

PARTICIPACIÓN DEL ESTADO PERUANO EN ARBITRAJES COMERCIALES

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Master en Derecho (LLM) por la Universidad de Yale.

SUMARIO

- I. Introducción.- II. Marco Legal Vigente sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado.-
III. Modificaciones que deben realizarse cuanto antes.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El texto constitucional habilita que sea una ley la que determine la actuación del Estado en arbitrajes comerciales.

En efecto, el último párrafo del artículo 62 de la Constitución de 1993, dispone que el "Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual... a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

Esta referencia constitucional a una ley, nos lleva forzosamente a la Ley Nº 26572 –Ley General de Arbitraje (en adelante simplemente LGA), en particular a sus artículos 2 y 92:

"Artículo 2.- Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales, Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional."¹

Artículo 92.- Pueden ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que se refieran a sus bienes.

Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados.

¹ Según modificación de la Ley Nº 26742 de 11 de marzo de 1997.

Para los efectos de este artículo, el Estado Peruano comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales, Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebran con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país.

En todos los supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional^{1, 2}

Como puede verificarse de una simple lectura, la LGA ha dispuesto que si el Estado (cualquiera sea la repartición pública involucrada, inclusive sus empresas) suscribe contratos comerciales con particulares (nacionales o extranjeros), el conflicto podrá someterse a arbitraje en el Perú o en el extranjero, dependiendo el domicilio del particular.

Así, si el particular (nacional o extranjero) domicilia en el Perú, la controversia podrá someterse a Arbitraje Nacional en el país.

En cambio, si el particular (nacional o extranjero) es un no domiciliado, la controversia podrá someterse a un Arbitraje Internacional en el Perú, o inclusive, podrá arbitrase fuera del país (Arbitraje Extranjero).³

Por su parte, en base al texto constitucional si la controversia está referida a actividades financieras, el arbitraje con particulares nacionales y extranjeros no domiciliados, como con extranjeros domiciliados, podrá realizarse en el Perú (Arbitraje Internacional) o en el extranjero (Arbitraje Extranjero).⁴

El único requisito adicional que exige la LGA, que creemos es razonable, es el de imponer que el "...arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio...", cuando se traten de arbitrajes internacionales o extranjeros.⁵

En resumen, salvo en materia financiera que cuenta con una regla especial, en los demás casos comerciales, de conformidad con la LGA, el Estado peruano podrá arbitrar con los particulares, dentro de un marco similar al que establece la propia LGA para el arbitraje entre agentes privados.

En otras palabras, si hay diversidad de domicilios (porque el particular, nacional o extranjero, domicilia fuera del Perú) y se acuerda arbitrar en el país, el arbitraje será Internacional (Sección Segunda de la LGA). Si la decisión es que el arbitraje sea en el

¹ Según modificación de la Ley Nº 20208 de 05 de diciembre de 1995.

² RUBIO CORREA, Marcial. *Estado de la Constitución Política de 1992* Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, Tomo II, p. 313. "La regla general está elaborada para todos los contratos que firme el Estado con extranjeros, siempre que no sean de carácter financiero ni con extranjeros domiciliados. En el caso de este tipo general, se puede recurrir a la jurisdicción nacional, arbitral o extranjera... y al arbitraje internacional". Nosotros simplemente deberíamos aclarar que el "arbitraje internacional" al que alude el autor, es el Arbitraje Internacional dentro del país a que se refiere la LGA y el Arbitraje Extranjero fuera del país.

³ *Ibidem*, p. 314. "En los contratos financieros del Estado con extranjeros, domiciliados o no, las jurisdicciones a las que se puede recurrir con la nacional, arbitral o arbitral la empresa, las instituciones de tratados internacionales en vigor y de los que el Perú sea parte, y el arbitraje internacional" [en adelante].

⁴ Creemos que la exigencia es razonable, por cuanto la existencia de una institución arbitral permite conocer de antemano las reglas de juego (porque para ello buscará revisar el Reglamento Arbitral respectivo), además asegura un correcto manejo del arbitraje (por la experiencia de estas instituciones) y finalmente, otorga mayor seguridad tanto al Estado peruano como al particular que en los arbitrajes actúa.

Perú y el particular (nacional o extranjero) domicilia en el país, el Arbitraje será Nacional (Sección Primera de la LGA). Por último, si el particular no domicilia en el país, podrá acordarse que el arbitraje se desarrolle fuera del Perú (Arbitraje Extranjero).⁶

Sin embargo, queda por analizar un tema relevante: las disposiciones legales en materia de contratación y adquisición de bienes, servicios y obras por parte del Estado.

En efecto, al momento en que entró en vigencia la LGA, estaban vigentes el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP - y el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA -, que regulaban la manera cómo el Estado en su conjunto debía proceder a la contratación y adquisición de bienes, servicios y obras, disponiendo procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso-administrativo). Estas disposiciones no reconocían el acceso al arbitraje.

Así, no existía certeza acerca de si en un contrato regulado por el RULCOP o por el RUA cabía el acceso al arbitraje, aún cuando la propia LGA lo autorizaba de manera general.

Sobre este particular, la postura de la generalidad de la doctrina es expresada por Lohmann: "...pueden haber relaciones contractuales que no son de derecho privado en su clásico y habitual sentido, sino más cercanas al derecho público administrativo (contrato...de suministro, de servicios, o un contrato de obra precedido de una licitación, por ejemplo)".⁷

En ese sentido, al haber sido el RULCOP y el RUA disposiciones que regulaban procedimientos administrativos mediante los cuales el Estado adquiría bienes y servicios, existía una supuesta diferencia jurídica entre contratos privados y otros de contenido administrativo-público, una de cuyas principales consecuencias era la de que sólo los primeros podían ser sometidos a Arbitraje.

A efectos de desvirtuar la infrascendencia de esta supuesta dicotomía entre "contratos privados" y "contratos administrativos" en relación al arbitraje, bastaría con afirmar que tanto la Constitución como la LGA no distinguen, permitiendo de esa manera que en cualquier "contrato" que celebre el Estado⁸, pueda pactarse el arbitraje de la forma autorizada por la LGA.

Sin embargo, el argumento que se esgrime en contra de esta posición, es que el artículo 1 de la LGA establece que procede el arbitraje respecto de "*controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición*", y que tratándose de "contratos administrativos", esta libre disposición no existiría.

⁶ Sobre el particular, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Nuevo marco normativo aplicable al Arbitraje en nuestro país. Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572. En: *Boletín, Revista de Derecho*, N° 2, Arequipa, 1998; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Nueva Ley General de Arbitraje Peruano - Ley N° 26572. En: *Jurisprudencia Argentina* N° 2598, Buenos Aires, 1996; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "La Nueva Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572". En: *Gaceta Jurídica*, T. 25, Lima, 1995; y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ley General de Arbitraje del Perú. En: *Revista Jurídica de Perú*, año 11, No. 18, Lima, 2001. Ciertamente la LGA no establece la posibilidad de que los particulares puedan arbitrar fuera del país, como sí lo hace y de manera expresa tratándose del Estado. Ello es así, simplemente porque los particulares tienen libertad absoluta para pactar el lugar del arbitraje que mejor les parezca.

⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Ley General de Arbitraje*. (Instituto de Vigencia). En: *Informativo Legal Rodrigo*, N° 10, Lima, 1993, p. 28.

⁸ Recordemos que la LGA entiende que la palabra "Estado" comprende al Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias, tanto también a las empresas estatales de derecho privado y de economía mixta. Es decir, todo el aparato estatal.

Más allá de considerar superficial y sin validez la mencionada observación, simplemente porque las normas aplicables para determinar la procedencia del arbitraje cuando interviene el Estado son los artículos 2 y 92 de la LGA y no el mencionado artículo 1, de todas maneras existía al menos una falta de concordancia entre el RULCOP-RUA y la LGA.

De esta manera, dentro del marco legal identificado, quedaba claro que sólo en los contratos celebrados por las entidades y empresas estatales en la venta de los bienes y servicios que producían, podía pactarse sin mayor problema el arbitraje, ya que las normas del RULCOP y del RUA no les alcanzaban, al no tratarse de la adquisición de bienes y servicios.⁹

Nosotros llamamos la atención acerca de esta falta de concordancia legislativa en cuanto oportunidad tuvimos y demandamos una clara adecuación de las disposiciones sobre adquisición de bienes y servicios del Estado a las normas de la LGA, con la finalidad de incentivar la utilización del Arbitraje en las adquisiciones comerciales que realiza el Estado de los particulares.¹⁰

Sin embargo, aún cuando creemos que fuimos finalmente escuchados, el remedio ha sido peor que la enfermedad.

II. MARCO LEGAL VIGENTE SOBRE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

En la actualidad se encuentra vigente el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM – Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - (en adelante simplemente LCAE), que ha reemplazado a los antes mencionados RULCOP y RUA¹¹, y que se aplica en la adquisición y contratación de bienes, servicios y obras por parte de todos los organismos y empresas estatales.¹²

⁹ Hoy en día, gracias a la agremia política de privatización de empresas estatales, la provisión de bienes y servicios por parte del Estado es cada vez menos significativa. En cambio, el Estado se mantiene a la fecha como uno de los principales clientes en la adquisición de bienes y servicios, lo que está atado a normas especiales de contratación.

¹⁰ Es más, para nosotros otra distinción entre contratos "privados" y contratos "administrativos" en el ámbito comercial, más allá de distinciones jurídicas sin contenido alguno, es absurda. En efecto, según este "marco legal", si el Estado vende papel higiénico, pues se trata de un simple contrato "privado". En cambio, si el Estado adquiere papel higiénico, pues entonces estamos ante un contrato "administrativo" de adquisición de bienes. ¿Cómo puede ser posible que la transacción del mismo papel higiénico se regule por dos marcos legales diferentes? Nosotro creemos que este absurdo se debe a la confusión de los "expertos" en esta materia. Una cosa es que el Estado regule la manera de manifestar su voluntad en la adquisición de bienes y servicios para evitar el incentivo negativo a la corrupción y a las adquisiciones indebidas, mediante la utilización de mecanismos supuestamente transparentes como son las licitaciones públicas; y otra cosa completamente diferente es la de considerar que, por ese simple hecho, el contrato deja de ser privado y se convierte, por arte de magia, en un contrato "administrativo" regido por normas diferentes a las privadas.

En ese mismo sentido, no encontramos razón alguna para justificar que si el Estado vende papel higiénico pueda arbitrar cualquier controversia, pero si adquiere el mismo papel higiénico tenga que ventilarse si las normas "administrativas" sobre adquisiciones del Estado permiten o no esta vía.

¹¹ Artículo 1.- La presente Ley establece las normas básicas que aplicará la Administración y entidades que deben observar las Entidades del Sector Público, en los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios u obras y repara los fallos de aplicación y derechos que se derivan de los mismos.

Dichos procesos comprenden todos los contratos que están destinados a obtener bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Artículo 25.- La compraventa, el arrendamiento de bienes, la adquisición de suministros y la locación de servicios, considerando dentro de la prestación de bienes y servicios en general, así como la contratación de servicios de consultoría tales como investigaciones, proyectos, estudios, diseños, supervisiónes, inspecciones, peritajes, peritaciones, auditorías externas e los señaladas en el Decreto Legislativo No. 850 y asesorías; y la contratación de obras, se regulan por las disposiciones de la presente Ley y por las normas específicas que establece el Reglamento.

¹² Artículo 2.- Se encuentran sujetos a la presente norma todos los entes del Sector Público, con personería jurídica de derecho público y las entidades reguladas por la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado.

Asimismo, se encuentran comprendidos dentro de su alcance de la presente Ley: las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Central, Regional o Local; y las empresas mixtas en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión está en manos del Estado y en general los organismos y dependencias del Estado a las que la Ley otorga capacidad para operar contratos.

En lo que se refiere al tema de la solución de controversias, este nuevo marco normativo distingue dos momentos: 1) Una etapa previa que va desde la convocatoria hasta la suscripción del respectivo contrato; y, 2) Una etapa posterior a la firma del contrato.

Para la primera etapa, la LCAE dispone que los conflictos serán resueltos en la vía administrativa, lo que no parece discutible, ya que se trata de problemas generados en un momento previo a la generación de una relación contractual.¹³

En cambio, para la solución de los conflictos que se generen de la ejecución o interpretación de los contratos, la LCAE dispone en su artículo 53 que *"...se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente"* (el subrayado es nuestro).

En otras palabras, la LCAE no solo ha habilitado la posibilidad de acudir al arbitraje, sino que la considera como la única vía (fuera de la conciliación) para la solución de las controversias.¹⁴

Nosotros no somos entusiastas defensores de la imposición del arbitraje por sobre la libre decisión de los agentes económicos. Sin embargo, nuestra crítica no está referida a este tema¹⁵, sino a la forma cómo la LCAE y su reglamento regulan el desarrollo del arbitraje.

En efecto, veamos que dice la LCAE y su reglamento sobre esta materia.

Si bien la LCAE sólo se refiere al arbitraje en el artículo 53, su contenido es más que preocupante: *"El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes... Los procedimientos*

¹³ Primer párrafo del Artículo 53: "Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores con arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento y precedente administrativo obligatorio".

Primer párrafo Artículo 54: "Las discrepancias referidas en actos administrativos producidos desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, inclusive, solamente podrán dar lugar a la interposición de los recursos de apelación y revisión".

¹⁴ GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Análisis del Arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En: sus el Praxis, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Lima, 2001, No. 32, p. 143. "...el reglamento precisa que el arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección (licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía) hasta el consentimiento de la liquidación..."

¹⁵ En más de una oportunidad hemos expresado afirmaciones acerca de la supuesta inconstitucionalidad del arbitraje dispuesto en la LCAE, bajo el erróneo argumento de que la Constitución no permite la existencia de arbitrajes obligatorios.

En primer lugar, la Constitución vigente (artículos 63 y 100) en ningún momento condiciona la validez constitucional del arbitraje a su pacto voluntario. Pero, además, el arbitraje regulado en la LCAE de obligatorio no tiene nada. En efecto, el Estado al momento de ofertar la adjudicación de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje. Por tanto, insistimos que de obligatorio no tiene nada. En ese mismo sentido se pronuncia GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Análisis del Arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ob. cit., p. 144. "...la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley obliga, por ejemplo, que en todos los casos en materia de enajenamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial entonces sí se estaría de una imposición forzosa... pero en el artículo bajo comentario nada está obligado a contratar con el Estado. Es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a este obligatorio en la medida en que sí desea contratar... tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que sujeta requisitos similares para poder contratar con el Estado".

Lo que sí conviene que puede objetarse, es la inconveniencia de que el Estado no pueda ofertar a los particulares otras vías adicionales de solución de conflictos.

de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia". (El subrayado es nuestro).

¿Qué quiere decir la LCAE al hablar de un tribunal arbitral designado conforme al reglamento? ¿Significa acaso que esta Ley pretende regular un arbitraje distinto al dispuesto en la LGA? ¿Por qué no se dispuso en la LCAE que se arbitrarán las controversias conforme a las reglas de la LGA?

Para poder contestar estas preguntas, requerimos acudir al Capítulo II del Título IV del Decreto Supremo Nº 013-2001-PCM –Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - (en adelante simplemente Reglamento).

Dicho capítulo empieza con una referencia a la posibilidad de pactar la conciliación como vía previa al arbitraje.¹⁶

Luego el artículo 186 confirma lo dispuesto en la LCAE, en el sentido de que el *"...arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación"*, y que serán *"...de aplicación las disposiciones contempladas en la Ley y en el presente Subcapítulo y, supletoriamente, las de la Ley General de Arbitraje"*. Además aclara que, en todos los casos, el arbitraje necesariamente será de derecho.

A continuación, el artículo 187 dispone que todos los contratos deberán contener una "cláusula de solución de controversias", en virtud de la cual los conflictos que surjan desde la celebración del contrato necesariamente se resolverán mediante arbitraje de derecho.

Sin embargo, a renglón seguido, el propio artículo 187 establece que la cláusula arbitral (convenio arbitral según la LGA), podrá tener el siguiente texto:

"Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento,

El arbitraje será resuelto por (un árbitro único/un Tribunal Arbitral), según lo dispuesto en el artículo 189 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850. A falta de acuerdo en la designación del (los) mismo(s) o del Presidente del Tribunal, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen

¹⁶ El artículo 185 establece que en caso las partes hayan "...pactado la conciliación cualquiera de las partes tiene el derecho de someter la controversia a un centro de conciliación dentro de los plazos previstos en los artículos 130 o 104, para que quede consentida la liquidación del contrato según se trate de bienes y servicios o de otros, respectivamente".

Verifiquemos lo absurdo y limitado de la norma. Restringe el acceso a la conciliación sólo a "centros de conciliación", que como sabemos se trata de entidades que requieren la Aprobación del Ministerio de Justicia. ¿Significa acaso que las partes no se pueden someter a un Centro de Conciliación privado no regulado, como por ejemplo la Cámara de Comercio de Lima? ¿Y qué pasará si el conflicto se tiene que someter a una entidad conciliadora y arbitral extranjera? ¿Tendrá validez el acuerdo conciliatorio?

Obviamente estas son preguntas sin respuesta, debido a que el Reglamento ha ido más allá de la Ley, limitando el libre acceso a la conciliación. Esperamos que en esta próxima reforma del Reglamento, se corrijan estos errores.

sometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa" (el subrayado es nuestro).

Cualquiera entendería que la única finalidad de la "cláusula de arbitraje" citada, es la de servir como modelo para todas las entidades del Estado que están obligadas a pactar el arbitraje en sus contratos.¹⁷ Sin embargo, el artículo 188 se encarga de aclarar que dicha cláusula arbitral se considera incorporada de pleno derecho al contrato, cuando no se hubiera previsto otra cosa.¹⁸

Si bien en principio consideramos interesante esta decisión normativa, ya que permite garantizar la plena vigencia del arbitraje aunque no se hubiera pactado formalmente en un contrato, la redacción de la cláusula modelo es deficiente.

Como hemos indicado, ésta "cláusula modelo" cumple, se supone, dos funciones: la primera, servir como "modelo", valga la redundancia, para aquellas entidades públicas que desconozcan la forma de pactar un convenio arbitral; y, la segunda, como cláusula arbitral residual en caso no exista un pacto arbitral formal en el contrato.

Pues bien, el "modelo" es absolutamente defectuoso en su configuración, ya que hace referencia a que los árbitros serán designados por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen sometido las partes, lo que obviamente es impicante.

Es más, ¿Si las partes se han sometido al Reglamento de una institución arbitral, qué tiene que hacer en este caso la "cláusula modelo"? El Reglamento de la LCAE en lugar de generar información a los potenciales usuarios del arbitraje, recomendando, por ejemplo, la adopción de las cláusulas arbitrales modelos de los centros de arbitraje que existen en el país, garantizando con ello una sana competencia y la validez de los pactos arbitrales, propone una cláusula defectuosa y, además, como veremos enseguida, una reglamentación adicional incompatible con las reglas básicas del arbitraje.

La segunda función de esta "cláusula modelo", es la de ser aplicable, se supone, a falta de pacto distinto de las partes.

Sin embargo, los artículos siguientes del Reglamento no solo se aplican en caso se incorpore de pleno derecho esta "cláusula modelo", sino que claramente se entrometen en arbitrajes *ad hoc* pactados por las partes e, inclusive, en arbitrajes administrados por Centros de Arbitraje.

En efecto, el artículo 189 del Reglamento pretende su aplicación a todos los

¹⁷ CUEVA MORALES, Carlos. La cláusula arbitral en el marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servitox.com/petarbitraje-clausulas-contratacion-internacional/ (f. 1.º), el Reglamento, incluye en su artículo 187 un catálogo de cláusulas arbitrales que pueden ser el que las entidades del Estado adopten en los contratos que celebran con sus proveedores. Sin embargo, dicho modelo es referencial, puesto que el último párrafo del artículo antes citado faculta a las partes a establecer acuerdos adicionales o complementarios.

¹⁸ Artículo 188. En caso que no se incorpore en el contrato la cláusula de solución de controversias a que se refiere el inciso D) del Artículo 177 de la Ley, se considerará incorporada de pleno derecho la cláusula iniciada en el Artículo 187, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 182 en cuanto al número de árbitros.

arbitrajes que se pacten de conformidad con la LCAE, regulando el número de árbitros.¹⁸

La norma, si bien se supone respeta la autonomía de la voluntad al dejar en las partes la decisión acerca del número de árbitros (1 o 3) en forma similar a la LGA, es sin embargo absurda e incompleta.

En primer lugar, establece que el presidente del tribunal arbitral y el árbitro único deben ser necesariamente abogados. ¿Qué quiere decir esta norma? ¿Los demás árbitros pueden no ser abogados? ¿Pero si el artículo 186 del propio Reglamento establece que este tipo de arbitraje tiene que ser de derecho y la LGA en su Sección sobre Arbitraje Nacional, exige en ese caso que todos los árbitros sean abogados? ¿Acaso se está modificando la LGA para este tipo de arbitraje?

La respuesta es que efectivamente se está modificando la LGA¹⁹, permitiendo de esa manera que en algunos arbitrajes de derecho puedan intervenir personas que no sean abogados.²⁰

Si bien nosotros consideramos acertada esta posibilidad, ya que la acerca a la postura asumida por la LGA en relación al Arbitraje Internacional que es la que compartimos²², por mínima técnica legislativa lo que correspondía era declarar expresamente inaplicable para los arbitrajes regulados por la LCAE el segundo párrafo del artículo 25 de la LGA.²³

Pero, además, el artículo bajo comentario dispone que es aplicable en relación al número de árbitros, "a falta de acuerdo entre las partes". Pues bien, ¿hay "acuerdo entre las partes" sobre el número de árbitros cuando se ha sometido el arbitraje al reglamento de un Centro de Arbitraje?

Nuevamente la norma es tan defectuosa que existe duda al respecto, ya que en todo el Reglamento no hay una sola referencia a que el "acuerdo de las partes" comprende también la sumisión al reglamento de una institución administradora de

¹⁸ Artículo 186º.- El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, según acuerdo de las partes.

El Presidente del Tribunal y el árbitro único deben ser necesariamente abogados.

A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, el número de árbitros se determinará de la siguiente manera:

1. En los casos de licitaciones públicas y concursos públicos, y de adjudicaciones directas para obras y consultoría de obras, los árbitros serán tres (3) y constituirán un Tribunal Arbitral.
2. En los casos de adjudicaciones directas, diferentes a las indicadas en el inciso anterior, y de adjudicaciones de menor cuantía, el árbitro será único.
3. En los casos de exoneraciones, el número de árbitros se determinará en función al proceso que correspondiera iniciado, de no haberse presentado la causal de exoneración conforme a los Artículos 1ºº y 3ºº de la Ley.

¹⁹ MINOMALLÉN CAMINETI, Franz. Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Constitución y Adaptación del Estado y su Reglamento. En: *Temas*, Revista de Derecho, Lima, 1995, No. 29, p. 218. "... el Reglamento admite la posibilidad de otorgar una configuración híbrida al Tribunal Arbitral, al obligar a que el Presidente del mismo necesariamente sea abogado y permitiendo que sus otros dos árbitros no lo sean..."

²⁰ Lo que es confirmado por el artículo 135 del Reglamento.

²¹ Sobre el tema ver a CANTUARIAS SALAZAR, Fernando. Los Árbitros en la Ley General de Arbitraje. Algunas Reflexiones. En: *Revista del Foro* No. 2, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1992; CANTUARIAS SALAZAR, Fernando. "Consideración acerca de algunas disposiciones sobre Arbitraje Internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje". En: *Los Diez Años*, Revista de Derecho, No. 8, Lima, 1994; CANTUARIAS SALAZAR, Fernando. Algunas de las principales modificaciones que contiene el Anteproyecto de la Nueva Ley General de Arbitraje. En: *Gaceta Jurídica*, T. 13, Lima, 1995; y CANTUARIAS SALAZAR, Fernando. Algunas modificaciones que deben hacerse con respecto a las disposiciones sobre Arbitraje Doméstico contenidas en la Ley General de Arbitraje. En: *Temas*, Revista de Derecho, No. 31, Lima, 1995.

²² Segundo párrafo del artículo 25 de la LGA. "El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados".

arbitrajes, como si lo hace la LGA.²⁴

Luego el artículo 191 pretende regular cómo es que se inicia un arbitraje, a falta de acuerdo de las partes o sometimiento a un Centro de Arbitraje.²⁵ Es decir, se supone que la norma sólo es aplicable a los arbitrajes *ad-hoc*. Sin embargo, ¿qué es lo que deben acordar las partes para que no se aplique esta norma? Esta pregunta es pertinente porque esta supuesta norma supletoria exige que mediante comunicación por carta notarial se informe sobre la naturaleza de la controversia, se designe a una persona como "coordinadora", entre otras exigencias formales.

Pues bien, imaginemos que las partes sólo han acordado en su convenio arbitral que, por ejemplo, cuando alguna de ellas quiera iniciar un arbitraje bastará que remita una comunicación designando a su árbitro y requiriendo a la otra parte la designación del árbitro que le corresponde dentro del plazo acordado, ¿será ello suficiente para ser considerado como "acuerdo de las partes"? La norma está tan mal redactada que no permite dar una respuesta. Nuevamente, si lo que se quiso decir es que si es suficiente, la redacción es completamente defectuosa. Si la respuesta es que no es suficiente, pues se estará violando nuevamente el acuerdo de las partes y, además, el contenido mínimo y necesario que se requiere para iniciar un arbitraje, de conformidad con los artículos 21 y 22 de la LGA.

Es más, esta norma reglamentaria es absolutamente innecesaria, como lo es la siguiente²⁶, ya que si las partes no han dicho nada en su convenio arbitral, la actual LGA en los artículos citados ya establece un procedimiento supletorio,

²⁴ Es más, los artículos 191 y 192 disponen su aplicación, sólo que las partes se hubieran sometido a un Centro de Arbitraje, lo que no sucede en este caso. Cada cosa a entender que se requiere de un acuerdo expreso de las partes sobre el número de árbitros, aún cuando el reglamento de arbitraje de la entidad administradora estableciera una regla especial. De haber sido esa la intención de esta norma, implicaría una clara intromisión en la autonomía de voluntad de las partes. Si esa no fue la intención, pues se requiere una urgente adaptación.

²⁵ Artículo 191.- En caso las partes no se hayan sometido a un Centro de Arbitraje, o a falta de acuerdo entre ellas, el procedimiento arbitral se inicia con la notificación de la solicitud de arbitraje a la otra parte, la cual debe formalizarse por vía notarial con indicación de:

- a) Referencia al convenio arbitral;
- b) Declaración respecto de la naturaleza de la controversia, así como de la pretensión y del monto involucrado, en caso de ser aplicable; Designación de la persona a quien se solicita le otorga la función de coordinar el inicio del proceso arbitral. En el caso de la Entidad, dicha designación recaerá en el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, según corresponda;
- c) Domicilio, teléfono, fax y correo electrónico del solicitante, de ser el caso;
- d) Copia del Acta de Constatación, si la hubiere; y
- e) Designación del árbitro de parte iniciador del Tribunal Arbitral, de ser el caso;
- f) Copia de la solicitud, sin anexos, será remitida al CONSI/CODE, según la Directiva que éste apruebe.²⁷

²⁶ Artículo 192.- La parte a quien se hubiese sometido el arbitraje tiene un plazo de cinco (5) días para contestarla, contados a partir de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de:

- a) Si posición respecto a las fechas aquecidas en la solicitud y, de ser el caso, el planteamiento de su pretensión;
- b) Designación de la persona a quien se otorga la función de nombrar al árbitro de parte, así como de señalar las coordinaciones necesarias para el desarrollo del procedimiento arbitral. En caso de la Entidad, dicho facultad recaerá en el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, según corresponda;
- c) Domicilio, teléfono, fax y correo electrónico del solicitante, de ser el caso;
- d) Designación del árbitro de parte que integra el Tribunal Arbitral, de ser el caso;
- e) Copia de la contestación, sin anexos, será remitida al CONSI/CODE, según la Directiva que éste apruebe.²⁸

La verdad que no entendemos qué es lo que se pretende con normas como estas. Si existe un convenio arbitral y una de las partes considera que quiere someter un conflicto a arbitraje, resulta más que imperioso el exigir como requisito que la otra parte se pronuncie sobre dicho planteamiento, ya que diga lo que diga esa parte, el interesado tendrá siempre opedito su derecho a iniciar el arbitraje. Es como si para iniciar una demanda judicial, se hubiera previamente que pedir la opinión de la otra parte acerca de si le parece bien que se le juzgue.

Los siguientes dos artículos (193 y 194)²⁷ son una de las pocas disposiciones que parecerían ser útiles, ya que convierten al CONSUCODE en entidad nominadora residual de árbitros, con lo que se evita de manera correcta la intervención del Poder Judicial.²⁸

Sin embargo, nuevamente la redacción de estas disposiciones es deficiente, por lo siguiente:

- Establecen un plazo distinto al que dispone la LGA en sus artículos 21 y 22. ¿Significa que sólo se aplican a falta de acuerdo entre las partes o son normas de obligatoria observancia en todo arbitraje *ad-hoc*? Pues nadie lo sabe.
- Si sólo son aplicables a falta de acuerdo entre las partes, ¿significa que si se sigue el procedimiento pactado por las partes en su convenio arbitral, luego no se podrá solicitar al CONSUCODE su intervención como entidad nominadora residual de árbitros? Nuevamente no hay respuesta.

Por ello, creemos que si bien nos parece correcto que el CONSUCODE intervenga en los arbitrajes *ad hoc* como entidad nominadora residual de árbitros en sustitución del Poder Judicial²⁹, se requiere aclarar debidamente su ámbito de actuación.³⁰

²⁷ Estas normas disponen lo siguiente:

Artículo 193.- Procedimiento para la designación del árbitro único.-

Una vez solicitado el arbitraje por cualquiera de las partes, estas tienen cinco (5) días hábiles para la designación del árbitro único. En caso de acuerdo, las partes deberán suscribir un documento en el que conste la designación del árbitro, la cual será notificada a éste para la aceptación del encargo. Vencido el término antes referido, sin que se hubiese llegado a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al CONSUCODE, en el plazo de cinco (5) días, la designación del árbitro único, el mismo que será designado en un plazo que no excederá de cinco (5) días de presentada la referida solicitud. Esta designación es impugnativa.

Artículo 194.- Procedimiento para la designación del Tribunal Arbitral.-

Para el caso de un Tribunal Arbitral, cada parte designará a un árbitro y éstos dos (2) designarán al tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral. Para estos efectos, la parte que solicita el arbitraje debe incluir en la solicitud el nombre de su árbitro. La otra parte tendrá un plazo de cinco (5) días para comunicar la designación de su árbitro a la parte que solicitó el arbitraje.

Vencido el término antes referido, sin que la parte emplazada hubiese designado al árbitro, la parte emplazante solicitará al CONSUCODE, dentro del plazo de tres (3) días hábiles, la respectiva designación que se debe producir en un plazo que no podrá exceder de tres (3) días hábiles. Esta designación es impugnativa.

Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, estos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de cinco (5) días, cualquiera de las partes podrá solicitar al CONSUCODE la designación del tercer árbitro dentro del plazo de tres (3) días. Dicha designación se realizará en un plazo no mayor de tres (3) días y es impugnativa.

²⁸ Sobre el particular, ver artículos 22 y 23 de la LGA.

²⁹ Los artículos 201 y 202 del Reglamento correctamente establecen los requisitos y condiciones para que el CONSUCODE actúe como entidad nominadora residual de árbitros:

Artículo 201.- Designación e instalación de árbitros por el CONSUCODE.-

Cuando el CONSUCODE debe designar árbitros, dicha designación recaerá en profesionales que estén inscritos en el Registro de Árbitros del CONSUCODE.

El CONSUCODE aprobará un Reglamento que establezca el procedimiento y requisitos para la incorporación de los interesados en su Registro de Árbitros.

En caso que las partes no hayan sometido la solución de la controversia a un centro de arbitraje o no hayan pactado sobre el particular, una vez remitido a las partes (a) (s) cartas) de aceptación formal al cargo de árbitro, el CONSUCODE procederá a la instalación del árbitro único o Tribunal Arbitral, de ser el caso. El acto de instalación se registrará por las discusiones administrativas entabladas por el CONSUCODE.

Artículo 202.- Requisitos mínimos para ser incorporado en el Registro de Árbitros del CONSUCODE.-

Para solicitar su incorporación en el Registro de Árbitros, los interesados deberán reunir los requisitos aprobados por el Reglamento que, para el efecto, aprobará el CONSUCODE de acuerdo a lo establecido en el Artículo anterior. Dichos requisitos deberán respetar los mismos señalados en el Artículo 195³⁰.

Obligadamente el segundo párrafo del artículo 201 tiene que ser modificado, a efectos de que quede claro que la intervención del CONSUCODE se limita a actuar como entidad nominadora residual de árbitros en procesos arbitrales *ad-hoc* cuando el sistema de designación pactado por las partes o dispuesto supletoriamente por la LGA (artículos 21 y 22) no haya permitido constituir el tribunal arbitral.

³⁰ Para estos efectos, debería indicarse que el CONSUCODE es la entidad nominadora residual a que se refiere el artículo 23 de la LGA. También habría que establecer un procedimiento de designación particular.

Los siguientes artículos 195 al 198 de este Reglamento, insisten en generar más incertidumbre e imponer requisitos burocráticos al arbitraje.

En efecto, el artículo 195 se permite identificar requisitos especiales que deben tener los árbitros.²¹ Primera duda: ¿se aplica a todos los arbitrajes o sólo cuando el CONSUCODE debe designar a los árbitros? Si bien no hay forma de saberlo a ciencia cierta, parecería que es aplicable de manera general.

Muy bien, ¿y tiene alguna razonable utilidad? Nosotros creemos que ninguna, ya que requisitos como ser persona natural y encontrarse en pleno ejercicio de los derechos civiles ya se encuentran recogidos en la LGA.

Además, el requisito de cinco o más años de experiencia profesional afín a la materia objeto de la controversia es sumamente peligroso, ya que se trata de un supuesto absolutamente subjetivo. ¿Quién decidirá si un profesional cumple con este requisito? ¿Los propios árbitros en caso de recusación? ¿El CONSUCODE? ¿El Poder Judicial?

Por último, el requisito de cumplimiento de las disposiciones administrativas que dicte el CONSUCODE resultaría razonable, pero sólo debería aplicarse a los árbitros que designara esta entidad, y no a todos los árbitros designados por las partes, por los Centros de Arbitraje o por terceros, como al parecer pretende esta norma.

Por otra parte, el artículo 196²² introduce supuestos adicionales de impedimento para ser árbitro, de los ya regulados por el artículo 26 de la LGA.

Nuevamente la norma es inútil, porque recoge supuestos ya contemplados en la LGA y en el Decreto Supremo N° 023-99-PCM (norma administrativa aplicable a todos los funcionarios públicos), y porque además, los demás "supuestos especiales"

²¹ Artículo 195 - Requisitos para designación de árbitros.

1. Para los casos de contratos derivados de licitación pública y concursos públicos, así como de adjudicaciones directas para obras y consultoría de obras, los requisitos mínimos que deben reunir los árbitros son los siguientes:

- a) Ser persona natural;
- b) Encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles;
- c) Tener cinco (5) años o más de experiencia profesional afín a la materia que es objeto de la controversia; y
- d) Cumplir con las disposiciones administrativas que al respecto dicte el CONSUCODE.

2. Para los casos de contratos derivados de adjudicaciones directas, diferentes a las indicadas en el primer párrafo, y de adjudicaciones de menor cuantía, los requisitos mínimos que deben reunir los árbitros son los siguientes:

- a) Ser persona natural;
- b) Encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles;
- c) Tener tres (3) años o más de experiencia profesional afín a la materia que es objeto de la controversia; y
- d) Cumplir con las disposiciones administrativas que al respecto dicte el CONSUCODE.

²² Artículo 196 - Impedimentos para actuar como árbitro.

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros, bajo cualquier modalidad del nombre y del lugar:

- a) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores coactivos;
- b) El personal militar y policial en situación de actividad, con excepción de los profesionales armados;
- c) El Contralor General de la República en procesos en los que participan las entidades que se encuentran bajo el ámbito de la Contraloría General de la República;
- d) Las personas naturales referidas en los incisos a), b), c) y e) del Artículo 8 de la Ley;
- e) Las personas que hayan recibido beneficios, rólidos de alguna de las partes, antes o después de iniciado el proceso de arbitraje, aunque éstas sean de escaso valor;
- f) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboran y dentro de las márgenes establecidos por el Decreto Supremo N° 023-99-PCM, en lo que fuera aplicable;
- g) Los funcionarios y servidores del CONSUCODE.

Los conflictos originados en los incisos b) y f) no constituirán impedimento si las partes acuerdan, expresamente, acobardarse.

regulados en dicho dispositivo ya se encuentran recogidos en la actual LGA como potenciales causales de recusación de árbitros.

Pero, el artículo 197³³ sí que se lleva las palmas. Esta norma que es de aplicación general a todos los arbitrajes regulados por este Reglamento, decide apartarse de lo dispuesto en la LGA³⁴, regulando, se supone, supuestos especiales de recusación de árbitros.

Este artículo es manifiestamente impertinente y contradictorio con lo que ya regula de manera correcta la actual LGA. Es además inútil, porque dentro de los supuestos de falta de condiciones contractuales y legales, como de la existencia de dudas justificadas acerca de la falta de imparcialidad o independencia que regula el artículo 28 de la LGA, se encuentran ya identificadas todas y cada una de las "causales" inventadas por este Reglamento.

Por su parte, aun cuando el artículo 198³⁵ establece reglas especiales en materia de recusación de árbitros aplicables únicamente a los arbitrajes ad-hoc, su existencia es inconveniente porque comete el error de inmiscuirse en asuntos que no son de competencia del CONSUCODE, como son la recusación de los miembros de los tribunales arbitrales.³⁶

En nuestra opinión, la única justificación para la existencia de una norma como la descrita, estaría referida a la intervención del CONSUCODE en caso de recusación de árbitros únicos en procesos arbitrales ad-hoc.³⁷

Por último, el Reglamento incorpora dos disposiciones que entendemos sí son de utilidad: La primera, que prohíbe la procedencia de la apelación contra el laudo arbitral³⁸, evitando de esa manera que por la vía de la imposición en las bases, las

³³ Artículo 197. Causales de recusación de árbitros.

Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causales:

- Las establecidas en el Artículo 196.
 - Las establecidas en el Artículo 307 del Código Procesal Civil.
- * Ver artículo 28 de la LGA.

³⁴ Artículo 198. Procedimiento de recusación de árbitros.

En caso que las partes no hayan acordado la solución de la controversia a un Centro de Arbitraje o no hayan pactado sobre el particular, el procedimiento de recusación se sujeta a las siguientes reglas:

- En caso de árbitro único y tribunales arbitrales no instalados:
 - Se comunicará al Consejo inmediatamente después de conocida la causa que motiva la recusación.
 - El Consejo notificará la recusación al árbitro en el plazo de dos (2) días para que la absolva en el plazo de tres (3) días.
 - Con o sin contestación, vencido el plazo antes indicado, el Consejo procederá a resolverla y notificará en un plazo que no exceda de los cinco (5) días.
- En caso de tribunales arbitrales:
 - Se comunicará a los miembros del Tribunal inmediatamente después de conocida la causa que lo motiva.
 - Los miembros no recusados notificarán la recusación al árbitro para que la absolva en el plazo de tres (3) días. Con o sin contestación, vencido el plazo antes indicado, procederán a resolverla y notificarla en un plazo que no exceda de los cinco (5) días. En caso de empate resolverá el Presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resolverá el de mayor edad.
 - Cuando sean recusados dos (2) o tres (3) árbitros, resolverá el Consejo. Los plazos de notificación a los recusados, de respuesta y notificación son los mismos que los señalados en el párrafo anterior.

Contra la resolución del Consejo y de los árbitros no recusados no procede recurso impugnativo alguno.

El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.

³⁵ Cuando existiera ante la presencia de tribunales arbitrales ad-hoc, el artículo 31 de la LGA dispone que el conocimiento y la decisión de las recusaciones compete en exclusiva al Tribunal arbitral. En cambio, la norma reglamentaria bajo comentario hace intervenir inconscientemente al CONSUCODE.

³⁶ Es decir, en vez de que intervenga el Poder Judicial (artículo 31 de la LGA), lo que nos parece correcto.

³⁷ Artículo 198. Impugnabilidad del laudo arbitral.

El laudo arbitral es impugnabile. En consecuencia, no procede impugnación ante segunda instancia arbitral ni ante el Poder Judicial, salvo el recurso de anulación por las causales previstas en la Ley General de Arbitraje.

entidades estatales impongan este absurdo recurso.³⁹

La segunda, que regula la incompetencia de los tribunales de justicia, la cual, y a diferencia de las reglas de la LGA⁴⁰, obliga a que el Poder Judicial, a pedido de parte o de oficio, se abstenga de conocer cualquier proceso judicial relacionado a la LCAE⁴¹, lo que es una obvia consecuencia del carácter exclusivo y privativo del arbitraje en esta materia.

III. MODIFICACIONES QUE DEBEN REALIZARSE CUANTO ANTES

En base a todo lo expuesto, consideramos que el Capítulo II del Título IV del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM – Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- debe ser inmediatamente sustituido por un régimen legal que cumpla con lo siguiente:

1. Reconozca expresamente la aplicación de la Sección Primera de la LGA⁴², salvo respecto de algunos temas puntuales que proponemos más adelante.
2. Reconozca en las partes la facultad de establecer libremente si desean someterse a un arbitraje institucional o a uno *ad-hoc*, identificando dentro de sus normas las cláusulas modelo recomendadas por las instituciones arbitrales constituidas en el país y proponiendo una cláusula modelo tipo para arbitrajes *ad-hoc*.
3. Si las partes pactan el sometimiento a un arbitraje institucional, sólo será de aplicación lo dispuesto en el reglamento arbitral respectivo, dentro de los límites dispuestos por la LGA y las pocas normas especiales que identificamos seguidamente.
4. Si las partes pactan un arbitraje *ad-hoc*, el CONSUCODE sólo intervendrá como entidad nominadora residual de árbitros dentro del marco legal establecido por la LGA, y como responsable en caso de recusación de tribunales arbitrales unipersonales.
5. Si las partes no suscriben un convenio arbitral, se entenderá incorporado de pleno derecho un acuerdo de arbitraje *ad-hoc*, el que, además, deberá establecer la forma de determinar el número de árbitros, considerando el tipo de contrato que se trate o la cuantía de la controversia.
6. Por último, las normas especiales que deberán mantenerse son:

³⁹ Recordamos que el artículo 62 de la LGA permite que las partes pacten el recurso de apelación, ante una segunda instancia arbitral o ante el Poder Judicial.

La norma bajo comentario hace bien en prohibir esta posibilidad, que, de no haberlo, probablemente sería impugnada en todas las bases y contratos regulados por el Reglamento.

⁴⁰ Ver artículo 16 de la LGA.

⁴¹ Artículo 190 - Independencia de la Jurisdicción Arbitral -

En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, nulidad, rescisión, resolución, ejecución o interpretación de los contratos y en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje obligatorio conforme al presente Subcapítulo, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivarlo definitivamente del proceso en el estado en que éste se encuentre.

⁴² RUIZMILLERCAMINITI, Franz. Obligabilidad del arbitraje y otras tesis de pacificación de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, ob. cit., p. 200. "El Arbitraje del Estado y el arbitraje en general" ya cuentan con un marco jurídico apropiado en la Lpdr (LGA). La Lpdr (LGA) amplifica únicamente el acceso al arbitraje por parte del Estado, armonizando ello con las tendencias contemporáneas reconocidas en el derecho comparado y en el derecho internacional".

- La exigencia de que los arbitrajes tengan que ser de derecho.⁴³
- La posibilidad de que cuando se arbitre con tribunales arbitrales, sólo el presidente tenga que ser abogado.
- La norma que prohíbe el recurso de apelación.
- La disposición sobre la incompetencia del Poder Judicial.

Creemos que si se implementan nuestras propuestas, se logrará una plena vinculación entre la LGA y la LCAE, posibilitando de esa manera una correcta y eficiente utilización del arbitraje en todos los conflictos que se deriven de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado.

Queda, sin embargo, un último tema por analizar: ¿La LCAE permite que el Estado peruano pueda pactar el sometimiento de los conflictos al Arbitraje Internacional, e inclusive que se arbitre fuera del país?

De una simple lectura de la LCAE y su Reglamento, entendemos que estaría vedada la posibilidad de arbitrar fuera del país (Arbitraje Extranjero), e inclusive, de aplicar en el país la Sección Segunda de la LGA referida al Arbitraje Internacional, salvo en los supuestos identificados en la Tercera Disposición Complementaria de la LCAE, que dispone lo siguiente: *"Las adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales, se sujetarán a las disposiciones establecidas en dichos compromisos cuando sean normas uniformes aplicadas a nivel internacional y cumplan con los principios que contempla la Ley".*⁴⁴

En otras palabras, sólo si los convenios internacionales identifican el acceso al Arbitraje Internacional o al Arbitraje Extranjero, será posible arbitrar dentro o fuera de nuestras fronteras.⁴⁵

⁴³ En ese sentido, compartimos la opinión de GARCÍA CALDERÓN MOREIRA, Gonzalo. Análisis del Arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ob. cit., p. 148, "… tratándose de los intereses del Estado representados en una persona jurídica de derecho público o privado, no se debe dejar al... criterio subjetivo de los árbitros en equidad la resolución del conflicto, sino que debe basarse en una interpretación jurídica y al amparo de la ley determinada y tomando en cuenta en su decisión la prueba que respalde el derecho invocado".

⁴⁴ La Séptima Disposición Complementaria del Reglamento de la LCAE dispone además lo siguiente: "En las adquisiciones y contrataciones bajo el ámbito de la Tercera Disposición Complementaria de la Ley y del Decreto Ley N° 25565, en caso de vacío o deficiencia en la regulación de los procesos de selección convocados, serán de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley y el presente Reglamento. En un o otro supuesto corresponderá al CONSUJCODE supervisar el cumplimiento de los principios que rigen los procesos de selección contemplados en el Artículo 3 de la Ley".

Si el vacío o deficiencia a que se refiere el párrafo anterior están entendidos al procedimiento o a las reglas para la determinación de la competencia en la solución de controversias e impugnaciones, corresponderá al CONSUJCODE resolver la controversia y/o impugnación suscitada en calidad de última instancia administrativa.

En los casos a que se refiere el numeral 2) del artículo 16, las entidades proponentes de salud deben conducir directamente los procesos de selección y, excepcionalmente, podrán delegar los mismos a organismos o instituciones internacionales siempre que estos se comprometan a aplicar las normas peruanas que regulan la participación de la industria nacional en dichos procesos. Estos deben desarrollarse conforme a la Ley y el presente Reglamento".

⁴⁵ Así, por ejemplo, el Decreto Ley N° 25565 que crea el sistema de licitación y concursos denominado "Evaluación Internacional de Procesos", autoriza a que mediante Resolución Suprema los organismos del sector público y las empresas del Estado puedan otorgar a entidades especializadas la realización de sus procesos de licitación pública para la adquisición de bienes, servicios y la ejecución de obras y los concursos de méritos para la contratación de consultorías, supervisiones, peritajes, estudios, asesorías e inspecciones (artículo 1).

De conformidad con el artículo 2, estas entidades especializadas son organismos internacionales, multilaterales de crédito o agencias de gobierno y entidades consultoras o asesoras de ámbito internacional.

Por su parte, el artículo 5 dispone que los "... procesos de licitación pública o concurso de méritos sometidos al sistema a que se refiere el artículo 10, del presente Decreto Ley se regirán por sus bases... y no las seccin de aplicación el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULOOP), la Ley N° 27074 y su Reglamento... ni otros reglamentos que pudieran aplicarse para la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras".

Por último, el artículo 12 establece que "... las controversias derivadas de los contratos a que se refiere este Decreto Ley podrán ser sometidas a procedimientos de arbitraje, de acuerdo a lo ley de la materia" es decir, la LGA.

Si bien nos parece lógico que en las adquisiciones y contrataciones realizadas a partir de convenios internacionales se pueda someter una controversia al Arbitraje Internacional o al Arbitraje Extranjero, ya que es de esperar que los proveedores generalmente serán empresas extranjeras, nos preocupa lo limitado del sistema.

Nos explicamos: imaginemos que el Banco Central de Reserva requiere adquirir una maquina sofisticada para acuñar monedas que sólo la pueden proveer empresas extranjeras y que, para esos fines, convoca a una licitación pública convencional (es decir, en base a las normas de la LCAE).

En este ejemplo, lo más probable es que si en las bases se oferta el sometimiento a arbitraje, pero bajo las reglas del Arbitraje Nacional y con las limitaciones que establece el Reglamento, pocos proveedores internacionales estarán dispuestos a presentarse, ya que como es lógico de esperar, al ser su contraparte el Estado peruano, el interés por la neutralidad obligaría a arbitrar en un tercer estado.⁶⁶

Creemos, en consecuencia, que al momento de modificar el Reglamento de la LCAE debería expresamente autorizarse la posibilidad de pactar el Arbitraje Internacional o el arbitraje fuera del país (Arbitraje Extranjero) al amparo del artículo 92 de la LGA, cuando se trate de un proveedor o contratista domiciliado fuera del país.

Mientras no se proceda a realizar las modificaciones que proponemos, las disposiciones de la LGA sólo serán plenamente aplicables cuando no correspondía observar la LCAE y su Reglamento.

IV. CONCLUSIONES

El Estado peruano efectivamente viene arbitrando los conflictos comerciales con los particulares (nacionales y extranjeros).

Esta decisión del Estado peruano de arbitrar no ha sido ni es gratuita: detrás de esa decisión está el reconocimiento de que es mediante la práctica del Arbitraje que el Estado puede contratar en mejores condiciones la provisión de los bienes y servicios que requiere o vender aquellos que produce o provee.

Si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones del intercambio).

Exactamente lo mismo sucedería en caso el Estado quisiera colocar sus

⁶⁶ OREMADES SANZ-PASTOR, Juan A. *La neutralidad en el Arbitraje: La Ley, el Lugar y la ley aplicable al Arbitraje*. En: Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional. Centro de Estudios Comerciales (CEOC), 2da Ed., 1983, p. 46. "... en la mayor generalidad de los casos, las partes... van a un arbitraje comercial internacional... para obtener la neutralidad".

Neutralidad, no en el sentido de que el juzgador sea imparcial: esta imparcialidad también la encuentran ante la jurisdicción nacional. Neutralidad, en el sentido de igualdad de las partes ante el juzgador.

Efectivamente, una parte está siempre favorecida ante un juez nacional, por muy imparcial que sea éste. En efecto, para ganar un procedimiento se requiere demostrar que se tiene razón, y en esta demostración, la comunicación juega un papel importante.

Una parte puede comunicar mucho mejor ante un juez nacional que ante un juez extranjero: existen una serie de razonamientos, una identidad de puntos de vista, una similitud de raciocinio jurídico que hacen que una parte anterior mucho más fácilmente con su juez nacional que con un juez extranjero.

(...)

En el arbitraje comercial internacional, las partes se encuentran ante una situación de igualdad. ...

productos o vender sus servicios. De no poder arbitrar las controversias, muy pocos comprarían los bienes producidos por el Estado o contratarían sus servicios y lo harían en condiciones menos competitivas. Justamente por ello es que se dictó hace muchos años el Decreto Legislativo N° 216, posibilitando de esa manera que las empresas del Estado pudieran vender sus productos fuera del país, sometiendo sus conflictos al Arbitraje.

En consecuencia, cualquier acción estatal tendiente a desconocer la vía arbitral inevitablemente generará un encarecimiento de las condiciones de contratación con el Estado, en desmedro directo de sus propios intereses.

Por estas razones, nos sorprende sobremanera el contenido del artículo 23 de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - que dispone que las *“decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje”*.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal (k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.⁴⁷

En nuestra opinión, normas como ésta simplemente encarecerán las condiciones contractuales y generarán mayor incertidumbre, ya que sin razón alguna un mismo contrato podrá ser sometido al Arbitraje y al Poder Judicial, con el agravante de que en el caso del Poder Judicial, la solución de las controversias tomará al menos tres años.

⁴⁷ Artículo 22 - Atribuciones

Las atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

Y. J.

Al Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de los mayores predicciones de supervisión en los casos relativos a los adicionales de obra, cuyos máximos estén en los previstos en la Ley de Compras y Adquisiciones del Estado, y en el Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento”.