

El arbitraje en contrataciones con el estado en Perú

Por Natalia M. Ceballos Ríos

I. Algunos antecedentes del arbitraje estatal en Perú [\[arriba\]](#)

El Perú posee una cultura arbitral de larga trayectoria. El arbitraje ya estaba regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en cuyo Título V de la Sección Segunda se contemplaba el “juicio arbitral”. El art. 548 de este Código disponía que “toda controversia, sea o no materia de juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros”, pero el art. 549 establecía que no podían someterse a arbitraje, entre otras cuestiones “las referentes a bienes del Estado, municipalidades y demás instituciones de carácter oficial”. Además, el arbitraje concebido por el Código era marcadamente ineficiente, por la necesidad de celebrar el “compromiso arbitral” como paso previo a la iniciación del procedimiento^[1], y por la cantidad de incidencias judiciales que permitía.

El primer paso para dar un renovado impulso al arbitraje fue la expedición de una Ley General de Arbitraje que consagró un régimen arbitral sistemático y coherente y que, a través de sucesivas reformas se fue reformulando y modernizando, para dar como resultado un cuerpo legal como el actual que, en varios aspectos, es singular en el mundo.

En la materia que nos ocupa en este trabajo, la primera Ley General de Arbitraje (Decreto Ley N° 25.935 de 1992) dejó de lado la prohibición de someter a arbitraje las cuestiones relativas a los bienes del Estado: en su art. 1° esta ley disponía expresamente que

“pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias relativas a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”.

La consolidación del arbitraje con el Estado se dio a mediados de la década de 1990, con la sanción de la Constitución Política de 1993, la Ley General de Arbitraje de 1996 y la Ley de Contrataciones con el Estado de 1997.

El texto constitucional contiene tres normas que es interesante destacar. Por un lado, el art. 62 reforzó la autonomía de la voluntad de los privados al establecer que

“la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Por el otro, el art. 139.1 dio status constitucional al arbitraje equiparándolo a la jurisdicción estatal, al disponer que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”. Y, finalmente, facultó expresamente al Estado y a las demás personas de derecho público a

someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje nacional o internacional, consagrándose el principio de legalidad para regular el sometimiento a arbitraje de las relaciones contractuales del Estado: el art. 63 de la Constitución dispone que

“la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

Consistente con la Constitución Política, la Ley General de Arbitraje N° 26.572 de 1996 amplió aún más el marco legal para el arbitraje con el Estado. El art. 2 (texto según Ley N° 26.742) consagró un régimen especial al disponer lo siguiente:

“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 y 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 sometidas a arbitraje nacional”.

De ese modo, únicamente quedaba prohibido resolver por arbitraje las cuestiones “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público” (art. 1°, num. 4).

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1997 (Ley N° 26.850) avanzó un paso más, al exigir que en todo contrato celebrado con el Estado se incluyan tres cláusulas obligatorias: garantías, solución de controversias y resolución de contrato por incumplimiento. Ello derivó en la utilización forzosa del arbitraje para dirimir las controversias surgidas de la contratación pública. Este régimen de arbitraje obligatorio, más allá de haber sufrido un sinnúmero de modificaciones y reglamentaciones a lo largo del tiempo, se mantuvo hasta la fecha, dando lugar a un impresionante desarrollo de la institución arbitral en el Perú[2].

II. Las razones que llevaron a instituir el arbitraje obligatorio en contrataciones con el Estado [\[arriba\]](#)

Si bien es cierto que el arbitraje, por esencia, es facultativo y encuentra su principal fundamento en la autonomía esfera de la voluntad de las partes, los arbitrajes derivados de una imposición legal no son completamente extraños en el derecho comparado. A modo de ejemplo, existieron casos de arbitraje legal en el derecho argentino[3], y existen aún en la actualidad en el derecho chileno[4].

El arbitraje legal opera como un sustituto del acuerdo arbitral[5], y se ha justificado, históricamente, por tres razones principales: (i) En algunos casos, por

la conveniencia de que determinados temas -normalmente cuestiones de hecho que requieren conocimientos específicos- sean resueltos por expertos y no por los jueces estatales, quienes usualmente carecen de ese expertise; (ii) En otros, por la necesidad de dar una respuesta más rápida y acorde con las necesidades de una determinada rama del comercio, librando al mismo tiempo a los jueces del examen de cuentas, documentos, mercaderías o datos que escapan a su conocimiento regular y que de ordinario se producen en el marco de intrincados procesos;[6] (iii) En otros, por fin, lo que se busca es evitar el escándalo público que implicaría ventilar controversias que conviene mantener en reserva.[7]

De modo que, aunque pueda considerarse una figura “atípica” desde la perspectiva técnica del arbitraje el arbitraje obligatorio no es enteramente desconocido[8].

Como hemos visto en el capítulo precedente de este trabajo, hace un siglo el arbitraje estaba prohibido en el Perú para casos en que el Estado fuese parte. Luego de pasar por una fase en que se eliminó esa prohibición, finalmente se llegó a imponer su uso de manera obligatoria en contrataciones con el Estado. Ello surgió de la disposición contenida en la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26.850 de 1998) que estableció por primera vez como una de las cláusulas obligatorias en los contratos celebrados por el Estado bajo ese régimen, la de solución de controversias, estableciendo que “cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”.

Para comprender las motivaciones que inspiraron al legislador a imponer el arbitraje en este tipo de contrataciones, es conveniente reseñar brevemente el contexto político y económico en que esa decisión se adoptó.

En la década de 1980, el Perú era un país caracterizado por un fuerte intervencionismo estatal, una inflación descontrolada y una economía ineficientes, que produjo como resultado un aumento de la pobreza. A partir de la década de 1990 se cambió drásticamente el rumbo. El Perú abrió su economía y comenzó un proceso de reformas del aparato estatal, como un intento de modernizar y reorganizar integralmente la administración pública[9], bajo el umbral de la mejora continua y el bien común como finalidad suprema. El punto de partida en ese proceso es la Constitución Política de 1993, que sentó el principio de subsidiariedad del Estado en la economía,[10] que traduce la idea de que el Estado cumple una función supletoria destinada a corregir las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras a la consecución del bien común[11]; consagró la igualdad de trato entre inversores nacionales y extranjeros[12]; y estableció un régimen de libre competencia.[13] Un condimento más a la modernización del Estado fue dotar de leyes que crearan un ambiente desprovisto de trabas al firmado Tratado de libre Comercio con Estados Unidos.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la política económica del Estado peruano en los últimos treinta años, hay algunos datos objetivos que conviene poner de relieve: por un lado, más allá de ciertos matices, la política económica ha mantenido el mismo rumbo, no obstante el distinto signo político e ideológico de los sucesivos gobiernos que ocuparon el poder; por el otro, objetivamente hablando, la economía peruana acumula 18 años de consecutivo crecimiento, a tasas superiores al promedio de la región latinoamericana[14].

En ese contexto, las autoridades políticas peruanas consideraron que el arbitraje era la forma más eficiente para resolver las controversias derivadas de la contratación pública. La decisión de obligar a incluir en todo contrato con el Estado una cláusula de resolución de controversias que incluye el arbitraje ha estado influida por dos factores: la convicción acerca de las ventajas de los métodos alternos de resolución de conflictos (MARC's), como herramientas que permiten dirimir las controversias en plazos más expeditos y con menor costo; y la insuficiencia del sistema judicial, que resulta incapaz de ofrecer soluciones en tiempo y forma[15].

De esas concepciones derivó primero la posibilidad y luego la obligatoriedad de que el Estado dirima a través del arbitraje las controversias que tenga con sus contratistas[16]. El arbitraje devino en obligatorio en contratos con el Estado peruano ante un escenario de cambios de la política estatal respecto del rol del Estado en la economía y ante la necesidad de modernizar el Estado, de hacerlo eficiente, rápido, no sólo en materia de contratos, sino en la forma de resolver los conflictos. Ante una abrumadora sobrecarga de litigios, el Poder Judicial no alcanzaba a dar una respuesta adecuada, y se consideró que había que dotar al Estado de una estrategia que eliminara o morigerara las trabas en la contratación pública, y los sobrecostos que terminaba generando la ineficiencia en resolver los conflictos. En otras palabras, “se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema”[17].

La ineficiencia crónica y estructural del servicio de justicia que brinda el Estado, y el tiempo (y los costos) que insumiría una reforma verdaderamente integral del Poder Judicial, llevaron a pensar en la conveniencia de descentralizar la justicia, aun en los casos en que el propio Estado es parte, derivándolos a arbitraje. Si bien modernamente el arbitraje se asocia con relaciones jurídicas puramente privadas[18], no es incompatible con aquellas que involucran recursos públicos pero que, en el fondo, conservan la misma lógica de cualquier otro contrato[19]. Al fin de cuentas, cuando el Estado adquiere un bien o servicio, o cuando contrata la realización de una obra, celebra un contrato del que nacen los derechos y obligaciones de las partes.

No ignoramos que el sistema de arbitraje en contrataciones ha sido objeto de críticas. No obstante, lo que se observa como un dato de la realidad, es que ningún gobierno ha abandonado este sistema. Lo que hace suponer que las razones que inspiraron su creación todavía subsisten y que, a pesar de las dificultades que se han presentado y sin perjuicio de los cambios que se han implementado, el balance de ventajas y desventajas sigue favoreciendo la alternativa arbitral antes que la vía judicial.

III. El marco legal del arbitraje en el Perú, y las particularidades de los arbitrajes en contrataciones con el Estado [\[arriba\]](#)

Dado que la Ley de Arbitraje es de aplicación supletoria en el régimen de contrataciones con el Estado, haremos aquí algunas referencias generales a sus principales características, para luego puntualizar las reglas específicas consagradas para los arbitrajes en que el Estado es parte.

(a) Algunas características salientes de la Ley de Arbitraje

La Ley de Arbitraje (aprobada por Decreto Legislativo 1071/2008, y reformada posteriormente por Decreto Legislativo 1231/2015 y por Decreto de Urgencia 20/2020), en su versión original tomó como fuente directa la Ley Modelo de UNCITRAL,[20] aunque se inspiró también en la Ley de Arbitraje Española de 2003, la Ley Federal Suiza en Derecho Internacional Privado, así como, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, y el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres[21].

Dejando de lado el dualismo de sus predecesoras, la ley de 2008 adopta un sistema “monista”, regulando por las mismas normas ambas clases de arbitrajes, con algunas pocas excepciones en el tratamiento del arbitraje internacional.[22] Ello obedeció a la convicción del legislador de que los operadores locales estaban suficientemente preparados para llevar a cabo los arbitrajes, aun domésticos, bajo principios y reglas del arbitraje internacional, y que el grado de madurez cultural y de desarrollo del arbitraje hacía innecesario establecer diferencias entre uno y otro[23].

La Ley contiene una serie de salvaguardas para garantizar la autonomía del arbitraje, evitando interferencias del Poder Judicial. Además de reproducir (en el art. 3.1) el art. 5 de la Ley Modelo, que restringe los supuestos de intervención judicial[24], refuerza ese objetivo de cerrar las puertas a los intentos de judicializar el arbitraje e impedir a los árbitros cumplir con las funciones que las partes le han encomendado[25]. Fundamental a estos fines es el art. 3, que consagra el principio de “mínima intervención judicial”, sentando una serie de “principios y derechos de la función arbitral”[26]. En ese orden, inclusive, otorga a los árbitros la facultad de ejecutar sus laudos y decisiones, “siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable” (art. 67.1).

En arbitrajes internacionales, y bajo ciertas condiciones, el art. 63.8 de la ley autoriza a las partes a renunciar total o parcialmente al recurso de anulación.[27] Esta norma, que ya estaba contenida en la Ley General de Arbitraje 26.572 de 1996, se inspiró en el art. 192.1 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 1987[28]. Su objetivo es ofrecer a las partes una alternativa frente a los problemas que plantea el sistema de “doble control judicial” de los laudos en el arbitraje internacional: el control “primario”, ante los tribunales de la sede del arbitraje, a través de un recurso de anulación, y un control “secundario”, ante cada uno de los jueces ante quienes ese laudo se intenta hacer valer, por medio del trámite de reconocimiento de laudos extranjeros previo a su ejecución forzada[29]. Con esta solución, se permite a las partes “re-localizar” el control judicial, prescindiendo del control primario y dejando que el laudo sea revisado por los tribunales del/los país/es donde se pretenda ejecutar[30].

(b) Las particularidades del arbitraje en contratación pública

Como se señaló, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1997 instauró la obligatoriedad del arbitraje en contrataciones públicas. A lo largo del tiempo, el régimen fue objeto de numerosas reformas y reglamentaciones, rigiendo actualmente la Ley N° 30.225 (Ley de Contrataciones del Estado), cuyo Texto Único Ordenado (TUO) fue aprobado por Decreto Supremo 082-2019-EF, de marzo de 2019, reglamentado por Decreto Supremo 344-2018-EF del 31 de diciembre de 2018.

Hacer un análisis comparativo de la primera Ley de Contrataciones con el TUO actualmente vigente excedería el propósito de este trabajo. Sin perjuicio de ello, al solo efecto ilustrativo, pueden señalarse algunas pocas.

El TUO no sólo manda agregar a los contratos cláusulas de resolución de controversias, de garantías y de resolución del contrato por incumplimiento, también exige, bajo responsabilidad, que se agreguen cláusulas “anticorrupción”. En materia de arbitraje, se ampliaron las materias sometidas a arbitraje: la ley de 1997 consideraba sometidas a arbitraje las controversias que surgieran entre las partes sobre la “ejecución o interpretación del contrato” (arts. 41 y 53); según el TUO, el arbitraje alcanza a las controversias relativas a “la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato” (art. 45.1).

El TUO mantiene (art. 45.11) la supletoriedad de la Ley de Arbitraje, que la Ley N° 26.850 ya consagraba en el art. 53.

El corazón del régimen arbitral es el extenso art. 45 del TUO.

Esta norma, en su literal 1, dispone que

“las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...) Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”[31].

Sin embargo, determinadas controversias no pueden someterse a arbitraje: la decisión del ente contratante o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, ni las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales, siendo nulo todo pacto en contrario (art. 45.4)[32].

El TUO determina el régimen jurídico aplicable. En cuanto al fondo de las controversias, establece que el arbitraje será de derecho (art. 45.14) y siguiendo un estricto orden de prelación en la aplicación de las normas: la Constitución Política, la Ley de Contrataciones y su reglamento, las normas de derecho público, y las de derecho privado (art. 45.10). En relación con el procedimiento, el arbitraje se rige por la Ley de Contrataciones y su reglamento, y supletoriamente por la Ley de Arbitraje (art. 45.11).

Respecto de la constitución del tribunal arbitral, el TUO dispone que podrá ser de árbitro único o por un tribunal colegiado de tres árbitros (art. 45.14). El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado (art. 45.15)[33]. Los árbitros se designan del modo previsto por las partes o, en su defecto, por el mecanismo supletorio establecido en la Ley de Arbitraje. Sin embargo, los árbitros designados por el Estado y el presidente del tribunal deben estar inscriptos en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) (art. 45.16). Replicando lo establecido en la Ley de Arbitraje, el art. 45.27 exige a los árbitros ser y permanecer independientes e imparciales durante el desarrollo del arbitraje,

así como cumplir con el deber de revelar cualquier circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía.

El art. 45.31 del TUO otorga al OSCE la atribución de organizar y administrar un régimen institucional de arbitraje especializado, de naturaleza subsidiaria para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado. En ese ámbito, el OSCE aprueba un Código de Ética, que resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética (art. 45.26). Los árbitros que incurran en violaciones al Código serán pasibles de sanciones que van desde la simple amonestación hasta su inhabilitación permanente (art. 45.28).

En relación con el laudo, el TUO confirma las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje: el laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio, y contra él sólo cabe el recurso de anulación previsto por aquella (art. 45.21). Sin embargo, la norma establece algunas regulaciones específicas respecto de este recurso: si lo interpone el contratista, debe presentar una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad estatal (art. 45.22); las entidades estatales sólo pueden iniciar la acción judicial de anulación del laudo previa autorización del Titular de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, realizando un análisis de costo-beneficio que pondere el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, y la expectativa de éxito de intentar la anulación (art. 45.23). Con la finalidad de evitar recursos infundados, el TUO establece la responsabilidad del funcionario que impulse la anulación del laudo cuando el análisis costo-beneficio determina que el recurso razonablemente no puede ser acogido (art. 45.23), y que los funcionarios que no lo interpongan no incurrir en responsabilidad (art. 45.24).

(c) La reforma de 2020 a la Ley de Arbitraje

Recientemente, en enero de 2020, se sancionó el Decreto de Urgencia 020-2020, mediante el cual se modificaron algunas normas de la Ley de Arbitraje, que aplican únicamente a los casos en los cuales el Estado es parte. Aunque algunas de sus disposiciones no parecen idóneas para lograr el objetivo que dice perseguir, la reforma en general fue motivada en la necesidad de establecer mecanismos de protección al Estado frente a posibles casos de corrupción[34].

Por un lado, la reforma apunta a privilegiar el arbitraje institucional sobre el arbitraje ad hoc, limitando esta última modalidad a casos de relativa menor cuantía[35], en el entendimiento de que los arbitrajes administrados por una entidad ofrecen mayores garantías de transparencia, especialmente en orden a la designación de los árbitros y al régimen de honorarios.

En esa misma línea, aunque parece innecesario frente a las claras normas de la Ley de Arbitraje, que exigen que todos los árbitros sean independientes e imparciales y que establecen como causal de recusación la demostración de cualquier circunstancia que cree dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad, la reforma establece la incompatibilidad para actuar como árbitro de quien haya tenido actuación previa en el caso o tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral. Con el mismo propósito, la norma obliga a que la recusación sea resuelta por la institución arbitral o, a falta de ésta, por la Cámara de Comercio,

siendo nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros[36].

El Decreto también modifica el régimen de confidencialidad del arbitraje, al disponer que en los arbitrajes en que interviene el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo se harán públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Y permite que las partes, luego de anulado el laudo, requieran la sustitución del árbitro que designaron o la recusación de quienes emitieron el laudo anulado, lo que en los hechos impide que el mismo tribunal vuelva a juzgar el caso en aquellos casos en que la Ley de Arbitraje, frente a la anulación, reenvía el caso a ser nuevamente juzgado por un tribunal arbitral[37].

Menos justificadas -o cuanto menos no justificadas por razones de transparencia- aparecen otras modificaciones del Decreto 020-2020 a la Ley de Arbitraje. Sin que se hayan explicado las motivaciones que lo inspiran, el Decreto exige que, cuando se requiere una medida cautelar contra una entidad estatal, el solicitante debe presentar, como contracautela, una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral.

Igualmente injustificada parece la norma del Decreto que instituye la figura del “abandono del proceso”: si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro meses, el proceso se entiende abandonado, pudiendo esta declaración hacerse a pedido de parte o aún de oficio. La norma regula también las consecuencias del abandono: impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis meses, y si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, directamente caduca el derecho.

La reforma también limita la materia arbitrable en controversias derivadas de la contratación pública, al impedir al tribunal arbitral decidir sobre la imposición de multas administrativas o similares u otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.

IV. Algunas referencias comparadas acerca del arbitraje en contrataciones con el Estado [\[arriba\]](#)

El régimen peruano, que establece el arbitraje como forma obligatoria de resolver las controversias entre el Estado y sus contratistas, es una singularidad que no tiene muchos modelos en el derecho comparado. A lo sumo, el arbitraje en contratación pública es permitido, pero no se conocen modelos en que resulte impuesto.

En Colombia, por ejemplo, existe una extendida cultura en el uso del arbitraje. Su Constitución reconoce expresamente al arbitraje como una alternativa jurisdiccional[38]. Cuenta con una moderna legislación arbitral, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (aprobado por Ley N° 1563 de 2012) y con reconocidos centros de arbitraje, principalmente en las Cámaras de Comercio de las principales ciudades. Inclusive el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley N° 80 de 1993) expresamente admite que se puedan recurrir al arbitraje, ya sea pactándolo bajo la forma de una cláusula

compromisoria contenida en el contrato, o mediante la suscripción de un compromiso arbitral[39].

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha limitado severamente el ámbito de la materia arbitrable en relación con contratos estatales, y una Directiva Presidencial ha impuesto una serie de requisitos para que los funcionarios puedan convenir el sometimiento a arbitraje.

Por un lado, en el año 2000, la Corte Constitucional declaró sólo parcialmente exequibles los arts. 70 y 71 de la Ley N° 80, disponiendo que

“los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”[40].

A consecuencia de ello, en palabras de la misma Corte Constitucional,

“los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna”[41].

Por otro lado, la Directiva Presidencial 03-2015, del 23 de diciembre de 2015, “instruye” a los funcionarios públicos estableciendo estrictos recaudos para incorporar acuerdos arbitrales en los contratos públicos. Así, dispone que ese pacto

“debe corresponder a una decisión de gerencia pública explícita, previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso, entre otras consideraciones”.

Y añade que

“cada vez que una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, previo concepto de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, los directores de la entidad u organismo deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto

arbitral. En caso de duda podrán consultar al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”.

En Brasil, la reforma de la Ley de Arbitraje (Ley N° 9.307 de 1996), según Ley N° 13.129 de 2015, tuvo como uno de sus principales objetivos favorecer la incorporación de convenios arbitrales en los contratos celebrados por el Estado. La referida Ley N° 13.129 añadió dos párrafos al art. 1° de la Ley de Arbitraje: por un lado, se señala expresamente que “la administración pública directa e indirecta podrá valerse del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles”; por el otro, se determina que la autoridad de la administración pública que podrá decidir el sometimiento a arbitraje es la misma que está autorizada a celebrar transacciones. Según el art. 2.3 de la ley, cuando la administración pública sea parte en el arbitraje, éste deberá ser de derecho y habrá de respetarse el principio de publicidad. Con estas normas, si bien no se impone el arbitraje en contrataciones con el Estado, se sientan las bases para permitir su desarrollo, aclarando algunos aspectos fundamentales

En Ecuador, el arbitraje en contrataciones con el Estado es igualmente facultativo, estableciéndose algunas condiciones particulares para incorporarlo. El art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación (texto consolidado en 2006) dispone lo siguiente:

“Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: (a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; (b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; (c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, (d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”.

De manera similar, la Ley de arbitraje y mediación de Paraguay (Ley N° 1.879 de 2002) permite al estado someter sus controversias a arbitraje. Según el art. 2 de la ley,

“el Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado”.

De manera coherente, la Ley de Contrataciones Públicas (Ley N° 2.051 de 2003) dispone que

“las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo a esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo

constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente” (art. 9).

Más adelante, la misma ley prevé lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo establecido en el art. 9 de esta ley, las partes quedan facultadas para someter a arbitraje cualquier diferencia que surja durante la ejecución de los contratos regulados por esta ley. En el reglamento se fijarán los términos y condiciones bajo los cuales las partes podrán pactar las cláusulas compromisorias que mejor convengan a sus intereses o, incluso, estipularlas en convenio por separado” (art. 88).

El reglamento de la Ley de Contratación (Decretos 21.909/03, 5.174/05, 6.225/11 y 7.434/11) dispone en su art. 125 que “el arbitraje procede sólo en caso de haberse pactado en el contrato suscripto entre las partes” o mediante la celebración de un compromiso arbitral[42], debiendo establecerse la forma y métodos de designación de los árbitros y la aplicación de las leyes y normativas vigentes en la República”, sin admitirse el sometimiento a arbitraje de equidad. Asimismo, se establece que el procedimiento a seguirse por los árbitros será el establecido en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Paraguay, en cuanto no contravenga las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Lo que se advierte prima facie del breve repaso de algunos ordenamientos latinoamericanos es que, con sus matices, el arbitraje en contrataciones con el Estado es permitido, al menos desde lo normativo. Y que, en algunos de ellos, como el caso de Brasil, es perceptible la intención de comenzar a remover algunos de los tradicionales obstáculos que lo impedían. Sin llegar al extremo de imponerlo, como en Perú, las legislaciones reconocen la posibilidad de que las controversias que involucren al Estado con sus contratistas.

Por contraste con esa evolución, España ha retrocedido. Tradicionalmente, los ordenamientos españoles sobre contratación pública prohibían el sometimiento a arbitraje: así lo disponía el Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros del 27 de febrero de 1852, que establecía la jurisdicción exclusiva del fuero contencioso-administrativo. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (Decreto del 9 de enero de 1953) se confirmó que las controversias derivadas de los contratos con las entidades estatales “se entenderán siempre sometidos a los Tribunales competentes, con jurisdicción en el lugar en que las mismas tengan su sede”, siendo nulo el sometimiento de estas cuestiones a juicio de árbitros o de amigables componedores. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley N° 13, del 18 de mayo de 1995) permitió la generalización de cláusulas arbitrales en contratos con empresas extranjeras cuando el contrato fuera a ser ejecutado en el extranjero, pero estableció severas restricciones cuando los contratos fueran a ejecutarse en España, al someter las cláusulas arbitrales a aprobación por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado. Esta misma regla se mantuvo hasta la reforma de 2010 a la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007: la Ley N° 34/2010, del 5 de agosto de 2010 incorporó a aquella una norma, según la cual “los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren” (art. 320). A pesar del tibio avance que esa norma

significó,[43] fue eliminada en la actual Ley de Contratos del Sector Público (Ley N° 9/2017, del 8 de noviembre de 2017), que además desalienta la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos celebrados con empresas extranjeras, respecto de los cuales favorece las “cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir” y solo, “cuando no sea posible”, permite que incorporen cláusulas de arbitraje[44].

V. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

La sucinta reseña que hemos hecho permite sentar una conclusión: el sistema de arbitraje en contrataciones con el Estado peruano es prácticamente único en el mundo,[45] principalmente por su carácter obligatorio.

A propósito de esta última característica, es posible analizar sumariamente, a modo de reflexión final si en realidad es tan contradictoria con el arbitraje como en ocasiones se ha sostenido.

En primer lugar, la imposición del arbitraje por ley no carece de modelos. Las normas del derecho argentino y chileno que hemos referido en el capítulo II no fueron producto de la imaginación de sus legisladores, sino que tienen sus raíces en normas del derecho francés y español del medioevo.

En el derecho francés, el Edicto de François II de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins y la Ordenanza Terrestre -Code Savary- de marzo de 1673 (que fueron luego recogidas en el Código de Comercio de 1807) instituían el arbitraje de manera obligatoria para el juzgamiento de controversias entre los socios, sin necesidad de una declaración de voluntad de los socios. Esta situación se mantuvo durante 300 años, hasta la ley del 17 de julio de 1856 que dejó sin efecto la imposición legal del arbitraje, permaneciendo como voluntario[46].

En el derecho español, las Ordenanzas de Bilbao (originariamente redactadas a mediados del siglo XVI, adicionadas y confirmadas en 1665 y 1737, y que contenían una recopilación de las viejas ordenanzas y de las costumbres comerciales no escritas) contemplaban el arbitraje forzoso, obligando a insertar cláusulas de arbitraje en los contratos de sociedad[47]. Una norma similar fue luego recogida por el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829[48].

Estos antecedentes, y la subsistencia de normas similares en algunos países, en todo caso demuestra que, así como impone el recurso a los tribunales judiciales, el legislador puede también imponer el recurso al arbitraje, aunque no haya sido pactado. Y si es técnicamente admisible que el Estado imponga el uso del arbitraje inclusive a particulares en conflictos que sólo atañen a ellos[49], la situación parece más clara cuando es el propio Estado quien lo impone, en primer lugar para sí mismo, aunque de modo indirecto lo termine imponiendo a sus contratistas.

Es que, en rigor de verdad, si se mira con más detalle la cuestión, una situación similar se da inclusive en el ámbito de la contratación puramente privada. No son pocas las empresas que establecen condiciones generales de contratación, aplicables a quienes desean celebrar contratos con ellas, incluyendo el sometimiento a arbitraje. Y esta forma, al menos cuando de empresarios o comerciantes se trata, no es cuestionable bajo la enorme mayoría de las legislaciones de arbitraje.

La predeterminación de condiciones de contratación es un fenómeno prácticamente inevitable en numerosos ámbitos de la actividad mercantil, que requiere la uniformidad y estandarización de contratos destinados a vincular a una parte con determinadas categorías de co-contratantes (distribuidores, agentes, concesionarios, franquiciados, etc.). A ese mismo fenómeno no puede sustraerse el Estado, que también establece condiciones de contratación inmodificables por sus contratistas: las propias leyes de contrataciones (la peruana y casi cualquier otra) contienen una gran cantidad de reglas de las cuales no es posible apartarse y a las cuales se sujetan por un acto de pura adhesión. Estas circunstancias (predeterminación + adhesión) no impiden considerar que existe un contrato, ni lo privan de validez (salvo aquellas condiciones que puedan reputarse abiertamente abusivas).

No parece que pudiera negarse al Estado lo que se permite a los particulares. Ni que deba darse a la contratación por adhesión, especialmente cuando quien adhiere a condiciones predispuestas es un empresario, un tratamiento distinto según que el predisponente sea otro particular o el Estado. Si cualquier empresa que celebra contratos en masa puede establecer las condiciones bajo las cuales acepta contratar, no es razonable que no pueda hacerlo el Estado, que también contrata en forma masiva (seguramente mucho más que cualquier particular). Y si es admisible que, entre comerciantes, una de esas condiciones sea el sometimiento a arbitraje, no es dable excluir la validez de la misma condición impuesta por el Estado a la universalidad de sus contratistas.

Por lo que, en definitiva, la “obligatoriedad” del arbitraje en contratación pública del derecho peruano no es sustancialmente diferente de la misma obligatoriedad que surge de condiciones generales de contratación predispuestas por empresas, que sólo admiten vincularse contractualmente con otras bajo ciertas reglas, a las cuales su contraparte se adhiere sin posibilidad de modificarlas. Y si esos convenios arbitrales son admitidos en contratos por adhesión entre particulares, no vemos razón para no admitirlos cuando quien contrata es el Estado.

De lo que concluimos que la “obligatoriedad” del arbitraje en contratación pública no surge tanto de la ley, sino de la adhesión del contratista a condiciones pre-establecidas por el Estado contratante. Ni más ni menos que lo que sucede cuando ese mismo contratista adhiere a condiciones dispuestas por otro empresario o, como seguramente sucede, ese mismo contratista del Estado deviene en contratante que, a su vez, impone condiciones a sus subcontratistas o proveedores.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Sobre la ineficiencia de este esquema, ver CAIVANO, Roque J.: La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

[2] Desde la entrada en vigencia del arbitraje en contratación pública, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima incrementó la cantidad de casos, pasando de 17 a 81 nuevos casos en 1998 (año a partir del cual la tendencia del crecimiento del arbitraje ha sido permanente). Ver, PAULET MONTEAGUDO, Fabiola: “El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos,

cifras y reflexiones”, Revista Arbitraje PUCP, N° 3, 2013, págs. 87 y siguientes.

[3] Por ejemplo, para determinar el precio en la locación de servicios o de obra, si las partes no lo hubiesen acordado (art. 1627, Código Civil); para determinar el valor de la cosa que el vendedor hubiese dejado de entregar al comprador después de perfeccionada la venta (art. 471, Código de Comercio); para determinar la comisión o retribución del depositario en el depósito comercial (art. 573, Código de Comercio); para dirimir controversias que surjan entre las partes sobre la liquidación en el trámite de ejecución de sentencias, cuando las cuentas sean complicadas o requieran conocimientos especiales (art. 516, CPCCN); o para resolver todas las cuestiones suscitadas entre los socios con motivo de la existencia, liquidación o partición de una sociedad comercial (art. 448 del Código de Comercio vigente hasta 1972)

[4] El art. 227 del Código Orgánico de los Tribunales remite a arbitraje: la liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; la partición de bienes, cuando no haya sido hecha por acuerdo de partes o por disposición del causante; las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación; y los demás cuestiones que determinen las leyes.

[5] “Se trata de un juicio establecido por la ley como el único posible para esos casos y no es preciso para que tenga lugar, el acuerdo de voluntad previo de las partes; producida la controversia entre éstas, cualquiera de ellas puede obligar a la otra a someterse al juicio arbitral, como podría someterla a la jurisdicción de un juez de letras, si éste y no el árbitro fuera el tribunal competente. Los árbitros forzosos son, en efecto, tribunales con competencia privativa y su jurisdicción, por mandato de la ley, se transforma de extraordinaria en ordinaria” (AYLWIN AZÓCAR, Patricio: El juicio arbitral, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2005, pág. 53).

[6] En un proyecto de Ley Orgánica de los Tribunales de Chile se explicó que “el principal objeto del arbitraje forzoso es evitar a los jueces de letras el trabajo de organizar ciertos pleitos largos y complicados y llenos de pequeños incidentes” (EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael: El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pág. 24).

[7] Este es el caso de los Códigos Procesales de las provincias argentinas de Santa Fe y Córdoba, que prevén el arbitraje forzoso para juicios entre parientes, y cuya fundamentación se encuentra en la necesidad de lograr la paz y concordia entre las personas estrechamente vinculadas por lazos familiares, prescindiendo del rigorismo de la ley formal y sustancial.

[8] KUNDMÜLER CAMINITI, Franz: “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento”, Revista Themis, N° 39, 1999, págs. 213 y siguientes.

[9] LEDGARD ANTUNEZ DE MAYOLO, Denise: “La nueva estrategia de modernización de la gestión pública en el Perú: en búsqueda de resultados para el ciudadano”, accesible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/ce ndocbib/con4_uibd .nsf/92B25E69 7D0B1B8D052 57DDC007519BE /\\$FILE/ledga ant.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/ce ndocbib/con4_uibd .nsf/92B25E69 7D0B1B8D052 57DDC007519BE /$FILE/ledga ant.pdf).

[10] Este principio está plasmado expresamente en el art. 60 de la Constitución Política, que dispone: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón del alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”.

[11] “En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al

fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defeción de la iniciativa privada” (LANDA ARROYO, César: ““El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú”, Revista de Derecho Forseti, N° 1, 2016, págs. 146 y siguientes).

[12] Art. 63, Constitución Política.

[13] La Constitución Política impone al Estado el deber de facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (art. 61).

[14] En efecto, el crecimiento económico de Perú fue del 4,4%, mientras que la economía chilena creció un 3,4%; la colombiana 2,7%; la brasileña 2.3%; y la argentina 2,0% /fuente: Proinversión. Agencia de Promoción de la Inversión Privada. Tasas de Crecimiento Económico. Proyecciones - Latinoamérica: 2017-2018).

[15] La demora en la tramitación de los procesos, así como los elevados costos que supone la vía judicial, pueden llegar a derivar en situaciones empresariales insostenibles y altamente perjudiciales para la continuidad de la relación entre las partes. Ver, CEBALLOS RÍOS, Natalia M.: “Arbitraje Popular: La importancia de un acceso rápido a la justicia de las pymes”, Revista EnMARCando, Ministerio de Justicia del Perú, junio de 2009.

[16] Estas características fueron destacadas en el evento organizado por la Asociación Europea de Arbitraje en Madrid, “Open de Arbitraje 2019”, en el cual el arbitraje en contratación pública en Perú fue destacado por su permanencia a lo largo del tiempo y por el esfuerzo que se viene realizando en pos de una mayor transparencia. Ver, MARCOS, Noelia: “Arbitraje en contratación pública en Perú: un ejemplo a tener en cuenta”, publicado el 10 de mayo de 2019 en <https://ciarglobal.com/arbitraje-en-contratacion-publica-en-peru-un-ejemplo-a-tener-en-cuenta>.

[17] CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA Rita: “Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública”, Revista Boliviana de Derecho, N° 11, 2011, págs. 204 y siguientes.

[18] Sin embargo, en la Grecia antigua, era utilizado como medio para evitar la guerra y para regular las relaciones con otros Estados o entre ciudades: se mencionan los arbitrajes entre las ciudades cretenses de Itanos y Hierapynta, del siglo II a.c. (GLOSSNER, Ottoarndt: “Arbitration: A glance into history”, en Liber Amicorum Hommage a Frédéric Eisemann, ed. International Chamber of Commerce, 1978, págs. 19 y siguientes) y, por la misma época, Samos y Priene sometieron sus disputas territoriales al arbitraje del estado de Rodas (HAMMOND, N. G. L.: “Arbitration in Ancient Greece”, Arbitration International, vol. 1, N° 2, 1985, págs. 188 y siguientes).

[19] “El arbitraje y la contratación administrativa nacieron como enemigos irreconciliables, como polos opuestos. Pero están aprendiendo a intimar, a encontrarse y con ello a generar esquemas en los que el Derecho Administrativo se vuelva más confiable y el arbitraje comercial se haga más importante. En ese encuentro se genera confianza y con la confianza ganan los Estados, ganan los inversionistas y sobre todo los ciudadanos de los países receptores de la inversión” (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: “Enemigos íntimos: el arbitraje y los contratos administrativos” en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (dirs.): La contratación pública, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, vol. 2, págs. 1193 y siguientes).

[20] Ver, en general, CEBALLOS RÍOS, Natalia M. y CAIVANO, Roque J.: “La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional, a través de un enfoque

comparativo con la Ley Peruana de Arbitraje”, Revista Arbitraje PUCP, N° 8, 2019, págs. 51 y siguientes.

[21] MANTILLA-SERRANO, Fernando. Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. LIMA ARBITRATION N° 4 - 2010 / 2011. Pág. 39.

[22] O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y REPETTO DEVILLE, José Luis. Características Principales de la Ley Peruana de Arbitraje. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol. 23:3. pág. 525.

[23] En la Exposición de Motivos de la ley puede leerse: “Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en la ley arbitral de 1996, cuando la práctica arbitral en el Perú era casi inexistente, lo cierto es que en la actualidad ya no se justifica y lo más adecuado es proceder a la adopción de una legislación arbitral monista”.

[24] “En los asuntos que se rijan por esta ley, no intervendrá ningún tribunal [judicial], salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”.

[25] CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J.: “La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”, Revista Peruana de Arbitraje, N° 7, 2008, págs. 43 y siguientes.

[26] Disponiendo que “el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones” (numeral 2); que “el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo” (numeral 3), y que “ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo”, concluyendo que “cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad” (numeral 4).

[27] La norma establece: “Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII”.

[28] Disposiciones similares pueden verse en las leyes de arbitraje de Túnez, Bélgica, Suecia, Turquía, Francia y Colombia.

[29] FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, págs. 889/900.

[30] CAIVANO, Roque J.: “La renuncia a los recursos”, en GAILLARD, Emmanuel y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (dirs.): *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política y Universidad del Rosario, Bogotá, marzo de 2013, págs. 133 y siguientes.

[31] Sin perjuicio de ello, el art. 45.3 establece que, en contratos de obra, las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas, cuyas decisiones serán vinculantes.

[32] El TUO establece un plazo de caducidad para iniciar el arbitraje: cuando la materia controvertida se refiera a la nulidad o resolución del contrato, la ampliación de plazo contractual, la recepción y conformidad de la prestación, las valorizaciones o la liquidación del contrato, el arbitraje debe iniciarse dentro de los 30 días hábiles (art. 45.5).

[33] Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, aunque deben necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado (art. 45.15).

[34] En sus considerandos, el decreto expresa “que la normativa vigente en

materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país”, y “que, resulta urgente y necesaria la modificación del marco normativo vigente, en los procesos arbitrales en los que interviene como parte el Estado peruano, a fin de fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen graves perjuicios al Estado peruano”.

[35] Solo pueden ser ad hoc los arbitrajes cuya cuantía no supere las diez unidades impositivas tributarias (a la fecha, aproximadamente 43.000 soles, equivalentes a aproximadamente US\$ 13.000).

[36] El sistema general de la Ley de Arbitraje es que las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación pero, a falta de acuerdo, tratándose de un tribunal colegiado, la recusación es resuelta por los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado.

[37] De conformidad con el art. 65.1 de la Ley de Arbitraje, luego de anulado el laudo el caso vuelve a arbitraje (y podría intervenir el mismo tribunal) si se anula porque una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido hacer valer sus derechos; por haberse omitido seguir el procedimiento pactado; por haber sido dictado luego del plazo para laudar.

[38] Según el art. 116 de la Constitución, “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

[39] Según el art. 70, “en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”. Según el art. 71, “Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”.

[40] Corte Constitucional, en pleno, 25/10/2000, sentencia C-1436/00, recaída en el expte. D-2952).

[41] Dijo la Corte que “el acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados” y que, “como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta”. Sobre la base de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, la Corte razonó que “la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma”. Y más adelante expresó que “la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las

actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral” (Corte Constitucional, sentencia C-1436/00, citada).

[42] “En caso de no incluirse la cláusula compromisoria en el contrato respectivo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la redacción del Anexo dentro de los treinta días corridos siguientes a la firma del contrato, debiendo el Anexo suscribirse dentro de los veinte días siguientes de la petición; en caso contrario se considerará que no existe pacto arbitral”.

[43] En definitiva, quedaba excluido el arbitraje en los contratos administrativos propiamente dichos, celebrados por entidades públicas que no formen parte de la Administración Pública.

[44] ESPLUGUES BARONA, Carla: “Repensando el arbitraje en la contratación administrativa: evolución y futuro”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 4, junio de 2020.

[45] Aunque bajo un sistema jurídico distinto, alguna aproximación a esta idea es la normativa de los EE.UU. que, a través de la Alternative Dispute Resolution Act de 1990 y la Administrative Dispute Resolution Act de 1996, buscan “promover” los medios alternativos de resolución de conflictos en materia de contratos con la Administración y establecen, como regla, la arbitrabilidad de las disputas, sujeta a ciertos límites. Con todo el avance que estas disposiciones supusieron, se ha señalado que hace falta instalar la cultura de los MARC’s entre los funcionarios públicos, porque si se quiere generalizar su utilización en el ámbito de la administración federal, se necesita algo más que solamente ofrecerles la posibilidad de evitar el recurso a los tribunales judiciales (BINGHAM, Lisa B. y WISE, Charles R.: “The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: How do we evaluate its success?”, Journal of Public Administration Research and Theory, vol. 6, N° 3, julio de 1996, págs. 383 y siguientes). Ver, asimismo, MESTER, Jonathan D.: “The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Will the new era of ADR in Federal Administrative Agencies occur at the expense of public accountability?”, Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 13, N° 1, 1997, págs. 167 y siguientes).

[46] ROBERT, Jean: L’Arbitrage. Droit interne et droit international privé, 6ª edición, ed. Dalloz, Paris, 1993, págs. 4, 54 y siguientes.

[47] “Y porque al fin de las compañías, estándose ajustando sus cuentas, se suelen suscitar entre los interesados muchas dudas y diferencias, de las que proceden pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos, como la experiencia lo ha demostrado, para evitar tales daños y para que las dudas, diferencias y pleitos sean decididos sumariamente, se ordena: que todos los que formaren compañía hayan de pactar y poner cláusula en la escritura que de ella otorguen, en la que digan y declaren que por lo referente a las dudas y diferencias que durante ella y a su fin se pudieren presentar, se obligan y someten al juicio de dos o más personas prácticas que ellos o los jueces de oficio nombraren, y que estarán y pasarán por lo que sumariamente juzgaren, sin otra apelación ni pleito alguno; cláusula que se les hará cumplir y observar bajo la pena convencional que también deberá imponerse, o a la arbitraria que los jueces señalaren” (capítulo X, Ley N° 16).

[48] CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, pág. 48.

[49] Dejando de lado aquellos países cuya Constitución (o su interpretación jurisprudencial) sólo admite la figura del arbitraje estrictamente voluntario y vedan esta posibilidad por considerarla una violación al acceso a la justicia, salvo que la norma deje a cualquiera de las partes la libertad de optar por acudir a los

tribunales judiciales. Como es el caso de Italia (Corte Costituzionale, sentencias nros. 127/1977 del 4/07/1977, 232/1994 del 6/06/1994, 49/1994 del 9/02/1994, 152/1996 del 2/05/1996, 381/1997 del 27/11/1997, 325/1998 del 14/07/1998, o 115/2000 del 13/04/2000), España (Tribunal Constitucional, sentencias nros. 174/1995 del 23/11/1995, 75/1996 del 30/04/1996, y 352/2006 del 14/12/2006), o Colombia (Corte Constitucional, sentencias nros. C-242/97 del 20/05/1997, C-163/1999 del 7/03/1999, C-330/2000 del 22/03/2000, C-060/2001 del 24/01/2001 y SU-174/2007 del 14/03/2007).