

El arbitraje y las controversias en obras viales-MARC Peruano

Néstor Wilfredo Huamán Guerrero, Ingeniero Civil
Universidad Nacional de Ingeniería (UNI), Perú
nhuamang@yahoo.com

Fecha de recepción: 11 de enero del 2008

Fecha de aprobación: 21 de julio del 2008

Resumen

El presente artículo fue expuesto por el autor en el XIV Congreso Ibero-Latinoamericano del Asfalto (XIV CILA), entre el 18 y 25 de Noviembre del 2007, en la ciudad de La Habana, Cuba; y tiene como objetivo básico hacer conocer en otros países de habla hispana la experiencia peruana en lo que se refiere a la Solución de Conflictos, que permiten resolver las permanentes controversias que se presentan durante la ejecución de las obras viales como de cualquier otra especialidad de la ingeniería, las que definitivamente inciden en el costo final de las mismas, por generarse una dependencia técnica-legal, cuyos resultados son determinantes para las partes en conflicto a favor o en contra, ya que su aplicación generalmente implica reconocimiento de pagos importantes a favor de la parte ganadora. Esta normatividad está bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente en el Perú desde el año 1998.

Palabras Clave: Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Controversia, Contrato, Ampliación de Plazo, Adicionales de Obra, Arbitraje, Cláusula Arbitral, Audiencias

Abstract

This article was presented by the author in the XIV Ibero-Latin American Asphalt Congress (XIV CILA), that took place in La Habana, Cuba, between November 18th and 25th, 2007; and it provides an opportunity for other Spanish speaker countries to learn from the Peruvian experience in conflict solutions, capable of solving the permanent controversies that usually take place during road construction, as well as in other engineering areas. These controversies definitely impact on the final cost of the works, due to their technical-legal dependence. The results are decisive for both parties in the conflict, those in favor and those against, since its application usually implies significant payments in favor of the winning party. This norm is under the scope of the Law of State Contracts and Acquisitions, valid in Peru since 1998.

Key words: Law of State Contracts and Acquisitions, Controversy, Agreement, Extension of Term, Additional Works, Arbitration, Arbitral Clause, Audiences

Introducción

Es también la intención del autor que este trabajo pueda servir como ilustración y posiblemente como punto de comparación con respecto a legislaciones de otros países que también han optado por este MARC

(Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos) en la etapa contractual y así sacar conclusiones sobre la conveniencia o no de su aplicabilidad. Es bueno tomar en cuenta que la intención es desjudicializar los conflictos, así como acortar los plazos que normalmente se dan en el Poder Judicial para resolver este tipo de controversias, este es demasiado lento debido a su voluminosa carga procesal, demorando en algunos casos 4 y 5 años para emitir sentencia, lo que hace el proceso engorroso y caro; siendo también muy importante la especialización de los profesionales que hacen justicia.

En el Perú esta normatividad, que es de carácter obligatorio para el caso de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado cuando la relación contractual proviene de contratos firmados bajo el ámbito de esta ley (en lo sucesivo me refiero a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) donde se incluye la Consultoría y Ejecución de Obras, ha determinado que a la fecha se hayan desarrollado una gran cantidad de Procesos Arbitrales (Juicios en el Poder Judicial) entre las Entidades del Estado y los Ejecutores y Consultores de Obras (Contratistas), para lo cual se conforman los Tribunales Arbitrales por Árbitros (Jueces), de cuya idoneidad, especialización e imparcialidad depende que los Laudos Arbitrales (Sentencias) que emitan tengan trascendental importancia debido a las consecuencias que de él se derivan.

Finalmente es bueno comentar que un proceso arbitral es conveniente siempre y cuando el Tribunal Arbitral esté conformado por profesionales idóneos, de reconocida trayectoria y comportamiento ético y moral; que se realice en el menor tiempo posible (pueden ser entre 4 a 5 meses) y si realmente resuelve la controversia con transparencia, responsabilidad, rapidez, economía y algo muy importante, si efectivamente se desarrolla dentro de un marco de cultura de paz y tranquilidad que no se consigue en el poder judicial.

Antecedentes del arbitraje en el Perú

El 10 de diciembre de 1992 se da la Ley General de Arbitraje (L.G.A.) en nuestra institución jurídica, la cual estuvo inspirada en la Ley Española de Arbitraje de 1988. El 5 de enero del año 1996 se promulga la Ley General de Arbitraje N° 26572 la que deroga el Decreto Ley N° 25935 y que se encuentra vigente a la fecha como una importante posibilidad de normar la gestión pacífica de los conflictos. Esta es una ley general según la cual pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podrá promoverse; por lo tanto, es aplicable dentro de una relación contractual tanto entre entidades del estado y empresas privadas como entre empresas privadas. La Constitución Política Peruana de 1993 tipifica el Arbitraje como una "Jurisdicción de Excepción"; esta norma se inspiró en la norma constitucional de 1979.

El 28 de septiembre de 1998 se pone en vigencia la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N° 26850 (en adelante la ley) y su Reglamento (en adelante el Reglamento), la cual en su artículo N° 41 inciso "b" establece que en los contratos de adquisición y contratación debe considerarse una Cláusula Obligatoria de Solución de Controversias cuando en la ejecución e interpretación del contrato surjan discrepancias entre las partes, en cuyo caso ésta será resuelta mediante el procedimiento de Conciliación Extrajudicial ó Arbitraje, según lo acuerden las partes. Esta cláusula de obligatoriedad subsiste a la fecha a través del Texto Único Ordenado de la Ley (TUO: DS 083-2004-PCM) y su Reglamento (RECAE DS 084-2004-PCM), últimos dispositivos de la norma vigentes a partir del 28/12/2004.

Jerarquía de la ley

Si orientamos la aplicación del Arbitraje para el caso específico de Obras y Consultoría de Obras (también lo es para Bienes y Servicios Generales), es muy importante considerar la prelación de la norma que rige el arbitraje, para lo cual es bueno comentar que el Artículo 4° del TUO en lo que corresponde a la especialidad de la norma a la letra dice: "La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables", entonces queda claramente establecido que la Ley 26850 es una ley especial y toda normatividad que se aplique en la Solución de Controversias que no

La justicia debe imponerse en la Solución de los Conflictos presentados en las obras

Figura 1



Es difícil ejecutar obras de pavimentación en la zona de Selva por la inclemencia del clima y mala calidad de los suelos de fundación

Figura 2



corresponde a ella será de aplicación supletoria como lo son la Ley General de Arbitraje y tantos otros dispositivos legales incluyendo el Código Civil.

Controversias arbitrables en obras

Interpretación del contrato

Básicamente resuelve la controversia referida a la interpretación de la norma y sus alcances, así como la aplicabilidad que corresponde principalmente en los periodos de transición respecto a su vigencia cuando ésta es modificada en algunos de sus artículos como permanentemente sucede y no hay claridad o existe un vacío en la misma que genera la controversia.

Ampliaciones de plazo

Es una de las controversias que se presenta con mayor incidencia durante la ejecución de las obras, generadas por diferentes causales como paralizaciones o demora en la

ejecución de las obras debido a fenómenos climatológicos, desastres naturales, demora en la aprobación de trabajos adicionales, en la recepción de la obra o levantamiento de observaciones si las hubieran, etc.

Durante el proceso arbitral, los árbitros deberán identificar debidamente a cual de las partes le corresponde responsabilidad por no haberse ejecutado los trabajos en el plazo contractual establecido en el contrato, debiendo aplicar la penalidad que le franquea la ley como puede ser el reconocimiento de gastos generales diarios a favor del contratista o la ejecución de sus garantías en su contra. En obras con presupuestos importantes estas decisiones generan el pago de fuertes sumas de dinero y de ahí la trascendencia de la calidad final del proceso. También pueden darse por causa fortuita o fuerza mayor sin responsabilidad para las partes por tratarse de casos muy especiales e imprevisibles; en este caso se recomienda aplicar supletoriamente el artículo 1315 del Código Civil para identificar con mayor precisión la causal.

Obras adicionales

En muchos casos generados por deficiencias en la elaboración del proyecto o la ejecución de partidas indispensables para alcanzar la finalidad del proyecto. Tienen diferente tratamiento según se trate del sistema de contratación, el cual puede ser a Suma Alzada o a Precios Unitarios; normalmente la controversia se presenta por la diferente interpretación de las partes en cuanto a su procedencia y que el contratista en algunos casos está obligado a ejecutarlos inclusive sin pago alguno. Cuando el monto de estos trabajos adicionales sobrepasan el 15% del monto del contrato original (así lo dice la ley) necesariamente deben ser aprobados por la máxima autoridad administrativa de la entidad y además autorizados para su ejecución y pago por la Contraloría General de la República, mientras esto sucede en muchos casos las obras se paralizan con grave daño a las partes y en general al Perú por las consecuencias que se generan desde el punto de vista económico y social, por lo que en lo posible se deben evitar estos hechos.

En cuanto al reconocimiento de estos trabajos adicionales se genera mucha controversia, a veces por la negativa del contratista a ejecutarlos, por temor a que no se los paguen a pesar que en algunas oportunidades éstos ya han sido aprobados por la entidad. A la fecha, algunos tribunales arbitrales están tomando en consideración el artículo 1954 del Código Civil referido al Enriquecimiento sin Causa y ordenando el pago de trabajos no reconocidos por el propietario.

4. Otras causales de controversias

Tal como se ha referido líneas arriba, también existen otras causales que generan controversias como son: discrepancias en los procesos constructivos, demora en el pago de las valorizaciones o de algún otro concepto, recepción de obra, levantamiento de observaciones, resolución del contrato, intervención económica de la obra y finalmente la liquidación final del contrato mientras ésta no haya sido consentida.

Contenido de la ley respecto al arbitraje

Convenio arbitral. Las partes pueden incorporar en el contrato la cláusula arbitral donde encomendarán la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral de conformidad con sus reglamentos, pudiendo incorporarse el convenio arbitral tipo en el contrato; en este caso se tratará de un Arbitraje Institucional y si no se establece el convenio arbitral se tratará de un arbitraje Ad Hoc o Libre, el que será regulado en defecto de las partes por los propios árbitros. Si las partes no cumplen con incorporar el convenio arbitral correspondiente para desarrollar el arbitraje ad-hoc, se considera incorporado de pleno derecho el texto que aparece en el Reglamento de la Ley.

Los árbitros. Son los actores más importantes dentro del proceso arbitral por ser su decisión a través del Laudo Arbitral de trascendental importancia por las consecuencias que se generan para las partes como son responsabilidades económicas, administrativas entre otras y que en algunas oportunidades alcanzan a los funcionarios de las instituciones estatales que de alguna forma u otra han tenido participación durante el proceso de ejecución de la obra. Los árbitros pueden ser recusados en el caso de que alguna de las partes considere que existen causales establecidas en la ley para tal efecto. Los honorarios de los árbitros son establecidos por el Centro Arbitral si el arbitraje es institucional o por el Tribunal Arbitral si es ad-hoc o no han sido pactados por las partes, están en función del monto en disputa, las pretensiones de las partes, la complejidad de la materia, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales y cualquier otra circunstancia referida al caso por resolver.

En el Perú existen Centros de Arbitraje los cuales cuentan con Registros de Árbitros debidamente seleccionados según su especialidad y de reconocida trayectoria (en gran mayoría ingenieros y abogados). Entre estos centros arbitrales tenemos los del Colegio de Ingenieros

del Perú, Cámara de Comercio de Lima, Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), Colegio de Abogados, Cámara Peruana de la Construcción, Pontificia Universidad Católica del Perú, etc., entre los más importantes, donde se dirimen controversias relacionadas con la ejecución de obras.

Tipo de arbitraje. La ley solo considera el **Arbitraje de derecho** y no el de Conciencia, como sería recomendable para resolver estos conflictos que tienen mucho que ver con problemas técnicos presentados en obra y por lo tanto, siempre requieren de la especialización de los árbitros quienes podrían actuar en acuerdo a su leal saber y entender como es el espíritu que debería primar para resolver este tipo de controversias. Por ser el arbitraje de derecho, necesariamente cuando se trata de Tribunal Arbitral Unipersonal, el árbitro será Abogado y cuando se conforma un Tribunal Arbitral Colegiado (3 árbitros) también el Presidente de dicho tribunal debe ser abogado, los otros 2 miembros integrantes del tribunal pueden ser ingenieros o arquitectos; lógicamente es recomendable se nombren profesionales especializados según el tipo de controversia a resolver.

Proceso arbitral. Se inicia con la solicitud del arbitraje por alguna de las partes, luego se conforma e instala el tribunal arbitral según el arbitraje sea institucional o ad-hoc en cuyo caso (ad-hoc) los árbitros tienen plena libertad para regular el proceso arbitral atendiendo a la conveniencia de las partes dentro de los márgenes establecidos por la ley, su reglamento y las normas complementarias dictadas por el CONSUCODE. Posterior a la instalación del tribunal se llevan a cabo AUDIENCIAS de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, Alegatos Orales, Periciales, etc.; asimismo los ESCRITOS que presentan las partes como Demanda, Contestación de la Demanda, Reconveniones, Alegatos Escritos, Recursos de Reconsideración contra las Resoluciones emitidas por el tribunal distintas del Laudo Arbitral (esto último de acuerdo a la modificatoria del artículo 58 de la Ley General de Arbitraje publicada el 24/05/2005).

Laudo arbitral. El Laudo Arbitral es Inapelable, Definitivo y Obligatorio para las partes, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. No procede impugnación ante segunda instancia arbitral ni ante el poder judicial; salvo recurso de anulación por causal prevista en la LGA. Sobre el laudo arbitral solo pueden haber Correcciones, Integraciones y Aclaraciones, respecto a la forma del arbitraje, más no con el fondo de lo dispuesto en laudo arbitral.

Conclusiones y recomendaciones

•El autor considera que el Arbitraje es una institución muy importante en un país ya que permite resolver conflictos en menor tiempo que el poder judicial y es más especializado, asegurando una decisión más justa para las partes. En el Perú su aplicación está dando resultados muy favorables y considero que ésta experiencia podría ser emulada por otros países que aún no han desarrollado este Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos, en nuestro caso específico para resolver controversias de obras.

•Es indiscutible que la calidad del arbitraje está en función de la calidad de los árbitros; por lo tanto, su conocimiento, transparencia, neutralidad, especialización, dedicación, acompañados de sus principios éticos y morales asegurarán un proceso eficiente y de justicia, por lo que las partes deben tener extremo cuidado al elegirlos.

•Es recomendable que se evite la interferencia del poder judicial en los procesos arbitrales como viene sucediendo en el Perú, donde jueces posiblemente por desconocimiento de la jurisdicción del fuero arbitral vienen interviniendo, suspendiendo procesos arbitrales y hasta denunciando penalmente a árbitros por no acatar resoluciones judiciales generadas por medidas cautelares presentadas por alguna de las partes, sin tomar en cuenta que lo que se pacta como voluntad de las partes es ley. Estas son medidas coercitivas que lindan con el abuso y la arbitrariedad, mellando por lo tanto el verdadero sentido del arbitraje para lo cual ha sido concebido.

Para terminar, considero importante emular lo dicho por un árbitro muy reconocido a nivel mundial “el laudo arbitral debe salir del alma” y por lo tanto debe ser puro y sin manchas como ella misma.

Referencias bibliográficas

1. Ley General de Arbitraje (Perú)
2. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado(Perú)
3. Código Civil (Perú)
4. Ley de la Contraloría General de la República (Perú)
5. Ing. Néstor Huamán Guerrero: artículos periódicos publicados por el autor