



LA FUNCIÓN DEL PROCURADOR PÚBLICO EN EL ARBITRAJE CON EL ESTADO Y SU AUTONOMÍA PARA DESIGNAR ÁRBITROS

Jimmy PISFIL CHAFLOQUE

Máster en Contratación Pública. Profesor del curso de Contratación Pública por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro en arbitraje nacional e internacional ante la Cámara de Comercio Internacional de Francia.

I. INTRODUCCIÓN

La primera pregunta que debemos hacernos a fin de seguir la secuencia del presente artículo es saber quién ejerce la defensa jurídica del Estado ante un conflicto suscitado o controversia de cualquier índole con un tercero, pudiendo ser una entidad del Estado o, a nivel nacional, con un ciudadano que demande algún derecho que cree que está siendo vulnerado o se encuentre insatisfecho con la decisión administrativa expedida por un funcionario que pertenece a una entidad pública, pudiendo ser cualquier tipo de conflicto, sea de naturaleza civil, penal, administrativa, laboral, previsional, arbitral o, como en el caso que nos lleva el presente artículo, relativo a los contratos de naturaleza pública o de contratación pública.

Entonces, podríamos deducir que la defensa jurídica debería estar a cargo de un profesional del derecho que el Estado designe; y se supone que aquel profesional del Derecho que ejerza la defensa debe ser necesariamente un abogado con cualidades académicas, éticas, así como experiencia para ejercer representación y defensa de los intereses de la entidad ante cualquier instancia,

sea jurisdiccional o no jurisdiccional, por ejemplo, el Ministerio Público, Poder Judicial, tribunales arbitrales, Tribunal Constitucional, tribunales administrativos, entre otros.

Para ello el Estado, en el artículo 47 de la Constitución Política del Perú de 1993, ha señalado que la defensa judicial estará a cargo de los procuradores públicos, conforme se tiene del siguiente texto de la Constitución:

“(…) La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley (…)”.

Entonces, tenemos un marco constitucional en el cual se señala que son los procuradores públicos los que ejercen la defensa de los intereses del Estado conforme a ley, empero no hizo mayor abundamiento y, como era lógico; para ello se dictaron varias leyes especiales

al respecto, conforme se verá más adelante en los antecedentes históricos del presente artículo. Pero como consecuencia de la delegación de facultades que otorgó el Congreso de la República al Poder Ejecutivo a través de la Ley N° 29157 –esto con la finalidad de que legisle sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos) y tuvo como sustento la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la modernización del Estado– se dictó el Decreto Legislativo N° 1068, denominado Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, pero no vino solo, llegó acompañado del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, denominado Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar

RESUMEN

El presente artículo desarrolla la función de los procuradores públicos en la defensa jurídica de las entidades estatales haciendo especial énfasis en la designación de árbitros en los casos en los cuales el Estado forma parte de una contienda arbitral. Sostiene que tal designación solo le compete a los procuradores públicos y no a otro funcionario de la entidad. Se muestra en desacuerdo con la modificación implementada por la nueva normativa sobre contrataciones del Estado por la cual los titulares de las entidades estatales deben aprobar la designación de árbitros efectuada por los procuradores.

la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, nacional, supranacional e internacional.

Ahora bien, conociendo el marco legal, se tiene que los procuradores públicos ejercen la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, **arbitral**, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, etc., para ello los procuradores públicos deben cumplir ciertos requisitos para asumir dicho cargo, de igual forma se les otorgó funciones y atribuciones, obligaciones, prohibiciones, régimen disciplinario, conforme lo señala el Decreto Legislativo y su Reglamento.

Entonces, lo que se pretende a través del presente artículo es precisar o recalcar el contenido del principio rector de **“autonomía funcional⁽¹⁾ del procurador público**, así como una interpretación sistemática⁽²⁾ del artículo 22.2. del Decreto Legislativo N° 1068⁽³⁾ (funciones de los procuradores públicos) para el ámbito de su aplicación en las controversias de la ejecución contractual en los contratos con el Estado, **específicamente en la designación de árbitros** que conformarán el tribunal arbitral que resolverá la incertidumbre jurídica o controversias entre dos partes; para ello me permito copiar el siguiente texto que es materia de análisis, el cual será desarrollado en el ítem III del presente artículo:

“22.2. La defensa jurídica del Estado comprende todas las actuaciones que la Ley en materia procesal, **arbitral** y las de carácter sustantivo permiten, quedando autorizados a demandar, denunciar y participar en cualquier diligencia por el sólo hecho de su designación, informando al titular de la entidad sobre su actuación”.

Lo que se busca con este artículo es dejar en claro que es el procurador público el encargado de designar a los árbitros desde la petición o respuesta al arbitraje y que aparentemente no estaba limitada dicha actuación hasta antes de la dación del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Decreto

“No encuentro ninguna utilidad práctica o jurídica en que el titular de la entidad participe en la designación de árbitros; por el contrario, dicho marco legal lo que realiza es recortar la función de las procuradurías públicas.”

Supremo N° 350-2015-EF, que entró en vigencia a partir del 9 de enero de 2016, en el cual se señala que la designación del árbitro, ya sea para petición o respuesta al arbitraje, debe ser aprobada por su titular o por quien este haya delegado tal función, tal como lo señalan los artículos 186 y 187 del citado reglamento.

Entiéndase como titular de la entidad, en el caso de los ministerios al ministro de Estado; en el caso de los gobiernos regionales, al gobernador; en el caso de las municipalidades, al alcalde; y, para el caso de los organismos autónomos, al presidente de dicho organismo.

Caso muy aparte es el de los proyectos especiales creados mediante decretos supremos, donde hay un cogobierno de gestión y no existe procurador público, veamos un ejemplo: un proyecto especial donde participan en el directorio representantes del Ministerio de Agricultura, representantes del gobierno regional y representantes de la Junta de Regantes; en este caso, dicho proyecto especial nace con autonomía económica, financiera y de representación legal a través de apoderado judicial, quien en dichos casos ejerce la defensa cautiva o

sustantiva, y la representación procesal la ejerce el procurador público del gobierno regional, empero, en dichos casos es el presidente del directorio de dicho proyecto especial el titular de la entidad, por lo que las designaciones deberán ser efectuadas a través del apoderado judicial con anuencia o aprobación del presidente del directorio, a quien se equipara como titular de la entidad o a quien este delegue, siendo para estos casos la participación del procurador público solo de representación procesal, dada la naturaleza jurídica de la creación de los proyectos especiales, es decir, existen normas especiales que atender ante normas generales.

Atendiendo a la modificación del nuevo reglamento, el procurador público sigue ejerciendo la función de designación de árbitros, conforme lo establece el artículo 22.2 del Decreto Legislativo N° 1068, con la única atinencia que la propuesta de designación de árbitro o árbitros deberá ser aprobada por el titular de la entidad o por quien este delegue, en realidad no encuentro ninguna utilidad práctica o jurídica en que el titular de la entidad o un tercero participe en la designación de árbitros, por el contrario, dicho marco legal lo que realiza es recortar o ser intervencionista en la labor de defensa y estrategia que realicen las procuradurías públicas; no obstante, el nuevo Reglamento de Contrataciones para la aplicación de la Ley N° 30225 ha creído conveniente su participación en la designación del árbitro por parte del procurador público, esto no limita en absoluto la autonomía de la defensa jurídica que ejerce dicho profesional en el ejercicio de sus funciones, en todo caso, entendámoslo como un nivel de coordinación con tal propósito.

(1) Artículo 5.- Principios Rectores del Decreto Legislativo N° 1068.

(2) ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. *Métodos de interpretación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

“Esta interpretación es la que busca extraer de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema al que forma parte.

Un precepto o una cláusula deben interpretarse no de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento o del negocio en cuestión.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas”.

(3) Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.



II. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Para ahondar en los antecedentes históricos sobre la defensa jurídica del Estado es preciso remontarnos hasta los antecedentes más antiguos como El Consejo de Indias⁽⁴⁾, donde aquel funcionario público real era quien protegía los intereses y el poder jurisdiccional de la administración real ante los tribunales de este consejo, era el objeto primordial del funcionario público, quien representaba al rey ante los tribunales de este órgano, el más importante dentro de la administración indiana.

Siguiendo el suceso histórico del Consejo de Indias, la vemos más fortalecida con la llamada Real Audiencia de Lima⁽⁵⁾, instituida en 1542, posteriormente, otra similar es instaurada en la ciudad imperial del Cusco.

Por otro lado, siguiendo el análisis de algunos autores que desarrollan el aspecto doctrinal en materia Constitucional, principalmente en su aspecto histórico, sobre esta institución en análisis cabe citar y mencionar al autor Rubio Correa⁽⁶⁾, quien nos refiere de los primeros indicios de un defensor del Estado, para ese entonces la Constitución Política de 1868 lo denominaba fiscal general administrativo, tal como lo vemos en el artículo 97 de la citada Constitución, que textualmente decía lo siguiente: “habrá un fiscal general administrativo, como consultor de gobierno y defensor de los intereses fiscales”.

Durante el transcurso de la República, aparecen dos instituciones íntimamente ligadas entre sí: la Procuraduría y el Ministerio Público. Así, por ejemplo, surge la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912 (Ley N° 1510), cuya finalidad principal es el servicio gratuito de los pobres y los más necesitados.

A partir de 1936, mediante la Ley N° 8489, se cierne la diferencia entre ambas instituciones anteriormente señaladas. Es aquí donde se estableció la definitiva diferencia entre el Ministerio Público y las procuradurías públicas. Lo que

Se ha determinado que ante una dualidad de designación de árbitros por dos áreas de la propia entidad, solo es válida la designación de árbitro que haya realizado el procurador público.

anteriormente se denominaban procuradores generales de la república eran funcionarios designados por el Poder Ejecutivo, con la suma responsabilidad de defender y proteger los intereses, bienes y la administración del Estado en todas sus instancias judiciales como, por ejemplo, prestar confesión a nombre del Estado.

Más adelante, mediante el Decreto Ley N° 17537, también conocido como Ley de Representación y Defensa del Estado en Juicio, que fue promulgado el 25 de marzo de 1969 se centra la atención de manera fija en el comportamiento y la estructura organizativa de las procuradurías públicas. Posteriormente, en la Constitución Política

de 1979, la cual ha cambiado la denominación mencionada en las normas antes referidas por la de procurador público, dado que la citada Norma Fundamental señalaba en su artículo 147: “La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos permanentes o eventuales que dependen del Poder Ejecutivo. Son libremente nombrados y removidos por este”⁽⁷⁾.

En la actualidad, siguiendo las premisas de la Constitución Política de 1979, la Carta Magna de 1993 señala en su artículo 47: “La Defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a Ley”⁽⁸⁾.

Realizando una tarea de interpretación al artículo 47 mencionado, este señala que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos, sin embargo, no precisa los requisitos para su designación, los principios que regulan sus funciones, el órgano que da las directrices en materia de defensa jurídica del Estado, por lo que era necesario implementar este vacío legal mediante una ley o una norma con rango de ley.

(4) El Real y Supremo Consejo de Indias, conocido simplemente como Consejo de Indias, fue el órgano más importante de la administración indiana (América y las Filipinas), asesoraba al rey en la función ejecutiva, legislativa y judicial. Se formó en 1511 como una sección dentro del Consejo de Castilla para más tarde, en 1524, conformarse una entidad propia. No alcanzó a tener una sede física fija, sino que se trasladaba de un lugar a otro con el rey y su corte. Este consejo actuaba con el monarca y, en algunas materias excepcionales, actuaba solo.

(5) La Audiencia y Cancillería Real de Lima o de la Ciudad de los Reyes fue el más alto tribunal de la Corona española en la zona de Lima del virreinato del Perú. Fue creada el 20 de noviembre de 1542 junto con el virreinato del Perú, por el Rey Carlos I y establecida en 1543.

(6) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 78.

(7) La Constitución de 1979 fue la Carta Magna de la República del Perú que fue redactada en las postrimerías del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas por la Asamblea Constituyente de 1978, convocada por el mismo con el fin de facilitar el retorno de la democracia tras una década de gobierno militar. Dicha Asamblea fue presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, líder histórico del partido aprista. El texto constitucional fue sancionado el 12 de julio de 1979 y entró en vigencia a partir del 28 de julio de 1980, con la inauguración del segundo gobierno constitucional del arquitecto Fernando Belaunde Terry. Estuvo vigente hasta 1992, cuando fue suspendida por el Gobierno de Alberto Fujimori en cuya gestión entró en vigor la Constitución de 1993.

(8) La Constitución Política del Perú de 1993 es la norma fundamental de la República del Perú. Antecedida por otros 11 textos constitucionales, fue redactada a inicios del gobierno de Alberto Fujimori por el Congreso Constituyente Democrático convocado por el mismo tras la disolución del Congreso en el autogolpe de 1992, consecuentemente, fue aprobada mediante el referéndum de 1993, aunque los resultados han sido discutidos por algunos sectores.

Esta Ley Fundamental es la base del ordenamiento jurídico nacional: de sus principios jurídicos, políticos, sociales, filosóficos y económicos se desprenden todas las leyes de la República. La Constitución organiza los poderes e instituciones políticas, además de establecer y normar los derechos y libertades de los ciudadanos peruanos. Prima sobre toda ley y sus normas son inviolables y de cumplimiento obligatorio. Cabe mencionar que, pese al autogolpe de 1992 y el subsiguiente Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (GERC), la Constitución de 1979 siguió teóricamente en vigencia hasta la expedición y promulgación de la Constitución de 1993. Se considera, de acuerdo al Tribunal Constitucional, que la Ley de Bases del mencionado GERC y los demás actos emanados del autogolpe fueron ilegales e inconstitucionales de origen, validados luego por las leyes constitucionales de 1993 emitidas por el Congreso Constituyente Democrático y por el referéndum del mismo año. En 2001, en una ley promulgada por Alejandro Toledo, el Congreso del Perú retiró la firma de Fujimori de la Constitución. La Constitución de 1993 es una de las normas fundamentales que más tiempo ha regido en el Perú, siendo superada solo por los textos de 1860 y 1933.

Es así, pues, que mediante el Decreto Legislativo N° 1068 se crea: “El Sistema de Defensa Jurídica del Estado”. Este decreto legislativo se llevó a cabo por delegación del Congreso en el Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157⁽⁹⁾.

En definitiva, el Consejo de Defensa Jurídica del Estado es un órgano colegiado encargado de dirigir y supervisar la defensa jurídica de los intereses del Estado, la cual se encuentra a cargo de los procuradores públicos y la Secretaría Técnica⁽¹⁰⁾, que brinda apoyo técnico al Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

III. MARCO LEGAL PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DEL PROCURADOR PÚBLICO EN EL PROCESO ARBITRAL

En principio, es fundamental invocar el marco legal de donde emana el ejercicio y función del procurador público, para tal efecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1068, del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, señala que el procurador es quien ejerce la defensa jurídica del Estado:

“El presente Decreto Legislativo tiene por objeto la creación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado **con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado** en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, **arbitral**, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, **arbitrajes** y conciliaciones, **la que está a cargo de los Procuradores Públicos**, cuyo ente rector es el Ministerio de Justicia y está representado por el Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado” (la negrita es nuestra).

A efectos de este artículo nos concentraremos en los artículos 12, 16 y 18 del citado decreto legislativo, que señalan que los procuradores públicos del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y de los demás organismos constitucionalmente autónomos, así como de los gobiernos regionales y locales,

“El Consejo de Defensa Jurídica del Estado es un órgano colegiado encargado de dirigir y supervisar la defensa jurídica de los intereses del Estado.”

son los que ejercen la defensa jurídica de los intereses del Estado en los asuntos relacionados a su normativa aplicable, en el caso de los gobiernos regionales en concordancia a su ley orgánica y su reglamento, sin perjuicio de señalar que se encuentran vinculados normativa y funcionalmente al Consejo de Defensa Jurídica del Estado; cabe precisar, en el caso de los procuradores municipales, que dependen también administrativamente de su Municipalidad. Esto es concordante con lo que señala el artículo 78 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N° 27867⁽¹¹⁾ para los procuradores públicos regionales, de igual modo el artículo 29 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972⁽¹²⁾.

El citado artículo señala que los procuradores públicos municipales de las municipalidades provinciales extienden sus funciones a las municipalidades distritales de su circunscripción que no cuentan con ellos, es decir, en una

municipalidad distrital podrá ejercer la representación y defensa de los intereses del Estado el procurador público provincial, para ello debe existir necesariamente un convenio de cooperación.

Visto el ejercicio de sus facultades por mandato de la ley, corresponde analizar el aspecto materia del presente artículo, como es la **autonomía funcional**, que se encuentra regulado en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1068 - Ley de Defensa Jurídica del Estado, que señala literalmente lo siguiente:

“Artículo 5

(...)

b) Autonomía funcional: La Defensa Jurídica del Estado se ejerce por medio de los Procuradores Públicos, quienes actúan con autonomía en el ejercicio de sus funciones, quedando obligados a cumplir los principios rectores del sistema”.

IV. LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS ES EXCLUSIVIDAD DEL PROCURADOR PÚBLICO Y NO DE OTRO FUNCIONARIO, SALVO LA APROBACIÓN DE LA PROPUESTA POR EL TITULAR DE LA ENTIDAD

Los procuradores públicos⁽¹³⁾ ejercen la defensa jurídica del Estado,

(9) Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos. Y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.

(10) La Secretaría Técnica es la encargada de brindar apoyo técnico y jurídico al Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Se encuentra a cargo de un secretario técnico y conformada por un equipo de profesionales, encargados de dar cumplimiento a las funciones que han sido establecidas en el Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su reglamento, además de las atribuciones que el Ministro de Justicia y Derechos Humanos les asigne. Dentro de sus principales funciones, por encargo del presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, se encuentran: la absolución de consultas jurídicas en materia de defensa jurídica del Estado, supervisar las procuradurías públicas a nivel nacional, elaborar los proyectos de normas legales en materia de defensa jurídica del Estado al CDJE y promover la capacitación de los procuradores públicos, a través del Centro de Estudios en Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, cuenta con una unidad de análisis financiero y pericial que se encarga de asistir técnicamente a los procuradores públicos a través de la elaboración de informes periciales, actualizaciones de deudas e informes de observaciones a las pericias de las contrapartes. También viene desarrollando trabajos de investigación sobre la base de informes financieros.

(11) “Artículo 78.- La defensa de los derechos e intereses del Estado a nivel del Gobierno Regional se ejerce judicialmente por un Procurador Público Regional (...). El Procurador Público Regional ejercita la representación y defensa en los procesos y procedimientos en que el Gobierno Regional actúe como demandante, demandado, denunciante, denunciado o parte civil, pudiendo prestar confesión en juicio en representación del Gobierno Regional y convenir en la demanda o desistirse de ella o transigir en juicio previamente autorizados por Resolución Ejecutiva Regional, con acuerdo de los Gerentes Regionales”.

(12) “Artículo 29.- La representación y defensa de los intereses y derechos de las municipalidades en juicio, se ejercitan a través del órgano de defensa judicial conforme a ley, el cual está a cargo de procuradores públicos municipales y el personal de apoyo que requiera”.

(13) “Artículo 16.- De los Procuradores Públicos Regionales.

16.1. Los Procuradores Públicos Regionales ejercen la defensa jurídica de los intereses del Estado en los asuntos relacionados al respectivo Gobierno Regional, de acuerdo a la Constitución, al presente Decreto



dentro del marco establecido en el Decreto Legislativo N° 1068 y su Reglamento Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, que regula su actividad, funciones y atribuciones, así como sus responsabilidades como consecuencia del ejercicio del cargo.

Para tal efecto, el marco rector del ejercicio (autonomía) de la función de defensor del Estado establece el inciso b) del artículo 5 de la Ley de Defensa Jurídica del Estado, que señala lo siguiente: “(...) La Defensa Jurídica del Estado se ejerce por medio de los Procuradores Públicos, quienes actúan con autonomía en el ejercicio de sus funciones, quedando obligados a cumplir los principios rectores del sistema (...)”.

Lo enunciado en el inciso b) del artículo 5 de la citada Ley es el marco general, pero las funciones específicas, como, por ejemplo, la del procurador público regional, las encontramos en el artículo 22, y la precisión de las funciones que ejerce la Procuraduría Pública del Estado la encontramos en el numeral 22.2; que transcribo para una mejor ilustración: “(...) **La defensa jurídica del Estado comprende todas las actuaciones** que la Ley en materia procesal, **arbitral** y las de carácter sustantivo permiten, quedando autorizados a demandar, denunciar y a **participar de cualquier diligencia por el solo hecho de su designación**, informando al titular de la entidad sobre su actuación” (la negrita es nuestra).

En el texto legal antes invocado encontramos que es el procurador público el autorizado a actuar desde la presentación de la solicitud de arbitraje o desde la contestación de la solicitud de arbitraje en controversias en las que participe una entidad⁽¹⁴⁾ del Estado, en calidad de demandante o demandado; vale precisar que las atribuciones de la Procuraduría las establece una norma con rango de ley y no una norma inferior, como el Reglamento de Organización y Funciones o el Manual de Organización y Funciones de la propia entidad. Ningún funcionario, por mas alto cargo que ostente, puede o podría quitar las atribuciones conferidas por la Ley

En controversias arbitrales con el Estado, aparte del marco legal sobre atribuciones de los procuradores, nos encontramos ante normas especiales como son la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, y la Ley y Reglamento de Contrataciones con el Estado.

de Defensa Jurídica del Estado, salvo la aprobación de la propuesta de designación de árbitro por el titular de la entidad o a quien este haya delegado, que es un nivel de coordinación, pero conforme vengo sosteniendo, no encuentro ninguna utilidad de defensa técnica o jurídica a la precisión a que aluden los artículos 186 y 187 del nuevo Reglamento de Contrataciones, por el contrario, la noto intervencionista y contradictoria a la Ley y Reglamento de Defensa Jurídica del Estado, por cuanto el cargo de procurador público se ocupa por concurso y no por designación, siendo el ejercicio del cargo de índole técnico-jurídica y no política, como lo son en la mayoría de casos los cargos de titulares de las entidades del Estado.

Siguiendo el marco legal señalado, el artículo 22.2 de la citada ley manifiesta que la defensa jurídica del Estado comprende todas las actuaciones que las leyes en materia procesal y arbitral, y las de carácter sustantivo permiten, ello quiere decir que son las procuradurías públicas, al tomar conocimiento del surgimiento de una controversia arbitral, las encargadas de dar respuesta a una solicitud de arbitraje⁽¹⁵⁾ o de iniciar una petición de arbitraje⁽¹⁶⁾ de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes; ello conlleva que al dar respuesta a una solicitud de arbitraje o a petitionar un arbitraje se designe al árbitro que conformará el tribunal arbitral, por tanto, el procurador no está obligado a aceptar que terceros funcionarios de la entidad propongan a los árbitros o que un tercero sea quien designe al árbitro que participará en una controversia. De ser esto así, se estaría ante una mala conformación de tribunal arbitral o ante un nombramiento nulo, por cuanto la designación que no sea realizada por el procurador público genera dicha nulidad, como ya se dijo.

En ese mismo orden, el artículo 78 de la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, manifiesta lo siguiente “(...) **El Procurador Público Regional ejerce**

Legislativo, a su ley orgánica y su reglamento, quienes tienen sus oficinas en las sedes oficiales de los departamentos y mantienen niveles de coordinación con el ente rector”.

(14) Artículo 3 de la ley de contrataciones con el Estado (Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873):

“3.1. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente ley, bajo el término genérico de Entidad(es):

- El Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones.
- Los Gobiernos Regionales, sus dependencias y reparticiones.
- Los Gobiernos Locales, sus dependencias y reparticiones.
- Los Organismos Constitucionales Autónomos.
- Las Universidades Públicas, etc”.

(15) Decreto Legislativo N° 1017, artículo 219.- Respuesta de Arbitraje:

“La parte que reciba una solicitud de arbitraje de conformidad con el artículo precedente, deberá responderla por escrito dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

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”.

(16) Decreto Legislativo N° 1017, 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”.

la representación y defensa en los procesos y procedimientos en que el Gobierno Regional actúe como demandante, demandado⁽¹⁷⁾, denunciante, denunciado o parte civil, pudiendo prestar confesión en juicio en representación del Gobierno Regional y convenir en la demanda o desistirse de ella o transigir en juicio previamente autorizados por Resolución Ejecutiva Regional, con acuerdo de los Gerentes Regionales (...)

En controversias arbitrales con el Estado, aparte del marco legal sobre atribuciones de los procuradores públicos, nos encontramos ante la aplicación de las normas especiales, como son la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071; la Ley y Reglamento de Contrataciones con el Estado, aplicable de acuerdo a la fecha de convocatoria del proceso de selección para la aplicación de las normas de fondo en controversia; y para efectos de la petición o respuesta al arbitraje, la ley de arbitraje vigente al momento del conflicto o controversia, sin descuidar las directivas que el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado haya publicado y sean pertinentes su aplicación.

V. CONCLUSIÓN

El marco legal del Decreto Legislativo N° 1068 - Sistema de Defensa Jurídica del Estado, en su artículo 22.2, es expreso al señalar que la defensa jurídica del Estado comprende todas las actuaciones; ello conlleva de manera inequívoca a decir que la legitimidad de la actuación de los procuradores públicos en materia arbitral es desde el inicio de la solicitud de arbitraje o desde la respuesta a la solicitud de arbitraje, por ello, cualquier limitación a las facultades contenidas en la presente norma implica, por parte de terceros funcionarios de la propia entidad, el delito de usurpación de funciones.

Es decir, otras dependencias de la propia entidad no están facultadas para designar árbitros; en todo caso, pueden coadyuvar a la defensa legal o jurídica, pero en ningún caso a la designación de los árbitros, y

sobre esto me atrevo a decir que, en los usos y costumbres de la práctica arbitral, se ha determinado que ante una dualidad de designación de árbitros por dos áreas de la propia entidad solo es válida la designación de árbitro que haya realizado el procurador público con la atinencia del nuevo Reglamento de Contrataciones con el Estado, que en sus artículos 186 y 187 señala que la designación del árbitro deberá ser aprobada por el titular de la entidad o por quien este delegue; es decir, en los nuevos arbitrajes, será necesario que la designación del árbitro cuente con el visto bueno o aprobación del titular del pliego o, como ya se ha dicho, de quien el titular del pliego delegue.

Es nula la designación que realice cualquier otro funcionario, que no sea el procurador público con la anuencia del titular de la entidad o por quien este haya delegado tal función.■

(17) La negrita es nuestra.