



CONFLICTO, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE: UN ACERCAMIENTO AL ARBITRAJE EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PERUANO

Autor:

Marco Antonio Martínez Zamora

Recibido: 20/9/2021

Aceptado: 15/10/2021

CONFLICTO, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE:

Un acercamiento al arbitraje en el régimen de contratación pública peruano

CONFLICT, PUBLIC PROCUREMENT AND ARBITRATION:

An approach to arbitration in the Peruvian public procurement regime

Marco Antonio Martínez Zamora¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El tratamiento del conflicto en materia de contratación estatal.
- III. El Arbitraje Obligatorio como medio de solución de controversias.
- IV. El ensamblaje del modelo: ¿Arbitraje administrativo?
- V. Algunos pendientes que deben resolverse en el arbitraje en contrataciones con el Estado.
- VI. Conclusiones.

Resumen.

En el presente trabajo, el autor analiza el régimen de solución de controversias en los contratos que celebra el Estado Peruano para satisfacer sus necesidades, en el cual se ha establecido al arbitraje como su medio principal, en detrimento de otras soluciones posibles, tales como la administrativa o la judicial. Analiza, en ese sentido, cómo el modelo seleccionado ha generado una amplia difusión del arbitraje, tanto en número como en cuantía de las controversias, habiendo sido interiorizado por todos quienes participan del régimen de compras estatales, de modo tal que hoy en día es impensable concebir una forma distinta de solución de conflictos. Finalmente, analiza las principales características del arbitraje con el Estado, así como los retos que debe superar para mejorar su eficiencia y, con ello, el éxito del régimen de compras del Estado.

Palabras Claves: *Conflicto, arbitraje con el Estado, contrato, transparencia, eficiencia*

¹ Abogado especialista en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Aseguramiento Universal en Salud y Seguridad Social, egresado de las Maestrías de Derecho con Mención en Derecho Constitucional y de Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos y con estudios concluidos de Doctorado en Derecho. Se ha desempeñado como Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, presidente del Tribunal de Disciplina Policial, así como asesor legal y consultor de diversas instituciones estatales y privadas. Actualmente se desempeña como árbitro, articulista y docente en las materias de su especialidad. Correo electrónico martinez.zamora@gmail.com

Abstract.

In the present work, the author analyzes the dispute settlement regime in the contracts that the Peruvian State celebrates to satisfy its needs, in which arbitration has been established as its main means, to the detriment of other possible solutions, such as administrative or the judicial. In this sense, it analyzes how the selected model has generated a wide dissemination of arbitration, both in number and amount of disputes, having been internalized by all those who participate in the state procurement regime, in such a way that nowadays it is unthinkable devise a different form of conflict resolution. Finally, he analyzes the main characteristics of arbitration with the State, as well as the challenges it must overcome in order to improve its efficiency and, with it, the success of the State procurement regime.

KEY WORDS: *Conflict, arbitration with the State, contract, transparency, efficiency*

I. INTRODUCCIÓN.

A diferencia de otras ramas del derecho, el que rige las adquisiciones del Estado es uno de los más dispares y variables a nivel de derecho comparado. Así, podemos encontrar regulaciones relativamente uniformes en materia de derecho civil, comercial y penal, que responden a opciones predecibles, sobre la base de institutos previamente definidos en el tiempo que se remontan incluso a la antigüedad clásica, como en el caso del primero de los nombrados; quizás con menos pedigrí podemos encontrar similar regla, en el caso del derecho administrativo.

El hecho es que en cada uno de los casos nombrados, los cambios se producen -digámoslo así, en una serie de olas, que no se limitan a un país u ordenamiento jurídico determinado, sino que se prolongan con un espectro mayor, de modo tal que, según el lugar donde nos encontremos, podremos encontrar un mismo derecho base e identificar la opción adoptada por el Legislador local, que resulte comprensible, pese a que no sea la opción adoptada por nuestra propia legislación.

No ocurre igual en el caso de la legislación que corresponde al régimen de contratación estatal. La razón es obvia, pues en este caso, confluyen de modo concurrente tanto el derecho administrativo, el derecho civil e incluso, otras materias de menor contenido propiamente legal, como son los aspectos presupuestales, contables e, incluso - pero no menos importantes-, los de control de gestión de los servidores y funcionarios públicos.

De ahí que la legislación en materia de contratación pública, sea una de las más variables, tanto por su mayor variación temporal, como por las diferentes opciones que se adopten en cada país, según la mayor proporción que se otorgue a la solución administrativa, la civil o, a cualquiera de sus formas intermedias.

No vamos a entrar en el debate relativo a la naturaleza del contrato administrativo, -que es muy interesante - pero desborda los límites del presente trabajo, sino únicamente a analizar el tratamiento del conflicto contractual en la legislación, con sus notorias particularidades, las ventajas o desventajas que su solución involucra, así como las opciones posibles para su mejor desempeño.

II. EL TRATAMIENTO DEL CONFLICTO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.

Como ocurre con todo contrato, con independencia de su naturaleza civil o estatal (administrativo como le gusta repetir a muchos), existe una entendible tensión entre la parte que está obligada a brindar un servicio, proveer un bien o ejecutar una obra, respecto de quien debe pagar por ello. Evidentemente, cada una de ellas buscará maximizar su propio beneficio, pretendiendo obtener más por la parte que le corresponde aportar, siendo que, de esa tensión de intereses, se debe obtener un adecuado equilibrio, que permita no solo la satisfacción de ambas partes, sino principalmente, lograr el objetivo por el cual se suscribió el contrato que, en materia de contratación estatal, llamaríamos "*la finalidad pública*".

Hemos visto que, en esta materia, es decir el régimen de contrataciones del Estado entendido respecto de los casos en los cuales éste adquiere con sus propios recursos bienes, servicios o ejecución de obras, existe una tensión entre quienes enfatizan más su aspecto administrativo y, con ello, la preeminencia de las facultades de imperio del Estado y su posibilidad de imposición respecto del contratista que, bajo esa línea se convertiría en prácticamente un administrado; respecto de quienes, por el contrario, enfatizan el lado contractual, de modo tal que el (mal) llamado contrato administrativo, no sería más que un contrato típico con algunas reglas particulares, pero que tendrían como sustrato el derecho privado y, más específicamente, el derecho civil.

Sobre el tema, no cabe dudas que estamos ante partes notoriamente desiguales, de modo tal que es una de ellas (la parte estatal), la que establece las reglas del procedimiento de selección, la que exige la presentación de garantías, la que decide si otorga o no adelantos, si aprueba o deniega un adicional o, incluso si sustituyéndose en la jurisdicción correspondiente, puede declarar de modo unilateral una nulidad contractual. Tales facultades, sin embargo, son iguales a las de cualquier parte de un contrato que tenga una posición dominante, como ocurre con todos aquellos que se encuentran en la posición de imponer un contrato de adhesión.

Siendo así, la diferencia no se encuentra en el ejercicio de facultades desbordantes (que podrían ser utilizadas por cualquier contraparte en posición de poder), sino en el carácter público de los recursos que se administran y, claro está, en los mecanismos de control que se han establecido para garantizar su adecuado uso, incluidas las controversias que se deriven de su ejecución.

Para ello, el Legislador Peruano ha previsto al conflicto no como algo que se deba proscribir o negar, sino por el contrario, como un hecho innegable, que debe ser canalizado.

Así, cuando se trata de definir las condiciones de un procedimiento de selección y las exigencias a las que deben someterse los postores, ha previsto la etapa de consultas y observaciones, así como la elevación de las bases al organismo supervisor de las contrataciones para su pronunciamiento²; establecidas las reglas definitivas y presentadas las propuestas, ha previsto la posibilidad de recurrir en apelación (en la generalidad de los casos) ante un tribunal administrativo³. Finalmente, suscrito el contrato, ha previsto la

² Anteriormente el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones y Contrataciones del Estado (CONSUCODE), constituido a partir del 1 de febrero de 2009, hace ya más de doce años, como el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE).

³ El Tribunal de Contrataciones del Estado, como un tribunal de naturaleza administrativa, adscrito al OSCE.

posibilidad de recurrir al arbitraje, ante cualquier controversia que se suscitase entre las partes.

Es en este último punto, el arbitraje, sobre el que radica la singularidad del régimen de contratación pública peruano, pues no se trata de un arbitraje limitado a contratos de inversión, ni a los contratos de mayor envergadura, sino por el contrario a un arbitraje universal, aplicable a todos los contratos de adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras que celebre el Estado, más aún definido como obligatorio, de modo tal que ninguna de las partes, incluida la propia entidad pública, se encuentra en la posibilidad de evitar sus términos.

Sobre este tema, abundaremos en el apartado siguiente.

III. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

El régimen de contratación pública nacional, entendido como un conjunto unificado de disposiciones que regulan la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras bajo un único ente rector y bajo una misma institución supervisora, tiene su origen en la Ley N°26850 del 27 de julio de 1997, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N°039-98-PCM del 26 de septiembre de 1998. Ello no implica que, con anterioridad a tales disposiciones, no existiese regulaciones que estableciesen los procedimientos a utilizar por el Estado para satisfacer sus necesidades de proveerse de bienes, servicios y contratar la ejecución de obras, las que no solo se remontan al origen de la república, sino incluso al estado virreinal preexistente. Del mismo modo, para la atención de sus conflictos.

No obstante, una de las particularidades del régimen iniciado por la mencionada Ley N°26850, además de la ya mencionada unificación y centralización, viene a ser su tratamiento del conflicto y, dentro de este, el que corresponde a los que se producen en la etapa de ejecución contractual, en el que se optó por una generalización del arbitraje como medio universal de solución de controversias⁴, distanciándose de otras opciones preexistentes, tales como la judicial y la administrativa⁵. De hecho, la intención era promover un marco de seguridad jurídica, que permita fomentar la más amplia participación de postores, maximizar la competencia y, con ello, generar un mayor beneficio al Estado y a los recursos bajo su administración.

Una de las particularidades de este modelo, es que la solución arbitral se define como universal, aplicable a todos los casos, con prescindencia del monto o la materia contratada y, además, se define como obligatorio.

Pero ¿Qué implica que se trate de un arbitraje obligatorio?: En estricto, únicamente implica la voluntad del Estado de que todos los conflictos que pudiesen suscitarse en los que contratos que suscriba para proveerse de bienes, servicios y obras, serán resueltos en definitiva en sede arbitral, es decir por un tercero ajeno a su propia estructura de poderes. Es tan igual como que cualquier actor en condiciones de someter a condiciones de adhesión

⁴ La Ley 26850 en su texto original, establecía en el segundo párrafo de su artículo 53 lo siguiente: "Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente" (Los subrayados son nuestros). El texto actual, si bien bastante más largo, mantiene en estricto la misma estructura.

⁵ Que fueron las opciones adoptadas en otros momentos de nuestra historia.

a su contraparte imponga una cláusula similar, de modo tal que todo aquel que quiera contratar con él deberá aceptar dicha estipulación o, en su defecto, buscar un cliente distinto.

En todo caso, dicha obligatoriedad debe entenderse como la prohibición para cualquier entidad del Estado de establecer una solución que, en último término, sea ajena a la solución arbitral, tal como podría ser el sometimiento de la controversia a la sede judicial.

Otra de las particularidades de este modelo, es la naturaleza del arbitraje. Si bien existe en derecho comparado un amplio debate sobre su origen contractual, jurisdiccional o mixto, en el caso peruano, la Constitución Política establece que se trata de una jurisdicción propia, junto con la militar⁶, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Peruano⁷. No se trata sin embargo de una jurisdicción irrestricta, pues tanto son las partes las que, dentro de los términos de la cláusula arbitral, las que delimitan las competencias, requisitos y condiciones en las que se ejercerá tal función, por lo que en estricto podemos concluir en su naturaleza mixta.

IV. EL ENSAMBLAJE DEL MODELO: ¿ARBITRAJE ADMINISTRATIVO?

4.1 Las particularidades del modelo peruano.

Hemos visto que, para el tratamiento del conflicto en los contratos que celebra el Estado Peruano para atender sus requerimientos de bienes, servicios y obras, se ha establecido un modelo por el cual, a falta de acuerdo de partes, las controversias que se susciten entre las partes, serán resueltas mediante arbitraje, instituto al que se le reconoce el rango de jurisdicción, dentro de los límites establecidos en la cláusula arbitral. Todo proveedor que desee vincularse con el Estado, debe adherirse a esta forma de solución, mientras que toda entidad estatal, tendrá prohibido imponer dentro de las condiciones del respectivo procedimiento de selección y posterior contrato, una modalidad distinta.

Esto ha llevado a una masificación del arbitraje en el Perú, que no tiene equivalente en el derecho comparado. Si tenemos en cuenta que el número vigente de proveedores del Estado es de aproximadamente novecientos cincuenta y nueve mil ciento setenta y un (959,171)⁸, podremos tener una idea aproximada del número de contratos que celebran las entidades públicas y, con ello, el impacto de las potenciales controversias que pueden suscitarse entre las partes, las que tendrán como última solución definitiva, al arbitraje. Más

⁶ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, *con excepción de la militar y la arbitral*. (El subrayado es nuestro)

⁷ En el fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC sobre Habeas Corpus, el Tribunal Constitucional refiere que: *"Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori (...)"*

⁸ Datos a junio de 2020, según información proporcionada en por el portal CONOSCE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Información extraída el 17.09.2021 del siguiente enlace: <https://public.tableau.com/app/profile/oscebi2/viz/InformeMensual-ConsolidadoJunio2020/IndicadoresdelMercadoEstatal>

aún, el 81.33% del total de procedimientos de selección se efectúan bajo el régimen de contrataciones del Estado general, siendo que, en cuanto al universo de proveedores, solo son ejecutores o consultores de obras el 5.71% del total de inscritos en el Registro Nacional de Proveedores, correspondiente el 94.29% a proveedores de bienes y servicios⁹.

Lo anterior, explica la amplia diversificación del arbitraje en el Perú, cuyo mayor impacto no corresponde a arbitrajes de inversión ni a conflictos entre privados, sino que principalmente corresponde a controversias surgidas en los denominados contratos administrativos, es decir aquellos que son suscritos entre un privado y una entidad pública, bajo las reglas privativas que corresponden al régimen de contratación estatal. Más aún, tal diversificación no se limita al número y variedad de proveedores y materias que arbitran, sino a la propia envergadura de cada caso arbitral, siendo comunes los casos a los que corresponde la cuantía mínima de cada centro arbitral.

Si bien bajo la legislación actualmente vigente, es difícil establecer el número de casos que se instauran anualmente en el país¹⁰, si tomamos la tendencia preexistente a la Ley N°30225¹¹ cuando aún el arbitraje predominante era el ad hoc con la Dirección de Arbitraje del OSCE como acto principal, vemos un incremento de casos entre los años 1993 al 2012 del 15,000%, así como una presencia de actividad arbitral en todos los departamentos del país¹².

En el mismo sentido, solo a manera de ejemplo y de acuerdo a la información proporcionada en la página web del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú¹³, se pasó de un único caso arbitral, a un total de cuatrocientos sesenta por año, en el período comprendido entre el 2002 y el 2020.

Todo ello no nos debe sorprender, teniendo en cuenta que desde el año 1998 la reserva legal efectuada a favor del arbitraje, ha retirado la competencia preexistente a favor de órganos administrativos – y a través del procedimiento contencioso administrativo, de la judicial, las controversias que se suscitan en los contratos de provisión de bienes, servicios y obras, en los que cualquiera de las administraciones estatales, sean parte. Las consecuencias no solo se evidencian en una menor duración promedio de cada proceso¹⁴, sino también en un conocimiento más especializado, que ha permitido un nutrido desarrollo jurisprudencial, favorecido por un lado por la transparencia que brinda la obligación de publicar los laudos en el portal del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) y, por el otro, por el control de legalidad que ejercen las Salas Comerciales mediante los recursos de anulación de laudo.

Más aún, le penetración del arbitraje en la cultura empresarial, a todo nivel, ha calado de modo aparentemente definitivo, así como en la propia administración estatal, cuya organización se ha amoldado a las exigencias que requiere la defensa de su posición en las

⁹ Datos a junio de 2020. Ibid.

¹⁰ La Ley de Contrataciones del Estado vigente, es la Ley 30225 modificada por los Decretos Legislativos 1341 y 1444 y reunidos en su Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N°082-2019-EF. Dicha norma pasa de la regla por defecto de los arbitrajes ad hoc, que se instalaban ante el OSCE, por los arbitrajes institucionales, que se interponen y se instalan en cada centro arbitral, los cuales llevan cada uno de ellos sus propios registros y estadísticas bajo las consecuentes reglas de confidencialidad, al menos en tanto se desarrolle el proceso arbitral.

¹¹ Que entró en vigencia el 09 de enero de 2016.

¹² Cuadro 4 y 8 que corresponden al artículo de: Paulet Monteagudo, F. (2013). El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Arbitraje PUCP*, (3), 87-101. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9388>.

¹³ <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/>

¹⁴ Que Fabiola Paulet Monteagudo estima en catorce meses, en el artículo citado ut supra.

controversias que se susciten, habiéndose notado incluso un incremento lento pero sostenido de los casos en los cuales es la parte estatal la que deviene en la parte demandante, es decir, en casos que tienen su origen -ya no en un solo acto de defensa, sino en su propia iniciativa. Sería, hoy en día, impensable pensar en una forma distinta de solución de controversias, ya sea esta administrativa o judicial, siendo que a pesar de la incertidumbre política por la que ha atravesado y, aún atraviesa el país, se han propuesto reformas, pero no la sustitución de esta figura por alguna otra.

Abundan los motivos para ello. El primero de ellos, la inexistencia en nuestro medio de otra vía que sea considerada como idónea, tanto por las deficiencias y carga propia de la sede judicial, como por la inviabilidad de volver a la sede administrativa, tanto por su posición de juez y parte, como por su carácter intermedio, que atenderá de modo final la decisión adoptada, pues esta correspondería siempre al contencioso administrativo.

El segundo, por la especialización de profesionales en materia arbitral, no solo ha llevado a que el número de casos que puedan estar a su cargo supere varias veces el promedio existente en otros países, sino incluso a la existencia de profesionales que se han apartado de la litigación desempeñando la actividad arbitral de modo exclusivo, lo que en los hechos los acerca aún más a un rol típicamente jurisdiccional; el tercero, como contrapartida del anterior, a una descentralización del arbitraje tanto a nivel territorial como social, dando lugar no solo a estudios de abogados igualmente especializados, sino a un conocimiento general a nivel del proveedor promedio del Estado, así como el impulso que genera en el propio arbitraje privado, por la traslación de la misma cultura arbitral que lleva dicho proveedor en las relaciones con sus pares.

Por último, pero no menos importante, a la necesidad del Estado de establecer un mecanismo que, sin desproteger sus propios intereses, le permita contar con un mejor y mayor conjunto de proveedores, que le permita alcanzar condiciones óptimas en competencia, en lugar de desalentar su participación y, con ello, hacer más compleja o más onerosa, la atención de las necesidades de bienes, servicios y obras que requiere para el cumplimiento de sus propias funciones.

4.2 La vocación diferenciadora. ¿El camino al derecho administrativo?.

No todas son flores ni virtudes, pues como toda institución humana, el arbitraje es vulnerable a vicios, como también susceptible de mejoras. Pero es aquí donde comienzan los problemas, pues dependerá del enfoque más propiamente contractual o del enfoque administrativo, para buscar una solución a través del restablecimiento del equilibrio entre las partes o los controles cruzados o, por el contrario, a través de la limitación de la voluntad de los actores que participan del sistema: Unos pretenderán mantener la esencia del arbitraje como un acto esencialmente contractual y, los otros, acercarlo más al acto administrativo.

Ya de por sí, el contrato administrativo, entendido como el que suscribe una entidad del Estado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, tiene elementos que lo diferencian del contrato privado en general. No necesariamente por las cláusulas desiguales, que comparte con otros actores susceptibles de imponer en todo o en parte condiciones de adhesión a sus contrapartes¹⁵, sino – por un lado, por atribuciones que ningún privado podría ejercer, tal como la de anular unilateralmente un contrato sin proceso arbitral o

¹⁵ Por ejemplo, la potestad de aprobar ampliaciones o adicionales, exigir la presentación de garantías, aplicar penalidades o aprobar la sustitución de profesionales o la incorporación de subcontratistas.

judicial previo y; por el otro, por la existencia de un procedimiento previo, estrictamente regulado, que lleva a la formación de la voluntad de la entidad para identificar quién será su contraparte.

La propia regulación de la ejecución del contrato, puede entenderse como un contrato típico, es decir un contrato especial regulado por sus propias reglas, respecto del cual el régimen común será supletorio. Ni siquiera en esto se es uniforme, pues como puede apreciarse de una simple lectura del texto de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, este conjunto de normas especiales, generalmente restrictivas, será más rígido en el tema de obras (por la propia relevancia e impacto de las mismas tanto a nivel económico, social e incluso político), mientras que será significativamente más flexible, en el caso las disposiciones sobre bienes y servicios.

Pero una cosa es establecer reglas especiales a la ejecución del contrato y otra, muy distinta, establecer restricciones a los que debe entenderse o debe contemplar el arbitraje. Existe una tendencia a acentuar la diferencia entre el arbitraje común y, el que se denomina – erróneamente – como arbitraje administrativo, al que llamaremos mejor arbitraje con el Estado.

En principio ambos tienen la misma estructura básica: un tribunal colegiado o unipersonal designado de conformidad con lo establecido por las partes o de acuerdo a las reglas de la respectiva institución arbitral, al que las partes le someten la solución de una controversia, para la emisión de un laudo que es definitivo e inapelable con rango de cosa juzgada y sin perjuicio de su control de legalidad, vía el recurso de anulación. Ambos bajo las mismas obligaciones de transparencia e independencia, así como de respecto del debido proceso.

¿Dónde está entonces la diferencia? O para decirlo de otra manera, ¿La sola naturaleza pública de alguna de las partes amerita una forma de organización diferente? La respuesta es tanto sí como no. De hecho, el arbitraje sigue siendo el mismo, sin perjuicio de lo cual el Estado – por los mismos motivos por los cuales lo estableció como obligatorio (es decir porque fue su decisión y voluntad)-, puede establecer algunas disposiciones especiales que, en estricto se pueden resumir en: i) Imposición de barreras de acceso a la función o materia arbitral; ii) establecimiento de obligaciones adicionales durante el proceso arbitral o como consecuencia de él.

4.3 Las restricciones de acceso.

En cuanto a las barreras de acceso, a diferencia del arbitraje privado, no cualquiera puede ser árbitro en el arbitraje con el Estado. El extenso artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, establece dentro de sus treintaiséis los acápites 45.15 y 45.16, que establecen lo siguiente:

“45.15 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. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

45.16 Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Asimismo, para la designación residual del presidente del Tribunal

Arbitral en una institución arbitral o ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros.”

Como se puede advertir, en el primer caso estamos ante un requisito previamente adquirido por el árbitro, no tanto por la exigencia de ser abogado en caso de árbitro único o presidente de tribunal (requisito común en todo arbitraje de derecho según la legislación nacional), sino por el conocimiento en tres materias específicas (que se reducen a una en el caso de los demás integrantes del colegiado). Nótese el sesgo proveniente del legislador administrativista, pues en ningún momento se exige que los árbitros tengan conocimiento en materia contractual que es esencialmente bilateral, sino en otra más propiamente de relaciones unilaterales o de imperio.

En todo caso, no consideramos que se trate de una barrera excluyente, ni que importe una diferencia sustancial con el arbitraje privado. En todo caso, lo que promueve el Legislador en este punto es un sesgo que no es difícil de cumplir en un medio donde la absoluta mayoría de los procesos arbitrales, corresponden a arbitraje en materia de contratación estatal.

Respecto del segundo tema, como resulta obvio, constituye un requisito de forma. Un registro cumple tanto con una función de publicidad, como de acreditación (en tanto el registrante debe cumplir con una serie de requisitos de calidad o legalidad - preestablecidos para acceder a él): No consideramos que se trate de una exigencia que lo diferencie mayormente de un arbitraje común, puesto que las propias instituciones arbitrales, establecen también sus propias exigencias para incorporar árbitros a su nómina.

Podemos incluir en este grupo, ya no solo a las de acceso de la función arbitral, sino también a las que limitan su competencia, en adición a las contempladas en la Ley de Arbitraje, que rige los procesos arbitrales en general, específicamente en el caso de los adicionales o a otras figuras que sean consecuencia de su denegatoria¹⁶. En los hechos, sin embargo, esto no es más que la manifestación de voluntad estatal (a la que se adhiere su contraparte) que, así como se ha sometido voluntariamente de discutir la generalidad de sus controversias contractuales en sede arbitral, ha optado por reservar alguna de ellas a la sede judicial, estableciendo un sistema dual, tan igual como lo pudieran hacer dos partes privadas en sus propios pactos arbitrales.

4.4 Sobre las obligaciones adicionales durante o como consecuencia del proceso arbitral.

Tal como hemos mencionado, el artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado, en sus extensos treinta y seis acápite, establece un conjunto de reglas procesales y plazos, respecto de las cuales la Ley de Arbitraje y el propio Código Civil (en cuanto a la oportunidad de caducidad), devienen en supletorias. No puede derivarse de ello, sin embargo, que tales disposiciones no tienen como objetivo la actuación de la parte estatal como administración,

¹⁶ “45.4 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”.

ni siquiera establecer un trato diferenciado entre las partes, como es común en las reglas que rigen la contratación estatal¹⁷.

Sin perjuicio de ello, podemos destacar la inclusión de la obligación de registrar el laudo en el SEACE como requisito de su eficacia, la calificación como título ejecutivo de las resoluciones del OSCE que ordenen la devolución de honorarios, pero principalmente la inclusión de un régimen sancionador¹⁸ por infracción al Código de Ética establecido para los arbitrajes con el Estado. Sin embargo, dicho código – y por ende su régimen sancionador-, solo son aplicables de modo directo cuando la institución arbitral sea el propio OSCE o cuando estemos ante arbitrajes ad hoc, correspondiendo a cada institución aprobar sus propios documentos respectivos, así como las sanciones correspondientes¹⁹.

De ser este último el caso (el de la sanción por la infracción al Código de Ética), es donde más propiamente advertimos un elemento invasivo propio del derecho administrativo, no por la existencia de dicho instrumento de conducta, propio y común de toda institución pública o privada que establezca estándares de desempeño a sus miembros, sino porque dentro de las sanciones que establece, prevé las de inhabilitación y suspensión de la función arbitral. Esto a su vez, no tendría nada de particular, sino fuera porque la sanción publicada en la base de datos del OSCE, impediría la designación del respectivo árbitro, ya no solo en el centro arbitral respectivo, sino de modo general, en cualquier arbitraje en el cual el Estado sea parte.

4.5 ¿Regulación del contenido del laudo?.

Una de las características de todo laudo arbitral, es que la decisión emitida es definitiva, inapelable y con efectos de cosa juzgada. El recurso de anulación que se interpone ante el Poder Judicial, no constituye una segunda instancia donde discutir la posición de las partes en la controversia, sino únicamente un control de legalidad, bajo causales estrictamente específicas.

Tal situación no ha sido siempre debidamente entendida por partes formadas bajo el modelo judicial, donde el recurso de apelación y, eventualmente, el de casación, son parte consustanciales del litigio, de modo tal que, con frecuencia, se advierten casos en los que la nulidad interpuesta esconde un cuestionamiento sobre el fondo de lo decidido. Parte de dicha situación, nace de la percepción -esencialmente errónea²⁰ y frecuentemente atizada

¹⁷ Salvo en el caso de los requisitos para interponer acción judicial de anulación de laudo (acápites 45.22 y 45.23, en los que se establece un requisito más oneroso para el contratista (afianzar el monto cuestionado), pero más engorroso para las entidades (aprobación previa del más alto nivel para ejercer la acción).

¹⁸ A cargo de un Consejo de Ética integrado por representantes de tres ministerios del Estado.

¹⁹ Mención aparte merece el Decreto de Urgencia N°020-2020, que establece un requisito adicional (una sobre garantía), para el contratista que durante un proceso arbitral solicitase una medida cautelar, no solo por el carácter provisional que es propio de tales decretos de urgencia y el dictamen desfavorable que sobre el mismo emitió el Congreso de la República, sino también por la interpretación restringida o incluso contraria, que vienen adoptando diversos tribunales arbitrales sobre el mismo.

²⁰ Para este tema debe tenerse en cuenta el trabajo efectuado por: Guzmán - Barrón Sobrevilla y Rigoberta Zúñiga Maraví, Tendencia del Arbitraje en Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP. Recuperado el 17.09.2021 del siguiente enlace:

chrome-extension://efaidnbnmnnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcdn01.pucp.education%2Fcarc%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F05%2F22204433%2Festudio-laudos-carc-pucp.pdf&clen=1345718&chunk=true

por medios de difusión no especializados, de que las decisiones arbitrales tienen a favorecer a la parte contratista²¹.

Ello llevó en algún momento al Legislador a pretender -si bien tímidamente, establecer ciertas limitantes al razonamiento y fundamentación de los laudos arbitrales, como se advierte del texto artículo 52 párrafo 52.3 de la derogada Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo 1017 y modificada por la Ley N°29873, que establecía lo siguiente:

52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

Siendo que el actual texto, que corresponde al artículo 45° párrafo 45.10 de la Ley, se ha redactado en términos parecidos, pero sin el subrayado que se advierte Ut Supra:

45.10 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

No debe olvidarse que la decisión en sí misma, es el elemento central de todo proceso arbitral y lo que le da su razón de ser. En esa línea, no resulta viable establecer condicionantes o pautas para la decisión, que pudieran haber llevado a convertir el recurso de anulación en una segunda instancia, si ello obligase a la Corte a revisar el contenido del Laudo y la interpretación adoptada por el tribunal a cargo; es más, durante la corta vigencia de la mencionada norma derogada, la Corte dio por cumplido el requisito de validez cuando el laudo se encontraba debidamente sustentado en un sentido u otro respecto del citado

Asimismo, el elaborado por la Gerencia de Estudios y Gestión Pública de la Contraloría General de la República, Estudios sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas 2003 – 2013. Recuperado el 17.09.2021 del siguiente enlace:

chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fdoc.contraloria.gob.pe%2Festudios-especiales%2Festudio%2Festudio-Arbitraje-Online.pdf&cflen=1977285&chunk=true

²¹ Este tema es altamente complejo y ameritaría, por sí mismo, un tratamiento incluso mayor a los límites del presente trabajo: En estricto concurren una serie de factores, tales como la falta de desarrollo de una cultura de conciliación (que se viene revirtiendo progresivamente por efecto del acápite 45.13 de la Ley que establece responsabilidad administrativa en quien no concilia cuando ello sí corresponde), factores presupuestales, cambios frecuentes o inestabilidad en la gestión de diversos entes administrativos, el desconocimiento de parte de quienes ejercen las acciones de control o, peor aún, la simple expectativa de una opinión negativa de dicha, entre otros. El citado estudio efectuado por el Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica, estableció que un 25% de los casos ni siquiera debieron llegar a arbitraje por evidencia del derecho en controversia a los que debía sumarse un porcentaje igual en los que la parte estatal obtenía un resultado absoluto a su favor; por su parte, el igualmente el citado informe de la Contraloría General de la República, si bien estableció que los resultados eran del 70% y 30% a favor del contratista y la entidad respectivamente, en su mayor parte obedecían a problemas de gestión, lo que en los hechos lo equipara con el primero de los estudios nombrados.

orden de prelación²²; todo ello teniendo en cuenta, tal como hemos mencionado que si bien dentro de los límites de la cláusula arbitral, los tribunales arbitrales actúan con jurisdicción.

V. ALGUNOS PENDIENTES QUE DEBEN RESOLVERSE EN EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO.

Como hemos visto, desde la instauración del arbitraje como medio definitivo de solución de conflictos en los contratos que celebra el Estado para la adquisición de servicios, bienes y ejecución de obras, éste se ha constituido en la vía idónea para solucionar los conflictos entre las entidades estatales y sus proveedores, no existiendo a la fecha en nuestro medio, una vía que pueda cumplir el rol que desempeña. Ello ha generado, tanto una cultura arbitral de ancha base, como también una natural tensión entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo que, desde sus respectivas ópticas, nutren al régimen de contratación pública.

Del mismo modo, se han ido incorporando diversas medidas que, acertadas o erradas, han tenido como finalidad superar las deficiencias existentes, incidiendo de modo significativo en la necesidad de transparencia, concentración y especialización, las cuales en modo alguno pueden ni deben incidir en la función decisoria que es el elemento esencial de la actividad arbitral.

Por otro lado, existen algunos temas que, hasta la fecha, no han sido parte de la preocupación central en las sucesivas reformas arbitrales, pero que nos permitimos poner en discusión, puesto que sus efectos vienen afectando de modo sensible la eficiencia de la institución arbitral que, como hemos visto, tiene como particularidad su carácter universal, en la atención de los conflictos nacidos de los contratos que rigen las contrataciones del Estado, como son los siguientes:

5.1 Promover su acceso, aún en las controversias menores.

Es correcto que el Estado ponga especial atención en los procesos arbitrales de mayor envergadura, pero no por ello se debe desatender los problemas que pudiesen suscitarse en los contratos menores, incluso aquellos que solamente se encuentran sujetos a una regulación parcial y no se rigen por un procedimiento de selección propiamente dicho, como es el caso de los contratos que involucren ocho o menos Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Pese a que la instauración de un arbitraje subsidiario se estableció desde la reforma de diciembre de 2004 (Decreto Supremo N°084-2004-PCM), poco se ha hecho hasta la fecha, puesto que, por el contrario, el CONSUCODE primero y el OSCE después, se concentraron en competir con otras instituciones arbitrales, en adición a su propia labor de supervisar el desarrollo de los arbitrajes ad hoc. A la fecha, el actual artículo 236° del Reglamento, establece la obligación de este último de establecer un régimen especial para los contratos

²² Incluso el propio OSCE a través de su Dirección Técnica Normativa, tienen una posición particular sobre el mencionado orden de prelación, por el que refiere que si bien durante el procedimiento de selección, la norma de derecho público (entendida como la Ley del Procedimiento Administrativo General), es preeminente sobre la norma de derecho privado (Código Civil), tal situación no se mantiene durante la ejecución del Contrato, en el cual la norma administrativa solo será preeminente respecto de los actos internos de la entidad, pero no respecto de sus relaciones con la contraparte (Opiniones N°001-2020/DTN del 2 de enero de 2020 y N°065-2019/DTN del 24 de abril de 2019).

que no superen las diez UIT, sin que a la fecha se hayan dado pasos conducentes en ese sentido.

No se trata de replicar en miniatura el proceso arbitral común. La comisión que trabajó esta figura en la reforma de diciembre de 2004, tenía como mira el proceso arbitral en salud que administra SUSALUD por sus costos y, con solución expeditiva bajo audiencia única. Nada de eso se ha implementado aún y, lamentablemente eso deja en indefensión a los proveedores de menores ingresos, que no pueden asumir los costos que genera el arbitraje común. Más aún, en los procesos iguales a menores a ocho UIT no se ha implementado el denominado arbitraje obligatorio, obligándolos a litigar en largos y engorrosos procesos judiciales, en caso se suscitase alguna controversia o, peor aún, asumir como costo hundido cualquier perjuicio que se les pudiese ocasionar.

5.2 Desalentar la estrategia de la “Asfixia económica”.

Dado que el arbitraje implica que cada parte asuma – al menos durante el proceso arbitral-, los costos que involucran los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral en partes iguales, una estrategia de la parte demandada, lamentablemente cada vez más frecuente, es simplemente omitir la parte de los costos que le corresponde asumir, lo que traslada todo el peso del costo procesal a la parte que demanda, que debe asumir a sus previsiones de presupuesto – ya de por sí afectado por el hecho que motiva el reclamo-, a la posibilidad de solventar el íntegro del proceso.

No son pocas las controversias que se cierran por la imposibilidad de la parte accionante de asumir tal cargo, lo que en los hechos no soluciona el conflicto de origen, sino que únicamente lo soterra, dejando pendientes las causas que le dieron origen.

En este caso, nuevamente podemos tomar como ejemplo el arbitraje en salud a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD, que establece diversas medidas para desincentivar el método de la “Asfixia económica”, quedando el tribunal arbitral, en tales casos, facultado para multar a la parte renuente.

5.3 Evitar la dilación innecesaria en la ejecución del laudo.

Se podría pensar que, una vez notificado el laudo y sus posteriores pedidos de integración, exclusión, interpretación o rectificación, el conflicto quedaría resuelto y cada parte debería asumir sus respectivas consecuencias. Lamentablemente esto no ocurre así, pues por un lado se ha ordinario el recurso de anulación de laudo y, luego de este, la renuencia al cumplimiento, que obliga a la parte ganadora a recurrir al Poder Judicial, esta vez bajo un procedimiento de ejecución del mismo; la pesadilla no acaba siempre ahí, sino que, por temas presupuestales, una vez expedido el mandato de ejecución del laudo arbitral, el pago se puede dilatar hasta en cinco años adicionales.

Para el contratista el tema es aún más duro, pues no tienen en su poder la garantía de fiel cumplimiento al que su contraparte tiene la opción de recurrir.

Parecemos olvidar que una de las garantías del régimen de contratación estatal – y su principal atractivo pese a la desigualdad entre las partes-, es el de contar con recursos comprometidos para cumplir con sus obligaciones contractuales, las que no deberían limitarse al monto del contrato original, sino a los reajustes, ampliaciones de plazo o toda otra contingencia que pudiese suscitarse, incluido el pago de intereses legales por los

retrasos que pudiesen producirse en los pagos. Tampoco debemos perder de vista que la obligación de pago debe nacer del propio consentimiento del laudo y no llegar a los extremos de la ejecución forzosa, el que constituye un remedio excepcional ante un deudor moroso, tema que claro está no puede ser fomentado por el propio Estado.

En ese sentido, coincidimos con Roger Vidal Ramos, cuando sostiene que la ejecución del laudo arbitral debería efectuarse de modo voluntario, dado que han sido las partes las que han convenido con utilizar dicho mecanismo de solución de controversias, en lugar de la vía arbitral²³.

Muchas son las posibles soluciones, tales como establecer plazos perentorios bajo responsabilidad, pero también establecer medidas que incentiven el pago oportuno de las obligaciones contraídas, en lugar de colocarse en la posición de la parte morosa con las consecuencias – y el ejemplo, que ello implica- e, incluso la posibilidad del contratista de utilizar como crédito fiscal o como título valor el monto que le correspondiese recibir. Lo que está en juego, en este punto, no solo es la credibilidad del arbitraje con el Estado, sino del propio régimen de contratación pública, en tanto pueda considerarse a cualquier administración del Estado, ya sea esta nacional, regional o local, como un agente creíble, con el cual contratar.

VI. CONCLUSIONES.

1. El régimen de contratación pública peruano, ha reconocido al conflicto como un hecho inevitable que, en lugar de ser negado, debe ser canalizado, de modo tal que, en la etapa de ejecución del contrato, es el arbitraje el medio idóneo – y definitivo-, una vez que se hubieran agotado otras formas intermedias de acuerdo, tales como el trato directo, la conciliación o, más recientemente y en el caso de obras, las juntas de resolución de disputas.

En este sentido, la alusión al arbitraje obligatorio, no es otra cosa que la decisión del Estado, bajo condiciones de adhesión de su contraparte, que sus controversias en los contratos para adquirir bienes, servicios o ejecutar obras, sean resueltos mediante tales mecanismos alternativos de solución de conflicto.

2. Desde la instauración del arbitraje como medio definitivo de solución de controversias, se ha producido una internalización del mismo en los diversos actores del sistema de contratación pública, con una difusión sustantivamente mayor, tanto a nivel del número de casos, materias y cuantías, pues todo conflicto que se produzca en materia de contratación con el Estado, a falta de acuerdo, debe ser atendido en sede arbitral.
3. Durante la vigencia del actual régimen de solución de controversias, la regulación sobre la materia muestra la tensión entre quienes optan por un enfoque más próximo al derecho administrativo y por quienes lo hacen desde una perspectiva propiamente contractual, que en buena cuenta son las dos fuentes que sostienen al régimen de contratación pública. Sin embargo, sea cual sea la perspectiva y más allá de sus propias peculiaridades, no puede hablarse propiamente de un arbitraje

²³ Roger Vidal Ramos, “Ejecución de laudos y terceros”, Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental, Biblioteca del Arbitraje Estudio Mario Castillo Freire 60 (2018):175-177

administrativo como una figura diferenciada del arbitraje común, menos aún de una naturaleza o estructura disímil.

4. Quedan pendientes diversos aspectos que puedan generar una mayor eficiencia en el arbitraje con el Estado, que más allá de las medidas orientadas a fomentar su transparencia, logren también su efectividad, de modo tal que las partes no vean la solución de su conflicto frustrado o, peor aún, que las obligue a seguir enfrentadas luego incluso de haber alcanzado una decisión firme en sede arbitral.

BIBLIOGRAFIA.

- Contraloría General de la República del Perú. Gerencia de Estudios y Gestión Pública Departamento de Estudios, "Estudios sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas 2003 - 2013"
- Guzmán - Barrón Sobrevilla, César Zúñiga Maraví, Rigoberto. Tendencias del Arbitraje en Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos Revista de Arbitraje PUCP 4, Lima (2014).
- Linares Jara, Mario. Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la Integración. Lima, GRIJLEY (2008)
- Paulet Monteagudo, Fabiola (2013). El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Arbitraje PUCP*, (3). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9388>.
- Página web del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, <https://carc.pucp.edu.pe/>
- Página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
- Plataforma Digital Única del Estado Peruano, <https://www.gob.pe/>
- Portal CONOSCE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, <https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/>
- Rubio Salcedo, César. Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal, Lima, Gaceta Jurídica (2013)
- Vidal Ramos, Roger. "Ejecución de laudos y terceros", Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental, Biblioteca del Arbitraje Estudio Mario Castillo Freire 60, Lima (2018)
- Villanueva Núñez, Ludovina. Limitaciones en las Facultades de los árbitros, Biblioteca del Arbitraje Estudio Mario Castillo Freire 57, Lima (2018)

Normas Legales

- Decreto Legislativo N°1017 modificado por la Ley N°29873 - Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley N°26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Decreto Supremo N°082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Opinión N°001-2020/DTN de la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Opinión N°065-2019/DTN de la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.