

Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)

Arbitraje en contrataciones con el Estado



Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho de la Empresa por la misma casa de estudios. Profesor de Contrataciones con el Estado y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y de Contratos en la Facultad de Derecho de la PUCP y en la Universidad del Pacífico; y docente en la Escuela de Posgrado de la UPC y de la PUCP.

Integrante de la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, entre otras importantes instituciones arbitrales. Ha sido miembro de decenas de tribunales arbitrales sobre contratación con el Estado, y contratación civil y comercial.

Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)

Arbitraje en contrataciones con el Estado



© Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Autores: Luis Juárez Guerra, Roxana Sotomarin, Sheilah Vargas Soto, Roberto Carlos, Benavides Pontex, Luis Enrique Ames Peralta, Daniel Triveño Daza, Lourdes E. Luna Valdez, José Rodrigo Rosales Rodrigo, Alfredo F. Soria Aguilar (coord.), Josefina Salinas, María Hilda Becerra Farfán, Ana Cristina Velásquez De La Cruz, Antonio Corrales Gonzales, José Zegarra Pinto, Leonardo Manuel Chang Valderas, Ricardo Rodríguez Ardiles y José Antonio Sánchez Romero

Edición: Luisa Fernanda Arris

Corrección de estilo: Luigi Battistolo

Diseño de cubierta y diagramación: Dickson Cruz Yactayo

Editado por:

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.

Av. Alonso de Molina 1611, Lima 33 (Perú)

Teléfono: 313-3333

www.upc.edu.pe

Primera edición: agosto de 2024

Versión *e-book*: agosto de 2024

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Biblioteca

Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)

Arbitraje en contrataciones con el Estado

Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2024

ISBN de la versión *e-book* PDF: 978-612-318-526-8

ARBITRAJE, CONTRATOS PÚBLICOS, COMPRAS DEL GOBIERNO, LEGISLACIÓN, PERÚ
347.09 SORI

DOI: <http://dx.doi.org/10.19083/978-612-318-525-1>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-07423

La publicación fue sometida al proceso de arbitraje o revisión de pares antes de su divulgación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial.

El contenido de este libro es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente la opinión de los editores.

Índice

Capítulo 1. ¿Se justifica una Ley de Arbitraje en Contrataciones Públicas? <i>Luis Juárez Guerra</i>	10
Introducción	10
1.1 Estado de la cuestión	11
1.2 Puntuales discrepancias	19
1.3 Entonces, ¿se justifica una Ley de Arbitraje en Contrataciones Públicas?	24
Reflexiones finales	27
Referencias	27

Capítulo 2. La interacción entre el derecho constitucional y el proceso arbitral. <i>Roxana Sotomarinó</i>	30
Introducción	30
2.1 Derecho constitucional y el derecho procesal arbitral	32
2.2 Proceso arbitral en las controversias derivadas de la contratación con el Estado	36
Reflexiones finales	37
Referencias	37

Capítulo 3. Mecanismos de solución de controversias en la ejecución contractual: Poder Judicial o arbitraje. <i>Sheilah Vargas Soto</i>	39
Introducción	39
3.1 Cuestión previa: sobre la contratación administrativa en el Perú	40
3.2 Sobre el proceso contencioso administrativo: control de la actuación administrativa	42
3.3 Regulación del arbitraje como mecanismo de solución de controversias	44
3.4 Sobre el Proyecto de Ley 2736-2022-PE: cambios en el mecanismo de solución de controversias	48
Reflexiones finales	55
Referencias	56

Capítulo 4. ¿Es la lista importante? El Registro Nacional de Árbitros (RNA-OSCE) y sus implicancias. Roberto Carlos Benavides Pontex	57
Introducción	57
4.1 Requisitos para árbitros en contrataciones con el Estado	59
4.2 El procedimiento de designación y el RNA	64
4.3 El árbitro de emergencia y el RNA	68
4.4 Causal de anulación de laudo arbitral por no encontrarse en el RNA	70
4.5 El Renace	72
Reflexiones finales	72
Referencias	73

Capítulo 5. Las medidas cautelares en materia de arbitraje y contrataciones con el Estado. Luis Enrique Ames Peralta	74
Introducción	74
5.1 Medidas cautelares en el arbitraje: aproximación a la Ley de Contrataciones del Estado (LCE)	77
5.2 Desequilibrio en el arbitraje estatal en los aspectos cautelares	86
Reflexiones finales	90
Referencias	90

Capítulo 6. Razones que sustentan la aplicación del arbitraje de emergencia en la contratación pública. Daniel Triveño Daza	92
Introducción	92
6.1 ¿Arbitraje de emergencia en la contratación pública?	93
Reflexiones finales	102
Referencias	103

Capítulo 7. El ser y el deber ser: la excepción de caducidad y su tratamiento en el proceso de anulación de laudo. Lourdes E. Luna Valdez	105
Introducción	105
7.1 Tratamiento de la excepción de caducidad en contratación pública en el proceso de anulación (el “ser”)	106
7.2 Justificación del “ser”	110
7.3 Mi propuesta interpretativa	112
Reflexiones finales	127
Referencias	128

Capítulo 8. Condiciones para ser Árbitro. Problemas y soluciones en la actual Ley de Contrataciones con el Estado.

<i>José Rodrigo Rosales Rodrigo</i>	130
Introducción	131
8.1 Requisitos para ejercer la función arbitral	132
8.2 Identificación de problemas y posibles soluciones con relación a los requisitos para el ejercicio de la función arbitral	135
Reflexiones finales	140
Referencias	141

Capítulo 9. La confirmación de los árbitros en los arbitrajes de contratación con el Estado. *Alfredo F. Soria Aguilar* **142**

Introducción	142
9.1 Nociones generales sobre la confirmación de los árbitros	144
9.2 ¿La confirmación de los árbitros aplica a todos los arbitrajes?	145
9.3 La confirmación de los árbitros sí puede resultar aplicable a los arbitrajes sobre contrataciones con el Estado	147
9.4 Oportunidad del mecanismo de confirmación de los árbitros	148
9.5 ¿La figura de la confirmación de los árbitros aplica para todos los integrantes del tribunal arbitral?	149
9.6 ¿La no confirmación de un árbitro afecta el derecho de las partes a la designación?	150
Reflexiones finales	151
Referencias	151

Capítulo 10. La sustitución o revocación del árbitro, luego de haberse anulado el laudo arbitral. *Josefina Salinas* **153**

Introducción	153
10.1 Razones por las cuales se emitió la actual Ley de Arbitraje	154
10.2 Contexto peruano antes de emitirse el Decreto de Urgencia 20-2020	154
10.3 Motivos por los cuales se emitió el Decreto de Urgencia 020-2020	155
10.4 Sustitución o recusación basada en un laudo anulado: sobre la modificación introducida a través del Decreto de Urgencia 020-2020	155
10.5 Consecuencias de la modificación	161
Reflexiones finales	162
Referencias	163

Capítulo 11. La actividad probatoria en el arbitraje.**María Hilda Becerra Farfán****164**

Introducción

164

11.1 La prueba en el sistema del *common law* y en el *civil law*

166

11.2 La epistemología jurídica

169

11.3 La valoración de los medios probatorios

172

11.4 Los estándares de prueba

175

Reflexiones finales

177

Referencias

178

Capítulo 12. Laudos por impuestos: una alternativa al grave problema de los laudos impagos. Ana Cristina Velásquez De La Cruz y**Antonio Corrales Gonzales****179**

Introducción

180

12.1 Consideraciones generales sobre un sistema jurisdiccional único en el mundo. El arbitraje obligatorio en la contratación pública peruana

183

12.2 El problema: el vía crucis de la ejecución del laudo

185

12.3 Siguiendo escollo: la programación presupuestaria del pago

187

12.4 Laudos por impuestos

191

Reflexiones finales

196

Referencias

197

Capítulo 13. Las cláusulas escalonadas o multinivel en el arbitraje comercial internacional y de inversión. José Zegarra Pinto**199**

Introducción

199

13.1 Características y definición

201

13.2 Criterios para elaborar CE o MN

208

Reflexiones finales

217

Referencias

218

Capítulo 14. El incumplimiento del orden de prelación en la aplicación de normas en la contratación pública.**Leonardo Manuel Chang Valderas****220**

Introducción

220

14.1 Marco teórico y legal de la anulación del laudo arbitral

222

14.2 La infracción al cumplimiento del orden de preferencia en la aplicación del derecho

229

Reflexiones finales	238
Referencias	239

Capítulo 15. Arbitraje y financiamiento de obras en la Ley de Contrataciones del Estado. *Ricardo Rodríguez Ardiles* **240**

Introducción	240
15.1 El contrato de obra pública: concepto y finalidad	241
15.2 El financiamiento de la obra pública: su importancia para el éxito del proyecto	242
15.3 Cómo asegurar el uso eficiente de los recursos del financiamiento	243
15.4 Ruptura del flujo económico contractual previsto como origen de controversias	244
Reflexiones finales	254
Referencias	254

Capítulo 16. Problemática de la resolución de contrato en la Ley de Contrataciones con el Estado. *José Antonio Sánchez Romero* **255**

Introducción	255
16.1 Ministerio de Educación	256
16.2 Ministerio de Salud	256
16.3 Gobiernos regionales	257
16.4 Problemas que se presentan en sede arbitral ante la resolución de contrato	260
16.5 Estadística respecto a la resolución de contrato	264
Reflexiones finales	267
Referencias	267

Capítulo 1

¿Se justifica una Ley de Arbitraje en Contrataciones Públicas?

Luis Juárez Guerra¹

Introducción

Como ha sido recordado recientemente al cumplir sus 25 años, la Ley 26850², Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, marcó un hito en la solución de controversias derivadas de tales contratos al establecer como mecanismo definitivo el arbitraje.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Árbitro desde 2004, se ha desempeñado como tal en diversas instituciones arbitrales, como el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Ingenieros del Perú, de la Cámara de Comercio de Lima, del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, de la Cámara de Comercio del Cusco, entre otros. Socio en Juárez, Hospinal & Latorre Abogados.

2 **“Cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisición y Contratación Artículo 41.** -Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: [...]

b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley 26572. El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados; en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de este será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes”.

Sin embargo, durante este primer cuarto de siglo, y a la luz de la casuística y la jurisprudencia derivadas de estos casos, se han generado constantes desencuentros que van desde sucesivas propuestas de modificación del denominado “arbitraje en contrataciones públicas” hasta su virtual desaparición para retornar al fuero judicial.

El presente trabajo circunscribe su objeto a evaluar la permanencia del arbitraje como mecanismo de solución de estas controversias, para lo cual centra su análisis en la discusión respecto a si es necesario o no implementar un cuerpo legislativo propio, bajo la denominación de “Ley de Arbitraje en Contrataciones Públicas”, “Ley de Arbitraje Administrativo” o “Ley de Arbitraje Estatal”.

1.1 Estado de la cuestión

Al cumplirse las “bodas de plata” del arbitraje en la contratación pública, no todo ha sido materia de celebración, ya que se produjeron enfrentamientos entre familiares de ambos lados (privatistas y publicistas). Por supuesto, tampoco ha estado libre de escándalos³, como ocurre, se diría, hasta en las mejores familias.

Desde un inicio, en que empezaron a relucir las “personalidades” (naturaleza y características propias) de los “consortes”, empezaron los roces y problemas en la aplicación del arbitraje en las contrataciones públicas.

muy pronto aparecieron sucesivas y periódicas modificaciones a la normativa de contrataciones públicas a fin de corregir o perfeccionar su aplicación práctica en relación, entre otros, con el capítulo de solución de controversias y, en particular, con el arbitraje.

Así, y como refiere Rodríguez Ardiles (2011), la decisión legislativa bajo comentario

conllevó a que la concepción originaria de que el arbitraje derivado de las compras públicas se rigiera por la normativa general del arbitraje⁴, fuera en corto tiempo perdiendo vigencia, y se pasara a asumir que este arbitraje emanaba de una legislación propia, al menos en sus aspectos más relevantes, dadas las particularidades de las partes | y de las mismas controversias, lo que se empieza a notar en leyes posteriores, llegándose a acuñar la expresión de que nos encontramos frente a un arbitraje administrativo o a un arbitraje del Estado (p. 127).

3 Hasta hoy sigue siendo tabú hablar del escándalo Odebrecht que, por cierto, no solo impactó en el ámbito nacional sino también en países vecinos.

4 En efecto, la primera versión del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en contrataciones públicas estableció en el literal b) del artículo 41 de la Ley 26850 que, “cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley 26572 [...]”. Es decir, sometimiento puro y simple a la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, no se pueden entender estos desencuentros, ni mucho menos el propósito del presente artículo, sin antes recurrir a los argumentos y premisas que cada una de las partes ha esbozado para defender sus fueros y apostar por la continuidad del “matrimonio”, renunciando lo menos posible a su esencia o naturaleza.

1.1.1 “Los Capuletos”⁵

En defensa del arbitraje se han exaltado, entre otras virtudes, las de confidencialidad, celeridad, predictibilidad, flexibilidad y menores formalidades. Pero, además,

en el caso de la industria de la construcción, la alta complejidad legal y técnica, los largos plazos de ejecución, la casi infinita variedad de situaciones que pueden presentarse y los innumerables documentos que suelen formar parte de un contrato de construcción o concesión, hacen casi imprescindible que se pacte un mecanismo de solución de controversias flexible, especializado y eficiente como lo es el arbitraje (Campos, 2007, p. 356).

El propio Trayter (miembro de la familia opuesta) resalta las bondades del denominado “arbitraje de derecho administrativo” al referir que

el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, concluye con una sentencia no siempre bien fundada y, aun reconociéndose el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 ce), esa resolución en muchas ocasiones o bien resulta de imposible ejecución o bien carece de interés alguno pues las circunstancias personales y reales han variado de tal modo que nada tienen que ver con el origen del litigio (Trayter, 1997, p. 75).

En ese contexto, agrega:

adquieren especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca, con luz propia, el arbitraje de derecho administrativo (Trayter, 1997, p. 76).

La trascendencia de las contrataciones estatales (por su finalidad y el uso de recursos públicos) conlleva a que el carácter confidencial, propio del arbitraje, ceda en este caso a fin de transparentar, por lo menos, los aspectos relevantes del proceso, tales como el laudo arbitral⁶.

5 El nombre hace referencia a la antológica rivalidad entre las familias de los célebres personajes Romeo y Julieta, usado aquí para fines únicamente metafóricos.

6 De hecho, cada vez se viene exigiendo una mayor publicitación en este tipo de arbitrajes a través de las denominadas “declaraciones de intereses” a cargo de los árbitros, quienes,

Sobre la celeridad, el constante incremento de casos arbitrales y la decisión normativa de dar prioridad o preferencia a los arbitrajes institucionales⁷ han generado la percepción de una mayor demora en la resolución de los casos, frente a lo cual se ha presentado también una defensa cuantitativa del arbitraje en la contratación del Estado (Castillo & Vargas, 2022), a propósito de un proyecto de ley⁸ que pretendía retornar nuevamente al sistema judicial como mecanismo para la solución de una parte de estas controversias. Así, la defensa incide en la aún excesiva carga de casos en el poder judicial⁹, lo que, aunado a la nueva carga arbitral por atender, haría incluso más engorrosa y dilatada una pronta decisión de las controversias arbitrales. Ciertamente, una poderosa razón para implementar en su momento el arbitraje se sustentó en su celeridad, la cual se vio menguada por –entre otras– las razones antes señaladas, no obstante que mecanismos complementarios como el de las juntas de resolución de disputas (JRD) vienen colaborando como filtro para discutir en sede arbitral lo que aquellas no puedan terminar de dirimir por carecer de carácter jurisdiccional, pero, sobre todo, por la tendencia de las partes a agotar todas las instancias posibles.

Con relación a la predictibilidad, entendemos que supone el conocimiento anticipado de decisiones arbitrales precedentes, lo que permite al justiciable tener mayor referencia en torno a la probable decisión que se pudiera adoptar sobre su controversia. Sin embargo, y como se refirió en su momento (Rojas, 2011), tal propósito se vio frustrado por la falta de remisión de laudos de parte de los árbitros, pese a constituir una obligación legal expresa de su parte.

En cuanto al carácter flexible del arbitraje, sigue siendo tal vez el principal de sus atributos, al permitir adecuar las reglas del proceso y su propio desarrollo a las necesidades del caso particular, teniendo siempre como norte la adecuada solución del caso y el respeto al debido proceso. Sin embargo, no ha estado exento de críticas, ya que un uso incorrecto o excesivo del mismo puede significar el rompimiento de la igualdad de trato entre las partes. En particular, la discrecionalidad que la ley

bajo el deber de independencia e imparcialidad, deben comunicar aspectos relevantes de su entorno familiar y social desde el inicio del caso.

7 El artículo 223 del Reglamento establece expresamente que las controversias que surjan entre las partes se resuelven, entre otros mecanismos, mediante “arbitraje institucional”, mientras que, el artículo 226 del mismo cuerpo normativo sella la regla general de la aplicación por *default* de este tipo de arbitraje (institucional) “cuando en el convenio arbitral no se haya precisado el tipo de arbitraje”. Ciertamente, se reconoce aún la posibilidad de llevar adelante un arbitraje ad hoc, aun cuando limitado a supuestos puntuales (y siempre que el valor referencial del contrato no supere los 5 millones de soles).

8 Nos referimos al Proyecto de Ley 2736/2022-PE.

9 La investigación o estudio refiere que “de acuerdo con el Boletín Estadístico Institucional 04-2021, cuyo período data de enero a diciembre de 2021, se aprecia que, sólo en ese año ingresaron al Poder Judicial en estado de trámite 1’478,348 procesos judiciales principales”.

de arbitraje¹⁰ otorga a los árbitros para modificar plazos vencidos ha sido objeto de críticas de parte de propios defensores del arbitraje, al señalar que “el referido inciso 4 del artículo 34 es una pésima norma cargada de los mejores propósitos; y es que dicen que el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones” (Castillo Freyre, 2010, p. 103).

Por su parte, Bullard ha referido que el cuestionamiento a que privados (árbitros) puedan decidir sobre lo público no toma en cuenta que la estatización del sistema de justicia no tiene más de ocho siglos. Con anterioridad a ello estuvo en manos de particulares. Pero, además, refiere que la crítica se diluye ante la constatación de la doble actuación que despliega el Estado, a veces bajo actos *iure imperium* y en otras ocasiones bajo actos *iure gestionis*, este último caracterizado por su actuación como un particular más, que lo hace, por tanto, susceptible de someterse a cortes privadas (Bullard, 2006). Lo que resulta destacable de tal análisis es el sustento de la posición desde la propia terminología y los fueros del derecho administrativo invocado por el autor, al dejar entrever que, incluso desde el propio seno del derecho público, podemos encontrar conceptos que respaldan el uso del arbitraje para dirimir controversias en las que entran en juego, no atribuciones o prerrogativas inherentes a la función administrativa, sino tan solo a aquellas en las que el Estado es otro participante del mercado. Ciertamente, no se puede negar la trascendencia de las contrataciones públicas para el cumplimiento del rol del Estado, ni la de este último como operador de dicho sistema, pero no al punto de hacerlo sacrosanto, intocable e inobjetable. Trataremos más adelante sobre este mismo tema, a propósito de la réplica de un autor administrativista.

1.1.2 “Los Montescos”

Trayter ha sido bastante enfático en destacar como característica esencial del arbitraje la de la voluntad de las partes (cláusula arbitral) para la configuración, implementación o existencia de un arbitraje. Así, refiere que “hacer obligatoria esta institución implica una desnaturalización de la misma, llegando entonces a hablarse de otra cosa, pero no de arbitraje”, y agrega que, “pese a la denominación [de arbitraje en derecho administrativo], esos tribunales tienen carácter forzoso u obligatorio para las partes y, por tanto, no nos encontramos ante instituciones arbitrales sino auténticas jurisdicciones especiales” (Trayter, 1997, p. 79).

Como sabemos, el carácter forzoso u obligatorio del arbitraje en contrataciones públicas, en sede nacional, se origina con su implementación legislativa como

10 El artículo 34, numeral 4, del Decreto Legislativo 1071, señala que “El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos”.

mecanismo de solución de tales controversias, lo cual se positiviza en el literal b del artículo 41 de la Ley 26850¹¹. Sin embargo, fue en su Reglamento (Decreto Supremo 039-98-PCM), en el artículo 130, que se introdujo por vez primera el término *obligación*¹². Ciertamente, en un inicio el carácter obligatorio del arbitraje se circunscribió a los procesos de licitación y concurso público, con aplicación obligatoria a todos los contratos regulados por la normativa de contrataciones públicas recién a partir de la modificación introducida por la Ley 27330 (publicada el 26 de julio de 2000)¹³. Finalmente, esta última ley modificatoria estableció la obligatoriedad del arbitraje respecto de todos los contratos regulados bajo dicha normativa¹⁴.

La referencia al carácter obligatorio del arbitraje en contrataciones públicas constituye, a criterio del autor, una primera nota diferenciadora respecto del arbitraje convencional o general, caracterizado por la plena autonomía y libertad de las partes en la utilización del citado mecanismo en la solución de sus controversias. Por supuesto, puede argumentarse también que no existe tal imposición u obligatoriedad, en la medida en que la parte privada, haciendo uso de su plena libertad de contratación, puede optar por no contratar con el Estado, y con ello evitar someterse a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, a nuestro entender, tal afirmación se encuentra en un plano distinto, ya que no solo implica someternos a las disposiciones contractuales establecidas de antemano en las bases administrativas, sino que, además, se impone el mecanismo o jurisdicción ante el que se dilucidarán las controversias que surjan entre las partes. Cabe recordar aquí el principio de separabilidad de las disposiciones contractuales acerca de la cláusula arbitral, como negocios jurídicos distintos.

Finalmente, es pertinente precisar que no constituye ánimo alguno entrar a cuestionar aquí el carácter obligatorio o no del arbitraje en contrataciones públicas, sino tan solo destacar la diferenciación respecto al arbitraje en general, el cual se basa en el acuerdo de voluntades para su implementación. Si bien resulta discutible en un aspecto teórico la aparente afectación al carácter voluntario del arbitraje, lo

11 “b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley 26572”.

12 **“Artículo 130.- Aplicación del arbitraje**

El arbitraje regulado por el presente Reglamento será de aplicación obligatoria en la solución de los conflictos, controversias o discrepancias que se generen de la interpretación o ejecución de todo contrato derivado de procesos de Licitación Pública o Concurso Público”.

13 “b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”.

14 **“Artículo 53.- Solución de controversias**

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación”.

relevante será (es) la manera en que se desarrolle o utilice el arbitraje como herramienta jurídica para la solución de este tipo de controversias, pues, finalmente, lo fundamental es la consecución de la paz social (objetivo de todo mecanismo de solución de controversias), antes que el vehículo para lograrlo.

De otro lado, Martínez López-Muñiz (2011) incide directamente en la necesidad de distinguir lo que es propio del derecho público, en contraposición a lo propio del derecho privado. Una de tales manifestaciones, sostiene, radica en la diferente conceptualización de la propiedad privada respecto de la propiedad pública, de manera tal que, mientras que la primera se caracteriza por un uso, disfrute y disposición del bien, con mínimas restricciones en atención a la función social de la propiedad privada, la segunda se distingue por una finalidad distinta. Así:

podrá hablarse si se quiere convencionalmente de una propiedad pública y de una propiedad privada, pero ha de estar claro que esta es exclusiva de los sujetos privados y aquella de los públicos. Mientras que la privada habrá de ser la expresión de libertad que explicábamos, constituyendo por eso un importante derecho fundamental constitucional e internacionalmente garantizado (y reservado a la ley, que deberá respetar en todo caso su contenido esencial), la pública es una necesidad operativa del poder público, que, como todo en él, ha de sujetarse plena, intrínseca, positivamente, al ordenamiento jurídico que regule su configuración [así,] con respecto a los bienes de uso público, cabe negar asimismo que el poder público titular del demanio posea el derecho o poder de goce y disfrute, de uso y aprovechamiento que es propio de la propiedad, y menos con la libertad que es esencial a la propiedad privada [...] tanto las facultades de disposición como las de uso y aprovechamiento sobre los bienes públicos patrimoniales, mantienen una diferencia sustancial con las que son inherentes al derecho de propiedad privada y esenciales a él: no tienen contenido alguno de libertad propiamente dicha, sino que están estrictamente sujetas a una regulación jurídico-pública no poco densa y a todos los principios propios del actuar de la administración pública, los más importantes de los cuales tienen incluso rango constitucional

Pero no solo ello, sino que, además, a decir del autor, una consecuencia de lo anterior se manifiesta en la manera en que el poder público contrata con el privado, lo cual no se da en un plano o relación de igualdad (como ocurriría entre privados), pues aquí el segundo se somete a las reglas e imposiciones propias del derecho público. De hecho, sostiene Martínez López-Muñiz (2011), una determinada contratación pública no se origina o proviene de la suscripción del respectivo contrato, que es una mera formalidad, sino con la adjudicación a favor del privado que realiza la administración, la cual no se diferencia de cualquier otro derecho concedido por esta, como cuando otorga una licencia u otro beneficio a un administrado.

No cabe duda de que la propiedad pública se distingue de la privada por la función e interés público que persigue la primera, estando sujeta por tanto a una serie de corsés normativos que regulan su pleno ejercicio. Sin embargo, una situación es (debería ser) la manera en que se ejerce la propiedad pública dentro de la esfera de la administración una vez que esta ingresa al patrimonio público, lo cual nos parece correcto, y otra situación distinta es (debería ser) la manera en que esta se incorpora a dicho patrimonio.

Sostener que el privado actúa en el proceso de contratación pública como un mero administrado, un colaborador de la Administración Pública, un sujeto pasivo “bendecido” con la adjudicación, sin posibilidad alguna (o muy poca) de participar activamente en el proceso de contratación, no hace sino relegar a aquel que conoce mejor del producto adjudicado. Pero, más grave aún, puede terminar por ahuyentar a los mejores y más eficientes proveedores del mercado, pues difícilmente querrán estos atarse a reglas que los sometan al poder público sin mayor justificación que la de la teoría de su colaboración con la función administrativa. y es que, como es conocido, todo contrato (sea público o privado) es, además de un negocio jurídico, una operación económica basada en una adecuada asignación o distribución de riesgos entre las partes.

De este modo, si bajo la lógica antes descrita el privado es quien debe asumir mayores riesgos, dicha “colaboración” se debería traducir en el pago de una contraprestación (precio) final acorde al riesgo y a la prestación asumidos, lo cual no siempre parece ser considerado por la administración, ya que en la configuración de los precios no se suelen incorporar, como componente o *alia*, todos estos mayores riesgos. Ciertamente, no nos referimos únicamente al valor de mercado de la prestación (que en algunos casos puede derivar de un inadecuado estudio de tal mercado), sino también a todos aquellos riesgos que pudieran afectar el valor final de la contraprestación, generados durante la ejecución del contrato por factores atribuibles a la entidad o ajenos a las partes.

Para nuestro caso específico, se puede contraargumentar que la normativa de contrataciones públicas contiene desde ya disposiciones y mecanismos destinados a restablecer el equilibrio económico del contrato, pero, como veremos luego, el privado, con regularidad, tendrá que transitar un arbitraje para lograr ello, y no necesariamente en la dimensión que restituya tal equilibrio¹⁵, de resultar favorable su reclamo.

Así, esta suerte de argumentación circular o tautológica, consistente en sustentar la posición del poder público basado en las propias definiciones y construcciones

15 Sin ir muy lejos, el valor del dinero en el tiempo (pago tardío de la contraprestación) es apenas compensado bajo la fórmula del interés legal, por mandato expreso de nuestra normativa de contrataciones públicas, lo cual, en cierto modo, puede constituir un incentivo negativo en la Administración para demorar su pago.

teóricas del derecho público o administrativo, no hace sino jugar en contra del real propósito que este persigue (el bienestar o interés común), ya que cuanto más tuitiva es una legislación en favor de una parte, más contraproducente puede resultar para esa misma parte; una suerte de efecto *boomerang*.

En un plano aparentemente menos teórico, se ha esbozado la enorme responsabilidad que detentan los árbitros en la emisión de sus decisiones (laudos) en la medida en que constituyen única y definitiva instancia, no pudiendo revisarse el fondo de lo decidido, sino tan solo por aspectos formales vía recurso de anulación, a fin de preservar el debido proceso (Corrales Gonzales, 2014; León Flores, 2011). Frente a ello, y como también ha referido León Flores, se han venido cuestionando los laudos en sede judicial mediante la invocación de una inadecuada motivación del mismo (que abarca desde la falta o ausencia de motivación hasta la aparente o indebida motivación). Al respecto, el artículo 56 de la Ley de Arbitraje refiere lacónicamente que “todo laudo deberá ser motivado”, respecto de lo cual, Guzmán Galindo (2013) indica que hay quienes proponen que no se puede exigir a los árbitros motivaciones complejas, cuya inobservancia vía anulación importaría una suerte de apelación encubierta, lo cual no es propio del arbitraje, mientras que otra facción, apelando a criterios procesales, eleva el estándar de motivación al optar por una mayor rigurosidad en la elaboración de su contenido.

En este punto, resulta importante considerar el carácter adjetivo o instrumental del arbitraje en la solución de este tipo de controversias, cuyas disposiciones especiales definen la manera en que deben ser resueltas las mismas. Así, basta con revisar en toda su extensión el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (referida al arbitraje) para advertir la rigurosidad y el cuidado que se exige al árbitro al momento de laudar, a fin de no transgredir las disposiciones de orden público¹⁶ allí reguladas. Por tanto, el hecho de que la naturaleza del arbitraje no exija un laudo complejo cede, en este caso, ante la materia específica que es objeto de arbitraje (la contratación pública) en la medida en que la instrumentalidad del primero se sujeta o actúa en función de la regulación especial del segundo. Siendo ello así, nos inclinamos por exigir la mayor rigurosidad en la motivación del laudo, no solo por tratarse de una decisión irrevisable en sus aspectos de fondo, sino, sobre todo, por la materia objeto de decisión, cuyas especiales disposiciones legales así lo exigen.

A continuación, haremos referencia a específicas disposiciones legales, tanto de la normativa de contrataciones públicas como de la Ley de Arbitraje, en las que se positiviza el desencuentro o confrontación referida en páginas anteriores, y que ha merecido no pocas disputas.

16 Solo como ejemplo, podemos citar, entre otros, el numeral 10 de tal artículo, conforme al cual “las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público”.

1.2 Puntuales discrepancias

Como ya se ha deslizado anteriormente, no ha sido pacífica la regulación normativa del arbitraje en contrataciones públicas, lo cual se ha visto reflejado en el tratamiento normativo que ha merecido en las distintas versiones (modificaciones) efectuadas a la normativa de contrataciones públicas en su conjunto, pero que, además, ha trascendido a la misma y ha recalado en la propia Ley de Arbitraje.

Así, repasaremos a continuación específicas disposiciones de las normas señaladas que han merecido modificaciones en su tratamiento legislativo, lo cual ha venido precedido o aparejado, y ha sido reflejo de sendas discusiones.

1.2.1 Materia no arbitrable (supuestos excluidos del arbitraje en contrataciones públicas)

El numeral 45.4 del artículo 45¹⁷ de la vigente Ley de Contrataciones del Estado establece materias específicas que no pueden ser sometidas a arbitraje, referidas a decisiones administrativas sobre prestaciones adicionales, así como a reclamaciones canalizadas vía enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra, vinculadas a prestaciones adicionales, cuando no medie decisión administrativa alguna, debiendo ser sometidas ante el Poder Judicial.

En relación con el primer supuesto (decisiones sobre prestaciones adicionales), es difícil encontrar un sustento teórico basado en la limitación de someter a arbitraje una atribución administrativa como la descrita, pues, de ser así, tampoco podrían arbitrarse todas las demás decisiones que sí son arbitrables, tales como la que se pronuncia sobre una ampliación de plazo, una liquidación de obra, una penalidad, o la nulidad o resolución del contrato, por mencionar algunas. Claramente, se trata de una simple opción legislativa que ha terminado por excluir, sin mayor sustento teórico, la posibilidad de someter a arbitraje decisiones vinculadas a prestaciones adicionales. Ampliando el razonamiento, no es que se esté limitando la posibilidad de discutir jurisdiccionalmente la negativa de una prestación adicional, sino que se está derivando su discusión al Poder Judicial, como si esa vía (incluido el derecho a la doble instancia) asegurara un mayor o mejor análisis por parte de los jueces.

17 “45.4 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo”.

En cuanto al segundo supuesto (reclamaciones vía enriquecimiento sin causa o indebido y otros), el tema es más discutible, pues, en efecto, se puede argumentar (con justa razón) que se trata de controversias ajenas a la relación contractual en la medida en que se derivan precisamente de actividades (prestaciones) que no están cobijadas o realizadas bajo los alcances de un acuerdo expreso o del contrato original, lo que impide invocar el convenio arbitral recogido en este último, dada su inexistencia.

De otro lado, y sobre la base de una interpretación literal y restrictiva¹⁸ de la norma, parece sostenible la posición (Castillo & Sabroso, 2016), según la cual la limitación allí señalada se restringe a pretensiones derivadas de prestaciones adicionales, por lo que cualquier otra pretensión sobre enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones u otras no vinculada a prestaciones adicionales es materia arbitrable. El sustento de tal posición es el propio alcance (extensivo, no restrictivo) de lo dispuesto en el numeral 45.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, de acuerdo con el cual “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”.

1.2.2 Cláusulas exorbitantes. Facultades pro Administración Pública previstas en la normativa de contrataciones públicas

La preeminencia del interés público por sobre el privado queda evidenciada en las prerrogativas de las que goza la Administración Pública a lo largo del articulado de la normativa de contrataciones públicas.

De esta manera, mientras las entidades públicas pueden adoptar directamente medidas para que sean acatadas por la parte privada, con consecuencias definitivas en caso de que no sean cuestionadas, el privado tiene como única opción acudir al arbitraje para revertir la decisión administrativa adoptada (Amprimo Pla, 2017). Así, y salvo algunas facultades, como, principalmente, la de invocar la resolución del contrato, la normativa de contrataciones públicas no concede al contratista mayores atribuciones durante el íter contractual; tales otras prerrogativas son monopolizadas exclusivamente por la Administración Pública¹⁹.

Esta asimetría en las decisiones parece poner en desventaja al contratista, toda vez que, mientras que la entidad se limita a adoptar una decisión que se mantiene

18 Siendo una disposición excepcional, no se puede entender de otra manera, sino restrictivamente.

19 Sin ser exhaustivos, tenemos las de aprobar o no modificaciones al contrato (artículo 34 LCE), tales como adicionales o reducción de prestaciones, ampliaciones de plazo, otras modificaciones, nulidad del contrato (artículo 142 RLCE), intervención económica de la obra, entre otras.

Para poder revisar todo el contenido de esta edición,
visite nuestra página web **editorial.upc.edu.pe**

