
EXCLUSIÓN DE LA SEDE JUDICIAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO: EL ARBITRAJE DE DERECHO¹

Franz Kundmüller Caminiti

Profesor de Arbitraje en la Universidad de Lima.

1. AMPLIANDO EL CAMPO DE BATALLA

La posibilidad que el Estado peruano someta a arbitraje y conciliación la solución de controversias, implica una evolución en la concepción de la gestión de conflictos, en aquellos casos en que el Estado se encuentra como eventual parte "litigante". Esto pone en evidencia una tendencia a la democratización y a la especialización en la gestión de estos conflictos, otrora de conocimiento exclusivo y excluyente de los tribunales de la República. En tal sentido, y como precisa Latorre, siguiendo al español Trayter, podemos señalar que:

... la introducción del arbitraje en el derecho administrativo, así como otras figuras de corte convencional o negocial, inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos [...], en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica. Y es que la concepción de un Estado paternalista, centrali-

1 Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Contratación Pública, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, que se realizó el 3 y 4 de junio del 2003.

zado y autoritario cede frente a la necesidad de legitimar un Estado promotor, descentralizado y democrático².

En efecto, hoy se incorpora en la legislación peruana la posibilidad de que, en ciertos casos que comprendan la participación estatal, pueda quedar excluida la llamada jurisdicción "estática" de los tribunales de la República a que se refiere Delgado de Molina³. En los supuestos previstos legalmente, dicha exclusión también se puede producir en lo que concierne a las "competencias" administrativas⁴, tal como, por ejemplo, ordena en forma expresa el artículo 190 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma de derecho público, en lo referente a la obligatoria preservación de la independencia de la llamada "jurisdicción arbitral".

Así las cosas, no cabe duda que en nuestro medio se ha ampliado la gama de posibilidades para la solución de controversias donde el Estado sea parte, permitiendo que los interesados puedan acudir a un centro de conciliación o que puedan designar árbitros y llevar a cabo cuantos actos sean necesarios para desarrollar un arbitraje que concluya mediante un laudo definitivo e inapelable. De otro lado, podemos decir que se ha incubado así en nuestra legislación el importante germen del arbitraje administrativo peruano⁵.

2 LATORRE B., Derik. "El arbitraje en las contrataciones públicas". Diario oficial *El Peruano*, sección Derecho, 31 de mayo del 2003, p. 15.

3 Luis Delgado de Molina formuló una interesante comparación entre la jurisdicción estática y la dinámica (arbitraje), en su ponencia sobre arbitraje internacional y globalización en el evento "Seminario Internacional Derecho Mercantil y Arbitraje" llevado a cabo el 19 y 20 de mayo del 2003 en la Universidad de Lima.

4 Nos referimos a los artículos 61 y siguientes de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en vigencia desde octubre del 2001.

5 LATORRE B., Derik. Op. cit.

2. EL ESTADO Y LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, ASPECTOS GENERALES

Por lo pronto, el artículo 2 de la Ley General de Arbitraje peruana ha establecido que:

... pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes.

Cabe tomar en cuenta que mediante ley 26742 se amplió el alcance del precitado artículo, agregándose:

... así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

También se ha regulado la posibilidad de que el Estado peruano se someta a arbitraje internacional, lo que se encuentra previsto en el artículo 92 de la precitada ley, cuyo tenor fue ampliado por la ley 26698, en lo que concierne a las condiciones indispensables para que dicho arbitraje se lleve a cabo, precisando que:

... en todos los supuestos, el arbitraje (internacional) deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico peruano simplifica en la Ley General de Arbitraje, el acceso a sede arbitral para el Estado peruano, detallando además que no se requiere de *autorización previa* y generando un espacio para el desarrollo

de formas especializadas de arbitraje. De otro lado, el tema es particularmente importante, pues se generan múltiples consecuencias, en lo que respecta a la concepción clásica del sometimiento del Estado a la jurisdicción de sus propios tribunales, para resolver controversias ante instancias administrativas o en lo referente a las distinciones que ofrece la doctrina y la jurisprudencia internacional, sobre el contraste entre el *ius gestionem* y el *ius imperii*, ante la posibilidad de adjudicar asuntos derivados tanto de una como de otra tipología.

3. LO QUE LA AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE BATALLA PRESUPONE

Cabe referirse a la paulatina variación en la concepción del omnímodo poder estatal, en el marco del concepto jurídico de soberanía y, por ende, en el de la inmunidad soberana de los estados. Pues ahora se admite el sometimiento a otros foros que no sean los propios tribunales o instancias administrativas estatales, en la búsqueda de eficiencia, eficacia y especialidad para la gestión de conflictos, suscitados generalmente en el marco del *ius gestionem*, en un esquema que se explica desde la racionalidad económica de su configuración, antes que desde la dogmática jurídica de su concepción, armonizando además con las tendencias en la materia.

En efecto, esto también se aprecia en el ámbito internacional⁶, atendiendo a que cada vez se puede verificar un mayor número de arbitrajes internacionales que cuentan a los estados o sus dependencias

como parte. Algunas instituciones de reconocido prestigio, como la Cámara de Comercio Internacional⁷, informan desde hace años sobre el número creciente de estos arbitrajes. En forma sintética podríamos sostener que la realidad demuestra que la "ampliación del campo de batalla" ya desbordó al ámbito jurídico, pues también comprende motivos y efectos económicos, cuyo manejo y comprensión genera nuevos retos para las partes que se encuentren ante la necesidad de recurrir a la novísima vía del arbitraje administrativo, teniendo como contraparte al Estado o a alguna de sus dependencias, en un plano de "simetría arbitral" que se ajuste a la racionalidad económica de los mercados.

4. EL ESTADO Y LA MATERIA ARBITRABLE, CONSIDERACIONES GENERALES

En este punto también cabe resaltar que la Ley General de Arbitraje peruana es precisa, en lo concerniente a las materias excluidas expresamente de la sede arbitral. Tal es el caso del inciso 4 del artículo 1 de la acotada, donde se señala que no serán materia arbitral:

... las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público.

Evidentemente que este precepto admite regulación especial mediante normas de derecho interno o mediante tratados ratifi-

6 LLITERAS, Juan Andrés. "El arbitraje internacional entre estados y particulares". *Comparative Juridical Review*. Vol. 20. Florida: 1983, pp. 111 y ss.

7 ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN. *International Chamber of Commerce*. Vol. 6, 1, 1995, p. 3.

cados por el Estado, tal como sucede, por ejemplo, a consecuencia de la ratificación del tratado CIADI⁸ o, con mayor precisión, en el caso de los actuados ante el órgano de solución de controversias⁹ de la Organización Mundial del Comercio¹⁰, donde el Estado peruano ha ganado recientemente un caso a la Unión Europea, en el ámbito del comercio internacional de productos hidrobiológicos, gracias al excelente desempeño del equipo de profesionales y expertos en comercio internacional adscritos al Viceministerio de Comercio Exterior.

En tal sentido y con diversidad de matices, hoy podemos decir que los años noventa marcan una pauta en cuanto a la participación de los estados en diversos foros domésticos e internacionales. Como es evidente, el Perú no ha sido una excepción, especialmente porque ha tenido que ver en este proceso, ya sea mediante la ratificación de importantes tratados internacionales sobre la materia¹¹ o porque, tanto el Estado peruano como sus nacionales, han ido incrementando su actividad y ejercido el *ius standi* ante estos foros o porque, como veremos más adelante, se han promulgado diversas normas de derecho interno, que también han previsto la posibilidad de litigar en diversas sedes domésticas o internacionales.

8 CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Documentos Básicos. Washington D.C., 1985, pp. 110.

9 Sobre solución de controversias en OMC: PIÉROLA C., Fernando. *Solución de diferencias en la OMC*. Pontificia Universidad Católica del Perú/Instituto de Estudios Internacionales-IDEI, 2002.

10 PALMETER, Petros Mavroidis. "The WTO Legal System: Sources of Law". *American Journal of International Law*, julio de 1998; 92 Am. J. Int. L. 398; Westlaw, s/n.

11 Es el caso de la Convención de Nueva York de 1958, la de Panamá, el Convenio de Montevideo, el Tratado MIGA, el OPIC o la Convención ICSID, además de una serie de tratados bilaterales para la promoción del comercio o en materia de inversión.

5. EL ESTADO Y LA INMUNIDAD Y EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL

Junto con este fenómeno que nos hemos atrevido a denominar como el de la "ampliación del campo de batalla", es necesario destacar la liberalización o flexibilización, en lo que concierne a la solución de controversias con participación estatal, que no solamente ha traído como característica de fondo una transformación respecto de la precitada "inmunidad soberana" de los estados, pues también ha aparejado la posibilidad de que la tradicional exclusividad jurisdiccional de los estados, haya resultado "permeabilizada", por las necesidades propias de las actividades económicas, en los mercados domésticos e internacionales.

Así, el pragmatismo parece imponerse sobre los detalles de la dogmática jurídica de los procesalismos, pero al mismo tiempo resurge la necesidad de preservar los principios generales que siempre se mantienen vigentes en materia de solución de controversias y que conforman una irrenunciable base deontológica y axiológica. Como se ha señalado, un ámbito en el que esto se ha dado con mucho énfasis es el de la solución de controversias entre estados e inversionistas extranjeros, espacio en el que destaca un universo que en el mundo comprende a cerca de 1941 tratados bilaterales en materia de inversión al año 2000¹² y donde el Perú no es una excepción, pues actúa como "estado parte" en diversos tratados de este tipo, los que contienen medios de solución de controversias especia-

12 KURTZ, Jürgen. *A General Investment Agreement in the WTO? The Jean Monnet Program*. Nueva York: NYU School of Law, 2002, p. 9.

lizados, en el contexto del derecho internacional de las inversiones¹³.

6. LA "ARBITRABILIZACIÓN" CRECIENTE EN EL CASO PERUANO

En el Perú, a partir de la promulgación de la ley 26572, Ley General de Arbitraje, a mediados de los años noventa, comienza una suerte de "arbitrabilización" para la solución de controversias en diversos ámbitos o sectores de la actividad económica que se lleva a cabo en el país, promulgándose alrededor de 60 normas de diverso rango, que regulan lo que Rubio¹⁴ denomina como "competencias arbitrales especializadas".

Este fenómeno de profusión legislativa es poco conocido, no ha sido objeto de sistematización jurídica y se ha venido dando en los siguientes sectores:

- Inversiones
- Telecomunicaciones
- Laboral
- Electricidad
- Hidrocarburos
- Bolsa de productos
- Protección al consumidor y represión de la competencia desleal
- Bolsa de valores
- Contrataciones y adquisiciones del Estado

- Salud
- Transporte
- Derecho societario
- Propiedad informal
- Aeronáutica civil
- Saneamiento

7. LAS COMPLICACIONES DE LA "ARBITRABILIZACIÓN"

Uno de los problemas que se advierte es la gran diversidad e incluso heterogeneidad normativa, que en materia arbitral suponen los sectores antes detallados. Probablemente una de las razones por las que se ha producido este fenómeno de "arbitrabilización", radica en la definición normativa del arbitraje como jurisdicción, en la Constitución Política de 1993. De donde cabe inferir que las precitadas "competencias arbitrales" han surgido por el efecto promotor de la legislación constitucional peruana y ante la gran tentación sectorial de poder contar con "jurisdicciones arbitrales propias". Otro de los factores probablemente radica en la severa crisis del Estado peruano y en sus limitaciones para atender la demanda creciente de diversos servicios tradicionalmente "centralizados" en el Estado y donde los de "impartición de justicia" no son una excepción. Lamentablemente no siempre estos procesos van acompañados de la correspondiente generación de capacidades profesionales e institucionales que garanticen su adecuada puesta en práctica y sostenibilidad. En consecuencia, estos diversos tipos de arbitraje se vienen desarrollando en forma heterogénea, a diferencia de lo que sucede en otros países, como España, donde se ha producido el intento de uniformizar al menos el arbitraje administrativo, en un proyecto de ley,

13 SHIHATA F.I., Ibrahim. *Legal Treatment of Foreign Investment "The World Bank Guidelines"*. Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 29 y ss.

14 RUBIO GUERRERO, Roger. *Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 167-174.

sin perjuicio de otras iniciativas, como el arbitraje en materia de marcas¹⁵.

De otro lado, como informa Senger desde el derecho anglosajón, un caso diferente es el de los Estados Unidos de América, que ha venido produciendo legislativamente a partir del *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990, llegando hasta la última versión de la referida ley promulgada en 1998¹⁶. Este proceso legislativo ha dado lugar, a su vez, a la iniciativa de puesta en práctica de medios alternativos de solución de controversias y arbitraje, a partir de las entidades que conforman el Estado en el ámbito federal, en donde a estas se les concede atribuciones para que desarrollen sus propios medios de gestión de conflictos, utilizando diversas modalidades consignadas y reconocidas legalmente¹⁷. En este caso, si bien existe una norma federal uniforme para la generación administrativa de medios alternativos de solución de controversias, también se observa una gran diversidad por parte de los entes que aplican la normativa, destacándose que en cada caso los desarrollos han sido también de variable intensidad.

Regresando a nuestra realidad, cabe observar que en el Perú nos encontramos en un complejo proceso de transición hacia la uniformización y consolidación de nuestras competencias arbitrales especializadas. Por cierto que dicho proceso no está libre de consideraciones jurídicas, políticas y económicas, incluyendo además la influencia de otros factores, como el impacto de las nuevas tecnologías de la información.

Sin embargo, es necesario resaltar acá que dicho proceso sería imposible sin la oportuna promulgación de la Ley General de Arbitraje peruana, a mediados de la década de los noventa.

8. EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES

El arbitraje regulado en los decretos supremos 012 y 013-2001 PCM, en lo referente a las "funciones arbitrales" del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, está comprendido en uno de los sectores que necesariamente forma parte del proceso de "arbitralización" antes mencionado. De otro lado, y como se sabe, en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como vías necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial. El artículo 53 de Ley de Contrataciones y Adquisiciones establece entonces a partir de su segundo párrafo que:

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. 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 arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un tribunal arbitral designados de conformidad a lo que establezca el reglamento.

15 MERINO M., José Fernando. *El arbitraje en el proyecto de ley de marcas*. (En línea) http://www.injef.com/revista/arbitraje/jfmm_010120.htm, 2003.

16 SENGER M., Jeffrey. "Turning the Ship of State". *Journal of Dispute Resolution* 79: Washington D.C., 2000.

17 *Ibidem*.

El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

Asimismo se comunicará de inmediato al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes.

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia.

Existe así una suerte de "línea divisoria de aguas" entre los medios de solución de controversias que se aplican en la etapa selectiva, donde la vía es la administrativa, por contraste con los medios de solución de controversias que se susciten en la etapa de ejecución contractual, donde la normativa otorga cabida a la conciliación y al arbitraje administrativo.

9. RELEVANCIA DE LA ESPECIALIDAD DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

El artículo antes citado debe ser tomado en consideración sobre la base de lo establecido en el artículo 4 de la misma ley 26850, en lo que concierne al mandato de rango legal, respecto de la especialidad de la norma y su reglamento:

La presente ley y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables.

En consecuencia y para el caso específico de los medios de solución de controversias en la etapa de ejecución de los contratos regulados por la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, este artículo dispone en forma expresa que la

regulación sobre estas materias será de aplicación necesaria y preeminente. Queda así establecido que la aplicación supletoria a que se refiere el último párrafo del artículo 53 de la ley, respecto de las leyes de conciliación y arbitraje, operará solamente para efectos de regular los supuestos no expresamente previstos en la normativa especializada o por acuerdo de voluntades entre las partes, debiendo entenderse acá que dicho acuerdo de voluntades regirá respecto de todo aquello que no vulnere las disposiciones de derecho público contenidas en la normativa especializada de contrataciones y adquisiciones del Estado. Dicho criterio ya ha sido recogido en una reciente jurisprudencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima¹⁸.

Esto conforma la base legal del arbitraje en contrataciones y adquisiciones del Estado, la que se complementa con el principio de igualdad que debe prevalecer entre las partes, en lo que al arbitraje como técnica de solución de conflictos se refiere. Donde dicha igualdad arbitral deviene en la principal garantía axiológica para lograr soluciones que se encuentren en plena armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo y con su correspondiente finalidad dentro del derecho público. Precisemos acá que nada tiene que ver este principio de igualdad realizado dentro del arbitraje, con la tradicional relación asimétrica que supone la vinculación entre el Estado y el

18 En efecto, mediante sentencia del 8 de mayo del 2003, recaída en el expediente N° 1502-02 sobre nulidad de laudo arbitral, se precisa en el segundo considerando: "... en el caso particular, es de aplicación el artículo 53 del TUO de la ley 26850 y el artículo 189 de su reglamento, por ser norma de carácter especial, mas no el artículo 25 de la ley 26572, por ser una norma de aplicación supletoria. Por tanto, de acuerdo a la norma especial es posible que un tribunal arbitral sea integrado por árbitros no abogados, a condición de que su presidente sea abogado".

administrado, en la concepción clásica del derecho administrativo¹⁹. A esto nos referimos cuando insistimos en el inicio de la democratización, con base en la "simetría arbitral", en lo que concierne a la solución de controversias cuando el Estado es parte. Lo que finalmente redundará en una más elocuente racionalidad económica.

Constituye entonces la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento un hito para dicha democratización y mayor racionalidad económica, las mismas que deberán evolucionar paulatinamente y en la medida que el proceso de desarrollo de las contrataciones también se vaya desarrollando en conjunto. Sin embargo, advertimos que esta línea evolutiva a favor de la democratización y mayor racionalidad económica en la solución de controversias, no está libre de amenazas.

10. OBLIGATORIEDAD LEGAL DE LA CLÁUSULA ARBITRAL ADMINISTRATIVA

En consecuencia, el artículo 41 de la mencionada ley precisa en su inciso b) que los contratos incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

... solución de controversias cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

Debemos tomar en consideración que lo previsto en los artículos de la ley en materia de solución de controversias en la

etapa de ejecución, es de carácter sustantivo y deberá ser analizado desde la perspectiva del derecho público, específicamente en lo que concierne al arbitraje en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado. Siguiendo con la referencia a las características establecidas en la ley, también el artículo 41 precisa que son cláusulas de incorporación obligatoria al contrato, las cláusulas de garantías y la de resolución de contrato por incumplimiento, completando así la terna de estipulaciones obligatorias e irrenunciables dentro del contrato y expresando taxativamente el interés del Estado, en lo que concierne a esta suerte de "santísima trinidad administrativa". Esta es de público conocimiento, incluso para los futuros cocontratantes. De donde deriva lógicamente que todo aquel que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado y que sea un mínimo diligente, sabe de la preexistencia de esta "santísima trinidad" y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación. Así las cosas, podemos concluir que hay innegables similitudes entre la figura de derecho privado de los convenios arbitrales estándares, previstos en la Ley General de Arbitraje y la "santísima trinidad administrativa" de las estipulaciones obligatorias contenidas en los contratos regulados en la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado, en el marco del derecho público.

11. RELEVANCIA DEL REGLAMENTO EN LO REFERENTE AL ARBITRAJE Y A LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

Al citar el artículo 53 de la ley advertimos que el arbitraje se regirá por el reglamento correspondiente, existiendo una remisión legal expresa, desde una norma de derecho

19 LINARES, Mario. *El contrato estatal*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, pp. 1-16.

público, que opera desde la ley hacia el reglamento. Un tema específico es el de la designación de árbitros. En consecuencia, bajando al nivel normativo de reglamento, el decreto supremo 013-2001-PCM ha establecido los requisitos básicos para que dicho arbitraje se lleve a cabo, contando para ello con características taxativamente establecidas en dicha normativa especializada. Tal como, por ejemplo, la obligación legal de que el arbitraje sea siempre de derecho, como precisa el artículo 186 del reglamento y que el árbitro único así como el presidente del tribunal arbitral, de ser el caso, obligatoriamente sean abogados, como lo precisa el artículo 189 del reglamento²⁰. En consecuencia, en el marco de la normativa citada y para tranquilidad de los no abogados, en virtud del principio de especialidad, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta por dos árbitros no abogados. Esto es posible, siempre que la presidencia del tribunal sea ejercida por un abogado, garantizando la normativa de contrataciones y adquisiciones que este tribunal produzca un laudo de derecho. Este mandato del reglamento promueve la especialización en este tipo de arbitraje y armoniza a su vez en su integridad con el artículo 3 de la Ley General de Arbitraje, norma de aplicación supletoria, en orden a que esta detalla que el arbitraje es de derecho, cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable y debiendo el laudo correspondiente adoptar las formalidades inherentes al laudo de derecho. De otro lado, dada la remisión legal contenida en el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma de derecho público, cabe concluir que, en virtud

del principio de especialidad previsto en el artículo 4 de la misma ley, el reglamento no se encuentra en colisión con el artículo 25 de la Ley General de Arbitraje, cuando esta regula lo concerniente a la calificación legal de los árbitros.

Así los abogados, dentro de estos tribunales arbitrales, se encuentran en la obligación de hacer cumplir la ley aplicable para la solución de la controversia, contando además con la ventaja de poder integrar dentro del propio tribunal arbitral a otros profesionales que aporten su criterio especializado. Ello implica preservar la vigencia de las normas especializadas y de derecho público en la solución de la controversia.

12. NÚMERO DE ÁRBITROS

El reglamento ha establecido la posibilidad de que el "arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral conformado por tres árbitros, según acuerdo de las partes". Nótese que en caso de tribunal colegiado, el número de árbitros se encuentra limitado a tres, no habiendo previsto la norma un número mayor de árbitros, a diferencia de los supuestos que al respecto contiene la Ley General de Arbitraje. Ahora bien, a falta de acuerdo o en caso de duda, la norma establece criterios objetivos para definir el número de árbitros. Si se trata de licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas para obras y consultoría de obras, los árbitros serán tres. De otro lado, en caso de adjudicaciones directas diferentes a las indicadas así como en el caso de adjudicaciones de menor cuantía, el árbitro es único. Finalmente, en caso de exoneraciones, el número se determinará en función al proceso que correspondería convocar.

20 Véase nota 18.

13. COMPETENCIA Y RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS

Conforme la Ley General de Arbitraje (artículo 18):

... los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.

Además de ello, los árbitros cuentan con atribuciones especiales²¹ que hacen que el arbitraje sea en gran medida un medio "autocontenido" de solución de controversias. En efecto, y por ejemplo, siguiendo el estado actual de la técnica arbitral, la ley señala que los árbitros pueden fijar las reglas del arbitraje, a falta de acuerdo entre las partes²².

Los árbitros, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz²³, también pueden decidir acerca de su propia competencia o pueden actuar pruebas de oficio o incluso dejar de actuar pruebas mediante resolución motivada. Sin embargo, y de conformidad con la Ley General de Arbitraje, los árbitros están obligados a cumplir ante las partes con el deber de declaración respecto

de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas respecto de su neutralidad e imparcialidad, debiendo hacerlo antes de aceptar el encargo o incluso durante la secuela del arbitraje, si fuere el caso y para prevenir la recusación por causal sobreviniente. Corresponde a la debida diligencia de las partes hacer que los árbitros cumplan con llevar a cabo el deber de declaración conforme el artículo 29 de la Ley General de Arbitraje, contando para ello con diversos medios legales que permiten hacer valer sus derechos ante el incumplimiento, por parte de los árbitros, de lo establecido en el artículo 18 antes citado.

Ahora bien, no obstante haber sido remunerados por el servicio que van a prestar, el incumplimiento del encargo por parte de los árbitros, en lo que concierne a sus obligaciones dentro del arbitraje, como es, entre otras, el laudar dentro del plazo y el garantizar a las partes que no hay causal de recusación que lo inhabilite para ejercer el cargo, dará lugar a la eventual responsabilidad civil a que se refieren los artículos 29 y 18 de la Ley General de Arbitraje. Sin embargo, la legislación peruana también ha regulado la eventual responsabilidad penal de los árbitros, mediante la ley 26643, en los delitos de concusión y corrupción, eliminando la inmunidad²⁴ que inicialmente establecía la Ley General de Arbitraje y adscribiendo a los árbitros a la categoría de "funcionarios", a nuestro modo de ver, en forma errada. Ello se aprecia de la tipificación penal contenida en la ley 26643, actualmente en vigencia. Cabe destacar que estas son normas poco conocidas y utilizadas, que, sin embargo, deberían ser de conocimiento de los interesados en recurrir a

- 21 KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. "Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje". *Revista Advocatus Nueva Época*. Lima: Universidad de Lima, mayo del 2001, pp. 128 y ss.
- 22 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Los árbitros en la Nueva Ley General de Arbitraje (ley 26572)". *Ius et Veritas* 12, año VII, 1996, pp. 51-57.
- 23 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante/Editorial Cultural Cuzco, 1994, pp. 225 y ss.

- 24 Sobre inmunidad: METTLER, Andrea. "Inmunidad versus responsabilidad en el proceso arbitral". *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* 147-148, mayo-agosto de 1992, pp. 355-378.

un arbitraje y de los árbitros, pues permiten prevenir conductas irregulares, en el marco del "debido procedimiento arbitral", de conformidad con una reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano²⁵, que también conviene traer a colación.

14. MATERIA CONTROVERTIDA CONFORME EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Los artículos 190 y 140 del reglamento precisan las materias que pueden someter-

25 El tema ha sido analizado en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 189-99-AA/TC, que en el numeral 4 establece:

"Que en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del artículo 6 de la ley 23506, que a la letra dispone: 'No proceden las acciones de garantía... contra resolución judicial emanada de procedimiento regular' (texto que, por cierto, ha sido modificado -en realidad complementado- por la ley 27053, pero que no resulta pertinente invocarse en esta oportunidad, por haber sido expedida dicha norma con posterioridad al inicio del presente proceso). Bajo dicho contexto, 'procedimiento regular' -ya lo ha dicho este Tribunal- es aquel en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es 'procedimiento irregular' aquel en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares". <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/0189-1999-AA.html>

se a arbitraje en el marco de la legislación sobre contrataciones. En el primer caso es factible arbitrar sobre la validez, invalidez, rescisión, resolución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia. Mientras que en el segundo caso, las indemnizaciones de daños y perjuicios por concepto de vicios ocultos, se encuentran excluidas de la sede arbitral. Cabe destacar que llama la atención la "arbitrabilidad" de la rescisión del contrato, en el ordenamiento jurídico peruano sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. En este caso extremo, nos encontramos ante la nulidad del contrato *ab initio*, en donde podemos apreciar que habría arbitraje, incluso en el caso de inexistencia formal del contrato, como deriva del supuesto contenido en la causal de rescisión contractual, aportando así una evidencia más a favor de la tesis de la especialidad que comporta este tipo de arbitraje así como de la "voluntad arbitral" del Estado peruano, incluso ante un supuesto cuasi contrato²⁶.

15. LIBERTAD PARA ESTABLECER EL TIPO DE ARBITRAJE

Siempre que se respeten las normas de derecho público que tienen que ver con este arbitraje administrativo especializado, el convenio arbitral y las estipulaciones ahí contenidas, pueden asumir diversas formas o modalidades. Esto va desde la posibilidad de que en el contrato se establezca un arbitraje ad hoc, que contenga estipulaciones específicas sobre el arbitraje, hasta la posibilidad de someter el arbitraje a la

26 CABANELLAS, Guillermo y Luis ALCALÁ. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1979, pp. 427-428.

organización y administración de una institución arbitral. Cabe precisar que todos estos supuestos se encuentran previstos mediante diversas disposiciones normativas. Y, como ya se ha señalado, conforme el derecho público peruano, el número máximo de árbitros será tres, el arbitraje será de derecho y al menos el presidente del tribunal arbitral será abogado. De otro lado, en caso de árbitro único, este será siempre abogado.

16. EL SISTEMA NACIONAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEL CONSUCODE

Tomando en cuenta la realidad descrita y con base en el artículo 203 del reglamento, el Consucode ha aprobado el reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje. Este tiene la finalidad de brindar a las partes las capacidades institucionales y reglas de arbitraje, conforme al estado actual de la técnica y en el marco de los principios axiológicos del arbitraje. Ello permitirá, de ser el caso y de estar así pactado en el convenio arbitral, recurrir a los servicios especializados de organización y administración de arbitrajes administrativos que brinda la institución, en armonía con el reglamento, donde se precisa que el Consucode “podrá proporcionar apoyo administrativo constante o servicios de conciliación y de arbitraje administrativo”. Sin perjuicio de ello, el Consucode también viene difundiendo, desde los medios que tiene a su alcance, los “convenios arbitrales tipo” de diversas instituciones que organizan y administran arbitrajes. Debemos precisar que el sistema opera totalmente integrado al aparato administrativo del Consucode, actuando de conformidad con las normas y principios

que definen la organización y funciones de la institución.

En tal sentido y en virtud de la resolución N° 242-2002-Consucode/PRE del 3 de octubre del 2002, el Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje cuenta con una estructura orgánica, funcional y normativa, totalmente integrada al Consucode, aprovechando los recursos institucionales correspondientes y sin duplicar tareas ni funciones. En esta primera etapa de desarrollo de actividades del SNCA-Consucode, se ha venido brindando información especializada a los interesados, además de crear y consolidar las capacidades institucionales, ampliar la lista de árbitros y generar procedimientos internos.

Paralelamente, el Consucode pone en práctica las atribuciones que le corresponden en materia de designación residual de árbitros y recusación de árbitros, en los arbitrajes ad hoc. Adicionalmente, y en aquellos casos en que se trata de un arbitraje ad hoc donde los árbitros requieren servicios de organización y administración de arbitrajes, el Consucode ha venido brindando su apoyo institucional y recogiendo así diversas experiencias que, a lo largo del año 2002, han sido plasmadas finalmente en el reglamento del SNCA-Consucode. En consecuencia, el Consucode ha diversificado los servicios que le corresponde prestar a los usuarios, en el marco de la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado, asumiendo así el rol institucional que le corresponde, en el marco de la actual diversificación de “competencias arbitrales”.

17. CONCLUSIONES

- La especialidad que consiste en la solución de controversias mediante la apli-

cación de medios alternativos y arbitraje se desenvuelve en un contexto de multiplicación de foros, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

- La aplicación de medios alternativos y arbitraje tiende a la especialización e implica la democratización en la gestión de conflictos suscitados en la etapa de ejecución contractual. Esa es la fortaleza principal de esta iniciativa asimilada por el derecho público peruano y donde adquiere relevancia la "simetría arbitral" para la solución de controversias, propiciando la correspondiente racionalidad económica.
- Este es un proceso dinámico y discursivo, que apenas se encuentra en una etapa inicial y, por ende, cuenta con un desarrollo emergente, por lo que los incentivos para su consolidación están en pleno proceso de evolución.
- Constituye un reto sin precedentes para las partes en el contrato contar con las capacidades necesarias para llevar a la práctica a los medios alternativos y al arbitraje; en particular, por la dimensión económica que ello entraña así como por las características prospectivas que se deben tomar en cuenta en cada caso en particular.
- Para el desarrollo y consolidación de dichas capacidades, resulta imprescindible tomar acciones institucionales sostenidas, pero hacerlo desde una perspectiva pragmática y multidisciplinaria, desterrando toda visión cíclopea y rompiendo de una vez por todas los paradigmas que aún pretenden mantener como única opción válida, a los decimonónicos y trajinados "criterios estáticos" para la solución de controversias.