esta situación, consideramos adecuado que las partes que se encuentran afectadas con la aludida omisión, tienen la opción de aplicar lo señalado en el Decreto Legislativo n.º 1071:²⁶

[...]

Artículo 24.- Incumplimiento del encargo

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo

determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23. [...]

Como se puede ver, en caso el OSCE omite realizar la designación en el plazo de 15 (quince) días, luego de solicitada su participación, las partes tienen la opción de recurrir a otra institución para hacerse cargo de la designación, y si, finalmente, tampoco se ponen de acuerdo con la aludida institución arbitral, lo que correspondería es que el encargo sea visto por la Cámara de Comercio del lugar en el cual se va a realizar el arbitraje o del lugar donde se haya pactado el convenio arbitral.²⁷

Si bien se podría decir que ésta es una manera adecuada y legalmente correcta de resolver dicho impasse —no designación—; sin embargo, consideramos que ante dicha situación, se podrían llegar a presentar las siguientes circunstancias:

6.3.1. Arbitraje administrado y organizado por el OSCE con árbitro único o presidente del tribunal arbitral nom-

brado por una Cámara de Comercio

En este primer supuesto nos surgen las siguientes interrogantes: ¿qué pasa si es que luego de optar por la designación ante la Cámara, ésta a su vez se demora más de lo contemplado en sus reglamentos o no tiene plazo para designar? ¿Se entendería que luego de 15 (quince) días también rechazaría el encargo?

En este caso, creemos que, efectivamente, sí rechazaría el encargo y las partes tendrían la opción de recurrir a otra institución. La última complicación se presentaría si es que las partes no logran ponerse de acuerdo para acudir a otra institución. En ese caso, ¿se debería regresar a la Cámara de Comercio, dado que así lo indica el Decreto Legislativo n.º 1071?

Las respuestas a dichas interrogantes de por sí se tornan complicadas. Creemos, como respuesta al último de los supuestos, que se podría llegar al caso de tener un arbitraje válido, pero ineficaz, dado que, precisamente, dicho extremo del convenio arbitral no podría llegar a ejecutarse. Se dice todo esto, dado que la Cámara de Comercio es, por mandato legal, una suerte de «último eslabón» en cuanto a designación residual. Si bien compartimos que esta situa-

²⁶ Decreto Legislativo n.º 1071. Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 28.06.2008.

²⁷ Decreto Legislativo n.º 1071. Artículo 23.- «Libertad de procedimiento de nombramiento [...]

d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».

ción podría ser algo extrema, de la misma manera también creemos que no es ilógico pensar que en algún momento también podría llegar a presentarse.

Es evidente que el legislador busca, más que nada, fomentar la competitividad dentro de este crecimiento del mercado de instituciones arbitrales. Sin embargo, supuestos como los que estamos señalando, son casi imposibles de dejar escapar de un análisis o reflexión.

Otro aspecto que se deberá tener en consideración, frente a este tipo de nombramientos, es el referido a las cualidades que deberá poseer la persona en quien recae la designación.²⁸

Nos explicamos. ¿Qué sucede si es que la persona que ha sido nombrada por la institución arbitral elegida o por la Cámara de Comercio no reúne los requisitos exigidos por la ley y el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?

Conforme ustedes van a poder observar en la ley, se trata de una norma imperativa, y si es así, entonces el nombramiento de una persona que no posee experiencia acreditada en Derecho Administrativo, Arbitraje y Contrataciones

con el Estado, consideramos que devendría en nula.

Según nuestro modesto entender, todo esto estaría contraviniendo una norma imperativa de tipo preceptivo;²⁹ complicándolo aún más el hecho de que dicha nulidad tendría que ser declarada por autoridad judicial.

Todo lo antes expuesto, representa una situación complicada, pero que, sin embargo, se podría llegar a presentar si es que no se tiene el debido cuidado al momento de designar a los árbitros.

6.3.2. Arbitraje administrado y organizado por la Cámara de Comercio

En este caso, la génesis de la labor de designación de árbitros se encuentra en la propia Cámara de Comercio, a la cual se le encarga todo el proceso arbitral.

Frente a este supuesto, nuevamente nos planteamos la siguiente pregunta: ¿qué pasa si transcurren los plazos de sus reglamentos o no hay plazos y pasan más de 15 (quince) días sin llegar a nombrar al árbitro o al presidente del tribunal arbitral?

La respuesta también es similar a lo anteriormente comentado, las

partes tendrán la posibilidad de recurrir a otra institución arbitral para la designación y así poder continuar con el proceso arbitral ante la Cámara de Comercio. Ante todo lo expuesto, y frente al incumplimiento de la institución designada, lo que quedaría es volver a iniciar dicho proceso de designación ante la Cámara de Comercio.

Para finalizar, debemos señalar que el tema de *la designación residual del órgano arbitral no constituye un supuesto de hecho para la interposición del recurso de anulación*, conforme lo señalado en el Decreto Legislativo n.º 1071.

Al revisar las causales de anulación previstas en la norma antes citada, podemos observar lo siguiente:

Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la Anulación alegue y pruebe:
 - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse,

²⁸ Ley de Contrataciones del Estado. **Artículo 52.**- «Solución de Controversias. El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias».

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. **Artículo 232.**- «Registro de Árbitros. El OSCE llevará un Registro de Árbitros para efectos de las designaciones que deba realizar. Asimismo, aprobará la Directiva correspondiente para establecer el procedimiento y requisitos para la inscripción de los interesados en dicho Registro».

²⁹ «[...] En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares [...]». ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 538.

o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

[...].

El arbitraje residual responde a una disposición del Decreto Legislativo n.º 1071 y es por lo que dicho supuesto de hecho no se encontraría contemplado como causal de anulación. Todo esto, además, se corrobora con lo señalado en el artículo 65 de la misma norma;³⁰ en la cual explícitamente se advierte que, de proceder la anulación, se volverá al estado en el que no se observó: a) el acuerdo de las partes; b) el reglamento de la institución arbitral al que se hubieran sometido; ó c) la norma aplicable. Esta última situación es la que contempla a los supuestos de designación residual de árbitros.

Conforme se ha podido observar a lo largo de nuestra exposición, el tema de la designación residual del árbitro único o el tribunal arbitral en la legislación de contrataciones del Estado, posee toda una serie de elementos y variables que debemos tener muy presentes al momento de participar de un proceso arbitral de dicha naturaleza, y es en vista de lo cual, temas como el que hemos abordado, merecen una especial atención.

7. CONCLUSIONES FINALES

Frente a todo lo expuesto, nos parece que se puede llegar a las siguientes conclusiones:

a) Se pueden llegar a tener procesos arbitrales en los cuales participen dos instituciones

arbitrales, tanto para la designación de árbitros como para la administración y organización.

- b) La respuesta o solución a la ausencia de normativa referida a designación residual en la legislación de Contrataciones del Estado se encuentra en el Decreto Legislativo n.º 1071 –Decreto Legislativo que norma el arbitraje–.
- c) Un indebido nombramiento de árbitro o presidente de tribunal puede llegar a tornar ineficaz un convenio arbitral.
- d) La designación residual del órgano arbitral no constituye un supuesto de hecho para la interposición del recurso de anulación.

³⁰ Decreto Legislativo n.º 1071. «Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo [...].».