

Propuesta para el uso exclusivo del arbitraje institucional en la Contratación Pública en el Perú

Proposal for the exclusive use of institutional arbitration in the public procurement in Perú

ROMERO MENDOZA, Joel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El arbitraje en el Perú. III. La obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública. IV. El arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional. V. Ventajas de la utilización exclusiva del arbitraje institucional en la contratación pública. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo de investigación busca brindar algunos alcances respecto al arbitraje en el Perú, así como su obligatoriedad en la contratación pública, proponiendo el uso exclusivo del arbitraje institucional en las controversias derivadas de dicha contratación que a nuestro parecer podría garantizar la transparencia del arbitraje en las contrataciones del Estado.

(*) Abogado y Maestro en Ciencias con Mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca, Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Norte de Trujillo, Docente de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Palabras clave: El arbitraje en el Perú, el arbitraje institucional, el arbitraje ad hoc, la contratación pública.

Abstract: *This research work seeks to provide some scope regarding arbitration in Peru, as well as its obligation in public procurement, proposing the exclusive use of institutional arbitration in disputes arising from such contracting, which in our opinion could guarantee the transparency of arbitration in State procurement.*

Key words: Arbitration in Peru, institutional arbitration, *ad hoc* arbitration, public procurement.

I. Introducción

El arbitraje en las contrataciones del Estado por su propia naturaleza es distinto al arbitraje privado, por cuanto en el primero se garantiza la transparencia y en el segundo la confidencialidad.

En el Perú la contratación pública se ejecuta obligatoriamente por contrata y licitación pública por disposición del artículo 76 de la Constitución Política vigente, el cual prescribe que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público, estableciéndose en la ley el procedimiento, las excepciones, y las responsabilidades respectivas.

Por otro lado, las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades públicas para llevar a cabo sus diferentes contrataciones se encuentran en la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225), y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, cuyas normas están orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten, buscando promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que las contrataciones públicas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, conforme lo prescribe el artículo 1 de dicha ley.

La contratación pública en nuestro país tiene una regulación especial que a nuestro parecer se justifica por sus características especiales y los intereses que protege, siendo importante que se garantice la transparencia y eficiencia en el uso de los recursos públicos. Asimismo

debe entenderse que dicha regulación no perjudica a los proveedores al no existir una obligación para contratar con el Estado, y en el caso de aquellos proveedores interesados en participar en los diferentes procedimientos de selección que se convoquen, éstos deben cumplir con las condiciones establecidas en la ley.

Ahora bien, en caso surjan controversias en las contrataciones del Estado, en la vigente Ley de Contrataciones del Estado se ha establecido la utilización del arbitraje, pudiendo acudir al arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*.

Como expondremos a continuación en el marco de la contratación pública el arbitraje institucional ofrece mejores ventajas que el arbitraje *ad hoc*, por lo que proponemos su uso exclusivo, a fin de buscar una mayor transparencia en el arbitraje.

II. El arbitraje en el Perú

El arbitraje es una institución jurídica por medio de la cual dos o más personas acuerdan voluntariamente que uno o más terceros resuelvan una controversia surgida entre ellos, de acuerdo a las condiciones y formalidades establecidas en la ley.

El arbitraje constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surgen de una relación contractual, y tiene jurisdicción independiente, tal como lo establece el artículo 62; y numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, respectivamente.

En nuestro país se tiene un reconocimiento constitucional y legal del arbitraje, y a continuación conoceremos qué constituciones y normas legales han regulado el arbitraje.

Retamozo (2016), señala que en la Constitución Política de 1839 por primera vez se hace referencia al arbitraje en el artículo 164 que prescribe que ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

Las Constituciones Políticas del Perú de 1979 y 1993 también hacen referencia al arbitraje. En el artículo 139 de la Constitución

Política de 1993, se señala como principio de la administración de justicia que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Por otro lado, el artículo 62 de dicha Constitución prescribe que los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o judicial según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

A nivel normativo, Retamozo (2016), señala:

La primera norma, distinta de las vinculadas a la heredad española, que trata sobre el arbitraje es el Código de Procedimientos judiciales del Estado Norperuano –Código de Santa Cruz– de 1836, el que regulaba el arbitraje entre los numerales 28 al 47, y que recogía mucho de la legislación hispana. (p. 366)

El arbitraje fue regulado en el Código de Enjuiciamiento Civil de 1852; el Código de Procedimientos Civiles de 1912; el Código Civil de 1984; y el Código Procesal Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 768.

Posteriormente mediante el Decreto Legislativo N.º 25935 se promulgó la Ley General de Arbitraje, que fue derogada por la Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje, que a su vez fue derogada por el Decreto Legislativo N.º 1071 que norma actualmente el arbitraje.

El Decreto Legislativo N.º 1071 regula el arbitraje que tiene como ámbito de aplicación a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional. Por su parte el artículo 2 de dicho Decreto prescribe que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen; y cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, además se precisa que esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

III. La obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública

En el Perú el arbitraje como medio de solución de controversias surgidas en la contratación pública fue incorporado por primera vez en la derogada Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de agosto de 1997, y vigente a partir del año 1998, la cual establecía en el inciso b) de su artículo 41 que las contrataciones de bienes, servicios y obras incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a la solución de controversias, indicándose que las discrepancias surgidas entre las partes respecto a la ejecución o interpretación del contrato serán definidas mediante el arbitraje. (Diario Oficial El Peruano).

Posteriormente el uso del arbitraje en las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras a través de los diferentes procedimientos de selección se ha mantenido en las distintas leyes de contrataciones del Estado y sus respectivos reglamentos hasta la ley de contrataciones del Estado y su reglamento vigentes. Por tanto, la regulación del arbitraje se ha mantenido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM; Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017; y la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, actualmente vigente.

Si bien es cierto el arbitraje en las contrataciones públicas contribuye a solucionar las controversias surgidas en los contratos en menos tiempo que en el Poder Judicial, se debe implementar los mecanismos necesarios y suficientes para que los arbitrajes tengan la publicidad y transparencia que garantice su eficacia, tales como conocer la especialidad, trayectoria e idoneidad de los árbitros, implementar procedimientos de supervisión de los arbitrajes, uniformizar las tarifas por el servicio de arbitraje ya sea gastos administrativos u honorarios de los árbitros, entre otros.

Guzmán-Barrón, C., y Zúñiga R. (2015), señalan:

(...) uno de los problemas que ha enfrentado el arbitraje en contratación pública, por el gran crecimiento que ya hemos mencionado, es que se ha cuestionado su idoneidad por ser poco

transparente y hasta en algunos casos se le han atribuido casos de corrupción que es practicada por algunos malos árbitros y algunas malas partes, justamente por la nula supervisión que posee el arbitraje hasta la emisión del laudo. (p. 239).

La transparencia en la Contratación pública se hace necesaria a fin de generar confianza en la población y buscar seguridad jurídica.

Por disposición del numeral 32.3 del artículo 32 de la Ley 30225, modificado por Decreto Legislativo N.º 1341, los contratos regulados por dicha ley incluyen necesariamente y bajo responsabilidad, entre otras cláusulas la de solución de controversias, conforme a lo previsto en su reglamento.

Por otro lado en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341; así como en el numeral 182.1 del artículo 182 del Reglamento de dicha Ley, se establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes, estableciéndose en el referido reglamento los casos en los cuales se puede recurrir al arbitraje *Ad Hoc*. Asimismo, se precisa que las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

En el caso del arbitraje se ha dado prioridad al arbitraje institucional, sin embargo se puede recurrir al arbitraje *ad hoc* en los casos establecidos en el actual reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Así tenemos que en el numeral 184.3 del artículo 184 del citado reglamento se establece que las partes pueden recurrir al arbitraje *ad hoc* solo cuando las controversias deriven de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, cuyo monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT.

Respecto a la excepcionalidad del arbitraje *ad hoc* establecida en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, Pinedo, M. señala: “(...) Regulación con la cual discrepamos pues se restringe la capacidad de decisión de las partes respecto al tipo de arbitraje que pueden elegir.” (p. 75).

Nosotros consideramos que la regulación del arbitraje en la contratación pública en el caso de alguna controversia surgida entre las partes respecto al contrato se justifica, ya que debe garantizarse su solución de la manera más rápida y eficiente, sin embargo debería establecerse el uso exclusivo del arbitraje institucional dejando de lado el arbitraje *ad hoc*.

En cuanto a la restricción de la capacidad de las partes para elegir el tipo de arbitraje, pensamos que priorizando el interés público es razonable establecer restricciones sobre el uso de un determinado tipo de arbitraje ya que debemos tener en cuenta que ningún contratista se encuentra en la obligación de contratar con el Estado, por lo que se puede establecer condiciones para las contrataciones que realice al tratarse del uso de recursos públicos.

IV. El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional

El arbitraje en la contratación pública se encuentra regulado actualmente en la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, en donde se establece la posibilidad de acudir al arbitraje *ad hoc* o arbitraje Institucional, teniendo en cuenta las reglas previstas para cada tipo de arbitraje.

Retamozo (2016), señala:

Si la esencia del arbitraje es la libertad que se concede a las partes para resolver sus controversias al amparo de la decisión de un tercero ajeno al órgano jurisdiccional, estos en ejercicio de dicha autonomía pueden decidir acudir a un particular, o a una institución para que resuelva la controversia suscitada en la ejecución del contrato, decisión que queda plasmada en el convenio arbitral. (p. 413)

Dado el interés público por el uso de recursos del Estado, se hace necesario que se fomente el arbitraje institucional para evitar casos de corrupción y generar confianza en la población, buscando una mayor transparencia de los arbitrajes en la contratación pública.

El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje Institucional se diferencian teniendo en cuenta su organización y administración.

El arbitraje institucional es aquel en donde existe una institución arbitral permanente que organiza y administra el arbitraje, según su propia reglamentación, con un tarifario de honorarios y gastos arbitrales, un registro de árbitros previamente seleccionados, una infraestructura, entre otras condiciones que favorecen el desarrollo del arbitraje.

La organización y condiciones con las que cuenta un arbitraje institucional ofrecen una mayor transparencia respecto al arbitraje *ad hoc*, por su organización y por conocerse con anterioridad a los árbitros, los costos administrativos, entre otras condiciones.

Guzmán-Barrón, C, Zúñiga, R. y Seminario, C. (2016), sostienen: “(...) el arbitraje institucional tiende mucho más a la transparencia que el *ad hoc*, básicamente por que posee reglas preexistentes a la controversia y es ejercido por instituciones con permanencia en el tiempo que supervisan el desarrollo de las actuaciones arbitrales.” (p. 111)

En cuanto al arbitraje *ad hoc*, también conocido en la doctrina como arbitraje no administrado, es aquel en donde las partes deciden encargar la organización y administración del arbitraje a un tribunal arbitral, conforme a las normas del mismo o acordadas por las partes.

Nosotros consideramos que en el caso del arbitraje *ad hoc* no existe un adecuado control, existiendo mayor discrecionalidad por parte de los árbitros, lo que hace que dicho arbitraje no cuente con la debida transparencia, que constituye un aspecto fundamental.

Guzmán-Barrón, C., y Zúñiga R. (2015), señalan:

El arbitraje *ad hoc* ha cobrado gran importancia dentro del mercado del arbitraje del Estado, a pesar que es el menos idóneo para salvaguardar una adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado, debido a la vida temporal del Tribunal Arbitral *ad hoc*, y asimismo, al depender de la discrecionalidad de los árbitros y no tener ningún control, es más susceptible de ser usado para llevar a cabo prácticas de corrupción. (p. 239)

Respecto a la conveniencia de la utilización del arbitraje *ad hoc* o arbitraje Institucional en la contratación pública, en la doctrina existen diferentes posiciones. Así tenemos:

Del Aguila, P. (2005), señala sobre las ventajas del arbitraje institucional:

(...) creemos que las ventajas comparativas del arbitraje institucional en todos los aspectos –reglamentario, procedimental, organizativo, administrativo y supervisor–, son superiores al arbitraje *ad hoc*. (...) Igualmente, el papel fundamental de las instituciones arbitrales en la promoción, desarrollo y soporte del arbitraje, sea en los casos concretos que administra o incentivando su uso en el ámbito internacional, es un aspecto propio del arbitraje institucional, que el arbitraje *ad hoc* no tiene ni puede ofrecer. (p. 262).

Por su parte, Amprimo, N., señala respecto a las ventajas que ofrece el arbitraje *Ad Hoc*:

En cuanto a las ventajas que ofrece el arbitraje *ad hoc*, hay que mencionar que, sin lugar a dudas, las principales son: una mejor confidencialidad y una mayor flexibilidad, de forma que se pueda diseñar un procedimiento que resulte más justo para las partes (...) para la plena efectividad del arbitraje *ad hoc* se va a requerir la cooperación de las partes y sus abogados, además del respaldo de un óptimo ordenamiento jurídico en el lugar del arbitraje. (p. 52).

Se debe tener en cuenta que las instituciones arbitrales tienen la facultad de confirmar o no a un árbitro designado por las partes y verificar si cumple con estándares profesionales y éticos según las reglas establecidas por la institución, lo que no pasa en el arbitraje *ad hoc* en donde las partes controlan el ingreso de los árbitros.

Aguilar, A. (2017) señala:

(...) no hay que perder de vista que en un arbitraje *ad hoc* no existe ninguna estructura más allá que el propio tribunal arbitral, mientras que los centros de arbitraje tienen carácter de permanencia en el tiempo y el prestigio de la cámara o gremio que los cobija. (p. 2).

En un estudio sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013, realizado por la Contraloría General de la República, se señala:

Aunque la tendencia mundial es la de recurrir al arbitraje institucional, en nuestro país, de la evaluación de los laudos arbitrales que son objeto de análisis en el presente estudio, se observa una tendencia a elegir el arbitraje *ad hoc*. De los 2 796 procesos arbitrales el 62% se ha realizado bajo el arbitraje *ad hoc*.⁽¹⁾ (p. 99).

Como se ha mencionado anteriormente el arbitraje institucional ofrece mejores ventajas que el arbitraje *ad hoc*, siendo necesario su uso exclusivo, en aras de buscar la transparencia y buen desarrollo de los arbitrajes en las contrataciones públicas.

V. Ventajas de la utilización exclusiva del arbitraje institucional en la contratación pública

Si bien es cierto en el arbitraje institucional y *ad hoc* pueden existir casos de corrupción y falta de transparencia, consideramos que dadas las condiciones que ofrece el primero de los mencionados se justifica su uso exclusivo.

Creemos que para mejorar la eficacia de los arbitrajes en las contrataciones del Estado se debe partir por establecer mecanismos idóneos de selección y autorización de instituciones arbitrales, que cuenten con estándares referidos a selección de árbitros, infraestructura, selección de personal de apoyo, logística, tecnología, etc.

Un aspecto importante de la transparencia en los arbitrajes son los árbitros, por lo que es muy importante un control efectivo de la selección de los mismos, que deben contar con especialización acreditada en contratación pública, experiencia, solvencia moral, que garanticen su imparcialidad.

⁽¹⁾ El estudio realizado por la Contraloría General de la República comprende la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos en el periodo 2003-2013, y que se encuentran registrados y publicados en el portal web del OSCE.

Nosotros consideramos que el arbitraje institucional es el más idóneo para la solución de controversias surgidas entre las partes en el marco de la contratación pública, por los siguientes motivos:

a) *Especialización de la institución arbitral*

Dicha especialización se debe a la realización exclusiva de arbitrajes por parte de una institución arbitral para resolver diferentes controversias entre las partes que acuden a dicha institución.

La prestación permanente del servicio de arbitraje por parte de la institución arbitral garantiza que el mismo se realice sin mayores inconvenientes al contarse con procedimientos y reglas preestablecidas, generando credibilidad en las partes, lo que no ocurre en el arbitraje *ad hoc* en donde los árbitros son los que fijan las reglas en cada arbitraje.

b) *Cuenta con un reglamento de arbitraje*

El reglamento de arbitraje es muy importante en la institución arbitral porque contiene la sede, domicilio, notificaciones, plazos del arbitraje, el procedimiento arbitral, información respecto al tribunal arbitral, información sobre el proceso arbitral, entre otras reglas necesarias para llevar a cabo de la mejor manera el arbitraje.

En el caso del arbitraje *ad hoc* las reglas para la realización del arbitraje las fijan los árbitros cuando se instalan, por lo que consideramos que el arbitraje institucional ofrece mayor transparencia.

c) *Cuenta con una lista de árbitros*

Las instituciones arbitrales cuenta con una lista de árbitros que son seleccionados y las partes pueden conocer su especialización y experiencia en el desarrollo de arbitrajes, a diferencia del arbitraje *ad hoc* en donde son las partes quienes designan a los árbitros de manera discrecional lo que podría fomentar casos de corrupción.

d) *Cuenta con personal de apoyo capacitado*

La institución arbitral tiene personal contratado con la capacitación y experiencia suficiente al trabajar de manera permanente en dicha institución.

Dado que la institución arbitral viene funcionando de manera permanente, si bien es cierto puede haber cambios en su personal por diversos motivos, consideramos que en la mayoría de los casos el personal que viene trabajando en dicha institución es capacitado continuamente, dado el prestigio que buscan mantener las diferentes instituciones arbitrales.

e) *Se cuenta previamente con una tabla de honorarios y gastos de la institución arbitral*

La tabla de honorarios y gastos de la institución arbitral son conocidos antes de iniciarse el arbitraje lo que evita que se impongan los costos del arbitraje, pudiendo las partes hacer una evaluación económica respecto a la conveniencia del arbitraje, así como los beneficios que se busca obtener.

En el caso del arbitraje *ad hoc*, dado que son los propios árbitros quienes fijan los honorarios y gastos arbitrales sin supeditarse a un tarifario, no se conocen de manera anticipada los gastos que las partes deben realizar.

f) *Infraestructura adecuada*

La institución arbitral posee una infraestructura que cuenta con los ambientes necesarios y equipados tecnológicamente para llevar a cabo las audiencias y actuaciones arbitrales.

En el caso del arbitraje *ad hoc* no siempre se puede contar con una buena infraestructura ya que no se cuenta con un domicilio permanente.

VI. Conclusiones

- Se debe implementar los mecanismos idóneos y suficientes para que los arbitrajes tengan transparencia, como conocer la especialidad, trayectoria e idoneidad de los árbitros, la existencia de procedimientos de supervisión de los arbitrajes, uniformizar las tarifas por el servicio de arbitraje que incluye gastos administrativos y honorarios de los árbitros, entre otros, en aras de generar confianza y garantizar la seguridad jurídica.

- El arbitraje institucional es el más idóneo para la solución de controversias surgidas en la contratación pública, por la especialización de la institución arbitral; por tener un reglamento de arbitraje que contiene la sede, domicilio, notificaciones, plazos del arbitraje, el procedimiento arbitral, entre otras reglas necesarias para llevar a cabo de la mejor manera el arbitraje; por contar con una lista de árbitros; contar con personal de apoyo capacitado y con experiencia; por contar con una tabla de honorarios y gastos de la institución arbitral; y por contar con infraestructura adecuada.

VII. Lista de referencias

- AGUILAR, A. (6 de junio de 2017). Aporte y presencia en las contrataciones del Estado. El arbitraje institucional. Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano. (646), 2-3.
- AMPRIMO, N. (2009). Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc. Revista Peruana de Arbitraje. (9), 43-54.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2003-2013). El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013. Recuperado de <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>
- DEL AGUILA, P. (2005). Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿he ahí el dilema? Revista Peruana de Arbitraje. (1) 231-263.
- GUZMÁN-BARRÓN, C, ZÚÑIGA, R. Y SEMINARIO, C. (2016). Ética en el arbitraje de contratación pública: Problemas y soluciones. Revista Arbitraje PUCP. (6), 94-116.
- GUZMÁN-BARRÓN, C., Y ZÚÑIGA, R. (2015). Arbitraje Institucional en la Contratación Pública. Revista Derecho & Sociedad. (44), 237-243.
- Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 03 de agosto de 1997. Diario Oficial El Peruano. Normas Legales. Año XV. N.º 6246. pp. 151521 – 151536. file:///C:/Users/asesoria%20legal/Downloads/NL19970803.pdf

PINEDO, M. (Abril 2017). El nuevo marco normativo a emplearse en la Resolución de conflictos con el Estado. Actualidad Jurídica. (281), 70-77.

RETAMOZO, A. (11 Ed). (2016). Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Derecho Laboral y Procesal Laboral

