

El Arbitraje Administrativo en la contratación pública peruana: ¿evolución o contradicción?



SERGIO ALBERTO TAFUR SCAGLIA^(*)

Abogado por la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de ADV Editores – Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El porqué de su implementación.
- III. Características propias y casuística relacionada.
- IV. Con la regulación actual, ¿estamos ante una nueva figura o ante un arbitraje “administrativizado”?
- V. Comentario final y conclusiones.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 30 de abril de 2020.



(*) El autor agradece especialmente a Sandro Espinoza Quiñones por la revisión y recomendaciones al presente artículo.

RESUMEN:

Con el devenir de la modernidad han surgido relaciones comerciales de diversa índole que han derivado en nuevos tipos de conflicto y que requieren una particular atención. Este contexto ha demostrado, con meridiana claridad, que las instancias ordinarias del Derecho no tienen el *expertise* necesario para afrontar este tipo de problemas. Así, el Derecho moderno, al ser un fenómeno social, ha ido adaptándose a esta evolución. En ese ámbito, es donde progresivamente el arbitraje ha tomado mayor relevancia con los años. Actualmente, los estamentos legales tradicionales, como el Poder Judicial, más allá de su evidente impericia en ciertas materias, no se dan abasto para solucionar con eficiencia las controversias sometidas a su jurisdicción. En virtud de ello, el Estado peruano, dentro de su marco legal, ha dispuesto a la figura del arbitraje como un medio para evitar los tribunales judiciales nacionales a fin de resolver las disputas entre entidades gubernamentales y privados. A tal punto que el mismo Estado en su Ley de Contrataciones con el Estado del año 2008 —publicada mediante el Decreto Legislativo 1017— mencionó el concepto de arbitraje administrativo, el cual aún es usado en nuestros días sin tener una definición clara y precisa. El objeto del presente artículo pretende desarrollar esta figura partiendo del por qué de la misma y analizar si esta encuentra una razón de existir en el contexto actual de Contrataciones con el Estado o si la misma constituye una quimera jurídica aún en formación. En suma, nuestra intención en las siguientes líneas, sin ser exhaustivos, es dar una breve reflexión sobre lo que de cara al arbitraje importa la regulación del arbitraje administrativo y analizar si esta figura ya existe en el marco actual o, por el contrario, nos encontramos ante una burocratización de la figura.

Palabras clave: arbitraje, contratación pública, arbitraje administrativo, sistema judicial, justicia, Estado peruano, interés general.

ABSTRACT:

Due to modern times, many commercial relations have emerged and have led society to new types of conflict that require to be analyzed with particular attention. This context has shown that the ordinary instances of law do not have the necessary knowledge to face this type of conflicts. Thereby, modern law, as a social phenomenon, has adapted to this evolution. This is where arbitration has progressively become more relevant over the years. Because traditional legal branches, such as the Judiciary system, are not efficient enough to resolve disputes in their jurisdiction. By virtue of this, the Peruvian State, within its legal framework, has established the figure of arbitration as a means of bypassing national judicial courts in order to settle governmental and private entity disputes. To such an extent that the government itself in its Public Procurement Act of 2008 —published through Legislative Decree 1017— mentioned the concept of “administrative arbitration”, which is still used today without having a clear and precise definition. The purpose of this article is to develop this figure based on the reason for its creation and to analyze whether this figure finds a reason to exist in the current context of public procurement or if it constitutes a legal chimera still in the making. Therefore, our intention in the following lines, without being exhaustive, is to give a brief reflection on the importance of administrative arbitration regulation regarding the concept of arbitration and to analyze if this figure already exists in the current Peruvian framework or, on the contrary, if we are before the bureaucratization of the institution.

Keywords: arbitration, public procurement, administrative arbitration, judicial system, justice, Peruvian government, common interest.

I. INTRODUCCIÓN

La historia nos ha demostrado que el humano, por su naturaleza, es un ser social que requiere de la coexistencia con otros de su misma especie para sobrevivir. Así, desde tiempos inmemoriales sabemos que esa coexistencia ha sido reglada por diversos cánones sociales que han evitado la autotutela por la fuerza o vías análogas, que en el peor de los casos, hubieran determinado la extinción de la sociedad como la conocemos.

En ese orden de ideas es que, ante los supuestos de conflicto suscitados entre los humanos, sur-

gió la necesidad de garantizar una coexistencia pacífica y segura, derivando la solución de los problemas ante un tercero dirimente. La figura de este tercero ha ido variando desde la antigüedad donde la decisión de los jefes de tribu era vinculante para las partes en conflicto hasta su posterior adaptación a las diversas culturas globales donde se desarrolló una figura encargada de solucionar las controversias suscitadas.

Con el pasar de los años, el cambio fue determinante ante la evolución de los sistemas sociales, la creación de sistemas urbanos, las nuevas necesidades comerciales y la propia evolución de los sistemas políticos, económicos y jurídicos.

Surgieron nuevas controversias que muchas veces no podían ser abordadas por los estamentos legales establecidos, y que por la antigüedad de la época eran limitados, de modo que se hizo necesaria la creación de nuevas alternativas para solucionar conflictos.

De esta manera es como se ha dado una progresiva y escalonada evolución de esta figura, desde el prototipo que las sociedades antiguas implementaron hasta lo que hoy entendemos por “arbitraje”, anticipando así cual “crónica de una evolución anunciada”, los antecedentes de lo que en el futuro sería una de las figuras del intercambio comercial europeo más importantes, y posteriormente el mecanismo de solución de controversias comerciales y de inversión por antonomasia en el mundo.

En ese contexto cabe preguntarse, “¿qué es el arbitraje?”. Pues bien, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos donde un tercero dirimente —árbitro— tiene por objeto resolver un determinado conflicto de intereses. Esta figura es de naturaleza eminentemente privada, es decir, son las propias partes quienes, en ejercicio de su voluntad, deciden, por medio de un acuerdo de arbitraje, recurrir a este tercero siendo ello una alternativa al Poder Judicial y donde la decisión de este árbitro es vinculante para quienes recurren a esta figura.

Como bien hemos explicado esta figura es de naturaleza privada, sin embargo, muchas veces el Estado, por su practicidad y características propias, lo ha determinado como un mecanismo obligatorio para la solución de determinados tipos de conflictos.

Esta imposición del arbitraje ha sido duramente cuestionada, puesto que, al tener su origen en la propia voluntad de las partes, en principio, no debería de ser determinada por el Estado ya que ello incide en la autonomía de voluntad de

las partes; específicamente en lo referido a la libertad contractual, pues trasgrede la libertad de las partes para determinar el contenido del contrato y por ende el mecanismo en virtud del cual quieren dirimir sus controversias.

Así, por ejemplo, en el Perú —país de origen del suscrito—, tenemos que esta figura es considerada de carácter obligatorio para diversos marcos legales como contrataciones con el estado, seguros, obras por impuestos, asociaciones público-privadas, entre otros.

Como bien podemos apreciar, los marcos previamente mencionados son propios del Derecho Administrativo. Ello, debido a que el Estado peruano ha preferido dirimir determinadas controversias de esta materia en arbitrajes. Esto se debe a diversas razones, ya sea porque las materias controvertidas requieren de un determinado grado de *expertise* y mayor conocimiento de la materia objeto de análisis, o porque los árbitros se avocan directamente a la revisión del procedimiento evitando las dilaciones propias de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, tenemos que en España desde hace ya algunas décadas se ha tratado la figura del arbitraje administrativo¹, entendido como aquel mecanismo mediante el cual la administración pública impone a las partes pactar que los conflictos de intereses surgidos en determinados marcos jurídicos sean resueltos en la vía del arbitraje. Esta misma figura se ha pretendido incorporar en el Perú y, es más, distintos dispositivos normativos ya han hecho referencia tanto directa como indirecta a este nuevo concepto que tiene caracteres únicos y propios que, sin embargo, deben de ser analizados con suma cautela.

Más allá que estemos de acuerdo o no con esta figura, consideramos pertinente traer a colación los siguientes aspectos en torno a los cuales girará la discusión del presente artículo:

1. Ignacio Granado Hijelmo, «El arbitraje en Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones sobre su fundamentación» *Revista Jurídica de Navarra*, (2005): 39-56.

- a) El por qué de su implementación.
- b) Características propias y casuística relacionada.
- c) Con la regulación actual: ¿estamos ante una nueva figura o ante un arbitraje “administrativizado”?
- d) Conclusiones y comentario final.

II. EL PORQUÉ DE SU IMPLEMENTACIÓN

Como hemos especificado previamente, con el pasar de los años y la consecuente evolución tecnológica, el mundo del Derecho se ha interesado en estudiar y regular nuevas materias, lo cual ha derivado al desarrollo de nuevas especialidades y, por ende, en el surgimiento de nuevos conflictos que, por su propia especialidad, requieren de un nivel de especificidad y conocimiento más acucioso.

Visto desde ese punto, muchas veces el sistema de justicia ordinario —el Poder Judicial— no está en la capacidad de dar solución a determinados conflictos de intereses por la propia especialidad requerida para entender la controversia. Así, en la actualidad, hay muchos casos donde los jueces no llegan a entender la complejidad de una determinada materia y, por ende, no dan una solución acertada a la controversia.

Ahora bien, analicemos esto bajo la óptica del Estado peruano. En el Perú, el Poder Judicial aún mantiene una serie de taras que hacen inviable someter asuntos de particular complejidad ante su jurisdicción, que para mayor ahondamiento aterrizaremos en términos prácticos.

Empecemos. Existen estudios en el Perú² que demuestran que el tiempo promedio de un juez para la calificación de una demanda es de 30 días —es decir, 15 veces más que los 2 días establecidos en el artículo 153 del Código Procesal Civil Peruano—. Si a ello le sumamos el constante aumento de la carga procesal que tiene el Poder Judicial —que al año 2018 se acercaba a más de 3 millones de casos—, ten-

dremos como resultado un tiempo aún mayor para resolver la controversia.

Entonces, supongamos que estamos en el marco de contratación pública, donde la empresa “A” está en plena construcción de un puente para la entidad estatal “B”. Así, en el marco de la ejecución, “A” pide una ampliación de plazo contractual que, de no otorgarse, impedirá la continuación de la ejecución del proyecto.

No obstante, la causal alegada por “A” no es aceptada por “B” y por ende la ampliación de plazo es denegada. Ello generará un conflicto de intereses, por un lado, el contratista “A” buscará ampliar el plazo establecido y, por otro, la entidad “B” defenderá el hecho de que la causal no justifica la ampliación solicitada.

Ahora bien, imaginemos que esta controversia no se tuviera que dirimir en arbitraje sino ante el Poder Judicial. Allí, la sola calificación de la demanda se demorará cuando menos 30 días, lo cual implica una paralización total de la obra por ese periodo de tiempo y que, traducida en términos económicos, es una grandísima pérdida para el contratista y un tremendo costo económico-social para el Estado.

Así pues, como nuestro caso existen miles dentro del marco de contrataciones peruano y no solo en dicho rubro sino también en seguros, protección al consumidor, entre otros. Donde más allá del *expertise* de un árbitro, en contraste con el conocimiento genérico de un juez, la eficiencia en el tiempo es eficiencia económica para las partes.

El Estado peruano no ha sido ajeno a dicho pensamiento y lo ha acogido, puesto que en determinadas materias ha establecido que el mecanismo de solución de controversias sea el arbitraje.

Así tenemos que, por ejemplo en Perú, la Ley de Contrataciones con el Estado en su artículo

2. Gaceta Jurídica, *La justicia en el Perú: cinco grandes problemas* (Lima: Gaceta Jurídica, 2018).

45, la Ley de Obras por Impuestos en su artículo 16, la Ley de Asociaciones Público Privadas en su artículo 132 y hasta el Código de Protección y Defensa del Consumidor —que lo enuncia como un mecanismo optativo— en su artículo 145, han dispuesto al arbitraje como medio para dar solución a los conflictos suscitados en el marco de una relación jurídica patrimonial preexistente.

Dentro de ese contexto, en el año 2008, con la publicación de una de las varias modificaciones de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, el Decreto Legislativo 1017 y el Reglamento publicado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, se trajo a colación a la legislación peruana el concepto de “arbitraje administrativo” sin dar una mayor explicación del mismo ni un desarrollo legislativo posterior.

No obstante, ante esta nueva figura surgieron una serie de incógnitas: ¿cuál es la finalidad de agregar la palabra “administrativo”? ¿Tiene alguna regulación especial? ¿Cuál es su naturaleza?

III. CARACTERÍSTICAS PROPIAS Y CASUÍSTICA RELACIONADA

Para dar respuesta a las preguntas planteadas en el acápite anterior, cabe preguntarse si estamos ante un conflicto común y corriente o nos encontramos ante un panorama diverso donde se requiere de una particular atención.

Para entender ello, debemos analizar una serie de aspectos de neurálgica importancia partiendo de la premisa de los intereses en juego. Como hemos podido apreciar, las controversias sometidas a “arbitraje administrativo” son determinadas especialidades en la materia y que, a su vez, están directamente relacionadas con un concepto muy propio de esta rama: “el interés público”.

Esta figura busca resguardar el interés de la población en general, priorizando el beneficio de la mayoría por sobre el del particular. Así, el Estado tiene como premisa esencial su protección. Esto es entendido por Rodríguez Arana³ de la siguiente manera:

“Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos, pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, la cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.”

Así pues, el Estado tiene como una de sus principales obligaciones proteger los intereses de la población en general, lo cual termina por evidenciar una razón adicional para que no pueda someter sus controversias ante el mismo Poder Judicial; siendo que, en ese caso, ocupará la posición de juez y parte, lo cual es evidentemente cuestionable desde la óptica de las garantías del debido proceso⁴.

Es por ello, que se debe analizar la figura del “arbitraje administrativo” en el Perú, pues el Estado, en sus propias leyes especiales, ha delimitado un marco para los arbitrajes que rigen materias de particular interés para la población en general.

El más claro ejemplo de esa regulación estatal se evidencia en el marco de la contratación pública, un contexto donde el “interés general” se encuentra en juego constantemente, las necesidades públicas “a flor de piel”, donde se analiza desde la adquisición de sillas para la atención al público en una entidad, hasta la construcción de un hospital que garantice el acceso a la salud para los pobladores de una determinada región.

3. Jaime Rodríguez Arana, «Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del Poder para la Libertad», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 2 (2006): 84-101.

4. Ignacio Granado Hijelmo, «El arbitraje en Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones sobre su fundamentación», *Revista Jurídica de Navarra*, (2005): 39-56.

Dentro de ese marco, la Ley de Contrataciones con el Estado peruano vigente⁵, ha dispuesto una serie de características especiales para los arbitrajes en aras de proteger los intereses del Estado y determinar una decisión lo más justa posible.

En ese contexto, existen disposiciones que guardan absoluta coherencia con los fines buscados, por ejemplo, el requerimiento de que el arbitraje sea estrictamente de Derecho y, por ende, con un laudo debidamente motivado. Asimismo, que los árbitros encargados de dirimir este tipo de controversias cuenten con estudios de especialización en materias como Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

Por otro lado, también existen otras disposiciones que han sido objeto de duras críticas por la doctrina peruana, pues en ese intento de regulación el Estado ha demostrado una evidente amnesia en conceptos básicos del arbitraje, como el de la paridad entre las partes, aspecto que trataremos más adelante.

Esa coyuntura, sumada a la experiencia peruana en la operación internacional “Lava Jato”, destapó el lado del arbitraje que muchos no queríamos ver, donde algunos árbitros —actuando contra los estándares éticos esperados— fueron partícipes de actos de corrupción, al cobrar por la emisión de laudos arbitrales a favor de ciertos contratistas cuya influencia llegaba hasta las más altas esferas del gobierno⁶.

Estos nuevos escándalos de corrupción determinaron que la imagen del arbitraje como mecanismo de solución de controversias sea duramente cuestionada por la población en general. Así, el Estado peruano, en una “para-

noia tóxica”, mediante su Ministerio Público inició una serie de investigaciones contra distintos árbitros, a la que mediáticamente se le llamó el caso “Arbitrajes”.

En este proceso, al mismo estilo de una caza de brujas, el Ministerio Público solicitó la prisión preventiva de los árbitros imputados basándose en indicios; y aún bajo ese criterio, el Poder Judicial impartió una “justicia” mediática y populista, sin analizar correctamente las pruebas y sin valorar debidamente los argumentos presentados por los imputados.

Ello, por su parte, dejó un sinsabor en la comunidad arbitral, puesto que los argumentos usados por los fiscales encargados del caso comportaron explicaciones de diversas entidades arbitrales nacionales e internacionales al Estado peruano respecto al funcionamiento del arbitraje.

Ese contexto, nutrido por el pensamiento inquisitivo del Estado, propició la emisión de una regulación incisiva en el marco del arbitraje demostrando así una marcada improvisación del Estado que terminó en una serie de críticas hacia su actuación.

Las primeras objeciones fueron previas al inicio del caso “Arbitrajes” y saltaron en virtud al Proyecto de Ley 1774 —2017— mediante el cual el Ministerio Público planteó modificar el artículo 425 del Código Penal peruano a efectos de considerar como funcionarios o servidores públicos a los árbitros, siempre y cuando las entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral.

5. Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado —LCE— y su Reglamento —RLCE— publicado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo 277-2019-EF.
6. Alonso Bedoya Denegri, «Lessons from Perú’s Legacy in Public Procurement: A Successful Approach to Follow Mistakes and to Avoid», *Kluwer Arbitration Blog*, 14 de diciembre de 2018. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/14/lessons-perus-legacy/>.

Ello nos lleva a la siguiente duda: ¿un árbitro puede ser considerado funcionario público? Es decir, ¿el árbitro de una controversia puede ser “considerado” como trabajador de una de las partes sometidas a su decisión? A nuestro parecer, la propuesta atenta contra el principio de independencia y contra la propia naturaleza del arbitraje pues considerar al resolutor de la controversia como servidor o funcionario de una de las partes, implica un claro desequilibrio en el arbitraje más allá de que, evidentemente, compromete la decisión emitida.

En los años siguientes el Estado ha seguido demostrando esa intención, insistiendo en la necesidad de regular el arbitraje. Así, el gobierno actual mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, de fecha 26 de enero de 2020, emitió una serie de disposiciones regulando la Ley de Arbitraje peruana, en los casos donde el Estado sea parte, bajo la premisa de “asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afecten los intereses del Estado y que generen graves consecuencias económicas al país.”⁷

No vamos a negar que las intenciones de reducir los actos de corrupción por parte del gobierno son buenas; es más, la mayoría de la población, poco instruida en la materia arbitral, ha aplaudido la medida, sin embargo, consideramos pertinente traer a colación una serie de aspectos que terminan por desnaturalizar la esencia del arbitraje creando una entelequia distinta con sus propias reglas: el arbitraje administrativo.

No obstante, agregar el término “administrativo” al concepto arbitraje, tiene una implicancia mucho más profunda en lo que respecta a las facultades del Estado de regular los parámetros de actuación del arbitraje, en especial, en los que el mismo Estado es parte.

Así, la doctrina peruana, en un intento por no dejar en el limbo esta creación, ha enlistado algunas características que describen la figura:

“El arbitraje administrativo es un mecanismo de solución de conflictos siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

- a) Que al menos una de las partes sometidas a este mecanismo de solución de controversias sea una entidad de la Administración Pública.*
- b) Que ambas partes hayan acordado voluntariamente o por sometimiento a la ley, solucionar la materia de controversia a arbitraje.*
- c) Que la norma o normas aplicables sean preferentemente de orden público.*
- d) La administración no pierde sus facultades de ius imperium; sin embargo, debe cumplir con los mandatos emitidos en el arbitraje.”⁸*

No obstante, la regulación positiva de esta figura jurídica aún es una incógnita en el marco legal peruano, sin embargo, el Decreto de Urgencia 020-2020 ha dado atisbos de lo que se pretende con la misma.

Así, el referido Decreto de Urgencia, al modificar la Ley de Arbitraje vigente, ha abordado una serie de aspectos que consideramos pertinente analizar, puesto que muchas de las nuevas incorporaciones planteadas resultan inaplicables al contextualizarlo con las leyes especiales ya existentes.

Por ello, en el presente cuadro ilustrativo procederemos a comparar lo que expresa la Ley de Contrataciones con el Estado vigente con lo dispuesto en las recientes disposiciones del Decreto de Urgencia que modifican la Ley de Arbitraje:

7. Quinto párrafo de los considerandos del Decreto de Urgencia 020-2020, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

8. Cesar Rubio Salcedo, *Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2013).

Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado —en adelante, “LCE”— y su Reglamento —en adelante, “RLCE”— publicado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo 277-2019-EF.	Decreto de Urgencia 020-2020 que modifica el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje Peruana.
<u>Artículo 225, numeral 3: Cuándo un arbitraje es <i>ad hoc</i> y cuándo es institucional</u> El RLCE plantea que las partes pueden recurrir a un arbitraje <i>ad hoc</i> cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a S/ 5’000,000.00 —cinco millones de Soles—.	<u>Artículo 7: Cuándo un arbitraje es <i>ad hoc</i> y cuándo es institucional</u> La modificación radica en establecer la posibilidad de pactar arbitrajes <i>ad hoc</i> —en los que el Estado es parte— siempre y cuando la cuantía controvertida sea menor a 10 UIT —Unidades Impositivas Tributarias—, en todos los demás casos el arbitraje deberá ser institucional y de derecho, salvo en el caso de las asociaciones público-privadas donde por criterios de carácter técnico el arbitraje deberá ser de conciencia.
No se prevén medidas cautelares ni su caución juratoria en la Ley de Contrataciones con el Estado, esta figura se encuentra ligeramente descrita en la Ley de Arbitraje, sin embargo, la aplicación de esta figura se hace por remisión.	<u>Artículo 8: Inclusión de la fianza bancaria como contracautela</u> Se dispuso la eliminación de la caución juratoria para medidas cautelares y la inclusión de las fianzas bancarias como contracautela, debiendo ser establecida por el juez o el tribunal arbitral por un monto mayor o igual a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.
<u>Artículo 231: Impedimentos para ser árbitro</u> - El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos. - Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz. - Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos. - Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral. - El Contralor General de la República y los Vicecontralores.	<u>Artículo 21: Incompatibilidad</u> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias.

- f) Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo.
- g) Los gobernadores regionales y los alcaldes.
- h) Los directores de las empresas del Estado.
- i) El personal militar y policial en situación de actividad.
- j) Los funcionarios y servidores públicos, en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
- k) Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
- l) Los sometidos a procedimiento concursal.
- m) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
- n) Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
- o) Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
- p) Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.
- q) Los que tengan sanción o suspensión vigente impuesta por el Tribunal.
- r) Las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDE-RECI), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa, así como en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido por el tiempo que establezca la Ley de la materia, y en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.
- s) Las personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM).
- t) Las personas a las que se refiere el literal m) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

En los casos a que se refieren los literales h) y j) del numeral precedente, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Artículo 234, numeral 2: El procedimiento de recusación

En los arbitrajes ad hoc y en los administrados por el SNA-OSCE, la recusación es resuelta por el OSCE, en forma definitiva e inimpugnable, conforme al procedimiento establecido en la directiva correspondiente, salvo que las partes hayan acordado que la recusación sea resuelta por una institución arbitral acreditada.

No se prevé el abandono en el arbitraje de acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Artículo 240: Información que se registra en el SEACE

Los árbitros e instituciones encargadas de administrar los medios de solución de controversias cumplen con registrar en el SEACE, en las condiciones, forma y oportunidad establecidas en la Directiva correspondiente, la siguiente información:

- a) Las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se re-

Artículo 29: El procedimiento de recusación

Conforme a la nueva norma, los procedimientos de recusación, serán directamente analizados por la Cámara de Comercio de la localidad del arbitraje en lugar del OSCE, siendo nulo todo acuerdo donde se disponga la posibilidad de que los miembros del Tribunal Arbitral resuelvan las recusaciones planteadas contra el o los recusados.

Artículo 50-A: Abandono

En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral. —El subrayado es nuestro—.

La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

Artículo 51, numeral 3: Confidencialidad y Publicidad

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc

suelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas. b) Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas. c) Documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva. d) Relación trimestral de solicitudes de arbitraje ingresadas y procesos arbitrales en trámite y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso. e) Nómina de Árbitros de la institución arbitral actualizada y la información de cada uno de los árbitros que integran dicha nómina. f) Actas de Instalación o el documento que haga sus veces.	asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.
<u>Consecuencias de la anulación:</u> No existe una disposición clara para ese extremo en la LCE ni en su Reglamento, sin embargo, se entiende que el laudo una vez anulado se remite a los árbitros para que nuevamente emitan el laudo arbitral correspondiente, enmendando el error con la causal anulada. No obstante, el <u>numeral 1 del artículo 234 establece que son causales de recusación únicamente las siguientes:</u> a) Cuando se encuentren impedidos conforme al artículo 233 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 233. b) Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral. c) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.	<u>Artículo 65, numeral 1, inciso b): Consecuencias de la anulación</u> En el caso de la anulación de laudo se procede de la siguiente manera, en los arbitrajes, en los que participe el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó o en su caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado.

Como consecuencia de esta comparación, podemos concluir con meridiana claridad que existe una clara intromisión del Estado al regular materias especiales en una ley de carácter genérico y eminentemente privado como lo es la Ley de Arbitraje peruana, la cual se aplica de forma supletoria a las leyes especiales y en su mayoría a las relaciones entre particulares.

Por consiguiente, las disposiciones agregadas por el Decreto de Urgencia, en muchos supuestos, entran en conflicto con las disposiciones de la Ley de Contrataciones con el Estado y, entonces, siendo que en el Perú prima el criterio de especialidad, se debe preferir la aplicación de la norma especial por sobre las modificaciones recientemente realizadas.

Lo expuesto, pone en tela de juicio la legitimidad y validez de las nuevas disposiciones emitidas. A modo de ejemplo, una de las reglas que más llama nuestra atención es la siguiente:

“Consecuencias de la anulación: En el caso de la anulación de laudo se procede de la siguiente manera, en los arbitrajes, en los que participe el Estado Peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó o en su caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado”.

En el Perú, un análisis realizado en la Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima entre los años 2009 y 2017 ha demostrado lo siguiente: de 821 recursos de anulación de laudo presentados en Lima, 485 fueron planteados por defectos en la motivación y 65 de ellos fueron declarados fundados⁹. Ello, debido a lo contenido en la Décimo Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje peruana que califica a la anulación de laudo arbitral como la vía idónea e igualmente satisfactoria para recurrir ante la vulneración de los derechos constitucionales afectados.

Uno de los supuestos más alegados por quie-

nes recurren a la vía de la anulación de laudo es la afectación a la debida motivación de las decisiones arbitrales, alegando usualmente que la misma adolece de algún vicio de motivación.

Ejemplifiquemos esto. Supongamos que nos encontramos ante un laudo arbitral derivado de una controversia entre una entidad y un contratista, que es recurrido ante el Poder Judicial por una motivación insuficiente y declarado fundado por la Sala competente. De una simple lectura de la decisión, la *ratio* de la misma se subsume en que efectivamente existió una motivación de la resolución, sin embargo, a criterio del juez, esta no fue suficiente para poder explicar la solución tomada ante la materia controvertida en el arbitraje.

Como vemos, el rango de interpretación del nivel motivación de un laudo es un criterio esencialmente subjetivo, es decir, lo que para un árbitro puede ser debidamente motivado para un juez puede no serlo y viceversa.

Entonces, estando ante un criterio de este tipo, surgen las siguientes dudas: ¿es legítimo considerar tan siquiera la posibilidad de que las partes estén facultadas para recusar al árbitro o árbitros que emitieron dicho laudo? Lo cual nos lleva a otro problema aún mayor: ¿es posible que se vuelva a emitir una nueva decisión por un árbitro único o un tribunal arbitral distinto y que recién tomara conocimiento de la controversia? Y peor aún: ¿es correcto solicitar la devolución de los honorarios arbitrales a los árbitros recusados siendo que el servicio por la emisión de la decisión de la controversia, mal que bien, ya ha sido prestado?

Estas son algunas dudas que quedan en la nebulosa en virtud al desorden normativo generado por el Estado, al no saber delimitar de manera orgánica el arbitraje en los supuestos en los que es parte.

Por lo expuesto, la reciente emisión del Decreto de Urgencia 020-2020 —en la humilde opinión

9. Gino Rivas, *La motivación de las decisiones arbitrales* (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017), 310-311.

del suscrito— ha traído las siguientes conclusiones: (a) el Estado peruano no ha terminado de entender la figura del arbitraje y su aplicación —lo cual concuerda con la interpretación que ha venido haciendo el Ministerio Público a través de las declaraciones de los fiscales encargados del caso “Arbitrajes”— y, (b) los arbitrajes con el Estado tienen un matiz absolutamente distinto al de los arbitrajes entre privados.

IV. CON LA REGULACIÓN ACTUAL, ¿ESTAMOS ANTE UNA NUEVA FIGURA O ANTE UN ARBITRAJE “ADMINISTRATIVIZADO”?

De lo expresado en el párrafo anterior, tenemos que, los arbitrajes con el Estado se desarrollan en un plano distinto a los arbitrajes entre privados, pues son el resultado de la adaptación de una figura eminentemente privada al ámbito público.

En ese sentido, el Estado ha buscado regular este tipo de materias de manera indirecta realizando inserciones en otros dispositivos normativos, evitando así emitir una norma coherente y concreta sobre qué es el arbitraje administrativo y cuáles son sus prerrogativas y características. Ahora bien, ante ese contexto, cabe preguntarse si dicha regulación nos deja ante el escenario de un arbitraje administrativo o ante un arbitraje “administrativizado”.

De una lectura apresurada se podría decir que ambos conceptos son sinónimos, pues tienen la misma finalidad: la implementación de un marco especial para los arbitrajes donde el Estado peruano sea parte.

No obstante, la diferencia conceptual va más allá de una pura y simple terminología, pues, por un lado, hablar de arbitraje administrativo implica la creación de una nueva institución con estamentos propios; mientras que por otro lado, la “administrativización” del arbitraje implica una inclusión progresiva de medidas que transforman la institución arbitral en su más pura esencia.

Así, en el marco peruano y bien podría decir en el ámbito latinoamericano, no existe una regulación especial para el concepto de arbitraje administrativo, más aún cuando el Perú es uno de

los pocos países que dirige sus controversias administrativas en arbitrajes.

Llegados a este punto, corresponde acotar que el Estado peruano en la actualidad ha venido promulgando inclusiones sobre normas de carácter general para regular materias especiales que, sin embargo, requieren propiamente de una regulación particular que aún no ha sido desarrollada. Entonces tenemos que el Estado, lejos de definir el concepto establecido en normas anteriores, ha iniciado una intromisión en la regulación del arbitraje en general.

Esto, más allá de generar un desorden normativo, conlleva un conflicto de normas respecto a su eventual aplicación e interpretación; lo cual, aunado a la poca claridad del Estado en sus disposiciones, termina por afectar la seguridad jurídica de los contratistas.

Ante ello, la propuesta es más que clara: actualmente es necesario establecer las bases sobre las cuales se deben regir los arbitrajes con el Estado, pues, más allá de evitar una dispersión normativa, existen sendos motivos que justifican su emisión. Para tal fin, analizaremos esto en virtud de los siguientes criterios de pertinencia y ponderación:

- a) Necesidad: Resulta imperante delimitar el contexto sobre el cual se rigen los arbitrajes donde el Estado es parte, puesto que se debe establecer con meridiana claridad cuáles son los márgenes de actuación tanto de las partes como de los árbitros, así como también las consecuencias sobre el desacato o incumplimiento de las normas de derecho, entre otras. Hoy en el Perú estos criterios se encuentran dispersos en diversos textos legislativos, comenzando por la Ley de Arbitraje, pasando por la Ley de Contrataciones con el Estado y terminando en el Código Penal. Entonces, a efectos de evitar confusiones en la aplicación de normas como previamente hemos referido, resulta necesario compilar estas disposiciones en único cuerpo legal que reglamente los procedimientos arbitrales con el Estado.

- b) Razonabilidad: La regulación del arbitraje administrativo como institución es manifiestamente razonable y justificada. Todos los sujetos del arbitraje necesitan certeza respecto a los efectos de llevar arbitrajes donde el Estado sea parte. Sin embargo, en el Perú aún existen vacíos por cubrir en este marco: por ejemplo, en el caso del cumplimiento de los laudos arbitrales ganados por contratistas y ejecutados ante el Poder Judicial peruano, específicamente lo referido al pago de las entidades estatales, puesto que a la fecha, la regulación no es clara en ese extremo y en términos prácticos el procedimiento aún se encuentra en el limbo.
- c) Ponderación: Llegados a este punto corresponde analizar si aún con la normativa actual existente sobre la materia es pertinente regular el arbitraje administrativo en un único cuerpo legal. En ese sentido, luego de exponer una justificación orientada a ordenar y contextualizar este mecanismo arbitral especial, consideramos que es sumamente relevante la emisión de un cuerpo normativo específico que permita analizar las controversias con el Estado tomando en cuenta cada una de las particularidades que ello implica, y que permita esclarecer mecanismos como los necesarios para el nombramiento de árbitros en este tipo de controversias, las sanciones de carácter civil y penal por la emisión de una decisión corrupta y establecer si un árbitro o tribunal que hubieren sido recusados están obligados a la devolución de honorarios arbitrales pese a que su laudo fue anulado parcialmente.

V. COMENTARIO FINAL Y CONCLUSIONES

Así, llegamos a una serie de conclusiones que consideramos pertinente destacar en los siguientes puntos:

- a) El arbitraje en los últimos 30 años ha ido tomando una progresiva importancia para el Estado peruano, a tal punto que lo ha preferido como mecanismo de solución de controversias en el ámbito administrativo por sobre su propio Poder Judicial, ya sea por la especialización de los árbitros, su eficiencia en términos de tiempo y su flexibilidad burocrática.
- b) En ese contexto es que el Estado peruano con la emisión del Decreto Legislativo 1017 hizo referencia al concepto de “arbitraje administrativo”, sin embargo, nunca lo desarrolló en su plenitud.
- c) Con la experiencia arbitral actual, se ha demostrado que los arbitrajes con el Estado tienen características propias en su ejecución que lo hacen teñirse de un matiz particular en aras de proteger el interés general del Estado.
- d) En ese contexto, el Estado peruano ha emitido una serie de disposiciones relativas a los arbitrajes en los que el Estado sea parte, que se encuentran dispersas en distintas normas generando conflictos en su interpretación y aplicación, y que a su vez desnaturalizan principios del arbitraje como la igualdad entre las partes.
- e) Lo dicho nos lleva a la conclusión de que no nos encontramos ante una evolución del arbitraje, sino más bien ante una involución del mismo, estableciendo una serie de características particulares que inciden directamente en la esencia de esta institución y cuyas disposiciones terminan por hacer al arbitraje casi tan burocrático como el Poder Judicial.
- f) En virtud de ello, se propone la compilación de estos dispositivos en un único cuerpo orgánico. La razón para la emisión de esta norma encuentra dos justificaciones, por un lado, aquella referida al orden y coherencia normativa, buscando evitar conflictos entre normas referidas a un mismo tema, y por otro lado, aquella referida a la necesidad y pertinencia de esclarecer criterios que aún no se encuentran regulados en las normas especiales y, por ende, son parte de un limbo jurídico.