



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA

**ANÁLISIS DE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE EN LAS
CONTRATACIONES DEL ESTADO**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Para optar el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa

AUTORES

Alarcón Nuñez, Ghino Paooly (0000-0002-0364-2629)

Bay Julca, Rukmini Amada (0000-0001-8807-0465)

Córdova Rivera, Cinthia Milagros (0000-0001-6831-2295)

León Vigo, Jorge Leonardo (0000-0003-2662-6995)

ASESORA

Zapata Oré, Gracy Marita (0000-0003-1462-9697)

Lima, 09 de junio del 2020

DEDICATORIA

A cada una de nuestras familias, quienes contribuyeron con su invaluable apoyo y motivación para seguir adelante hasta cumplir con el fin trazado.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos en primer lugar a Dios, porque sin él nada de esto pudiera ser posible, asimismo.

A cada uno de nuestros docentes, por las enseñanzas brindadas en cada una de las clases impartidas, que dejan como producto terminado a este grupo de graduados y nos permite convertirnos en profesionales competitivos.

RESUMEN

El presente trabajo titulado análisis de la obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones del Estado, se realizó con la finalidad de indagar acerca de la problemática que genera la obligatoriedad de la figura del arbitraje en las contrataciones públicas, planteando una reforma a la cláusula de solución de controversias y por ende la Ley de Contrataciones del Estado, otorgando otras alternativas a las partes, para la solución de las controversias y no solo limitarla al arbitraje, para ello se contó con la revisión bibliográfica de documentos legales; arribando a la conclusión, que el arbitraje y la corrupción se han relacionado de distintas formas, disputas derivadas de contratos obtenidos mediante corrupción, disputas derivadas de contratos para llevar a cabo prácticas corruptas, y disputas llevadas en un arbitraje corrupto. En ese sentido, se presenta como propuesta la creación de una reforma legal en virtud a modificar el carácter ‘obligatorio’ de la cláusula arbitral, eliminándola, en las contrataciones públicas.

Palabras clave: Estado, Arbitraje, Corrupción, Reforma.

ABSTRACT

The present work entitled analysis the mandatory of arbitration in contracting with the state, was carried out with the resolution to inquire about the problem generated by the obligatory nature of the arbitration figure in public procurement, proposing a reform to the dispute resolution clause and therefore, the State Contracting Law, granting other alternatives to the parties for the solution of the disputes and not only limits it to arbitration, for this there was a literature review of legal documents, reaching the conclusion that, arbitration and Corruption has been related in different ways, disputes arising from contracts affected by corruption, disputes arising from contracts to carry out corrupt practices, and disputes conducted in corrupt arbitration. Likewise, the creation of a legal reform was presented as a proposal by virtue of modifying the 'mandatory' character of the arbitration clause by eliminating it, in public procurement.

Keywords: State, Arbitration, Corruption, Reform.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS.....	II
RESUMEN.....	III
ABSTRACT.....	IV
Introducción.....	1
CAPÍTULO 1: LA PROBLEMÁTICA.....	3
Capitulo 2: Marco Teórico.....	5
2.1. El Estado.....	5
2.1.1. Definición del Estado.....	5
2.1.2. Las funciones del Estado.....	6
2.1.3. Las Contrataciones del Estado.....	6
2.1.3.1. Los contratos públicos o contratos Administrativos.....	6
2.1.3.2. Marco Normativo de las Contrataciones del Estado.....	7
2.1.3.3. Los contratos en la Ley de Contrataciones del Estado.....	9
2.1.3.4. Fases del Proceso de Contratación.....	11
2.1.3.5. La solución de controversias en las Contrataciones del Estado.....	12
2.1.3.5.1. Conciliación.....	12
2.1.3.5.2. Arbitraje.....	12
2.1.3.5.3. Junta de Resolución de Disputas.....	12
2.2. El Arbitraje.....	13
2.2.1. Antecedentes de Arbitraje.....	13
2.2.1.1. Origen y Desarrollo en el tiempo del Arbitraje.....	13
2.2.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje.....	14
2.2.2.1. La Teoría Contractualista.....	16
2.2.2.2. La Teoría Jurisdiccionalista.....	19
2.2.2.3. La Teoría Mixta.....	22
2.2.3. Antecedentes Legislativos del arbitraje en el Perú.....	23
2.2.3.1. El Código de Enjuiciamientos en material Civil (1852).....	23
2.2.3.2. El Código de Procedimientos Civiles (1912). -.....	24

2.2.3.3.	El Código Civil de 1936.....	24
2.2.3.4.	El Código Civil de 1984	24
2.2.3.5.	La Constitución Política de 1993.....	26
2.2.3.6.	El Código Procesal Civil de 1993 y la primera Ley de Arbitraje (D. Ley N° 25935)	26
2.2.3.7.	La actual Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071).....	33
2.2.3.8.	Las modificaciones establecidas por el D. Leg. N° 1231	33
2.2.3.9.	Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225 y su modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1341	34
2.2.3.10.	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Supremo N° 344-2018-EF,	36
2.3.	CORRUPCIÓN.....	39
2.3.1.	Definición	39
2.3.2.	Tipos de Corrupción	39
2.3.2.1.	Corrupción Privada.....	39
2.3.2.2.	Corrupción pública	40
2.3.2.3.	El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013: Estudio de la Contraloría General de la República	40
CAPÍTULO 3: DESARROLLO DEL PROBLEMA		43
3.1.	¿CUÁL ES EL IMPACTO DE LOS RESULTADOS DE LOS ARBITRAJES EN LOS QUE PARTICIPÓ EL ESTADO PERUANO?.....	43
3.2	¿LA CORRUPCIÓN HA DISTORSIONADO EL RESULTADO DE LOS ARBITRAJES EN LOS QUE PARTICIPÓ EL ESTADO PERUANO?	45
3.3	¿EL ORIGEN DEL ARBITRAJE Y SU USO RESPALDAN QUE SEA UN MEDIO IDÓNEO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO?	48
CAPÍTULO 4: PROPUESTA DE SOLUCION.....		53
CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES.....		57
REFERENCIAS		58

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	35
Tabla 2	36
Tabla 3	37

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.....	47
---------------	----

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, hemos sido testigos como el Perú ha ido creciendo económicamente gracias a las inversiones en manufactura, pesca, minería, construcción, industria y a muchas otras actividades económicas, generando de esta manera que el crecimiento del país haya sido relativamente constante, así tenemos un crecimiento ininterrumpido de la economía de 20 años, lo que ha permitido que exista una mayor contribución tributaria y por ende mayores recursos económicos con los cuales el Estado puede desarrollar y ejecutar proyectos de inversión pública en beneficio de la población.

En ese panorama favorable de la economía, el gasto público y sobre todo la ejecución de obras públicas se han incrementado exponencialmente, lo que ha generado que el Estado en sus tres niveles de gobierno, suscriba una inmensidad de contratos con terceros (contratistas) en su mayoría para la ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes, por lo que para regular todo ese proceso de contrataciones públicas y salvaguardar los intereses del Estado, se han promulgado una serie de normas y mecanismos de control como por ejemplo la normativa vigente sobre contrataciones del Estado, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019; y, normativa emitida por la Contraloría General de la República.

No obstante que el sistema de contratación pública ha ido evolucionando en los últimos años para hacerlo más eficaz (ahorrar recursos) y seguro (anticorrupción), lo que aún está pendiente es una reforma de los contratos que suscribe el Estado con los contratistas, específicamente en lo referente a cláusula de solución de controversias.

Pues han pasado más de 22 años desde la promulgación de la Ley N° 26859, a través de la cual, por primera vez se incorporó de manera obligatoria la figura de la conciliación y el arbitraje en las contrataciones con el Estado, en su momento, el legislador entendió que los referidos medios de solución de controversias eran los idóneos para solucionar las mismas por la supuesta celeridad en su procedimiento y con esto entendían que iban a evitar los retrasos y paralizaciones de las obras públicas.

Sin embargo, después de 22 años y una explosión de la figura del arbitraje en el país, en la actualidad los arbitrajes en las contrataciones del Estado están siendo más un problema que un medio de solución de controversias eficaz, ya sea por una mala administración de los contratos o por un abuso de la figura del arbitraje por parte de las empresas contratistas, lo real y cierto es que en los procesos de arbitrajes en contrataciones del estado (como

consecuencia de la obligatoriedad del artículo 45° del TUO de la Ley N° 30225) no está en juego el dinero de alguna de las partes, si no está en juego el dinero de todos los peruanos, por lo que es trascendental que se haga un análisis y una reforma de la referida obligatoriedad de esta figura en las contrataciones públicas.

Por ello, a través del presente trabajo, queremos desarrollar el origen del arbitraje y su naturaleza procesal, además de la problemática que genera la obligatoriedad de dicha figura en las contrataciones públicas.

CAPÍTULO 1: LA PROBLEMÁTICA

El fin supremo del Estado, de acuerdo a lo propuesto en la Constitución Política del Perú, es la defensa de la persona humana, una explicación clara de la influencia que tiene el Estado para lograr la libertad y desarrollo de ésta dentro de un marco de convivencia social. Sumado a ello, es importante entender al Estado como un ente articulado y que tiene distintas áreas de acción, por lo que no debe limitarse el concepto mencionado con anterioridad, siendo que el Estado tiene fines en las áreas de lo económico, en lo social, político, cultural, etc., en aras del bien común e interés general de los peruanos.

Dentro de las diferentes áreas de acción en las que el Estado realiza sus actividades, se determina como fin la ejecución de obras públicas que son de interés general para el desarrollo integral de una sociedad. Para ello, el Estado recurre a contratar con el sector privado (servicios de consultoría y ejecución de obras) con el propósito seguir el camino al desarrollo y satisfacer necesidades básicas de su población.

Este desarrollo de las relaciones contractuales entre el Estado y sus proveedores (sector privado) se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, supervisado por un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones antes mencionadas denominado Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Es así que esta norma especializada regula el desarrollo de las relaciones entre el Estado y los particulares (proveedores), y en el contexto de la producción de conflictos derivados de su relación contractual, contempla, a través, del capítulo de solución de controversias, la obligatoriedad de la imposición de una cláusula de conciliación arbitraje en sus contratos.

La cláusula de conciliación posee como restricciones, la responsabilidad que asumen los funcionarios al suscribir algún acuerdo en este marco (que genera una suerte de temor en el ejercicio de la misma), hecho que conlleva a que el uso de cláusula arbitral sea regla de uso común, para la solución de controversias entre el Estado y particulares en las contrataciones públicas.

En ese escenario, se evidencia, a través, del estudio realizado por la Contraloría General de la República en los años 2003 al 2013, en el cual, se ha analizado los laudos emitidos durante

10 años en materia de contrataciones públicas, sumado a la coyuntura que atraviesa varios países de Latinoamérica, entre ellos el Estado peruano, respecto a hechos de corrupción en materia de contrataciones públicas, las mismas que se encuentran ligadas al arbitraje como medio de solución de controversias, resulta evidente la necesidad, de identificar si este medio de solución de controversias, ha resultado eficaz e idóneo, para la solución de las *Litis* materia de las contrataciones públicas, garantizando la predictibilidad y el acceso a laudos justos, todo ello partiendo a que en el presente año encontramos una brecha en infraestructura de 160, 000 millones, según estimación de la Asociación de Fomento de Infraestructura Nacional.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO

2.1. El Estado

2.1.1. Definición del Estado

Debemos señalar que definir Estado no resulta sencillo, al respecto Hans Kelsen (1995) señala que:

La definición del “Estado” resulta muy difícil, dada la multiplicidad de los objetos que el término comúnmente designa. La palabra es a veces usada en un sentido muy amplio, para designar la “sociedad” como tal, o una forma especial de sociedad. Pero con gran frecuencia el vocablo es también empleado en un sentido mucho más restringido, para designar un determinado órgano de la sociedad – el gobierno, por ejemplo, o los sometidos a éste, la “nación”, o el territorio en que aquellos habitan (Kelsen, 1995, p.215).

El Estado puede ser definido utilizando dos palabras: individuos y sociedad, en donde el Estado tiene su razón de ser siempre que exista un grupo de personas sobre las cuales ejerce autoridad, igualdad, equidad; principios que rigen para todos sin excepción (Camargo , 2005).

Para Rubio Correa “*El Estado es la organización máxima del poder dentro de la sociedad y por ello éste, el poder, es uno de sus elementos esenciales, los otros dos son su pueblo y su territorio*” (Rubio , 2006, p. 46)

En la misma línea Henríquez precisa que el Estado es una institución política formada por tres elementos fundamentales: Pueblo, territorio y poder político. Es el titular de la soberanía y su voluntad se expresa en diferentes órganos de gobierno, dentro de los cuales están los tres clásicos poderes: Legislativo, ejecutivo y judicial. (Franco, 2006, p.221)

De lo que podemos concluir que para que exista Estado, siempre debe existir una población determinada la cual vive en un territorio delimitado y se sujeta a un conjunto de normas e instituciones.

Por otro lado, debemos señalar que el Perú nace como estado independiente recién en el año 1821 y ha ido consolidándose como nación con el pasar de los años. La Constitución Política prescribe “*La República del Perú es democrática, social,*

independiente y soberana, resaltando además que el Estado es único e indivisible, y su gobierno es representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes". (Constitución Política del Perú, 1993, art. 43).

2.1.2. Las funciones del Estado

Para que el Estado pueda cumplir sus fines no solo debe cumplir con las tres funciones clásicas: función ejecutiva, función legislativa y función jurisdiccional, además con la función administrativa también conocida como función pública.

- Función ejecutiva: Implica la dirección de la política general de gobierno. Fija las directrices de orientación política mediante la gestión de asuntos que afectan los intereses vitales de la comunidad, respecto a su seguridad interna, relaciones internacionales y relaciones inter orgánicas (entre poderes). Y se exterioriza a través de actos políticos o actos de gobierno emitidos por los órganos competentes con efectos jurídicos generales.
- Función legislativa: Es la actividad que consiste en la creación, modificación o derogación de normas jurídicas que son imperativas para todos los habitantes. Se exterioriza a través de los actos legislativos dictados dentro de un procedimiento constitucional que producen efectos jurídicos generales y abstractos de carácter imperativo.
- Función judicial: Bajo esta función se intenta resolver de manera definitiva los conflictos de intereses surgidos en una situación jurídica individual o colectiva. O resolver incertidumbres jurídicas. Tiene por característica el uso de la potestad de «coacción»; es decir, la potestad de usar la fuerza para que sus decisiones sean eficaces.
- Función pública: (...) Es la función encaminada a regular la actividad concreta y tutelar del Estado, bajo el orden jurídico. La ley debe ser ejecutada particularizando su aplicación. En sentido moderno el Estado es el promotor del desarrollo económico y social de un país. Al Poder Ejecutivo le corresponde la función Administrativa. (Universidad San Martín de Porras, 2017, p. 22- 24)

2.1.3. Las Contrataciones del Estado

2.1.3.1. Los contratos públicos o contratos Administrativos

El Estado con el fin de satisfacer las necesidades colectivas de la población como la salud, educación, vivienda, etc. se ven en la necesidad de establecer relaciones

contractuales con privados no solo para actividades propias de la gestión administrativa como es la contratación de personal sino también en la adquisición de bienes y servicios, tratando siempre que sean en mejores condiciones de precio y calidad.

Para Tirado: La contratación administrativa no es más que una categoría jurídica en virtud de la cual se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales y que presentan con respecto de los contratos privados, ciertas particularidades por encontrarse sometidas a normas de derecho público, que determinan de manera subyacente su contenido, principalmente, por el ámbito dentro del cual enmarca su actuación la administración pública. (Tirado, 2013, p. 308)

En el mismo sentido, María Diez señala que el contrato administrativo es “(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa. (María, 1979, p. 33)

2.1.3.2. Marco Normativo de las Contrataciones del Estado

a) Constitución Política del Perú. -

Como principal cuerpo normativo debemos señalar a nuestra Constitución Política del Perú, la cual establece los principios y normas básicas de la contratación en nuestro medio, de ello tenemos: el artículo 2, inciso 14, respecto al derecho de la persona a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público; también el artículo 62, que señala el reconocimiento de la libertad de contratar. No podemos dejar de señalar el art 76, que prescribe que, para las adquisiciones de bienes, servicios y suministros, y la contratación de obras por parte de las entidades administrativas, disponiendo que las -entidades estatales están obligadas a sujetarse a los procedimientos administrativos de licitación o concurso público que establezcan las leyes respectivas, con la finalidad de garantizar la correcta utilización de los recursos públicos y permitir la libre concurrencia de postores.

b) Ley de Contrataciones. -

En relación a la norma específica que regula las contrataciones del Estado, se debe señalar que esta norma ha sufrido una serie de modificaciones a lo largo de estos más de 20 años, razón por lo que en el presente trabajo nos referiremos a la vigente, no sin antes señalar como antecedente inmediato el 27 de julio de 1997, fecha en el que se promulgo la Ley N°

26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que tuvo como principal característica el poder unificar en un solo cuerpo normativo todos los procesos de adquisiciones de bienes, servicios y obras de las diversas Entidades Públicas, incluyendo a las empresas del Estado. Dentro de los principales aportes de esta ley son: la creación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones (CONSUCODE), así como del Tribunal Administrativo que resuelve en última instancia administrativa las controversias entre los postores y las entidades convocantes, y lo más resaltante la obligatoriedad del arbitraje como un mecanismo de solución de controversias que surgieran en la adjudicación y celebración del contrato.

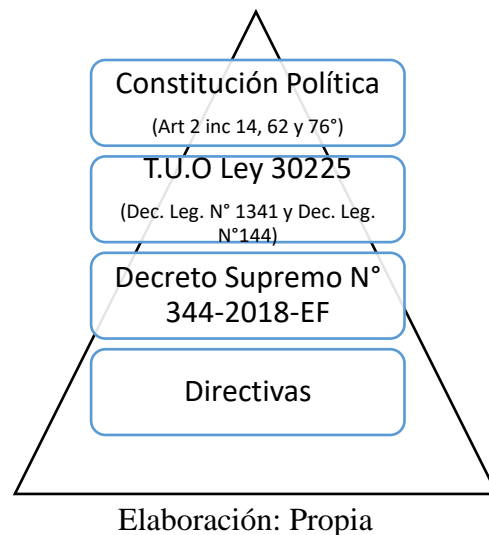
Actualmente, se encuentra vigente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el cual fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo del 2019, que contiene las modificaciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1444 (Vigente desde el 30 de enero del 2019) y las del Vigente desde el 03 de abril de 2017, se ha realizado una serie de modificaciones tanto en el proceso de selección, los actos preparatorios, así como en la ejecución contractual; algunos de los que podemos señalar son: Para la contratación de bienes y ejecución de obras se realizará por licitación pública; y para la contratación de servicios mediante concurso público, eliminando así las modalidades mixtas. Otra de las modificaciones se relaciona con la supervisión de las obras a ejecutar, ya no será necesario concluir con el proceso de contratación del supervisor, sino que el artículo 103 permite designar a un inspector de obra o un equipo de inspectores mientras se realice el proceso de contratación de supervisión. De modo similar en relación al contrato en sí, en el artículo 34 inc 2. El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

c) Reglamento de la Ley de Contrataciones. Mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF se aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, vigente desde el 30 de enero del 2019, que tiene como propósito, garantizar la adecuada implementación de las modificaciones incorporadas al régimen de contratación estatal por el Decreto Legislativo N° 1444.

d) Directivas. - Son las disposiciones específicas respecto al tema que regulan, y que se encuentran en el Portal del OSCE:

1. Directiva N° 004-2020-OSCE/CD Reglamento del régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE
2. Directiva N° 017-2017-OSCE/CD “Procedimientos de inscripción y renovación en la nómina de profesionales aptos para designación residual del OSCE, así como supuestos de suspensión y exclusión”.
3. Directiva N° 016-2017-OSCE/CD “Procedimiento para la instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc”.
4. Directiva N° 019-2016-OSCE/CD "Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE"
5. Directiva N° 019-2012-OSCE/CD - Aprueba el procedimiento de designación residual de árbitros al amparo de la normativa de contrataciones del Estado

Marco normativo de las contrataciones



2.1.3.3. Los contratos en la Ley de Contrataciones del Estado

Conforme a la normativa vigente que regula las contrataciones del Estado, la Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación

pública. Asimismo, señala que la Entidad puede utilizar, según corresponda los siguientes procedimientos de selección:

a) Licitación pública y concurso público

La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras; y, el concurso público para la contratación de servicios. En ambos casos, se aplican a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

b) Adjudicación simplificada

Se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

c) Selección de consultores individuales

Se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales para atender la necesidad, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

d) Comparación de precios

Puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.

e) Subasta inversa electrónica

Se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación.

f) Contrataciones directas

Es uno de los métodos que posee el Estado para contratar bienes, servicios, obras o consultorías de algún proveedor sin pasar por un procedimiento de selección, se da en situaciones especiales previstas en la ley y el reglamento. Y sus etapas son: a) La elaboración del informe técnico y legal de la contratación directa, b) Documento de aprobación de la contratación directa (Resolución del Titular de la entidad o acuerdo de Consejo Regional, municipal o Acuerdo del Directorio. C) Contratación del Proveedor,

2.1.3.4 Fases del Proceso de Contratación

Para que se realice la adquisición de bienes o servicios, es necesario la elaboración de una serie de documentos los que van desde la decisión de adquirir el bien o servicio y concluye con la suscripción del contrato.

Para Jerí (2017), estas contrataciones se analizan de forma conjunta en sus tres etapas, en se sentido la Ley de Contrataciones concierta los actos preparatorios en el presupuesto institucional:

Etapas 1: Actos preparatorios (Plan anual de contrataciones)

Formulación del PAC (Plan Anual De Contrataciones)

Para ello las áreas usuarias deben realizar una planeación estratégica, para determinar los procesos de selección previstos, igualmente los montos estimados y tipos de selección previstos. Se remiten la descripción general de los proyectos a ejecutarse. Se determinan el valor estimado de las contrataciones, así como el costo programado y los costos de consultoría de obras y ejecución de obras, que debe ajustarse al Plan Anual de Contrataciones.

Etapas 2: Procesos de selección

El Procedimiento de selección es una forma administrativa especial conformado por un contiguo de actos administrativos que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual el Estado va a celebrar una transacción o contrato para la contratación de bienes o servicios, consultorías o la ejecución de una obra en sí, estos procesos de selección son la licitación pública, concurso público, adjudicación directa o de menor cuantía de acuerdo con la norma y su reglamento.

Etapa 3: Ejecución contractual

El contrato debe celebrarse por escrito y en el plazo establecido por la norma. El contrato entra en vigor cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento.

2.1.3.5 La solución de controversias en las Contrataciones del Estado

En nuestro país la normativa en materia de Contrataciones del Estado dispone tres mecanismos de solución de controversias derivadas de las ejecuciones de obras públicas, estas son:

2.1.3.5.1 Conciliación

La misma que se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces (T.U.O Ley 30225, 2019, art. 45.12).

2.1.3.5.2 Arbitraje

Es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros (T.U.O Ley 30225, 2019, art. 45.14). El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya (T.U.O Ley 30225, 2019, art. 45.21).

2.1.3.5.3 Junta de Resolución de Disputas

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento de la Ley N° 30225, siendo sus decisiones vinculantes (T.U.O Ley 30225, 2019, art. 45.3).

2.2 El Arbitraje

El arbitraje se ha conceptualizado como la institución jurídica en la cual dos o más personas establecen que al surgir una controversia, existente o futura, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designa voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, a la que el ordenamiento jurídico le ha otorgado carácter de cosa juzgada y título ejecutivo.

En ese sentido, en el ámbito de la contratación pública se creó una regulación especial dado que la decisión de someter las controversias derivadas de la ejecución de los contratos suscritos con el Estado, no es el resultado de la voluntad de las partes, caso contrario resulta por imperio de la ley, que impone que las controversias deben ser resueltas necesariamente mediante conciliación o arbitraje (centrándonos en este segundo)

2.2.1 Antecedentes de Arbitraje

2.2.1.1 Origen y Desarrollo en el tiempo del Arbitraje

El arbitraje no tiene su origen como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado Moderno de Derecho, su origen se remonta con anterioridad a este y constituye en realidad un antecedente al mismo, por lo que el arbitraje es parte de la historia inicial del proceso judicial. A pesar de ello, al haber sido el antecedente fáctico del proceso, hoy es una fórmula procesal artesanal remanente con marcados perfiles, propios en un ámbito específico del Derecho Procesal, pero que se sirve de la Teoría General del Proceso.

La doctrina singular sitúa los orígenes del arbitraje como institución en el derecho romano. Posteriormente se consolida como institución a lo largo de la Edad Media y es reconocida en distintos cuerpos legales como el Fuero Juzgo en 1241 y posteriormente en las Partidas elaboradas durante el reinado de Alfonso X. En 1812, con la promulgación de la Constitución de Cádiz, el arbitraje adquirirá rango constitucional, toda vez que su artículo 280 estableció que «*No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes*» (Merchán Álvarez, 1981, p.38).

Desde fines del siglo XX, luego de la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de su propia justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde jueces particulares, a través de un laudo, resuelven una determinada controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial (Del Águila, 2011).

De este modo, podemos afirmar que el arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de la administración de justicia. La práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera adelantada y obligatoria la decisión, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. Fue con posterioridad, con el perfeccionamiento de la organización de la sociedad, que se permitió a la institución judicial jurisdiccional propiamente dicha, como instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno.

Por tanto, a la luz de lo expuesto, podemos afirmar con plena convicción que el arbitraje no nace propiamente de un contrato o convenio que lo viabilice o que le dé materialidad o le de concreción. Nace, en verdad, del conflicto (y de las legítimas pretensiones de los contendores) y de la necesidad de mantener una solución pacífica a las controversias de los ciudadanos y sus empresas fuera del ámbito judicial ordinario, pero siempre con la tutela y anuencia del Estado de derecho que le otorga su autoridad de cosa juzgada. El convenio arbitral, o el contrato de arbitraje, serán tan sólo una consecuencia de la existencia o previsión del conflicto en las relaciones humanas y sociales de los ciudadanos y sus empresas y de la normatividad prevista o permita por el Estado. Desde ese punto de vista, comparte el mismo origen, racionalidad y finalidad que el proceso judicial jurisdiccional reservado para la actividad jurisdiccional del Estado. Su diferenciación está marcada por la mayor cercanía de las partes al manejo del esquema procesal del arbitraje, su mayor disponibilidad, lo que es aportado por las propias reglas, principios y postulados de la Teoría del Proceso. Y, finalmente, la voluntad consensuada en el querer arbitrar, lo que no existe ni se requiere en el proceso jurisdiccional del Estado, en donde la comparecencia en el proceso sea siempre compulsiva.

2.2.2 Naturaleza Jurídica del Arbitraje

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de un largo debate desde hace mucho. En nuestra opinión, esto se debe, en gran medida, a que se ha abordado la

institución con desconocimiento fundamental de los aspectos básicos que aporta la ciencia del proceso, pasando por alto los necesarios antecedentes de la noble institución arbitral, y sin la literatura adecuada desde el campo del derecho procesal, sobre todo, la Teoría General del Proceso. En suma, se ha abordado al arbitraje desde el arbitraje mismo, o desde su cara contractual, explicando cómo funciona, o cómo debiera de funcionar, sin haberse tomado en cuenta sus orígenes ni sus antecedentes históricos.

Este es un debate que aún no ha concluido ni es pacífico en la doctrina. No obstante, es posible identificar tres teorías relevantes actualmente vigentes: a) la contractualista; b) la jurisdiccionalista; y otra no tan generalizada: c) la mixta o híbrida.

Al respecto, Mallandrich explica que:

La doctrina se ha dividido tradicionalmente entre los partidarios de las llamadas teorías contractualistas y jurisdiccionalistas de la naturaleza jurídica del arbitraje. La teoría contractual del arbitraje es aquella que presta su atención en el elemento iniciador del arbitraje, en el convenio arbitral, que origina y funda el arbitraje. Para este sector doctrinal, en el que se debe destacar a Guasp Fernández, el laudo es la manifestación final del contrato inicial y, por lo tanto, éste comparte la naturaleza contractual. Por su lado, los partidarios de la teoría jurisdiccional, aunque admiten que el convenio arbitral es el acto que da origen al arbitraje, indican que el elemento identificativo del arbitraje es la actividad que en él se desarrolla, que es de tipo jurisdiccional y los efectos que éste produce, que son los propios de una sentencia judicial (2010, p.65).

Por su parte, Merchán (1981), sostiene que se aprecian simultáneamente caracteres diversos: unos propios del Derecho Privado, derivados de su origen contractual (afirmando que el arbitraje surge como consecuencia de un acuerdo de voluntades), otros propios del Derecho procesal, derivados de la existencia de una controversia, de la resolución de la misma por un tercero imparcial, del procedimiento y efectos de la resolución, que recuerdan a los efectos jurisdiccionales. Por ello se formula las siguientes preguntas: ¿Cuáles de esas características son las predominantes?, ¿las jurídico-privadas y entonces lógico será pensar que nos encontramos ante una institución del derecho de obligaciones?, ¿las procesales y entonces nos hallamos

¿fundamentalmente ante una figura jurisdiccional? O ¿existe un equilibrio entre ambas características?

La primera teoría sostiene que el arbitraje es un negocio jurídico, que solo depende de la voluntad de los sujetos, de los negocios jurídicos cuyo contenido sea transaccional. De este modo, es posible consagrar como su base inicial una cláusula arbitral.

La segunda plantea que los árbitros son unos verdaderos jueces, que ahí está el imperio del Estado a través de los particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia y que en esa condición fallan mediante sus laudos. Este es el enfoque jurídico jurisdiccional o procesal.

Y, finalmente, la teoría ecléctica sostiene que la naturaleza del arbitraje reúne las dos características anteriores. Es decir, que el arbitraje nace del conflicto, se perfecciona por la voluntad de las partes, tiene una regulación jurídica procesal reconocida por el Estado en cuanto su inicio y realidad general, la incompetencia del Poder Judicial y su decisión final (laudo) es reconocida por el Estado con la autoridad de cosa juzgada, impidiendo que el Estado disponga que nadie pueda recontrovertir, de acuerdo a lo pactado en un ulterior proceso jurisdiccional (Jerí, 2017).

2.2.2.1 La Teoría Contractualista

Esta teoría sólo ubica al arbitraje como nacido de una relación contractual. Es decir, nace del pacto arbitral, de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral o, como genéricamente se le denomina ahora, de la Cláusula Arbitral o Convenio Arbitral. Esto supone desechar por completo que el arbitraje esté siempre supervisado por el Estado, y desdeña sus antecedentes o el que su método se asemeje al proceso judicial. De este modo, es una visión tradicionalista del arbitraje que le escinde por completo del proceso judicial como si fuesen realidades diferentes, y hasta opuestas. Esta teoría solo pondera la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje, a despecho de que su realidad, su naturaleza y sus consecuencias (cosa juzgada o res iudicata) son reconocidas por el Estado como una institución de derecho público.

La teoría contractual entiende que el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, tiene un origen y una clara naturaleza contractual (acuerdo de voluntades). Así, el arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato. En otras palabras, el arbitraje es hijo del contrato.

En el Perú, Alfredo Bullard es un claro defensor de esta teoría:

Decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias. (Bullard, 2013, p.61)

En respuesta a esta tesis, Cantuarias y Repetto sostienen que:

“El principal problema (...) con esta teoría, es que desconoce que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal. En efecto, esta teoría desecha algo trascendental: la necesidad del respaldo del Estado. Si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato. Es más, sin el respaldo del Estado, (...) las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en un laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial cada vez que quisiera paralizar el arbitraje. Basta con ver cómo son los arbitrajes en los países que no siguen los principios de la Ley Modelo UNCITRAL para comprobar la ineficacia del arbitraje. (2014, p.101)

Así pues, según la teoría contractualista —con la que discrepamos—, los orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral, ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje, siendo los mismos un conjunto de actos contractuales privados.

Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes (González de Cossío, 2004.)

Equiparando el arbitraje a un contrato privado, de mera manifestación de voluntad de las partes de la relación jurídica. Consagrando la génesis del arbitraje al contrato compromisorio, con la premisa de que, del mismo modo que las partes pueden

transigir sus controversias, pueden también comprometerlas en un arbitraje, en los supuestos de disposición de sus derechos, obligándose a aceptar la resolución que estos terceros adopten.

La tesis contractualista se sitúa en el ámbito del derecho privado. Por ello, como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, también es privado su función y son de derecho privado las relaciones que se engendran, al igual que el laudo que se dicta. Estas son consecuencias lógicas pues, si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo el interés privado; entonces se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el que de ellos emana (Roca Martínez, 1992, p.41).

Chiovenda, en clara discrepancia con la teoría jurisdiccional, argumentó lo siguiente:

La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc. Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libres a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión se prepara sin uso de poderes jurisdiccionales. (1954, p.91-92).

En suma, esta teoría asume que las partes intervinientes en una determinada relación jurídica deciden, ante la existencia de un conflicto entre las mismas, o en previsión de que se pueda ocasionar un conflicto, que éste será resuelto, no a través del sistema estatal de resolución de controversias, sino mediante la decisión de una o varias personas privadas.

En el arbitraje las partes no solamente son libres para decidir si desean que sus controversias sean resueltas por una o varias personas privadas, sino que esta autonomía de la voluntad es también la base o principio inspirador que va a regir en su configuración. Así, son las partes en una determinada relación jurídica quienes, haciendo uso de esta potestad que les es reconocida de concertar libremente aquellos pactos o acuerdos que estimen convenientes, deciden acudir al arbitraje para que sus controversias sean resueltas por uno o varios terceros. Es decir, para que pueda existir un arbitraje es necesario que las partes lo acuerden expresamente por medio del convenio arbitral (Mallandrich, 2010, p.56).

El convenio arbitral no solamente implica la manifestación de la voluntad de las partes, en el sentido de obligarse a acudir al arbitraje, la ley le vincula otros efectos. Son los denominados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. El efecto positivo se refiere a la ya citada obligación de acudir al arbitraje, pero también la vinculación de las partes al resultado del arbitraje. El efecto negativo se refiere a la exclusión de la jurisdicción de los órganos judiciales para conocer de aquellas controversias que pertenezcan al ámbito material del convenio (Caballol, 1997).

2.2.2.2 La Teoría Jurisdiccionalista

La teoría jurisdiccionalista asume al arbitraje como uno de los tipos de proceso judicial, cuyo esquema, configuración y fórmula vienen dadas por el Estado y están dispuestas por la ley. Desde este punto de vista, el arbitraje sería tan sólo una de las formas que puede adquirir el proceso, otorgándoles mayor libertad e incidencia en la intervención de las partes. Pero es asumido como un proceso creado y supervisado por el Estado. De este modo, sus efectos son garantizados por el Estado (cosa juzgada o res iudicata) y susceptible de control (por la impugnación o la nulidad de laudo) por las cortes de justicia ordinaria del Estado. Así, quienes siguen esta perspectiva invalidan, a su vez, la participación de la autonomía de la voluntad de las partes que se desarrolla al interior.

Según Cantuarias, bajo esta corriente la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional debido a que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica.

Bajo esta concepción, el Estado tiene la función reguladora de los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Esto es así porque asume que la solución de

controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal (Mallandrich, 2010). En ese sentido, Caivano enfatiza que:

No existe razón lógica alguna para considerar que la misma función pueda variar según su naturaleza por el solo hecho de que varíe la calidad de la persona que la lleva a cabo. Ni las diferencias de metodología y de espíritu con que se lleva a cabo el arbitraje, ni la calidad de particular de los árbitros son causales suficientes para considerar diferente la función de fondo respecto de los jueces. Los árbitros revisten la calidad de verdaderos jueces, en tanto su misión es esencialmente igual, emitiendo un laudo que no tiene diferencias sustanciales con la sentencia de un magistrado, al punto de ser consideradas en absoluto pie de igualdad con aquéllas al momento de su ejecución. (2000, p.98)

Según, Vidal Ramírez, manifiesta lo siguiente:

Que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal. Así pues, exponiendo el régimen procesal de la época clásica hace referencia al arbitraje como una función juzgadora, un iudicium, ajena a un imperium magistratual y basa únicamente en el officium de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, en virtud del cual acordaban someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o árbitro (2003, p.10).

Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2015-PHC-TC, Caso Cantuarias, ha sostenido que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto,

sino como una alternativa que lo complementa, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. También ha planteado que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y sobre todo para la resolución de las controversias en la contratación internacional.

8. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio (sic), sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.
9. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el Art. 2º, inc. 24to., lit. a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que el Tribunal

Constitucional efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

Si bien la cita anterior es extensa, nos permite observar cual es la línea de razonamiento del Tribunal Constitucional, y creemos con todo fundamento que para los efectos de este trabajo se justifica consignarla debido a la riqueza conceptual de su contenido, aun cuando no compartamos alguna de sus generalidades, aunque sí la principal conclusión.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República también se ha pronunciado sobre el arbitraje, estableciendo que es una jurisdicción excepcional y auténtica, que goza de independencia e imparcialidad, que le corresponde —de acuerdo al convenio arbitral pactado por las partes— que el conflicto que se le someta a su competencia se resuelva vía arbitral. Todo esto de acuerdo con su interpretación concordada de los incisos 2 y 4 del artículo 139 de la Constitución, recogiendo la previa doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Así, ha señalado que:

El arbitraje es considerado como una jurisdicción excepcional dentro del contexto de la Constitución Política del Estado, y que goza de independencia e imparcialidad en su función, según lo ha considerado el Tribunal Constitucional en el Fund. 9 de la sentencia [...] 6167-2005-PHC/TC; considerando respecto de este extremo, en el Fund. 10, que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre de disposición, y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación nacional o internacional. (Cas. N° 635-2007-Lima)”.

2.2.2.3. La Teoría Mixta

Como punto medio de las dos teorías antes descritas se encuentra la teoría mixta o híbrida, que consiste básicamente en una compatibilización de las teorías antes expuestas, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro, se debe identificar que, sin reconocimiento del Estado, el arbitraje sería de poca utilidad. El arbitraje es pues para esta teoría un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales.

Los aspectos esenciales de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros competentes designados para resolver la controversia) fueron objeto de la crítica. De la misma manera, la postura jurisdiccional parecía incompleta en diferentes aspectos. Por ello se resultaba necesario conciliar aspectos de ambas escuelas. A pesar de ser totalmente opuestas, las teorías jurisdiccional y contractual pudieron ser reconciliadas y así surgió la teoría mixta.

Siendo el resultado de esta postura, que los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sino que la enriquece al convertirla en una institución híbrida (González de Cossío, s/f).

2.2.3 Antecedentes Legislativos del arbitraje en el Perú

La legislación peruana conoció el arbitraje en la antigüedad, con una regulación que carecía del elemento técnico. La forma histórica en que se incorporó en nuestra legislación reflejo la falta de conocimiento de su realidad y naturaleza jurídica, así como la falta de estudio académico para analizarlo y desarrollarlo en el derecho procesal en general. Por ello es necesario revisar el íter legislativo sobre la materia, para ver cómo es que ha sido regulado históricamente desde el nacimiento de la República.

2.2.3.1 El Código de Enjuiciamientos en materia Civil (1852)

El arbitraje en la legislación peruana halla sus inicios en el Código de Enjuiciamientos en materia Civil del Perú de 1852. Norma que fue promulgada en el proceso de codificación en la nueva república durante la presidencia de Don José Rufino Echenique, casi al mismo tiempo que lo fue el Código Civil de 1852. En el código peruano se reconoció al arbitraje en la Sección Primera De la Jurisdicción, Título Primero, De la jurisdicción y sus especies, estableciendo en su artículo 2 que se ejercen además la jurisdicción de las personas que los interesados nombran, de acuerdo a este código, ello con la finalidad de que los árbitros conozcan en algún negocio en específico. Por su parte en el Título Cuarto,

De los Jueces Árbitros, en el punto 57, se señaló que: Se puede decidir a través de jueces árbitros lo correspondiente a las controversias propias de los litigantes que la ley no excluye expresamente.

2.2.3.2 El Código de Procedimientos Civiles (1912). -

Adolece de una regulación del arbitraje adecuada, bajo el epígrafe Juicio Arbitral, contenido en el Título V de su Sección Segunda. Allí se consignaba en su original artículo 548 que «toda controversia, sea o no materia de juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. El número de éstos será siempre impar».

Luego, los artículos 549 a 582 desarrollaron el proceso de formalización judicial forzosa del proceso arbitral cuando éste hubiere sido pactado de antemano y las partes no cumplieran o rehusaran con formalizarlo. Además, se regularon los requisitos de la materia arbitrable, la capacidad para conferir válidamente éste, la imposibilidad del arbitraje de las pretensiones del Estado y demás instituciones de carácter oficial, la formalidad del compromiso arbitral o del compromiso para arbitral, la sede, el carácter de equidad o de derecho, las condiciones para recurrir, las causales de anulación del laudo y la manera de conformación del mismo en defecto de la aceptación de las partes.

Resultando estas reglas aplicables por supletoriedad a todo proceso arbitral instaurado en defecto de norma arbitral expresa y, por vía de conexión, a todo el Corpus Iuris mismo del Código de Procedimientos Civiles de 1912, con las normas del entonces denominado Juicio Ordinario.

2.2.3.3 El Código Civil de 1936

Tras veinticuatro años más tarde entró en vigencia el Código Civil de 1936, que guardó silencio absoluto sobre el arbitraje. En efecto, ninguna de sus estipulaciones de Obligaciones o del Derecho de los Contratos hizo referencia a este instituto, ni en lo procesal ni en lo sustantivo.

2.2.3.4 El Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año, derogando el Código Civil de 1936, presentó a manera de innovación la referencia a la cláusula compromisoria y compromiso arbitral, entre sus artículos 1906 y 1922 —dispuestos en su Título XI de la Sección Segunda, Contratos Nominados, de su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones— y que fueron posteriormente derogados.

Entre los artículos 1909 a 1922 (Capítulo Segundo, Compromiso Arbitral), se regulaba el compromiso arbitral, su naturaleza, definición, solemnidad (por escrito), tanto para casos fuera de proceso, como cuando se hacía dentro del proceso (petición escrita suscrita por ambas partes con firmas legalizadas por el secretario de la causa). Asimismo, su contenido, sanciones en caso de incumplimiento, libertad de los árbitros para fijar las costas, materias no arbitrables (en el caso del Estado y sus bienes, con excepción de las empresas de derecho público o estatales o de economía mixta, en cuyo caso el compromiso arbitral debía ser previamente aprobado por Resolución Suprema), la regulación del arbitraje de derecho o el de conciencia (presumiéndose a falta de acuerdo expreso en contrario, que el arbitraje debía de ser de derecho), la obligatoriedad de designar árbitros letrados reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico peruano, necesariamente abogados. Esto último se exceptuaba en el caso de los árbitros de conciencia o equidad (que el Código denomina impropia, con evidente confusión, “amigable componedor”), en que la designación podía recaer en personas naturales nacionales o extranjeras mayores de 25 años con pleno ejercicio de sus derechos civiles. En cualquier caso, el número debía ser impar. Además, se regularon los impedimentos para ser árbitro, el funcionamiento del tribunal arbitral colegiado, las obligaciones y deberes básicos de los árbitros y las causales de extinción del compromiso arbitral.

Por otro lado, nos llama la atención que sea el Código Civil el que cree una supuesta nueva figura de excepción procesal —en este caso, fue llamada excepción de arbitraje—, que es de aplicación en un proceso judicial y que no guarda relación técnica con las excepciones materia de un proceso judicial. De acuerdo a esta normativa, la existencia de una cláusula arbitral, determinando una posible incompetencia material de la autoridad judicial ordinaria, que deberá ceder paso a la autoridad arbitral nominada por la voluntad de las partes que, con la expresa autorización legal, determina legítimamente que la controversia sea definitivamente resuelta por un Tribunal Arbitral, colegiado o unipersonal.

Ello evidenció la incapacidad material de los órganos jurisdiccionales, para dirimir válidamente controversias, en contravención a lo pactado de modo previo para que sea un tribunal arbitral el que, conforme al mismo pacto, se instale, resuelva la misma mediante un laudo, de modo definitivo y definitorio, con calidad de cosa juzgada (*res iudicata*).

Por tanto, el legislador creó una nueva excepción para el proceso judicial pese a estar legislado en el Código Civil, y como resultado evidenciando la insatisfacción de los administrados respecto a la administración de justicia.

Como ya mencionamos, la excepción de arbitraje no es más que una variante de la excepción de incompetencia absoluta por razón de la materia, de modo que bastaría que la norma pertinente regulase que la existencia de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral (hoy convenio arbitral) da lugar a la excepción de incompetencia por razón de la materia, producto de la insatisfacción de las partes por acudir a la vía jurisdiccional.

2.2.3.5 La Constitución Política de 1993

La Constitución de 1993, que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993, manteniéndose hasta la fecha con algunas reformas constitucionales. Esta Constitución se refiere al arbitraje en su artículo 139, inciso 1 (Capítulo VII, Poder Judicial). Al igual que su antecesora, se denomina Jurisdicción arbitral, como jurisdicción independiente, de excepción, al igual que la Justicia Militar. Como aquella fuera del control judicial de los Tribunales Ordinarios. Como ya hemos precisado en la Constitución de 1979, adolece del elemento técnico.

No discutimos la importancia del Arbitraje como tal, pese a los cuestionamientos y colapso de los sistemas de administración de justicia en la sociedad contemporánea. Lo que criticamos es haber pretendido que no forme parte del proceso judicial jurisdiccional, debido al manejo y presencia de las partes sobre su proceso, por la mayor confianza y certeza en la labor de los árbitros y, en suma, por ser un proceso especializado generado, creado y fraccionado por las partes antes que el proceso judicial ordinario que en forma seriada ofrece el Estado hoy, no siempre con la bondad y resultados que la sociedad espera para la consecución de la ansiada paz social que tanto reclamó Couture (Quiroga, 1986, p.243 y ss.), más allá de la mera satisfacción de las partes interesadas en la composición del litigio o controversia.

2.2.3.6 El Código Procesal Civil de 1993 y la primera Ley de Arbitraje (D. Ley N° 25935)

Casi al mismo tiempo de que entrara en vigencia el Código Procesal Civil de 1993, durante el Gobierno de Alberto Fujimori, mediante Decreto Ley N° 25935 se reemplazó todo el Libro II del no nato Código Procesal Civil de 1993. Este decreto ley fue denominado Ley General de Arbitraje —con una regulación bastante más completa e integral que la regulación originalmente prevista en el Libro II del

Código Procesal Civil de 1993—, y definió al Convenio Arbitral como un contrato previo y solemne (artículos 4 a 15). De este modo, dicha regulación superó y suprimió para siempre de nuestra legislación la antigua y clásica dicotomía entre Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral que, en verdad, poca aplicación y utilidad tuvo en el tiempo de su vigencia de poco menos de nueve años.

Sus características más saltantes fueron las siguientes:

- a) La definición del Convenio Arbitral como un contrato previo, solemne (artículos 4 a 15);
- b) La determinación de que la integración o formalización judicial del arbitraje, y sus reglas, sobre la base de un Convenio Arbitral no honrado por las partes, debe hacerla el Juez Civil señalado por las partes, o el del lugar en donde éste deberá realizarse, o del lugar de celebración del Convenio, o el del lugar del domicilio del demandado, o de cualquiera de ellos si fueran varios,
- c) La presunción de que, en defecto de pacto expreso, el Arbitraje deberá ser de derecho;
- d) En cuanto a los Árbitros (artículos 16 a 25), se establece que, en el caso de los Arbitrajes de Derecho, éstos deberán llevarse a cabo por árbitros letrados conforme a las leyes peruanas, debidamente Colegiados (Defensa Cautiva);
- e) La prohibición de deferir a una sola de las partes la designación de la totalidad de los Árbitros;
- f) En cuanto al Proceso Arbitral en sí mismo (artículos 26 a 34), se estableció la libertad de las formas;
- g) La posibilidad del Arbitraje Administrado, a cargo de instituciones especializadas para el efecto, frente al Arbitraje de partes;
- h) La posibilidad de que el Proceso Arbitral concluya por Conciliación, Transacción, Suspensión del Proceso Arbitral, Renuncia al Proceso Arbitral y Desistimiento del Proceso Arbitral (artículos 35 a 37);
- i) Competencia de los Árbitros y su sistema de votación en el caso de los Tribunales Arbitrales Colegiados;
- j) Las características del Laudo (artículos 42 a 51);
- k) Los recursos apelación, cuando su procedencia haya sido pactada (artículos 52 a 54), sea ante una segunda instancia judicial, sea ante una segunda instancia arbitral expresamente pactada;

- l) El recurso de anulación de Laudo (artículos 55 y 56), en las causales numerus clausus allí expresamente previstas;
- m) Las medidas Cautelares y de Ejecución del laudo (artículos 73 a 80);
- n) El Arbitraje Internacional (artículos 81 a 107), su definición y características
- La Ley N° 26572, del 5 de enero de 1996, también denominada Ley de Arbitraje, fue dada en el intento de reconstitucionalización del segundo mandato de Alberto Fujimori y cuando ya estaba en vigencia la actual Constitución de 1993. Esta norma reguló nuevamente por completo todo el proceso arbitral, estableciendo la posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos, para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas. ¿Por qué ocurrió esto? Lo que siempre se ha sostenido es que ha habido hasta dos grupos de arbitrativistas de ideología diferente en cuanto a esta institución. Cuando uno de ellos ha estado cerca del poder de turno (por ejemplo, en la época dictatorial de Alberto Fujimori luego del Golpe de Estado de 1992 se dio lugar a un tipo de normatividad). La segunda Ley de Arbitraje estableció disposiciones generales en sus ocho primeros artículos, resaltando lo siguiente:
- a) La posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos, para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas;
- b) La regulación del Arbitraje del Estado, con un cambio cualitativo a toda regulación pasada (e.g. la regulación del Arbitraje en el Código Civil de 1984), sin necesidad de autorización previa especial, entendiendo como Estado al Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales (Municipalidades). Se estableció que las Empresas estatales de derecho privado o de economía mixta podían acordar libremente, sin necesidad de autorización previa, someterse a Arbitraje Nacional, con relación a los contratos celebrados con nacionales y extranjeros.
- c) Se invirtió la presunción, en el sentido de que, a falta de pacto expreso, el Arbitraje debía ser de conciencia o equidad, a menos que expresamente se hubiera pactado el Arbitraje de Derecho. Y aun en este último caso, cuando el arbitraje versase sobre asuntos de carácter comercial, los Árbitros debían tomar en cuenta los usos mercantiles aplicables a cada caso;

- d) Se excluyó, a falta de pacto expreso, la intervención del Poder Judicial, sometiéndose de modo exclusivo y excluyente a la denominada Jurisdicción Arbitral;
- e) Se reguló el Arbitraje administrado a cargo de una Institución Arbitral, la que necesariamente debía instituirse como Persona Jurídica, dándose a la misma la facultad de nombrar Árbitros, el procedimiento y demás reglas con las que administrará el Arbitraje, de conformidad con su Reglamento Arbitral;
- f) Se abandonó definitivamente la diferenciación, clasificación y distinción de Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral, para resumirse en un solo concepto: Convenio Arbitral, que resultó así regulado en los artículos 9 a 17. De este modo, la definición legal del convenio arbitral era la siguiente: “Artículo 9.- Definición de convenio arbitral. - El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial”. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada. Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán en favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con este último.
- g) La solemnidad escrita del convenio arbitral se flexibilizó, ya que se señaló que por forma escrita no sólo se entendería cuando éste se celebrase por escrito, sino cuando resultase claro del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia en que inequívocamente se dejase constancia documental de las partes de someterse a arbitraje. Ello era mucho más avanzado, aun cuando la norma señalaba que, a pesar de no haberse

- formalizado el convenio arbitral respectivo, el mismo se entendía perfeccionado cuando una de las partes tomase la iniciativa de iniciar el arbitraje, bajo el conocimiento de uno o más Árbitros, y la otra parte aceptase la misma, sea expresamente, sea tácitamente apersonándose al proceso arbitral sin objetar tal intervención, en una suerte de convalidación tácita retroactiva;
- h) El convenio arbitral podía tomar la forma de cláusula accesoria, o relación jurídica estándar, y era oponible y exigible, siempre que hubiera sido conocida o hubiera podido ser conocida por la otra usando la diligencia ordinaria, fuese en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión. También se reconoció el arbitraje estatutario configurado por el convenio arbitral regulado por los Estatutos o normas equivalentes en sociedades civiles o mercantiles cualquiera sea su denominación conforme a ley, asociaciones jurídicas y demás entidades colectivas. Se reguló, asimismo, el denominado arbitraje testamentario cuando así lo hubiese previsto el Testador respecto de cualquier controversia surgida o por surgir entre los herederos testamentarios, o de terceros en relación con los bienes de la herencia;
- i) Se previó la separabilidad del convenio arbitral respecto del Contrato o Convenio que lo contenía, de manera que constituían pactos independientes, donde la inexistencia, anulabilidad, nulidad, resolución, rescisión, etc., de éste, ni afectaba a la existencia, validez o exigibilidad de aquél, inclusive para determinar válidamente las condiciones jurídicas del convenio o contrato que él contenía;
- j) Se insistió nuevamente en el concepto, errado en nuestro criterio, de la denominada excepción de convenio arbitral, de manera tal que el desconocimiento en juicio ordinario de la existencia del convenio arbitral para la solución de la controversia sometida a la justicia ordinaria, daba lugar a la oponibilidad de la excepción de convenio arbitral válida de este medio de defensa. Vencido el plazo previsto para éste, se entendía renunciado el derecho a invocarla, y sin efecto alguno el convenio arbitral;
- k) Era posible la sustracción de la materia sometida al Proceso Judicial cuando las partes celebrasen, en el curso de la misma, un Convenio Arbitral que debía ser respetado por la autoridad judicial haciendo caducar el proceso de que se trate y cediendo paso a la instalación del Tribunal Arbitral de que se trate, bajo las reglas que se pactasen para este efecto;

- l) El Capítulo de Los Árbitros estuvo regulado entre los artículos 18 a 32, siendo lo más destacable el que los Árbitros podían ser personas naturales o personas jurídicas dentro de una plena libertad para el proceso de su nombramiento, siendo en este último caso nombrada a su vez como entidad nominadora, y cuando se trate de Arbitraje de Derecho este debía recaer en Abogados, sea nacionales o extranjeros, sin que estos últimos debieran ser necesariamente Abogados registrados en el territorio nacional;
- m) Se reguló, finalmente, un procedimiento judicial expeditivo para la designación judicial de los Árbitros de la parte renuente a hacerlo, sin que quedase recurso alguno cuando el Juez hubiese nombrado al o a los Árbitros, y sí con efecto suspensivo, cuando lo hubiese negado;
- n) El proceso arbitral se reguló entre los artículos 33 y 40, bajo el principio de que la Libertad de la Regulación del Proceso, bajo el cumplimiento estricto del principio procesal de que a composición de las partes prevalece por sobre la composición judicial, desmitificando el concepto de la irrenunciabilidad o el carácter público de las normas procesales, siendo alternativo el sometiendo a los reglamentos de las entidades autorizadas a llevar el Arbitraje Administrado;
- o) Se establecieron reglas básicas, de funcionamiento supletorio, de la tramitación del Proceso Arbitral. Dentro de esto, una regla esencial era la contenida en el artículo 39, en donde, además de la materia arbitrable que las partes conceden en el Proceso Arbitral, se estableció como norma de orden público la facultad inmanente de que los Árbitros siempre tendrían la potestad de establecer los límites válidos de su propia competencia, incluyendo la posibilidad de determinar en ello la existencia o inexistencia, eficacia o validez del propio Convenio Arbitral. Esta facultad podía exigirse ex officio, pudiendo hacerlo como cuestión previa, o reservarse, por decisión del propio Tribunal Arbitral, a la expedición del Laudo, sin que fuese esta decisión susceptible de recurso alguno;
- p) También se estableció como regla genérica la posibilidad del Tribunal Arbitral de recurrir, aun las partes con autorización de éste, a la autoridad judicial para requerir el auxilio judicial en la actuación de los medios probatorios;
- q) Las demás normas se referían a la posibilidad de conciliar o transigir ante los árbitros, quienes debían ser promotores de estas posibilidades, aun del desistimiento y de la suspensión temporal del proceso arbitral, la competencia

- de los árbitros y las mayorías para laudar válidamente, el laudo arbitral, los costos del arbitraje, los recursos, sea en una segunda instancia arbitral, o ante el Poder Judicial —en la Sala Civil correspondiente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial que corresponda—, cuando ello hubiera sido expresamente autorizado por el Convenio Arbitral o por las reglas pactadas para el mismo, las causales taxativas de anulación del laudo (*numerus clausus*), y la posibilidad restrictiva del Recurso de Casación sólo cuando el laudo hubiera sido anulado en todo o en parte, donde este Recurso Extraordinario de Impugnación se preveía sólo en defensa del proceso y de la institución arbitral;
- r) Se regularon también, entre los artículos 79 a 87, con bastante precisión, las providencias cautelares susceptibles de solicitarse en el Proceso Arbitral, sea en sede judicial, sea en sede arbitral, la ejecución del Laudo y su publicación en diarios o en revistas de la prensa del Laudo a costa del que lo solicite, como sanción moral para la parte que obligó al vencedor a recurrir al Poder Judicial para la ejecución y cumplimiento de lo que hubiera sido así laudado.
- s) También se reguló con profusión y prolijidad el Arbitraje Internacional entre los artículos 88 y 126, con toda una normatividad propia;
- t) Se estableció entre los artículos 127 y 131 las condiciones del Exequatur de los Laudos extranjeros, las condiciones de su reconocimiento y ejecución;
- u) Es interesante destacar, dentro de lo ya señalado en torno al principal objeto de este comentario, que la Primera Disposición Complementaria y Transitoria señalaba que toda referencia legal o convencional a una “cláusula compromisoria” o a un “compromiso arbitral” debía ser reconducida al entendimiento legal de un Convenio Arbitral, en los términos de los supuestos de hecho de esta Ley;
- v) Se estableció también un plazo para la adecuación de los reglamentos arbitrales de las instituciones del Arbitraje Administrado (60 días), y la necesidad de que estas instituciones fuesen siempre —y tuviesen forma de— persona jurídica; y,
- w) Finalmente, se ordenó la creación de Juzgados y Cortes de Justicia de especialidad arbitral para el conocimiento de la designación de los Árbitros en defecto del cumplimiento de la parte renuente, y para el conocimiento de los recursos de apelación, cuando esto haya sido pactado, y para conocer el Recurso de Anulación que esta Ley prevé taxativa y restrictivamente.

Sin embargo, a escasos tres años de vigencia, sin mayor explicación, el Decreto Ley N° 25935 fue íntegramente derogado y sustituido por la Ley N° 26572.

2.2.3.7 La actual Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071)

La actual Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 y vigente desde el 1 de septiembre de 2008, derogó por completo la Ley N° 26572. Esta norma reforzó el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas (Castillo, 2014). Esta es la norma legal que rige hasta la fecha, con algunos cambios menores de último momento, como se explicará más adelante.

Los artículos de esta ley refuerzan la competencia de los árbitros, consagran el recurso de anulación —para evitar el uso de recursos anteriores al laudo, que pretendieran evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros— y buscan restringir la intervención judicial en determinados supuestos para facilitar el desarrollo del arbitraje.

De manera concluyente, se ha señalado que la mayoría de los cambios contenidos en el Decreto Legislativo N° 1071 obedecen al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la exposición de motivos de la Ley, esto estandariza el tratamiento arbitral peruano acercándolo a los estándares internacionales (Castillo, 2014), con el propósito de dotar a las instituciones de mayores instrumentos de control en su conformación, desarrollo y resultados; con la finalidad de procurar evitar su ilegal manipulación o uso indebido en desmedro jurídico y público de la institución arbitral. Dentro de ese péndulo legislativo que tanto caracteriza a la legislación sobre el arbitraje, este Decreto Legislativo ha sufrido algunas modificaciones como a continuación desarrollamos.

2.2.3.8 Las modificaciones establecidas por el D. Leg. N° 1231

La actual Ley de Arbitraje ha sufrido recientemente algunas modificaciones menores a través del Decreto Legislativo N° 1231, publicado el 26 de setiembre de 2015. De este modo, se modificó el artículo 20, referente a la capacidad del árbitro, y el artículo 28, sobre los motivos de abstención y de recusación de éstos. Básicamente, ante la evidencia del ingreso de la corrupción al interior de algunos procesos arbitrales, —su grosera y evidente manipulación a partir de algunas de

sus características (confidencialidad, limitación de control jurisdiccional, etc.) para obtener ilícitos resultados y la utilización de sus postulados limitados y blindados al proceso judicial para facilitar su mal utilización— se ha tratado ahora de reforzar las seguridades para que esto no suceda, básicamente a partir de la mayor responsabilidad personal, legal y hasta penal de los que ejercen la función de árbitros.

No necesariamente esto va a mejorar. Como siempre ocurre con las normas coyunturales, se cae en el riesgo de ir de un extremo al otro, sin lograr una solución eficaz.

De este modo, se incorpora también la posibilidad de inscribir en los Registros Públicos el proceso arbitral y su resultado. Esto permite romper parcialmente la regla de su confidencialidad para evitar que la misma sea mal utilizada, entre otras disposiciones complementarias y finales. Entre estas destaca la regulación de la necesaria publicidad de los laudos arbitrales donde el Estado haya sido parte de un proceso arbitral, flexibilizando la regla general de la confidencialidad inter partes por razones de notorio interés público evitando que esa confidencialidad sea caldo de cultivo de su mal utilización con fines ilícitos en perjuicio del Estado o de terceros.

2.2.3.9 Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225 y su modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1341.

Esta norma que tiene su antecedente legislativo en la Ley N° 26850 Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado, promulgada en julio de 1997 donde se estableció por primera vez la obligatoriedad del arbitraje en las Contrataciones públicas, la mismo que se ha mantenido en el tiempo y que en la actualidad ha establecido en su artículo 45 de la Ley N° 30225 como medios de solución de controversias la ejecución contractual en el ámbito de la contratación del Estado. Esto se antepone a la Ley de Arbitraje cuando se trate de arbitrajes que surjan como consecuencia de una contratación con el Estado, creándose una suerte de bifurcación legislativa y regulatoria del arbitraje en el Perú, por un lado, el arbitraje privado y por otra parte el arbitraje del Estado; esto es, cuando el Estado es parte en virtud de una contratación estatal.

Según (Kundmüller, 2012 p,96) la razón por lo que el arbitraje se hizo obligatorio, se basa: “esencialmente, en la desconfianza y en la estructura de paradigmas de la

gestión y función pública, usando como medio la exacerbación del principio de legalidad y la obligatoriedad impuestas antes que pactada”; sin embargo, hoy en día en un contexto del destape de la corrupción en la ejecución de obras públicas, se hace necesario una reevaluación de todo los procesos incluyendo los arbitrajes, por ello, citando a Hugo Alsina quien al realizar criticas a la institución del arbitraje explica que cada vez se acepta con desconfianza, al considerar un procedimiento artificioso, lleno de sorpresas y peligros para los litigantes, en el que los árbitros en lugar de actuar como jueces imparciales, terminan siendo abogados de la parte que los nombra. (Alsina, 1965.p, 21).

Tabla 1

Incisos del Artículo 45

Nº	INCISO	DESCRIPCIÓN
01	45.1	Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Esta normatividad fue modificada en gran parte por el Decreto Legislativo No. 1341 de fecha 06 de enero del 2017, y que fuera publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día siguiente 07 de enero, por lo que entró en vigor a partir del décimo quinto día posterior a las modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones, según su propia “vacatio legis”, con excepción de sus artículos 2, 9 y literales m) y n) de su artículo 11 que entró en vigencia el 7 de enero de 2017, pero que no son relevantes para este análisis.

En la actualidad, a partir del 12 de marzo del 2019, el Ministerio de Economía y Finanzas, unificó la Ley n° 30225 y el decreto Legislativo No. 1341, en el Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado. El mismo que entró en vigencia el 13 de marzo del mismo año.

Artículo 52. Funciones

(...)

j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un Banco de Laudos Arbitrales de fácil acceso en la que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros.

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios, u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

2.2.3.10 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, publicado el lunes 31 de diciembre de 2018. Esta norma regula entre sus artículos 223 a 252 el Título IX Controversias Durante La Ejecución Contractual de la Ley de Contrataciones del Estado.

Tabla 2

Controversias Durante La Ejecución Contractual de la Ley de Contrataciones del Estado.

Artículo 223. Disposiciones generales		
N°	Inciso	Descripción
01	223.1	Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional.
02	223.2	Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Tabla 3

Junta de Resolución de Disputas

Artículo 243. La Junta de Resolución de Disputas		
N°	Inciso	Descripción
01	243.1	La Junta de Resolución de Disputas promueve que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente las controversias que surjan desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma.
05	243.5	La Junta de Resolución de Disputas puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes. A falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la Junta de Resolución de Disputas se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00) y menor a cuarenta millones con 00/100 Soles (S/ 40 000 000,00).

Existe además diversa doctrina sobre materia de solución de controversias originadas en materia de contratación del estado. En ese sentido, tenemos a:

Paolo Del Águila (2012), sobre el arbitraje como solución de controversias en las contrataciones con el Estado, nos dice que:

“El arbitraje es un medio por el cual los particulares y el Estado deciden resolver sus conflictos legales, a través de especialistas que son designados por las partes. La decisión de estos expertos tiene el mismo valor que una sentencia judicial y es de cumplimiento obligatorio, los empresarios temen acudir al Poder Judicial por la demora que esto significa y porque, a pesar de haber buenos jueces, también hay aquellos que no facilitan la labor empresarial.”

Así tenemos, que el arbitraje institucional constituye un tipo de arbitraje que tiene como característica determinante la participación de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, encargada de la administración y organización del proceso de arbitraje, a través de la aplicación de normas reguladoras que emite la propia institución arbitral.

Debido a la regulación a la que se encuentra sujeto el arbitraje institucional, así como por los aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, consideramos que las instituciones arbitrales están en mejor posición de garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo con neutralidad y mayor seguridad. Esto, a su vez, reduce la posibilidad que puedan configurarse actos de corrupción o colusión, tema particularmente sensible en los arbitrajes en los que participa el Estado, puesto que cada institución arbitral deberá ejecutar también los mecanismos de control necesarios para evitar verse envueltos en situaciones ilegales producidas en los procesos que administran.

Sin embargo, a pesar de que indudablemente el arbitraje del Estado tiene sus propias características, basadas en la naturaleza, elementos, principios e implicancias de la contratación pública, hasta hoy no ha sido materia de cuestionamiento o por lo menos de preocupación, la conveniencia o no de mantener la posibilidad de que el Estado someta sus controversias indistintamente a arbitraje ad hoc o a arbitraje institucional.

Por el contrario, nuestro trabajo pretende proponer que no solo debe de establecerse de manera obligatoria al arbitraje ya sea ad hoc o institucional, si no que debería de crearse un Juzgado Especializado en materia de Contrataciones con el Estado, donde la controversia sea vista en un procedimiento más profundo y con actuaciones judiciales que ayuden a brindar una solución eficaz para ambas partes y en un tiempo razonable, pues el Juzgado Especializado solo verá temas de contrataciones con el Estado.

Adicionalmente a lo expuesto señalamos que los contratos de Asociaciones Público Privadas, regulados por el Texto Único Ordenado del Decreto legislativo N° 1224, artículo 24; así como, los contratos de Obras por Impuestos, regulados por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 29230, artículo 19°, estipulan la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. Sin embargo, se precisa que el presente trabajo de investigación aborda la obligatoriedad del arbitraje solo en los contratos de ejecución de obras en el marco de las Contrataciones del Estado.

2.3 Corrupción

2.3.1. Definición

Este término ha ganado notoriedad debido a los recientes casos de corrupción en varios países de Latinoamérica, sobre todo en nuestro país; sin embargo, su definición resulta tener un grado de ambigüedad dependiendo del contexto en que es utilizado. En primer lugar, la definición etimológica emana del vocablo “corruptio”, que se encuentra conformado por los siguientes elementos: el prefijo “con” “que es sinónimo de “junto”; el verbo “rumpere”, que puede traducirse como “hacer pedazos”; y finalmente el sufijo “-tio”, que es equivalente a “acción y efecto”. La Real Academia Española define corrupción: “En las organizaciones, especialmente las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.

Así mismo, sobre la concepción de corrupción en el ámbito jurídico, Gilli, (2014), señala que:

La corrupción en el plano político, al considerar el uso del poder para beneficio privado o de un grupo o clase connota el quebrantamiento de normas jurídicas. Las posiciones formalistas o legalistas representan una aproximación sociopolítica al fenómeno y por lo tanto el significado del término necesariamente refiere que las conductas corruptas implican violación de preceptos legales (p. 39).

Por otro, en cuanto al ámbito económico, el citado autor, dice:

La corrupción supone una relación donde el poder del dinero influye sobre la administración pública para obtener ciertos favores y los funcionarios públicos, a su vez, incumplen las normas para favorecer a quienes les proporcionan un beneficio económico, aunque las ventajas pueden incluir cualquier forma de gratificación no directamente medible en dinero (p.41).

2.3.2. Tipos de Corrupción

Respecto a tipos de corrupción, de acuerdo con Bobadilla, Carrillo y Zárata (2018), identifican:

2.3.2.1. Corrupción Privada

La corrupción no es exclusiva de la actividad pública, en el ámbito privado es “...concebida como una desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera

conflictos de intereses dentro del sector privado (Carbajo, 2004), aquí como vemos los perjudicados directos son los dueños de la empresa e indirectamente la sociedad en general. Estos conflictos de intereses en el sector privado ponen de manifiesto la fatal atracción del poder económico frente a los tradicionales criterios de honorabilidad en el campo profesional y laboral y frente a la ética de los negocios...” (Carbajo, 2004), toda esta perturbación de valores, sin duda repercute en la sociedad.

2.3.2.2. Corrupción pública

Como hemos visto líneas arriba, la corrupción no es exclusiva de la actividad pública. El fenómeno de corrupción pública se traduce, por tanto, en la interposición de un interés privado sobre el interés público o general (Carbajo, 2004). En una transacción ilegal e inmoral entre quien corrompe y quien se deja corromper. Ahora bien, al hablar de corrupción pública, como lo menciona el profesor Carbajo Chascón: El sustrato fáctico habitual de la corrupción gira en torno a la actividad económica de la Administración: a la atribución de potestades de decisión y de control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos, funcionarios y personal contratado. Pero la corrupción en el sector público surge, como tal, con motivo de las relaciones ilícitas o fraudulentas de esos cargos electos y personal con intereses económicos privados, propios o ajenos, que persiguen la maximización del lucro empresarial y personal a costa de los intereses generales. (Carbajo, 2004). Por ello, es usual que todo concepto de corrupción siempre este dirigido a lo público.

2.3.2.3. El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013: Estudio de la Contraloría General de la República

Con referencia al estudio o análisis de los procesos arbitrales y/o de los laudos emitidos en materia de Contrataciones Públicas, hemos considerado el estudio que realizó la Contraloría General de la República, el cual analiza los laudos emitidos durante un periodo de 10 años, como una importante fuente de información, por lo que lo utilizaremos como parte de nuestro trabajo.

Esta contribución realizada por la Contraloría General de la República, abarca el análisis de los laudos emitidos en el periodo 2003- 2013, siendo el resultado de dicho estudio de manera general el siguiente:

“Del análisis de los 2 796 arbitrajes en los que el Estado ha sido parte durante los 10 años de análisis, tenemos que los agentes privados han pretendido el pago de una suma de S/. 2 307 188 236 en total. En el proceso, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% de los arbitrajes (en 1 969 procesos arbitrales), en cuyos laudos los árbitros dispusieron el pago de S/. 1 128 180 981 a favor de los agentes privados. Este monto corresponde a distintas pretensiones planteadas como el pago por contraprestación, pago de mayores gastos generales, enriquecimiento sin causa, penalidades, indemnizaciones, entre otros.” (Contraloría General de la República, p.8)

Finalmente, el referido estudio en su conclusión número 5 establece: “el monto pretendido o demandado por los agentes privados en los 2 796 arbitrajes registrados para el periodo 2003-2013 asciende a s/. 2 307 188 236 con un monto promedio pretendido por demanda arbitral de s/. 825 175. El estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% de los arbitrajes, ello significa que en 1 969 procesos arbitrales debe pagar por orden de los árbitros a favor de los agentes privados la suma total de s/. 1 128 180 981, monto del cual s/. 122 970 866 corresponde al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, y la diferencia al pago por concepto de pretensiones distintas a esta solicitadas por los contratistas. Solo el 27% de los laudos, es decir 758 arbitrajes, fueron favorables al estado y el 3% restante de los laudos fue concluido por acuerdo conciliatorio o transaccional homologado. En adición a los montos de pago anteriores que debe efectuar el estado, el tribunal arbitral ha dispuesto que las entidades del aparato estatal asuman el pago del 100% de los costos arbitrales en 375 arbitrajes; el 50% de los costos arbitrales en 2 238 arbitrajes. Solo en 125 arbitrajes, que representa el 4%, el estado no ha asumido el pago alguno de los costos

arbitrales. Estos costos están referidos a los honorarios y gastos del o de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral, los honorarios del secretario arbitral, honorarios de los abogados, peritos, entre otros. La decisión del tribunal arbitral al respecto tiene relación directa con los resultados que obtienen las partes en el arbitraje, pudiendo disponer el pago del total de estos o distribuir y prorratear en caso lo estime razonable atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular sobre los costos arbitrales asumidos por el estado, no ha sido posible cuantificarlos debido a que dicha información no se encuentra registrada en los laudos arbitrales.” (Contraloría General de la República, p.127)

CAPÍTULO 3: DESARROLLO DEL PROBLEMA

3.1. ¿Cuál es el impacto de los resultados de los arbitrajes en los que participó el Estado peruano?

Para poder entender y desarrollar el problema encontrado en nuestra investigación, respecto a la ineficacia de la obligatoriedad de la cláusula arbitral en las contrataciones públicas, primero debemos de comprender cuales han sido los efectos e impactos que han generado los arbitrajes donde el estado peruano ha sido parte.

Para ello, debemos de remitirnos principalmente al informe de la Contraloría General de la República denominado “El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013” en adelante El Informe, pues no existe mayor información donde se realice un análisis detallado de los impactos económicos, sociales, políticos, etc. de los laudos arbitrales donde el estado peruano fue parte.

Así, tenemos que, El informe realiza un análisis de los resultados de los procesos arbitrales realizados durante el periodo 2003-2013, si bien no se cuenta con el total de laudos arbitrales emitidos en el referido periodo, la información que ha sido analizada permite tener una idea muy real y cercana de la magnitud e importancia del problema, así como también nos permite tener una visión del desempeño del Estado como parte de los arbitrajes.

Es así que, del análisis de los 2796 arbitrajes en los que el Estado fue parte durante el periodo analizado, se obtuvo que los contratistas privados pretendieron el pago de S/. 2 307 188 236 en total, de los cuales, el Estado obtuvo resultados desfavorables en el 70% de los arbitrajes, es decir perdió en 1969 procesos de los 2796 que le fueron entablados, lo que ocasionó que El estado pagara a favor de los entes privados por las distintas pretensiones (mayores gastos generales, penalidades, indemnizaciones, etc) la suma de S/. 1 128 180 981 soles, monto que constituye un hito de inseguridad jurídica, teniendo en cuenta que no se puede determinar si existió perjuicio dada la naturaleza del proceso arbitral que la vuelven inimpugnable e irrevisable, salvo por vicios en su desarrollo procedimental.

Por el contrario, solo el 27% de los arbitrajes donde el Estado fue llevado a proceso arbitral los pudo ganar, es decir solo obtuvo resultado favorable en 758 procesos de los 2796 y el 3% culminó mediante acuerdo conciliatorio o transacciones.

Los resultados mostrados, ponen en duda que la aplicación del arbitraje sea un medio idóneo para la solución de las controversias en los procesos que es parte el Estado Peruano, sin embargo, este hecho va ligado a factores externos de los procesos arbitrales, que contribuyen a esta situación adversa, como son la deficiente gestión del aparato público especialmente las áreas de logística (área que tiene a su cargo las contrataciones estatales), las mismas que muchas veces carecen de los profesionales idóneos para esta función para cumplir correctamente con sus funciones poniendo en indefensión al Estado.

Otro factor externo preocupante, está relacionado a la defensa legal del Estado en los procesos arbitrales, pues en la mayoría de los casos estos se pierden, pues existe deficiente o nula coordinación interna entre las áreas involucradas de la entidad, lo que genera que no se cuente con una adecuada defensa técnica y legal de los intereses pretendidos, contribuyendo al problema.

Como hemos visto el impacto y la inseguridad jurídica respecto sobre al carácter irrevisable, de los laudos arbitrales, a los que fue sometido el Estado en el periodo 2003-2013 han sido multimillonario, generando la incertidumbre sobre el dinero que pago, si correspondió legalmente pagar esas sumas o si existe una cuantía indeterminada de perjuicio, que afectaría a toda la población en general.

Sin embargo, este problema parece no tener fin, pues actualmente con el destape de la corrupción sobretodo de las constructoras brasileñas y el caso lava jato, el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, elaboró un informe donde determinó que el Estado peruano perdió S/. 669'771,487.49 soles en arbitrajes con las empresas brasileñas inmersas en el caso Lava Jato, es así que, se pudo determinar que el Estado peruano solo pudo obtener S/. 255,240.20 soles de los laudos entablados por las constructoras brasileñas, lo que representa solo el 3.18% del monto total pretendido que ascendía a S/. 8'021,878.94.

Todo lo opuesto ocurre en el caso de las constructoras brasileñas, pues de los S/. 979'339,698.76 millones que pretendieron mediante procesos arbitrales, obtuvieron resultados favorables en el 76.16% de los procesos arbitrales, como vemos, la tendencia en el tiempo y en el desarrollo de procesos arbitrales, siempre va en contra del Estado (gracias al blindaje de los laudos arbitrales), pues a pesar de que se implementan medidas que pretenden minimizar las pérdidas del Estado, la tendencia y las estadísticas demuestran que en los procesos arbitrales son desfavorables al

Estado Peruano, generándose constantemente la incertidumbre jurídica si el contenido del laudo tiene vinculación a la justicia y si el carácter de inimpugnable es la garantía para mantener la incertidumbre respecto al contenido de los laudos, por lo que mantener una obligatoriedad de ir al arbitraje debería ponerse en cuestionamiento.

Ahora bien, la pérdida de los procesos arbitrales no solo han impacto de manera económica para el Estado a través de miles de millones de soles pagados por arbitrajes que salen cada año de las arcas del estado, esto también se traduce en un impacto social grave, pues se deja de ejecutar obras por miles de millones de soles que bien podrían beneficiar a millones de personas que se encuentran actualmente en situación de pobreza y pobreza extrema en nuestro país, así tenemos que la brecha en infraestructura de nuestro país sigue creciendo, pues según el último Ranking de Competitividad Global 2019, nuestro país en el pilar de infraestructura pasó del puesto 85 al puesto 88, retrocediendo tres puestos, lo que demuestra que cada vez la brecha en infraestructura va en aumento, lo que se traduce en una menor calidad de vida sobre todo para la población más pobre de nuestro país.

3.2 ¿La corrupción ha distorsionado el resultado de los arbitrajes en los que participó el estado peruano?

Para poder hablar de distorsión de los arbitrajes a causa de la corrupción, debemos entender el significado esta expresión, consecuentemente en toda tipo de actividad existen los actos de buena y mala fe, los legales e ilegales, los éticos y antiéticos, los debidos e indebidos, los correctos y los injustos, etc y es justamente todos estos actos a los que les denomina actos de corrupción, los mismos que pueden ser corrupción privada y corrupción pública, habláramos solo de ésta última, la misma que nos interesa para el desarrollo del presente trabajo.

En ese orden de ideas, en relación a la corrupción pública el profesor Bustos Gisbert indica:

(...) Al hablar de la corrupción nos estamos refiriendo, fundamentalmente a tres tipos de sujetos capaces de realizar conductas corruptas. Podemos hablar, por una parte, de los funcionarios o servidores públicos y, por la otra, de los políticos electos (directa o indirectamente). Pero, con esta perspectiva el ámbito de sujetos resultaría incompleto. En efecto para que exista corrupción no basta con la predisposición de algunos sujetos a ser corrompidos, sino que suele también ser necesaria la presencia del sujeto corruptor, que,

normalmente, será un sujeto privado que obtiene beneficios de la actividad de los primeros. El corruptor es el sujeto habitualmente olvidado en los estudios sobre la corrupción, pero su presencia resulta condición habitualmente necesaria, aunque no suficiente, para que el fenómeno de la corrupción aparezca (...) (Bustos Gibert , 2004, p.67)

Como vemos, la corrupción pública tiene dos actores principales, los políticos que se encuentran en el poder y los funcionarios públicos designados para manejar el aparato estatal, ambos tienen un importante papel para el problema de la corrupción en nuestro país, pero los primeros son los que más daño hacen, pues éstos camuflados de líderes, buscan únicamente llegar al poder a fin de poder satisfacer sus propios intereses o el interés de algún grupo de poder.

Entonces podemos concluir que la corrupción es una transacción ilegal que al ser dinámica requiere de ambas partes, el que corrompe y el que se deja corromper para poder configurarse, ésta actividad ilícita afecta de manera significativa a las instituciones estatales, generando incalculables pérdidas al estado, tanto en dinero como en sus objetivos institucionales, pues el costo de la corrupción va ligado a la ejecución de obras importantes para el desarrollo de la población, las mismas que se ven vinculadas a contratistas y funcionarios públicos.

Este es un tema de mucha importancia, del cual hasta la fecha el gobierno central no tiene una política clara, para contrarrestarla, pues así tenemos que “En el año 2017, el Estado Peruano ha realizado contrataciones por S/. 36 176.4 millones, mediante 45 764 procedimientos de selección, 109 218 órdenes de compra y 2 542 contrataciones directas” (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado , 2017 p.5), que evidencia cada año está en juego miles de millones de soles de las arcas del estado, y si este no cuenta con una política clara contra la corrupción fortaleciendo a las instituciones encargadas de detectar, prevenir y perseguir este delito, seguiremos en el mismo ciclo de corrupción e incertidumbre.

Ahora bien, como sabemos la corrupción existe en los tres niveles de gobierno, pero para efectos de este trabajo, hablaremos sobre la corrupción del gobierno central, pues es en este nivel de gobierno donde se ejecutan los proyectos de inversión de mayor envergadura, por ejemplo en los últimos años específicamente en los últimos tres gobiernos de turno, se han evidenciado niveles de corrupción a gran escala que no solo

afectó a nuestro país si no a casi toda Latinoamérica, hablamos del caso más emblemático como es el caso Lava Jato y principal actor la empresa Odebrech.

Figura N° 1

Esquema de corrupción de Odebrecht en América Latina



Toda esta red de corrupción de una de las más grandes compañías constructoras de Brasil empezó aproximadamente hace unos cinco años, cuando fiscales brasileños concentraron su investigación sobre una red de corrupción en la petrolera estatal Petrobras, donde funcionarios de esta entidad y del gobierno central solicitaban grandes sumas de dinero a cambio de grandes obras públicas como construcción de refinerías, esta investigación no solo desató una crisis política en Brasil, sino que también, se evidenció que esta red de corrupción había llegado a casi todos los países Latinoamericanos, entre ellos el Perú.

En nuestro país, las estimaciones sobre los sobornos realizada por esta empresa a los últimos gobiernos de turno han sido multimillonarias, a decir del ex congresista Víctor Andrés García Belaúnde, quien fue integrante de la comisión Lava Jato del disuelto congreso, indicó que los resultados obtenidos por dicha comisión estimaron como sobrecostos. “efectivamente por unos quince mil millones de dólares o quizás más, sólo en los tramos 2,3 y 4 de la interoceánica los incrementos de costos estuvieron calculados en 2,843 millones de dólares y en el Gaseoducto del Sur la sobrevaluación llegó a 3,685 millones de dólares lo que hace un total de 6,528 millones”

Con relación al tema de los sobornos, el ex congresista calculó que se pagaron aproximadamente entre 180 y 200 millones de dólares, así tenemos que por ejemplo el expresidente Alejandro Toledo habría recibido unos 35 millones de dólares por las interoceánicas, asimismo, la referida comisión calculó el proyecto de Línea Amarilla una sobrevaloración de 391.4 millones de dólares, el proyecto Chaglla de 607 millones de dólares iniciales terminó con un incremento de costo de 635 millones de dólares, el mismo destino sigue el primer tramo del tren eléctrico el cual terminó con un sobrecosto de 108.9 millones de dólares y el segundo tramo llegó a tener 301.86 millones de sobrecosto, como vemos no existe obra que no tenga sobrecostos y la lista continúa con el análisis de cada gobierno, así tenemos que sólo entre marzo y junio del 2014, el Gobierno de Ollanta Humala otorgó proyectos sobrevalorados por 16,500 millones de dólares en los proyectos Gaseoducto del Sur, la modernización de la refinería de Talara y la línea 2 del metro de Lima, como vemos la corrupción ha sido un problema que se instauró en todos los gobiernos de turno y que a raíz del destape del caso Lava Jato, los responsables se encuentran actualmente enfrentando a la justicia.

Con respecto al tema de la corrupción y a los arbitrajes, hemos visto que en los últimos meses innumerables noticias sobre la corrupción de muchos de los árbitros que fueron designados a los arbitrajes que inició Odebrecht, la cual presentó unos 42 arbitrajes contra diferentes entidades del estado, de los cuales ganó 35 procesos, lo que implicó una pérdida millonaria para el Estado.

3.3 ¿El origen del arbitraje y su uso respaldan que sea un medio idóneo para la solución de controversias en las contrataciones del estado?

Consideramos que el arbitraje tiene una naturaleza clara y eminentemente procesal que necesita ser revestida de poder público estatal. Basados en la historia del proceso, el arbitraje fue el antecedente histórico del proceso jurisdiccional que es parte de los poderes del Estado, y se ha reservado de manera exclusiva y excluyente para sí luego de la consolidación del estado Nación en el Estado democrático de derecho recién desde finales del Siglo XVIII nacido desde mucho tiempo atrás, desde las más antiguas fuentes del derecho.

Fuentes que han sido la base para la elaboración del orden jurídico de diferentes naciones, posterior a ello se creó la búsqueda de fórmulas pacíficas de solución de conflictos (con el árbitro) como una de sus expresiones, sobre todo en la fase de la

extraordinaria cognitivo del Derecho Romano. Hechos que ocurrieron mucho antes del nacimiento del proceso judicial jurisdiccional, como hoy lo conocemos.

Por lo antes expuesto, resulta contradictorio que siendo la esencia del arbitraje su naturaleza procesal jurisdiccional, que en la actualidad el Estado lo considere como una solución a los conflictos de los particulares frente a Él con carácter impositivo por ley, evitando con ello que las partes puedan pactar en contrario, es decir, no tienen opción de acudir al poder judicial.

Siendo que su origen fue estudiado, desarrollado y mejorado, hasta llegar a la fórmula moderna del proceso judicial jurisdiccional a cargo del Estado, el mismo que ha monopolizado la administración de justicia, sobre todo después del nacimiento del Estado como Nación. Para luego pretender darle una utilidad marginal, relegando al arbitraje como un remanente entre los diversos modos de solución pacífica de controversias (como un medio alternativo de solución de conflictos), a pesar que el arbitraje al tener una estructura hetero compositiva (trilateral), se asemeja al proceso judicial jurisdiccional del Estado.

No pretendemos restarle valor al arbitraje como institución, todo lo contrario, creemos que nuestra posición lo enriquece ampliamente y le devuelve su esencia en los procesos en los cuales es parte el Estado, esto se clarifica cuando se analiza y comprende que el nacimiento del proceso y del arbitraje, es uno común, que es el conflicto. Ambos tienen por finalidad darle solución en forma pacífica a un conflicto.

Asumimos como premisa principal del presente trabajo, que el arbitraje responde a una naturaleza procesal, pero en la actualidad se desarrolla y flexibilizada por la voluntad de sus partes bajo la autorización y supervisión de la ley del Estado y de sus órganos jurisdiccionales que actuarán en supletoriedad al arbitraje, conforme a la ley de la materia.

Debemos señalar que, el árbitro o los árbitros, sea que se trate de un arbitraje con Arbitro único o de un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros o más, reciben sus facultades directamente de las partes y por ello en relación a éstas tienen el carácter de jueces (aunque no gozan en su totalidad ni de las prerrogativas ni las prohibiciones de éstos, es precisamente ello lo que los vuelve vulnerables a la corrupción y la vez inimputables en el ejercicio de su cargo.

Por otro lado, (Castillo Freyre, Sabroso, Castro, & Chipana, 2014) al analizar el artículo 63 de la Ley de Arbitraje del Perú señala que un laudo puede ser declarado nulo por las siguientes causales:

El inciso 1, literal a), del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, invalido o ineficaz.

En segundo término, el literal b) del artículo bajo estudio estipula que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, es decir se ha violentado la garantía del debido proceso.

A su turno, el literal c) señala que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo. El oportuno reclamo dentro del mismo proceso arbitral resulta aquí también condición para que esta causal prospere. El efecto de la anulación del laudo por esta causal es obviamente, el que las partes procedan a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral deba reiniciar el arbitraje en el estado en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

El literal d) regula el supuesto de que el tribunal se haya pronunciado sobre materias no sometidas a su decisión, es decir, haber laudado extra petita, y como bien sabemos, los árbitros solo pueden resolver sobre cuestiones que hayan sido pactadas en el convenio arbitral o en acto posterior.

El literal e) indica que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que el tribunal arbitral ha resuelto sobre

materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

De otro lado, el literal f) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley, señala que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

Y, por último, el laudo podrá ser anulado cuando, según lo dispuesto en el literal g) del inciso 1, la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Por ello citando a Roque Caivano podemos señalar que éste recurso no busca “revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia” (Soto, 2017)

Asimismo debemos precisar que los Laudos Arbitrales tienen el carácter de sentencias respecto a su ejecución más no pueden ser cuestionados como cualquier sentencia judicial y su ejecución está ligada a la justicia ordinaria (jueces) ya que los árbitros carecen del *ius imperium* que el Estado a través de la ley les otorga. El procedimiento para su ejecución de Laudos Arbitrales en el Perú está regulado en la Ley General de Arbitraje concordado con el Código Procesal Civil, y respecto a las Contrataciones del estado su obligatoriedad se encuentra contenida en Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, publicado el lunes 31 de diciembre de 2018. Esta norma regula entre sus artículos 223 a 252 el Título IX Controversias Durante La Ejecución Contractual de la Ley de Contrataciones del Estado.

Resulta necesario formular una propuesta que permite fortalecer la solución de controversias, dotándola de seguridad jurídica, transparencia y confiabilidad, reduciendo los riesgos asociados a la corrupción, generando un marco de transparencia y fiscalización, rasgos que forman parte de la administración de justicia Poder Judicial.

Siendo que las controversias tienen repercusiones para las propias entidades del Estado, en la medida que los montos que deben asumir como consecuencia de un

resultado desfavorable, tanto por la pretensión arbitral como por los costos arbitrales, que no se ajusta a derecho, que llevan a una reducción drástica de la capacidad económica del estado, colisionando con el desarrollo.

Es evidente que los espacios grises de nuestro ordenamiento jurídico siempre son aprovechados de manera ilícita por la corrupción, y atendiendo a que los arbitrajes en materia de contratación pública involucran grandes volúmenes del erario nacional, resulta evidente y necesario adoptar medidas destinadas a la intervención del Poder Judicial en la solución de controversias en las contrataciones públicas

En consecuencia, teniendo en cuenta que la Constitución Política del Perú en su artículo 138°, señala: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, con arreglo a la Constitución y a las Leyes.", y en contribución a la lucha contra la corrupción y generar predictibilidad en las resoluciones que se emitan en las controversias de contrataciones públicas, consideramos pertinente que único Poder del Estado que puede suplir estas deficiencias es el Poder Judicial, a través de un órgano judicial especializado.

CAPÍTULO 4: PROPUESTA DE SOLUCION

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo y en base a nuestro análisis, consideramos que la obligatoriedad de la cláusula arbitral en las contrataciones públicas, no ha cumplido con la finalidad para la cual fue creada e instituida en su momento, es así que tomando como base el estudio sobre el arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003 -2013, realizado por la Contraloría General de la República, quedó demostrado que de los 2796 laudos arbitrales en los que participo el Estado peruano, éste obtuvo resultados desfavorables en el 70% de los casos (1969 laudos) mientras que los resultados favorables solo representan un 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma laudos arbitrales por conciliación y homologación de acuerdos transaccionales, debemos resaltar que los 1969 laudos desfavorables no se pudo determinar perjuicio para el Estado Peruano, por la protección con la que cuentan los laudos al ser inimpugnables, hecho que genera una incertidumbre jurídica respecto al uso de los recursos del Estado.

Ahora bien, otro dato relevante que expone el estudio es el referido al pago de los costos arbitrales, en la medida que, de los 2796 arbitrajes analizados se identificó que el Estado peruano, por disposición del tribunal arbitral, asumió el pago del 50% de los costos arbitrales en 2238 procesos, esto es, 80% del total de arbitrajes; siendo que solo en el caso de 125 arbitrajes, que representan el 4% del total, el Estado no asumió el pago de los referidos costos, Sin embargo no fue posible realizar la suma aproximada pagada por el Estado peruano por este concepto, debido a que los costos arbitrales no se consignan en los laudos.

Por lo antes expuesto, se advierte que la problemática incide directamente en la relevancia de la cuantía de los recursos públicos involucrados en los procesos arbitrales, no solo respecto de los montos pretendidos o demandados por los particulares (los cuales generan incertidumbre jurídica al desconocer si están orientados en la justicia), sino también de los montos correspondientes a los costos derivados del proceso, que en la mayoría de casos son asumidos por el Estado, en distintos porcentajes.

Ante ello, y ante la ineficacia del arbitraje como medio de solución de controversias en las contrataciones del estado (al generar incertidumbre jurídica), se propone como solución de propuesta la creación de Juzgados Especializados en materia de

Contrataciones, pues estamos convencidos que un Juez especializado en la materia de contrataciones, tendrá un rol protagónico en el desarrollo de estos procesos, pues tendrá las herramientas necesarias a fin de poder resolver e impartir justicia con arreglo a la Constitución, los Tratados Internacionales y la Ley, así como interpretar y aplicar toda norma jurídica, según los principios constitucionales, los precedentes vinculantes y los preceptos resultantes de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional; así como de la Corte Suprema de la República, lo que actualmente un árbitro no hace.

Asimismo, el proceso tendrá que tener las siguientes etapas:

- 1.- Demanda
- 2.- Contestación
- 3.- Pericia
- 4.- Etapa Probatoria y Juzgamiento
- 5.- Sentencia
- 6.- Apelación
- 7.- Vista de la Causa
- 8.- Sentencia de Segunda Instancia

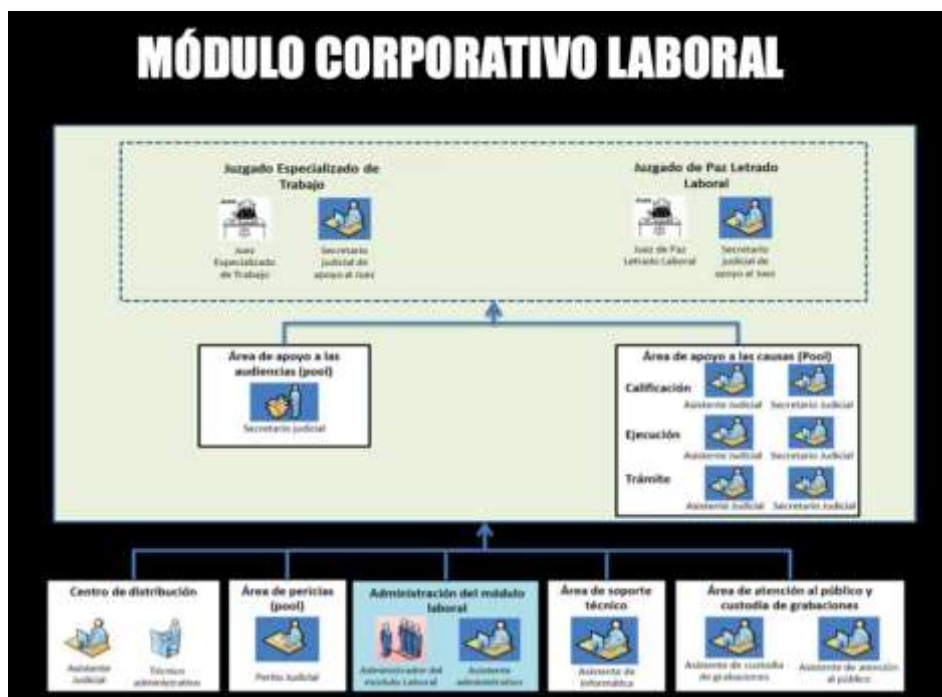
Así mismo, en dicho proceso deberán de estar incluidos los módulos de apoyo del Juzgado, el cual será el encargado de elaborar los dictámenes periciales para lo cual deberá contar con peritos especializados (al realizarse el informe pericial de oficio por el órgano de administración de justicia, este se desempeñará con idoneidad bajo responsabilidad penal, como la de cualquier servidor funcionario público), los cuales deben demostrar un conocimiento pleno, íntegro y extenso sobre los hechos y fundamentos técnicos que sustentan su dictamen pericial, el mismo que deberá contar con:

- a) Exposición del dictamen pericial
- b) Examen o interrogatorio realizado por las partes (este examen tiene como objetivo legitimar al perito y que este ratifique las ideas fuerza o resultados del dictamen pericial) garantizando la suficiencia técnica, de encontrarse incongruencias el juzgado podrá optar por realizar una inspección judicial.
- c) Independencia e imparcialidad de las pericias estará garantizada al otorgarle la calidad de servidor público al perito, es decir encontrándose inmerso en el ejercicio idóneo de su función bajo responsabilidad.

El dictamen pericial es una pieza clave, para concretizar y validar técnicamente el sustento de las pretensiones de las partes inmersas en un proceso con Litis derivado de la ejecución de obras públicas, por lo cual es necesario que el perito forme parte de la administración de justicia para asegurar su solvencia técnica, imparcialidad e independencia, más aún, si esta va ser garantizada en la Audiencia Probatoria, en donde las partes podrán cuestionar su trabajo.

Finalmente, nuestra propuesta ha considerado que la implementación de los Juzgados Especializados en Materia de Contrataciones resulta viable, tomando como referencia el costo que generó la creación e implementación de los Juzgados Laborales en el marco de Ley Procesal del Trabajo – Ley N° 29497. Debiendo señalar que pese a que la Ley N° 29497, fue publicada el 15 de enero del 2012, su implementación se ha dado en forma progresiva y culminaría el año 2021.

Dicha implementación tiene un costo por modulo corporativo laboral de S/. 2, 185, 692.00 (dos millones ciento ochenta y mil seiscientos noventa y dos y 00/100 soles) anual, según la información publicada por el Poder Judicial, y le ingresan un promedio de 5688 casos por año, realizando una equivalencia el costo podría ser semejante a la Implementación de un módulo corporativo especializado en contrataciones del Estado, el cual estaría conformado por el personal que resolvería con Celeridad y justicia (bajo responsabilidad) los casos que se les asigne



Este monto justifica la implementación, al evaluar que el Estado Peruano ha pagado S/. 1 128 180 981.00 (un millón ciento veintiocho millones ciento ochenta mil novecientos ochenta y uno y 00/100 soles), por ejecución de laudos arbitrales y que constituye un hito de inseguridad jurídica, teniendo en cuenta que no se puede determinar si existió perjuicio dada la naturaleza del proceso arbitral inimpugnable e irrevisable, sin sumar los costos arbitrales que no ha sido posible cuantificar por la reserva del caso de los árbitros y la diversidad de entidades.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES

5.1. A lo largo de la presente investigación se ha demostrado que el arbitraje como mecanismos de solución de controversias dentro de las contrataciones públicas, presenta una serie de dificultades que han limitado su eficacia, razón por la cual se requiere de un nuevo método de solución de discrepancias, respecto a esta materia técnica.

5.2. Como resultado de nuestra investigación, proponemos una reforma legal en virtud a modificar el carácter ‘obligatorio’ de la cláusula arbitral eliminándola, en las contrataciones públicas. Esta iniciativa responde a un análisis respecto al origen del Arbitraje como fundamento de un proceso jurisdiccional y su actual eficacia, devolviendo a su esencia la solución de controversias en contrataciones públicas proponemos la creación de Juzgados Especializados en Contrataciones Públicas, somos de la opinión que esta modificación brindaría mayor seguridad jurídica, garantizando la lucha contra la corrupción, transparencia en sus procedimientos, predictibilidad en las resoluciones y fiscalización permanente sobre el aparato resolutivo.

5.3. Nuestra investigación ha determinado que el Arbitraje y la corrupción se han relacionado de distintas formas, disputas derivadas de contratos obtenidos mediante corrupción, disputas derivadas de contratos para llevar a cabo prácticas corruptas, y disputas llevadas en un arbitraje corrupto.

5.4. Asimismo, el estudio de la Contraloría General de la República, establece que del total del monto pretendido por los privados que asciende a S/. 2 307 188 236, el Estado peruano tuvo que desembolsar a favor de estos, la suma de S/. S/. 1 128 180 981 soles, sin embargo, de este monto, no se puede determinar si hubo algún tipo de perjuicio hacia el Estado, sin embargo, lo que sí es real y cierto es que el pago de los costos arbitrales, si le fueron imputados al Estado, así tenemos que de los 2796 arbitrajes analizados se identificó que el Estado peruano, por disposición del tribunal arbitral, asumió el pago del 50% de los costos arbitrales en 2238 procesos, esto es, 80% del total de arbitrajes; siendo que solo en el caso de 125 arbitrajes, que representan el 4% del total, el Estado no asumió el pago de los referidos costos, por lo tanto, podemos concluir que el dinero que se utiliza para pagar gastos arbitrajes donde el estado pierde en su mayoría, éste podría ser utilizado para la creación e implementación de Juzgados Especializados en materia de Contrataciones del Estado.

REFERENCIAS

- Alsina, H. (1965). *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, industrial y financiera.
- Bustos Gibert , R. (2004). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinario*. Salamanca: Ratio Legis .
- Camargo , D. (01 de 01 de 2005). *Funcionarios Públicos: evolución y prospectiva*. B-EUMED. Obtenido de <https://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3200574>.
- Castillo Freyre, M., Sabroso, R., Castro, L., & Chipana, J. (2014). Las causales de anulación del laudo arbitral en la ley de arbitraje del Perú. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 9-20.
- Constitución Política del Perú. (29 de Diciembre de 1993). Congreso Constituyente Democrático. Lima, Perú.
- Contraloría General de la República. (s.f.). *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el período 2000 - 2013*. Lima .
- Correa, M. (2006). *El sistema jurídico*. Lima: Fondo editorial 2006.
- Diez, M. (1979). *Derecho Administrativo* (Vol. Tomo III). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Franco, H. (2006). *Derecho Constitucional Tomo II*. Trujillo: Librería jurídica.
- Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral - IDEA Internacional, 2008 y Asociación Civil Transparencia. (Mayo de 2009). *Congreso de la República*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/\\$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%BAblica.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%BAblica.pdf)
- Jerí, S. (2017). Las contrataciones públicas en las controversias arbitrales. (*Tesis de Maestría*). Universidad Cesar Vallejo, Lima.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (E. G. Máñez, Trad.) México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Kundmüller, F. (2012). Crítica al nudo Georgiano en la nueva causal de anulación de laudos y a las ordalías contra los árbitros, en la competencia arbitral especializada en contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*.
- Mairena, J. A. (2010). *Administración Gubernamental*. Lima: Marketing Consultores S.A.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado . (2017). *Informe Anual de Contrataciones Públicas* .
- Santisteban, R. S. (05 de 11 de 2019). Tía María, los pobladores y las abogadas. *La República*, pág. 1.
- Soto, C. (2017). Recurso de anulación de laudo arbitral., (pág. 69). Lima.
- Universidad San Martín de Porras. (2017). Organización y funcionamiento del Estado. *El Estado*, 35.