

Las dificultades del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de “obras chicas”



Isabel Andrade Villavicencios

Abogada. Árbitro independiente. RNA-OSCE. Experta en Obras Públicas

En la actualidad existen diversas dificultades que hacen que el arbitraje en las “obras chicas”, no funcione de manera cabal; así, no solo no se garantiza una solución célere a las controversias puestas a conocimiento de los tribunales arbitrales, sino que -en algunos casos- ni siquiera se llega a emitir una solución al conflicto.

Como es de conocimiento público, una preocupante y reiterada problemática que viene incrementando la brecha de infraestructura en el país, es el incremento de las obras paralizadas. En el “Reporte de las obras paralizadas en el territorio nacional a junio de 2023”, publicado en la página web de la Contraloría General de la República, se indica que 1,826 obras públicas a nivel nacional no se han concluido ni reportan ningún avance en su ejecución física durante más de seis (6) meses.

Recientemente, el Contralor Nelson Shack declaró, en un diario de circulación nacional, que el monto del 72% de las obras paralizadas no superan los cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 millones) de inversión¹. A estas obras las denominan “obras chicas”, cuyos montos contractuales pueden oscilar entre doscientos cincuenta mil con 00/100 Soles (S/ 250,000) y los cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 millones).

Considerando que una de las causales de paralización de las obras públicas, obedece a las discrepancias entre las partes en la ejecución del contrato, en este artículo nos referiremos a las dificultades que se presentan en torno al mecanismo de solución de controversias establecido para las “obras chicas”, esto es, el arbitraje.

Las controversias que podrían impactar en la continuación de la ejecución de las obras públicas, vale decir, aquellas que generan su paralización, son: La resolución del contrato, la nulidad del contrato, la denegatoria de una o varias ampliaciones de plazo por el total de días con los que el contratista alcanza el monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación, que faculta a la Entidad a resolver automáticamente el contrato sin apercibimiento previo, así como la aplicación de las “otras penalidades” por el monto máximo (10% del monto del contrato) con el mismo efecto, etc.

¹ Diario Gestión del 23 de agosto de 2023.

Todas estas y otras discrepancias, al día de hoy, en un contrato con montos menores a S/ 5 millones deben ser resueltas, en su mayoría, mediante arbitraje. Si bien, el inciso 4) del artículo 243° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado² faculta a las partes a incorporar a la cláusula de solución de controversias a la Junta de Resolución de Disputas en contratos con montos iguales o inferiores a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00)³, lo cierto es que son escasos los contratos iguales o inferiores a S/ 20 millones que cuentan con una Junta de Resolución de Disputas, y ni qué decir de los contratos de “obras chicas”⁴.

Bajo ese contexto, el arbitraje se constituye como el único mecanismo de solución de conflictos al que pueden recurrir las partes que suscriben contratos, cuyo objeto consista en la ejecución de una “obra chica”. Recordemos que el arbitraje se implementó para las contrataciones con el Estado con la finalidad de que las controversias sean resueltas de manera célere, eficiente y especializada.

Sin embargo, en la actualidad, por diversos motivos los procesos arbitrales tienden a tener una duración de entre uno (1) a tres (3) años, sin considerar que en varios casos los laudos arbitrales emitidos son objeto de recursos de anulación, algunos de los cuales son anulados por el Poder Judicial. En otros escenarios, los procesos arbitrales se archivan por falta de pago de los costos del arbitraje; esto es, los arbitrajes concluyen sin pronunciamiento sobre el fondo.

El hecho de que las controversias no estén siendo resueltas oportunamente o que no cuenten con pronunciamiento sobre el fondo, redundando directamente en perjuicio de las partes del proceso arbitral e indirectamente de la comunidad que no puede beneficiarse de proyectos de infraestructura culminados.

Al respecto, un motivo recurrente de dilación de los arbitrajes radica en la declinación de las instituciones arbitrales en la administración del proceso debido a que una de las partes manifiesta su oposición al centro de arbitraje, por no haberse pactado en el convenio arbitral y/o por no encontrarse situado en la zona geográfica de la obra y/o domicilio de las partes; situación que generará que el demandante tenga que recurrir a otra institución arbitral con el riesgo que opere el plazo de caducidad que prevé la Ley de Contrataciones con el Estado para determinadas controversias.

Es importante precisar, que en la mayoría de los convenios arbitrales de los contratos de “obras chicas”, no se identifica a la institución arbitral; por lo que, de conformidad con el artículo 226° del citado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado “el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral”.

² Modificado por el numeral modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 250- 2020-EF.

³ La junta de resolución de disputas es obligatoria para contratos con montos superiores a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00).

⁴ Nótese que en la Ley N° 31589, que regula la Reactivación de Obras Públicas Paralizadas a Nivel Nacional, no se considera a la Junta de Resolución de Disputas para los contratos de “obras chicas”. Así, en la norma se dispone como una medida para reducir el riesgo de paralización de obras públicas reactivadas, a la Junta de Resolución de Disputas de manera obligatoria en los contratos nuevos, cuyo monto sea igual o superior a S/ 5 millones, y de manera facultativa para contratos reanudados.

Otro motivo de retraso se presenta cuando las Entidades no cuentan con un Procurador Público o habiendo contado con uno, éste renuncia; incluso, existen casos en los que, pese a que la Procuraduría General del Estado encarga a un Procurador Público la defensa jurídica de una Entidad, éste no se apersona al proceso arbitral de forma inmediata.

Hoy por hoy, es una realidad que gran número de comunas municipales no cuentan con Procurador Público. Recordemos que con lo dispuesto en la Ley N° 31433, vigente desde el 6 de marzo de 2022, los procuradores públicos ya no pueden ser nombrados por las autoridades locales. Entonces, considerando que el artículo 47° de la Constitución Política del Perú establece que “la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos”, los procesos arbitrales se “paralizan” hasta que la Procuraduría General del Estado designe o encargue a un Procurador Público para que ejerza la defensa de los intereses de estas municipalidades. Dicha designación o encargatura por parte de la Procuraduría General del Estado no siempre es inmediata.

Ahora bien, existen otros casos en los que la parte que inicia el arbitraje no logra obtener tutela por parte de los tribunales arbitrales; vale decir, las controversias no se dilucidan debido a que no se emite un pronunciamiento sobre el fondo de la materia o las materias sometidas a arbitraje. En particular, nos referimos a los supuestos en los que una de las partes debe asumir el 100% de los costos del arbitraje (honorarios de los árbitros y gastos administrativos) y no cuenta con los recursos económicos suficientes para hacerse cargo de la totalidad de dichos costos.

Es una realidad que muchos arbitrajes se archivan por falta de pago. Dicha situación es muy recurrente en los contratos de “obras chicas” de las municipalidades con montos contractuales por debajo del millón de soles (S/ 1 millón) y, por lo general, afecta a los contratistas, pues son estos los que en mayor medida solicitan el inicio del arbitraje, de manera que las Entidades, al no tener interés en la continuación del proceso, deciden no asumir los costos del arbitraje, generando que los contratistas se hagan cargo de la integridad de dichos gastos. Es así que, frente a la falta de pago, inicialmente se produce la suspensión del proceso y posteriormente el archivo del arbitraje sin pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Lo señalado es sumamente perjudicial para la solución de controversias en los contratos de “obras chicas”, pues en muchos de los arbitrajes archivados no cabe la posibilidad de iniciar un nuevo proceso por haber operado el plazo de caducidad que prevé la normativa de contratación pública para las controversias relativas a la resolución de contrato, nulidad de contrato, ampliación de plazo, liquidación de contrato, etc.

En estos supuestos el arbitraje, lejos de ser un mecanismo eficiente de solución de controversias, se convierte en un mecanismo inalcanzable para la obtención de tutela y/o justicia. Ciertamente, no podemos hablar de una administración de justicia eficiente si el único mecanismo de solución de las discrepancias suscitadas en la ejecución de los contratos de “obras chicas”, se torna inaccesible cuando una de las partes no cuenta con la suficiente solvencia económica para afrontar los costos de un arbitraje.

Este y los demás escenarios descritos precedentemente, evidencian que en la actualidad existen diversas dificultades que hacen que el arbitraje en las “obras chicas”, no funcione de manera cabal; así, no solo no se garantiza una solución célere a las controversias puestas a conocimiento de los tribunales arbitrales, sino que -en algunos casos- ni siquiera se llega a emitir una solución al conflicto de intereses.

Cabe precisar que no pretendemos sugerir que el arbitraje se ha convertido en un mecanismo ineficaz para la solución de las controversias derivadas de la contratación pública, máxime si en la actualidad el arbitraje se ha llegado a consolidar dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo efectivo de solución de controversias en defecto del tan desgastado Poder Judicial.

Sin embargo, no se puede soslayar que, como toda institución jurídica, el arbitraje tiene aspectos por mejorar y potenciar, uno de estos es el que venimos abordando a lo largo del presente artículo, ya que la realidad nos revela que existen circunstancias que ocasionan que el arbitraje en los contratos de “obras chicas” muchas veces se dilate y en otros casos incluso se torne inaccesible para las partes.