

COMENTARIOS Y REFLEXIONES SOBRE EL ESTUDIO DE INVESTIGACION DEL CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCION DE CONFLICTOS- PUCP “TENDENCIAS DEL ARBITRAJE DE CONTRATACION PUBLICA: ANALISIS DE LAUDOS ARBITRALES”

1. Introducción:

Desde 1998 nuestro país estableció, en la ya derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado³, al arbitraje y la conciliación como los únicos medios de solución para las controversias originadas en la ejecución de los contratos regulados por dicha norma (obras, bienes y servicios). Es decir que estos actos de gestión del Estado resuelven las controversias que surjan en su ejecución contractual a través del arbitraje o la conciliación en detrimento de recurrir al Poder Judicial.

Esta decisión del Estado tuvo como objeto ser una muestra de confianza para los inversionistas privados nacionales y extranjeros, era importante ofrecer neutralidad en la solución de controversias. El Estado ya no recurriría a “su” Poder Judicial sino que conciliaría o arbitraría con los agentes privados en igualdad de condiciones.

Al ser una señal de confianza que propicia la inversión privada, esta disposición se ha mantenido en el tiempo hasta nuestros días y ha sido la fórmula elegida por sucesivos Gobiernos en las sucesivas Leyes al respecto⁴.

A través de esta disposición el Perú se convirtió en el primer país en donde el Estado recurre a algún

medio alternativo de resolución de controversias (arbitraje y conciliación) como regla y no como excepción, lo cual ha significado que se le elogie en diferentes foros especializados por adoptar una visión eficiente de la solución de controversias para su contratación pública.

En la práctica debemos señalar que la conciliación y el arbitraje corrieron suertes distintas. En la medida que la conciliación es un medio de solución de controversias autocompositivo, los funcionarios públicos todavía no han encontrado los suficientes incentivos por parte de las normas de control para recurrir a ella, no existe aún una voluntad conciliadora por parte del Estado. Por su parte el arbitraje ha sido usado con una intensidad impresionante, toda vez que es un medio heterocompositivo y que además su estructura adversarial permite que ambas partes en conflicto puedan desplegar sus mejores esfuerzos para resultar victoriosas.

Además debemos señalar que el arbitraje permite que las controversias de la contratación pública se resuelvan en un tiempo menor en comparación con el Poder Judicial y a través de un medio especializado, lo cual conlleva una gran ventaja tanto para los contratistas como para el propio Estado.

1. Abogado y Magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. Abogado (Summa Cum Laude) y Candidato a Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Investigador Jurídico del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto del Curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850.

4. La conciliación y el arbitraje como medios de solución de controversia imperativos para las contrataciones del Estado se encuentran regulados tanto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 (1997); en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017; Ley que modifica el Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 29873 (2012) y la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (2014)

A día de hoy es innegable que el arbitraje en el Perú es en su gran mayoría arbitraje de contratación pública. La elección de Estado respecto de arbitrar sus controversias trajo consigo la expansión y descentralización del arbitraje, hasta el Municipio más pequeño del país está obligado a arbitrar sus controversias.

Desde nuestra creación hace 15 años, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha tenido un estrecho vínculo con el arbitraje de la contratación pública, siendo que la gran mayoría de los casos que administramos provienen de este tipo de arbitraje. Consideramos que además de la eficiencia y calidad de nuestros servicios influye también que al ser parte de una Universidad tan prestigiosa como la PUCP, las partes nos perciben como un foro plenamente neutral, pues no somos parte de un gremio, ni somos parte del Estado, sino que somos parte de una institución educativa.

Justamente el ser parte de una Universidad es un valor del cual nos sentimos orgullosos, consideramos que al ofrecer el servicio de arbitraje y de conciliación somos expresión del compromiso social que tiene la PUCP con la paz social y en particular con generar espacios donde se promueva e incentive una auténtica cultura de paz. Son estos motivos los que hacen que nuestra Universidad apueste y crea firmemente en la contribución que significa para el país y su desarrollo su decidida participación en el empleo de medios alternativos de solución de controversias.

El ser parte de una Universidad significa también un ineludible compromiso con la investigación y las labores académicas, pues es a través de ellas que se logra detectar con claridad los problemas del país y a su vez plantear soluciones para ellos. Es por ello que nuestro Centro realiza constantes investigaciones y publicaciones sobre arbitraje y medios alternativos de resolución de controversias.

En este sentido, uno de los problemas que ha enfrentado el arbitraje en contratación pública, por el gran crecimiento que ya hemos mencionado, es que se le ha empezado a tildar de ser un sistema pro contratista y que el Estado siempre pierde los arbitrajes en los que es demandado, asimismo se señala que ha sido contaminado por la corrupción que es practicada por algunos malos árbitros y

algunas malas partes.

Esto ha motivado que desde el año 2012 el arbitraje de contratación pública y la contratación pública en general hayan sufrido diversos cambios y modificaciones legislativas en un corto tiempo. El 2012 la norma vigente, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante LCE), fue modificada por la Ley N° 29873, que entre otras disposiciones introdujo una "nueva causal de anulación" de laudo arbitral por inaplicación del orden de prelación normativo obligatorio⁵ y una serie de sanciones administrativas aplicables a los árbitros por incurrir en conflictos de intereses y faltar al deber de revelación. Estas cuestiones fueron completadas con los cambios reglamentarios pertinentes a través del Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

Asimismo, a pesar de la juventud de estas modificaciones este año se ha emitido una nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, NLCE), la cual aun no entra en vigencia a la espera de ser reglamentada, pero que incorpora importantes cambios para el arbitraje de contratación pública tales como: La Junta de Resolución de Disputas (Dispute Boards) como medio prearbitral de solución de controversias derivadas de determinados contratos de obra, Registro de Árbitros, Registro de Secretarios Arbitrales y Registro y acreditación de Instituciones Arbitrales⁶.

Es en este contexto es que nuestro Centro, consciente de la importancia que significa el arbitraje de contratación pública para el desarrollo del país, emprendió una ardua tarea de investigación para poder obtener un panorama objetivo de la realidad del arbitraje de la contratación pública en el Perú y en base a este diagnóstico poder realizar propuestas que ayuden a resolver los problemas que se detecten de este diagnóstico.

Es cierto que como toda obra humana el arbitraje es perfectible, particularmente, el arbitraje en materia de Contratación Pública que presenta un componente innegable de interés público, y creemos que es este el sentido al que deben encaminarse las reformas, es decir a buscar la máxima satisfacción de este interés público inherente mediante un sistema eficiente de gestión por resultados.

5. En: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/TUO/Ley%2029873_Modifica_LCE_01-06-2012.pdf

6. En: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Legislacion/Ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>

El objetivo del presente artículo es presentar la realidad del arbitraje de contratación pública peruana a la luz de información extraída de la lectura y análisis de los propios laudos arbitrales, y de este modo encontrar respuestas y propuestas que atiendan a mejorar su situación actual.

Reiteramos la preocupación de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el desarrollo del arbitraje del Estado como factor de suma importancia para lograr la pacificación social en nuestro medio y asimismo salvaguardar de manera adecuada el uso de los recursos públicos, en este sentido a través de este texto hemos querido abordar los principales problemas que aquejan al arbitraje de la contratación pública a efectos de ofrecer una solución a los mismos con la finalidad de potenciar la eficacia y el adecuado desarrollo del arbitraje.

2. Importancia de la Investigación realizada

Desde el año 2013 empezamos a desarrollar nuestro Estudio de Investigación Titulado "Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos." El estudio estuvo a cargo de nuestro Investigador Jurídico, el Abogado Rigoberto Zúñiga Maravi y contó además con la colaboración en la el llenado de fichas de alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP (Kevin Marusic, Lorena Guardia, Joyce Poves, María Alejandra Gulman, Gabriel Cuba, Jorge Marquiño, Arturo Aguirre y Carlos Galdós) y de Rayza Robles, Bachiller de Psicología, de nuestro Centro en la formulación de los cuadros estadísticos resultantes de la investigación.

Consideramos que es muy importante conocer las tendencias que se suscitan en el arbitraje de contratación pública por las siguientes razones:

- La obligatoriedad del Arbitraje en materia Contratación Pública hace que el adecuado desempeño y desarrollo de la actividad arbitral sea fundamental para el bienestar del país.
- El arbitraje de contratación pública al implicar la participación del Estado posee un inherente interés público porque los laudos se pronuncian en cumplimiento de obligaciones contractuales que Estado paga con fondos públicos y además intervienen en él funcionarios públicos que ejercen una función pública.
- Las incidencias de los laudos emitidos en la determinación de patrimonio de los contratantes: Estado- Privado

3. Objetivos de la Investigación

Conforme ya se adelantó, esta investigación se realiza a fin de obtener un diagnóstico objetivo respecto de determinadas percepciones negativas que empezaron a desarrollarse en torno al arbitraje de la contratación pública. Es decir se busca contrastar determinadas premisas y para ello responder a determinadas preguntas que nos permitan determinar si lo que en el fondo sucede es que existe una errónea percepción del arbitraje en materia de contratación pública.

Con tal objeto nos planteamos el comprobar si es verdad o no que:

- ¿El Estado siempre pierde?
- ¿Por qué pierde el Estado?
- ¿El arbitraje es "pro contratista"?
- ¿El arbitraje es un sistema oneroso por sus condenas?
- ¿Se privilegia al Arbitraje Ad hoc versus el Arbitraje Institucional?

4. Metodología

La ficha técnica usada en la investigación posee los siguientes parámetros metodológicos:

- Marco de muestreo.- Para esta investigación se ha tomado como marco de muestreo al total de laudos registrados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el periodo del 2003 al 2012 (2043).
- Diseño de muestreo.- Se realizó un muestreo aleatorio estratificado, en el cual se dividió a la muestra de acuerdo al año de registro de los laudos, con el fin de obtener la distribución del total de laudos en cada año y seleccionar aleatoriamente el número de casos que se utilizarían para la investigación.
- La selección de unidades de muestreo se realizó por cada año, según el porcentaje que el número de laudos de cada año representaba del universo total de laudos.
- Sistema de muestreo.- Para determinar el número de muestra necesario para esta investigación se utilizó el programa estadístico

STATS (determinación del margen de error y nivel de confianza).

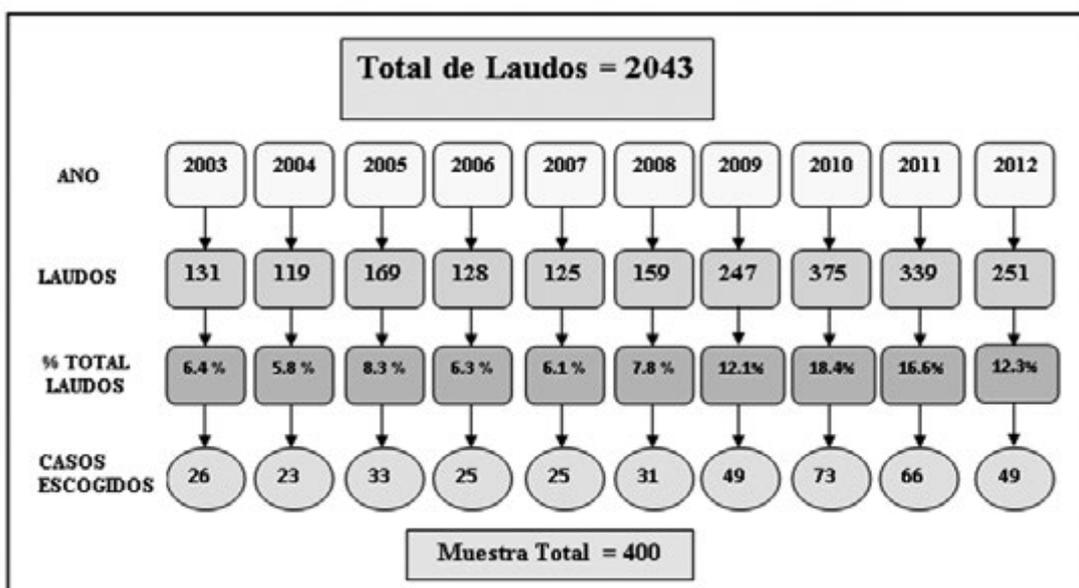
- Universo de la población.-Laudos registrados en la página oficial del OSCE en el periodo del 2003 al 2012.
- Tamaño de la muestra.- 400 casos.
- Margen de error.- Para los resultados obtenidos se tiene un margen de error de más menos 4.4%
- Nivel de confianza.- Se asume un nivel de confianza de 95%.

A continuación se presenta un gráfico que explica el sistema de elección de los laudos por cada año:

5. Resultados de la Investigación

En esta sección presentaremos los resultados de nuestra investigación y realizaremos algunos comentarios y reflexiones sobre la problemática captada en estas estadísticas.

A su vez comentaremos en qué medida la Ley de Contrataciones del Estado vigente (LCE) y las recientes modificaciones legislativas que ha experimentado el arbitraje de contratación pública en la nueva Ley de Contrataciones del Estado aún no vigente (NLCE) a la espera de su reglamentación, atienden o solucionan la problemática detectada y, del mismo modo se realizarán breves sugerencias sobre lo que a nuestro juicio debe cambiarse o implementarse en el arbitraje de contratación pública para mejorar su situación actual.



5.1 Clase de Contrato Sometido a Arbitraje:

A continuación se presenta el cuadro estadístico sobre la incidencia de los contratos regulados por

la Ley de Contrataciones del Estado (Obras, Bienes, Servicios) en la generación de controversias y por ende de arbitrajes:



Se observa que el tipo de contrato más propenso a generar controversias es el contrato de obra, es decir que estamos frente a la prueba de la naturaleza conflictiva de la actividad de la construcción.

No podemos ser ajenos a una realidad tan clara y abrumadora, la conflictividad de la contratación pública se localiza en los contratos de obra. Por este motivo es necesario encontrar medios que colaboren con el arbitraje en la resolución de este tipo de controversias y colaboren al arbitraje a satisfacer los objetivos de tiempos y costos tanto del Estado como del contratista.

Es por ello que consideramos como un acierto de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (NCLE), el establecer que determinados contratos de obra (de acuerdo al valor referencial que establezca el Reglamento)⁷ pueda someter sus controversias el medio de resolución de controversias conocido como Junta de Solución de Disputas (Dispute Boards o DBs) el cual está funcionando hace bastante tiempo con gran éxito en otras latitudes del mundo al ser un mecanismo pre arbitral de solución de disputas que se adecua a la naturaleza conflictiva de la construcción y que además es consecuente con la naturaleza temporal de la actividad de la construcción.

Hay que señalar que los Dispute Boards, a diferencia del arbitraje que nace como una necesidad del comercio internacional y es promovido por las empresas privadas, se originan como una necesidad de los Estados para gestionar las controversias de sus contratos de obras públicas, con lo cual sus aportes para un eficiente manejo de los recursos públicos están comprobados.⁸

Los Dispute Boards ofrecen en primer lugar una función preventiva del conflicto debido a que los adjudicadores conocen la obra desde su inicio, y la acompañan durante toda su ejecución, esto les permite estar en contacto con las partes absolviendo sus dudas o consultas, las cuales por no tener esta posibilidad de consulta

probablemente hubieran terminado plasmándose en una controversia.

Asimismo, de generarse la controversia, los Dispute Boards ofrecen una solución durante la ejecución de la obra, es decir durante el iter de ejecución, la gran ventaja para que esto se logre es que, como ya se dijo, el adjudicador conoce la obra desde su inicio y está permanentemente informado de su ejecución, es decir conoce la obra de manera vivencial y constante, a diferencia de un árbitro que debe conocer sobre la obra una vez generada la controversia.

Este conocimiento sostenido y profundo de la obra permite al adjudicador resolver la controversia en menor tiempo, lo cual se condice con el interés de la entrega de la obra en el tiempo requerido por el propietario y el pago oportuno al contratista, por lo que y a su vez una labor expeditiva en su solución.

Es preciso señalar que este sistema no busca ser una competencia al arbitraje que se viene desarrollando de forma continua y notable en nuestro país, sino más bien un aliado, una especie de filtro previo que desincentive arbitrar lo que no sea necesario y puede resolverse de forma expeditiva través de la Junta de Solución de Disputas, o dicho en otras palabras, que se arbitre lo que realmente sea necesario arbitrar, otorgándole al arbitraje un papel resolutivo sumamente importante acorde a sus alcances y finalidades.

Asimismo, conforme cifras de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)⁹ más del 98% de las decisiones de los DBs son cumplidas por las partes y no sometidas a arbitraje, solo 2% se sometió a arbitraje, de este porcentaje solo 1% fueron revocadas por el Tribunal Arbitral correspondiente. Nótese como es que los DBs filtran las controversias de modo tal que los arbitrajes se reducen en una cantidad notable, pues las controversias se previenen o se resuelven durante la ejecución del contrato.

7. 45.1 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.

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

8. Los Dispute Boards se originaron en los EE.UU., específicamente en obras públicas, en donde han sido utilizados durante más de 40 años como un medio de evitar y resolver conflictos en obras de ingeniería civil complejas y de alto costo, en particular en construcción de represas, proyectos de gestión del agua, hidroeléctricas y la construcción de vías subterráneas. El antecedente más antiguo de DB se registra en la construcción de la represa Boundary Dam, en Washington en la década de 1960, cuando se estableció la "Joint Consulting Board" (Junta Mixta de Consultas) para tomar decisiones con respecto a las controversias, el medio creado funcionó satisfactoriamente.

9. En: <http://www.drb.org/>

Y es que no es eficiente ni para el Estado ni para el Contratista litigar o arbitrar sino que es mucho más beneficioso resolver las controversias de modo expeditivo, a través de un mecanismo ágil y especializado. Los DBs son necesarios en la obra pública porque la obra pública satisface interés públicos y la satisfacción de estos intereses no puede ser pospuesta hasta que la controversia se arbitre y el laudo se emita.

Sin embargo, no debemos olvidar que los DBs son presupuestos de arbitrabilidad, es decir que las decisiones de los DBs son susceptibles de ser, examinadas, revisadas e inspeccionadas en un arbitraje, salvo que adquieran la calidad de final y vinculante; esto puede ocurrir cuando las partes pacten que las decisiones emitidas por un DB serán vinculantes si es que no son sometidas a arbitraje al término de un plazo pactado.

Es por este motivo que la adopción de un DB requiere que las partes lo conciban como un filtro respecto del arbitraje y no como un obstáculo para arbitrar, esto a partir de un análisis de eficiencia de la gestión de las controversias y un esquema de gestión por resultados, para lo cual deberán abandonar la cultura del litigio.

En tal sentido las partes deben ser racionales y entender que no todas las controversias deben ser sometidas a arbitraje puesto implica un costo extra que no vale la pena asumir si es que se tiene la posibilidad de resolver la controversia de forma más rápida e igualmente especializada.

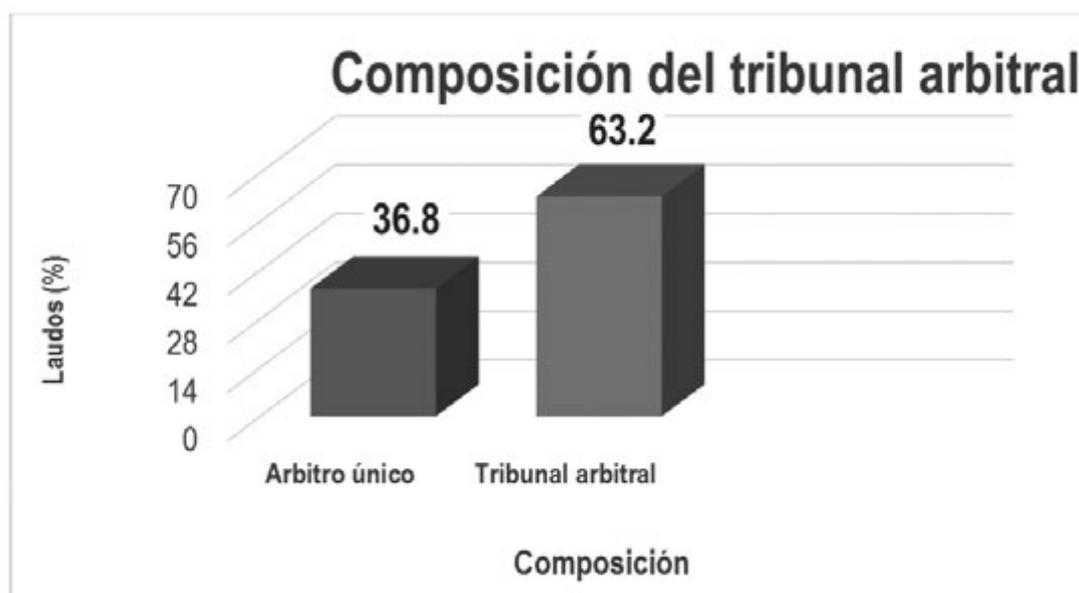
Conforme señala Gustavo Paredes *“Sólo controversias técnicas y económicamente relevantes deberán ser definidas en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día de la construcción a los dispute DBs; ello permitirá mejorar el nivel del arbitraje, las partes identificarán y designarán siempre a los mejores árbitros del medio, para que resuelvan siempre mejores casos y se obtengan siempre mejores laudos.”*¹⁰

A este acierto de la norma se adelantó nuestro Centro de Análisis y Resolución de Conflictos al expedir el año pasado el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas y contar con un Registro de Adjudicadores, ofreciendo por tanto el servicio de administración y secretaría de los DBs, desde la nominación de los adjudicadores a falta de acuerdo de las partes y seguimiento de las actividades hasta la decisión final y naturalmente posterior arbitraje si se diera el caso. Para lo cual bastará insertar en el contrato la cláusula modelo que se ha publicado con nuestro Reglamento.

5.2 Composición del Tribunal Arbitral

Respecto de la composición del Tribunal Arbitral, la información analizada revela que la tendencia mayoritaria es que los arbitrajes sean resueltos por un Tribunal Arbitral colegiado antes que por un árbitro único.

Esto demuestra que las partes contendientes en un arbitraje se encuentran más cómodas designando cada una a un árbitro antes que ponerse de acuerdo para designar a un árbitro en conjunto.



10. Paredes, Gustavo. Disputes Boards y Arbitraje en Construcción ¿Compiten o se complementan? En: Revista Arbitraje PUCP N° 03. P 16.

Es por ello que quizás se tenga la percepción que en el arbitraje de contratación pública muchas veces está presente la figura del árbitro que se debe solo a la parte que lo designa y no al arbitraje como debe de ser, es decir el árbitro que actúa como "árbitro de parte" y no como árbitro neutral.

La designación de árbitros es regulada en la nueva Ley de Contrataciones del Estado a través del Registro de Árbitros del Estado, el cual tiene por característica ser de inscripción automática y de fiscalización posterior. Asimismo se exigen ciertas especialidades a los árbitros como requisitos para el ejercicio de tal función.¹¹

En la medida que esta norma se entienda en el sentido que los contratistas solo pueden designar árbitros de este Registro, tema que debe ser aclarado en el Reglamento, consideramos que el Estado debiera ser respetuoso del derecho de designación de árbitros por los agentes privados, estableciendo para ello el Registro como una lista de árbitros elegibles pero que solo sea vinculante para las entidades estatales. En el caso de los árbitros a ser designados por las entidades estatales el Estado tiene todo el derecho de reformar sus políticas de designación de árbitros. Por otra parte, el exigir especialidades a los árbitros no asegura una conducta ética por parte de ellos, sino mas bien solo un estándar de acreditación de conocimientos.

Somos conscientes es necesario asegurar una adecuada imparcialidad de los árbitros para asegurar que los fines del arbitraje como medio de solución de controversias sean cumplidos.

Hoy en día hay un elevado número de casos en los que los árbitros son designados de modo reiterado por una misma parte, con lo cual se corre el riesgo que pierden independencia, e imparcialidad por los ingresos que estas designaciones les significan y por la cercanía que en vista de ello mantienen con dicha parte.

Si bien es cierto que la recusación posibilita que la parte contraria logre la renuncia o el alejamiento del árbitro que se ve involucrado en conflictos de intereses como los descritos, lo cierto es que en vista de la reserva con la que se manejan los

arbitrajes ad hoc, no siempre se llegan a conocer estas situaciones. Asimismo, la recusación al ser un remedio posterior a la designación del árbitro y al requerir un trámite especial, prolonga y dilata la duración del arbitraje.

Es conocido en el arbitraje el adagio "el arbitraje vale lo que valen los árbitros". En este sentido creemos que las entidades estatales deben ser muy cuidadosas al momento de designar a sus respectivos árbitros debido a la importancia de este acto, ya que un árbitro probo resulta ser una garantía dentro del Tribunal Arbitral.

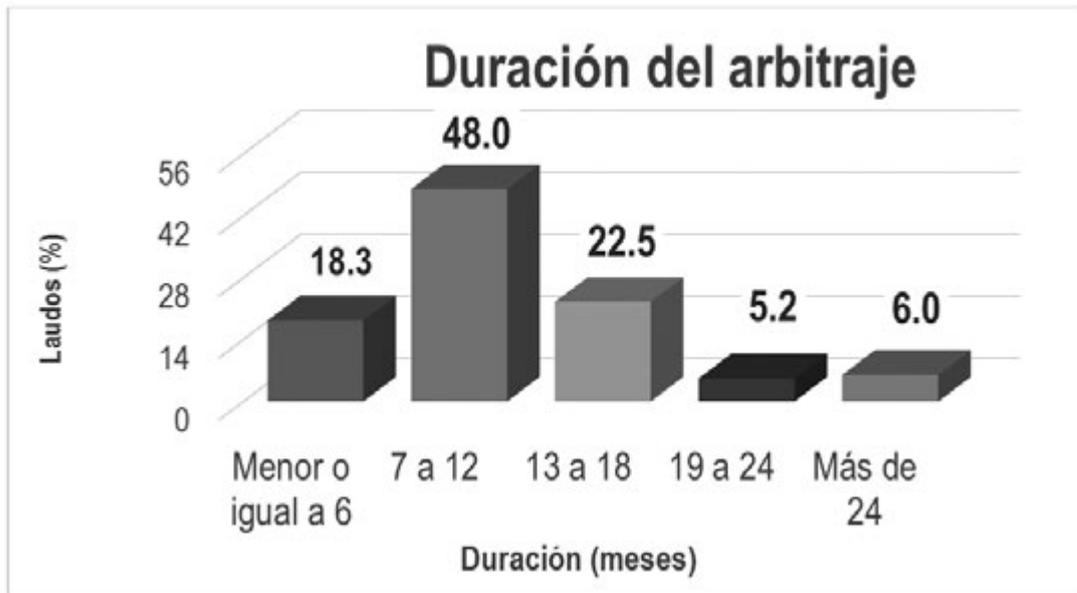
El árbitro designado por la entidad participará en la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, por lo que es de esperarse que posea un buen criterio al momento de realizar esta elección. Asimismo un árbitro de reconocido proceder neutral es menos susceptible a cualquier clase de mala práctica. Por ende consideramos que más allá del registro que pueda implementarse, la designación del árbitro correspondiente a la Entidad sea realizada por el titular de la misma de modo indelegable y bajo responsabilidad. Como resultado de esto se logrará reducir también el riesgo del surgimiento de recusaciones, con lo cual se fomente la eficiencia y rapidez en el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

5.3 Duración del arbitraje

En el siguiente cuadro se aprecia que la duración del arbitraje, desde la fecha de inicio del arbitraje hasta la emisión del laudo, cumple con las expectativas de celeridad de las partes pues en casi el 70% de los casos se resuelven en máximo un año. (Ver gráfico en página 80)

Sin lugar a dudas, la celeridad con la que se desarrollan los arbitrajes contribuye a generar una extraordinaria confianza entre los inversionistas y operadores, tanto nacionales como extranjeros, que encuentran en él valores de rapidez y eficiencia que desafortunadamente no encuentran en nuestro Poder Judicial, no por la capacidad de los jueces, que no se pone en tela de juicio, sino por la sobrecarga de los procesos, recordemos que la justicia, para serlo verdaderamente, debe ser oportuna.

11. 45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros. El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado. Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

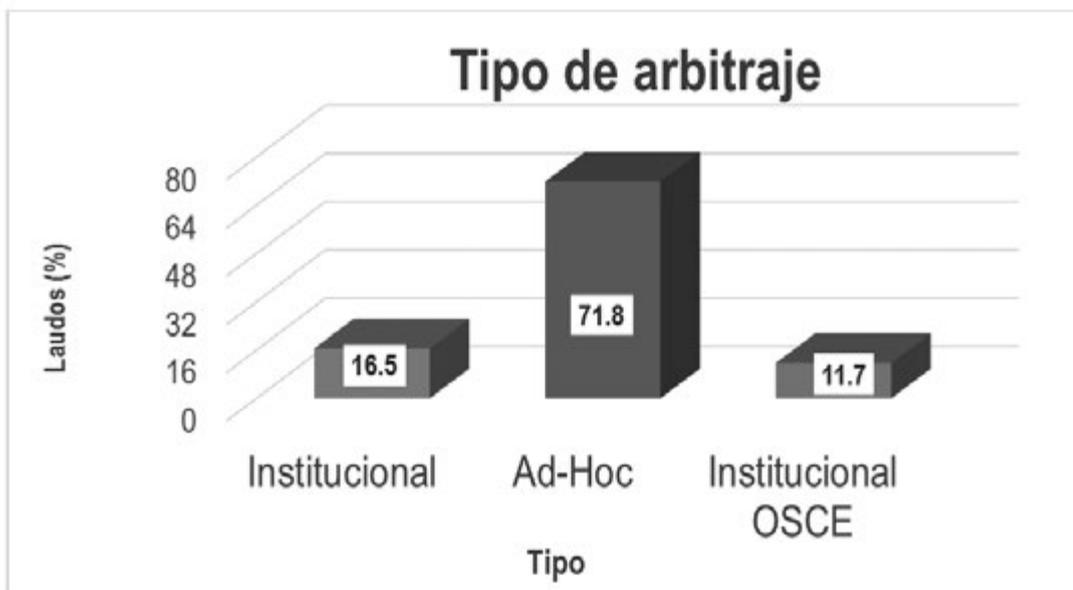


5.4 Tipo de Arbitraje

A contrapartida de lo que ocurre en el resto del mundo, en donde el arbitraje institucional prima sobre el arbitraje ad hoc, es curioso que en el caso de la contratación pública esto sea totalmente inverso.

Conforme se aprecia en el siguiente cuadro, el arbitraje de contratación pública es abrumadoramente ad hoc:

Esta realidad atiende al contexto del nacimiento del arbitraje de contratación pública, hacia 1998 el arbitraje institucional en el Perú era muy precario en cuanto al número de instituciones arbitrales en el país y era además centralizado solo en Lima. En consecuencia el Estado si quería arbitrar debía hacerlo mayoritariamente a través del arbitraje ad hoc y residualmente a través del arbitraje institucional, y a la par, esto devino en que, al no existir suficientes instituciones arbitrales, el Estado creó un Centro de Arbitraje estatal, valga



la redundancia, el Servicio Nacional de Arbitraje a cargo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (SNA- OSCE).

Pero 16 años después la realidad es totalmente distinta, el arbitraje se ha desarrollado en el Perú, ya existe una cultura arbitral y además existen

instituciones arbitrales importantes y serias no solo en Lima sino además en las ciudades más importantes del país, con lo cual podemos hablar de un arbitraje institucional descentralizado. Estas circunstancias ameritan que deban de revisarse las bondades del uso mayoritario del arbitraje ad hoc para la contratación pública, así como el rol del SNA- OSCE.

Conforme ya lo señalamos, somos conscientes que el arbitraje del Estado posee rasgos muy particulares básicamente por dos motivos, primeramente debido a que en él se discuten controversias relativas a incumplimientos contractuales relativos a bienes y fondos públicos y en segundo lugar porque en él intervienen funcionarios públicos, representando al Estado, en el cumplimiento de la función pública que les es encargada, por lo que a todas luces existe un interés público en las decisiones que en él se produzcan.

Es en este sentido que debe dársele un tratamiento especial que privilegie la aplicación del principio de transparencia, mediante lo cual se crearan desincentivos en contra de las malas prácticas en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, a mayor abundamiento el artículo 52.7 de la Ley de Contrataciones del Estado vigente (LCE) establece que el Arbitraje en Materia de Contratación Pública se realiza bajo la aplicación del Principio de Transparencia.

Es innegable, que, por ejemplo, se encuentra muy ligado a la transparencia el poder saber de antemano que Reglas se aplicarán al arbitraje y que costos se aplicarán.

Lo cierto es que el panorama actual no permite la efectiva aplicación del precitado Principio de Transparencia, toda vez que el 71.8% de arbitrajes en materia de Contratación Pública son de tipo Ad Hoc, lo cual causa limitaciones en la transparencia con la que deberán ser manejados estos arbitrajes. Por el contrario, el Arbitraje Institucional, el cual tiende a un manejo más transparente de los arbitrajes, solo posee una participación menor del 30%.

Lo que tratamos de decir es que por su propia naturaleza el arbitraje ad hoc no puede ser igual de transparente que el arbitraje institucional. No es que el arbitraje ad hoc sea peor que el institucional, es simplemente distinto.

El arbitraje institucional, como su nombre lo indica, es aquel que es organizado y administrado por una institución arbitral, por su parte el arbitraje ad hoc es aquel que es administrado por los propios árbitros de acuerdo a las reglas procedimentales que se establezcan de conformidad con la Ley de Arbitraje.

El arbitraje ad hoc ha cobrado gran importancia dentro del mercado del arbitraje del Estado, a pesar que no es el más idóneo para asegurar

una adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado. Básicamente esto ocurre porque los tribunales arbitrales ad hoc poseen una duración temporal muy limitada, durante lo que dura el arbitraje, asimismo, la fijación de las reglas del arbitraje depende en buena cuenta de la discrecionalidad de los árbitros, lo cual puede facilitar que sea más susceptible de ser usado para llevar a cabo malas prácticas.

Conforme refiere Mariella Guerinoni, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje ad hoc, las instituciones arbitrales, como en nuestro caso cuentan con:¹²

- Un Reglamento que regule el proceso arbitral, a fin de que las partes conozcan de antemano las reglas del proceso. Son reglas procedimentales preestablecidas siendo innecesario, por tanto, que las partes tengan que pactar esas reglas en cada caso concreto. Brinda seguridad jurídica y predictibilidad.
- Un tarifario de honorarios y gastos arbitrales, que permita a las partes realizar un análisis económico previo sobre el costo del proceso respecto de los beneficios que pretenden obtener. También genera predictibilidad seguridad al evitarse arbitrariedades en la fijación de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral.
- Un conjunto de normas de ética que establecen los principios y valores a los que están sujetos los árbitros, estableciendo sanciones en el caso que su comportamiento viole tales principios y valores.
- Una lista o registro de árbitros previamente seleccionados por la institución arbitral, que además de servir como referente a las partes para designar al árbitro de parte, sirve también como referente obligatorio para la institución arbitral cuando debe designar árbitros por omisión o falta de acuerdo de las partes.
- Una organización y estructura adecuadas e independientes a las partes y a los árbitros que salvaguarden, bajo responsabilidad, el normal, eficiente y oportuno desarrollo del proceso arbitral asumiendo la debida confidencialidad sobre las actuaciones arbitrales. Para ello, deben contar con un órgano del más alto nivel

12. Guerinoni, Mariella, Arbitraje del estado: ¿Ad hoc o Institucional? En: Revista Arbitraje PUCP N° 01 , p.12

(Corte, Consejo, Junta, Colegio, etc.) y una secretaría general que lidere a los secretarios arbitrales que deben ser profesionales debidamente capacitados y especializados en procesos arbitrales.

- Una infraestructura adecuada con soporte logístico y tecnológico para la realización eficiente de las audiencias, notificaciones, actuaciones y las coordinaciones necesarias con las partes y con los árbitros.
- Un domicilio conocido y horario de atención predeterminado, lo que coadyuva al debido proceso arbitral y al derecho de defensa de las partes.

Consideramos que todas estas características influyen notoriamente en la imparcialidad de las actuaciones arbitrales, es evidente que las instituciones arbitrales desempeñan, un rol fundamental en el impulso de las actuaciones pues no tienen ninguna relación ni con los árbitros ni con los intereses de las partes. Entre las labores en donde resalta más la importancia de contar con una institución imparcial, en nuestra experiencia dando el servicio de arbitraje institucional se pueden señalar las siguientes:¹³

- La designación residual de árbitros.
- La resolución de las recusaciones que se presenten contra los árbitros.
- Decidir sobre la procedencia o no del incremento de los honorarios arbitrales cuando el tribunal arbitral lo solicite.
- Vigilar del cumplimiento de los principios éticos aplicables.

Podemos afirmar que en lo que respecta a aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, el arbitraje institucional, está en mejor posibilidad que el arbitraje ad hoc de garantizar que las actuaciones arbitrales se lleven a cabo con independencia, neutralidad, equidad e imparcialidad, y de manera rápida y eficiente, ventajas que caracterizan al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.

Del mismo modo, es innegable que características inherentes del arbitraje institucional, tales como:

el soporte institucional con el que cuentan y su duración indeterminada en el tiempo, permiten un correcto registro y conservación de las actuaciones arbitrales y les permiten además una mayor predisposición a poder publicar en sus portales web los laudos arbitrales y decisiones sobre recusación, remoción y nombramiento de árbitros por defecto.

Por el contrario, el arbitraje ad hoc presenta una serie de limitaciones por su propia naturaleza, como aquellas que refiere Mariela Guerinoni:¹⁴

- El tribunal arbitral designa a un tercero para que se encargue de la secretaría arbitral. Se han dado casos en los que ese tercero tiene vinculación directa con alguno de los árbitros, con alguna de las partes o con sus abogados defensores. Asimismo, en ocasiones la secretaría arbitral recae en personas que no cuentan con la experiencia y conocimientos necesarios.
- La situación antes descrita genera otra, cual es, la posibilidad de que no existan garantías para el debido proceso arbitral como, por ejemplo, certeza de la fecha real de recepción de documentos.
- El tribunal arbitral es juez y parte frente a los reclamos (reconsideraciones) que plantean las partes respecto de los costos arbitrales y las reglas del proceso.
- En el caso de tribunales arbitrales colegiados, se establecen en las reglas procedimentales que será el propio tribunal el que resuelva las recusaciones, lo que es particularmente peligroso en el caso de existir colusión entre los árbitros para favorecer a una de las partes.

Dicho todo esto toca relacionar las ventajas del arbitraje institucional con la aplicación del precitado principio de transparencia, que conforme el artículo 52.7 de la Ley de Contrataciones del Estado, rige en el arbitraje en materia de contratación pública.

Al respecto, debemos partir por entender que un mercado es la conjunción de proveedores y consumidores de un mismo bien o servicio, en consecuencia podemos afirmar que respecto del arbitraje como mecanismo alternativo de

13. Guerinoni, Mariella, Ob Cit, p.13}

14. Guerinoni, Mariella, Ob Cit, p.13

resolución de controversias, existe un mercado de servicios arbitrales el cual está formado por los árbitros como proveedores de un servicio de resolución de controversias y por las partes que se someten al arbitraje como consumidores, para el caso específico del arbitraje en materia de contratación pública estos consumidores vendrían a ser las entidades del Estado y los contratistas.

Como todo mercado, el mercado de servicios arbitrales está expuesto a fallas, una de ellas es la asimetría de la información, la cual ocurre cuando en la relación de mercado el consumidor no cuenta con la misma información que el proveedor tiene sobre el producto o servicio correspondiente a ese determinado mercado, lo cual causa un resultado económico ineficiente en la decisión de quien sufre el déficit de información, puesto que no puede distinguir a los malos proveedores de los buenos proveedores. Toda falla de mercado altera la libre competencia, la cual es resguardada por la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 61°.

En este contexto es pertinente señalar que en el arbitraje comercial se resuelven controversias entre dos agentes privados por lo que solo está en juego lo regulado por la autonomía de la voluntad de las partes contendientes y lo que se resuelva en ese arbitraje solo tendrá consecuencias para las partes del contrato quienes al recurrir al arbitraje internalizan los costos de su conflicto, esto justifica que la regla por antonomasia sea la confidencialidad, puesto que existe un interés netamente privado en el resultado de este tipo de controversias.

Distinto es el escenario en el arbitraje en materia de contratación pública en donde ya hemos señalado que existe un irrefutable interés público inmerso pues resulta evidente que a todos los peruanos nos interesa saber cuál es el uso del dinero que recauda el Estado y que se destina a financiar a los contratos que se someten a arbitraje, y si los funcionarios públicos cumplen correctamente sus deberes cuando representan o defiende al Estado o cuando administran sus recursos. Es por estas razones que la aplicación del principio de transparencia se justifica en el arbitraje en materia de contratación pública.

En este contexto es también cierto que el arbitraje ad hoc, conforme ya se dijo líneas arriba, es más susceptible de albergar malas prácticas por la imprevisibilidad que le es inherente debido al gran poder de discreción con el que actúan los árbitros

y los casi inexistentes mecanismos de supervisión sobre sus conductas.

Todo esto trae como consecuencia que solo los árbitros de un arbitraje ad hoc posean de antemano esta información privilegiada, esto genera asimetría informativa puesto que las partes y el mercado difícilmente o de forma tardía podrán acceder a la información privilegiada con la que cuentan los árbitros.

Existe asimetría informativa en el arbitraje ad hoc, porque bajo su esquema resulta sumamente difícil instaurar mecanismos que fomenten la transparencia, lo cual hace difícil detectar a los árbitros que cometen malas prácticas, toda vez que para estos árbitros no es conveniente revelar esta información pues el mercado podría cuestionar y juzgar sus acciones y diferenciar así entre la minoría de los malos árbitros y los buenos árbitros, que felizmente son la gran mayoría.

En este orden de ideas, el actual sistema al privilegiar el arbitraje ad hoc fomenta decisiones ineficientes de selección de árbitros en el arbitraje en materia de contratación pública pues ante la falta de transparencia de este sistema resulta difícil efectuar una elección de árbitros adecuada, es decir elegir siempre a los buenos árbitros, ya que las prácticas de los árbitros malos no son fácilmente conocidas dificultándose su identificación. Esto hace que en el arbitraje ad hoc, la aplicación del principio de transparencia al que refiere el precitado artículo 52.7 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) se limite a la publicación del laudo a través del SEACE.

Totalmente distinto sería el escenario si se establece que el arbitraje en materia de contratación pública debe ser plenamente institucional, algunos ejemplos de transparencia y predictibilidad propios de este tipo de arbitraje son que los Reglamentos Arbitrales preceden a las controversias y son creados por las Instituciones Arbitrales lo que permite que sean conocidos por las partes con antelación, del mismo modo la Tabla de Aranceles y Honorarios es conocida con anterioridad permitiendo elegir entre distintas instituciones, y asimismo el secretario arbitral es un trabajador del Centro independiente a los árbitros.

En consecuencia es claro que una efectiva aplicación del principio de transparencia en el arbitraje en materia de contratación pública, conforme exige el precitado artículo 52.7 de la Ley

de Contrataciones del Estado es potencialmente posible si se opta por este tipo de arbitraje legislativamente.

Conforme lo expuesto consideramos sumamente necesario que el Estado tome cartas en el asunto y se varié la realidad actual de predominio del arbitraje ad hoc sobre el arbitraje institucional en la contratación pública. No apreciamos en la Ley N° 30225 ninguna disposición que tienda a este objetivo.

En efecto, la nueva Ley de Contrataciones del Estado, no realiza un esfuerzo por privilegiar el arbitraje institucional, sin embargo debemos señalar que el arbitraje ad hoc al que se refiere la nueva ley e incluso la Ley vigente y su Reglamento tiene muchos rasgos "institucionales", tales como:

- Designación residual de árbitros y decisiones sobre recusaciones a cargo del SNA-OSCE¹⁵
- Tarifario aplicable para honorarios de árbitros ad hoc¹⁶
- Registro de Árbitros de inscripción automática¹⁷
- Registro de secretarios arbitrales¹⁸
- Código de Ética y Órgano colegiado para la imposición de sanciones, es decir el Consejo de Ética¹⁹
- Custodia de expedientes arbitrales²⁰

Todos estos rasgos del arbitraje ad hoc regulado

por la LCE y también por la NLCE provienen claramente del arbitraje institucional, entonces la gran pregunta es ¿No sería más fácil recurrir de forma preminente o incluso exclusiva al arbitraje institucional antes que "institucionalizar" el arbitraje ad hoc?

Respecto del arbitraje institucional, la NLCE establece solo el registro y acreditación de Instituciones Arbitrales a cargo del OSCE pero no deja claro cuál será ese rol subsidiario que se encarga a esta entidad estatal.

Consideramos que la acreditación de Centros de Arbitraje es pertinente, siempre que se cumplan dos condiciones:

- El SNA-OSCE tenga un rol verdaderamente subsidiario en atención al principio de la subsidiariedad de la intervención económica del Estado, regulado en el artículo 63° de la Constitución. Si el OSCE va a supervisar y acreditar a los Centros no debiera competir con ellos y más bien brindar el servicio en forma subsidiaria.
- Los criterios de acreditación de los Centros de Arbitraje deben fomentar la transparencia del sistema arbitral y asegurar que estas instituciones cuenten con trayectoria y experiencia en materia arbitral probada, además de asegurar una garantía de permanencia en el tiempo. En este sentido creemos que los parámetros a cumplir por las instituciones arbitrales acreditadas debieran ser los siguientes:

15. Reglamento LCE: Artículo 222°.- Designación

En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.
2. Para el caso de tres (3) árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) árbitros designarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación.

3. Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer árbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

La resolución de designación se notificará a las partes a través de su publicación en el SEACE y será comunicada, de manera personal, al árbitro designado.

Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE se realizarán de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.

16. Reglamento LCE: Artículo 222°.- Gastos arbitrales

En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de lo establecido por la tabla de gastos arbitrales SNA- OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto será definitiva e inimpugnable.

17. Artículo 45.6 NLCE.

(...)Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior

18. Artículo 45.7 NLCE.

Para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto.

- Formar parte de un gremio empresarial como una Cámara de Comercio, de un Colegio Profesional de una profesión con actividades relacionadas a la contratación pública, o de una Universidad, las que deberán contar con una antigüedad mayor de 10 años.
- Contar con un portal institucional donde deberán publicarse: los nombres de los miembros de su Corte y/o Consejo de Arbitraje, su lista de árbitros y su Reglamento de Arbitraje, así como los laudos y decisiones sobre designación de árbitros y recusaciones de arbitrajes de contratación pública

Esperamos que el Reglamento de la nueva Ley de Contrataciones del Estado realice esfuerzos por privilegiar el arbitraje institucional por las ventajas que aporta al sistema y que el OSCE a través de directivas varíe las cláusulas de solución de controversias de las bases estandarizadas, ya que tienden casi en su totalidad al arbitraje ad hoc.

5.5 Parte demandante y parte demandada en los arbitrajes de contratación pública.

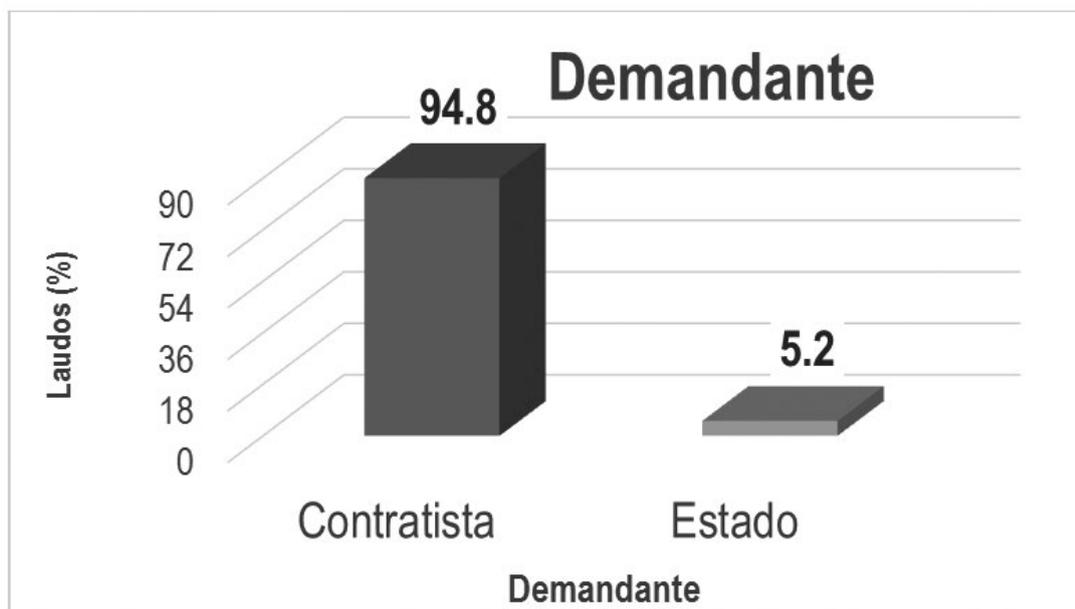
El siguiente gráfico revela que el arbitraje es preferentemente iniciado por el contratista y no por la entidad.

En efecto, se observa que casi un 95% de las veces el demandante es el contratista, mientras solo unas pocas veces, 5%, es la entidad estatal.

Sobre ello, consideramos que, en palabras de Ricardo Gandolfo esto se debe a que *“cuando el contratista incumple sus obligaciones, lo primero que hace la entidad es dejarle de pagar, después le aplica las penalidades previstas, a continuación le resuelve el contrato, en seguida le ejecuta las fianzas y por si fuera poco lo envía al bombo del Tribunal de Contrataciones del Estado para que lo inhabiliten. Tiene cinco opciones para acoger al contratista. Si, en cambio, la entidad es la que incumple sus obligaciones, el contratista no tiene tantas alternativas. Es más, sólo tiene una. Sólo puede reclamar en la vía arbitral.”*²¹

Esta disparidad de opciones con la que cuenta el contratista respecto de las con que cuenta el Estado explica en buena cuenta esta situación.

Pero además entendemos que otro de los incentivos que genera la gran cantidad de arbitrajes iniciados por el contratista es que la estrechez del plazo de caducidad de la Ley vigente para el inicio del arbitraje, resulta ser una suerte de incentivo perverso para que esto ocurra, o arbitras o lo pierdes todo.



19. Artículo 45.10 NLCE.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual 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 o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable. (...)La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas.

20. Artículo 45.12 NLCE

Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por un plazo no menor de diez (10) años desde la terminación de las mismas.

21. Gandolfo, Ricardo. Entrevista: "La solución es darle fuerza de ley al Reglamento para que tenga sentido el orden de prelación establecido en la Ley" En: Revista Arbitraje PUCP N°04

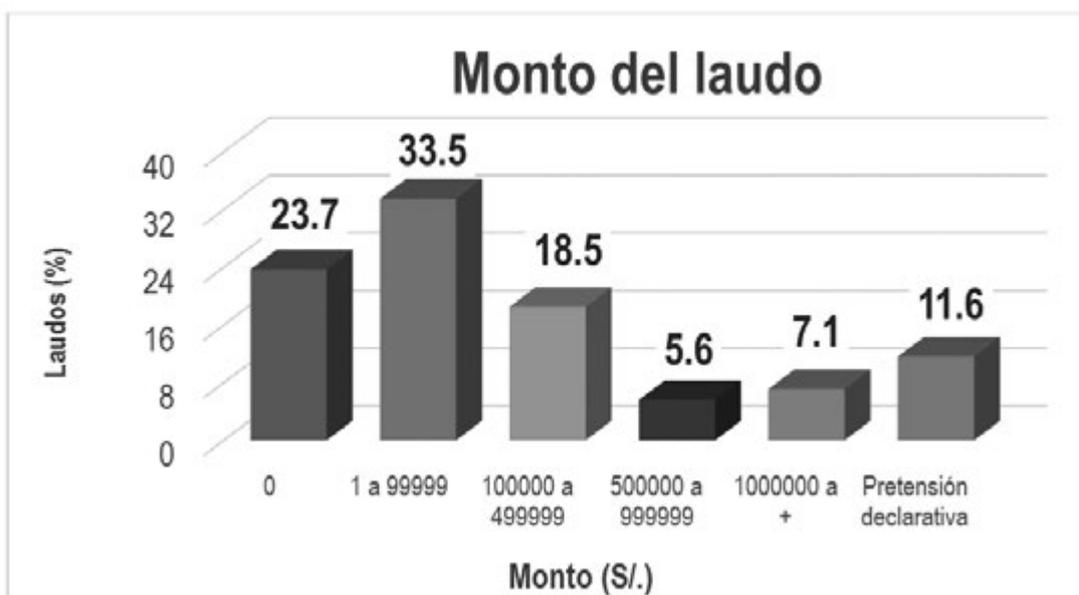
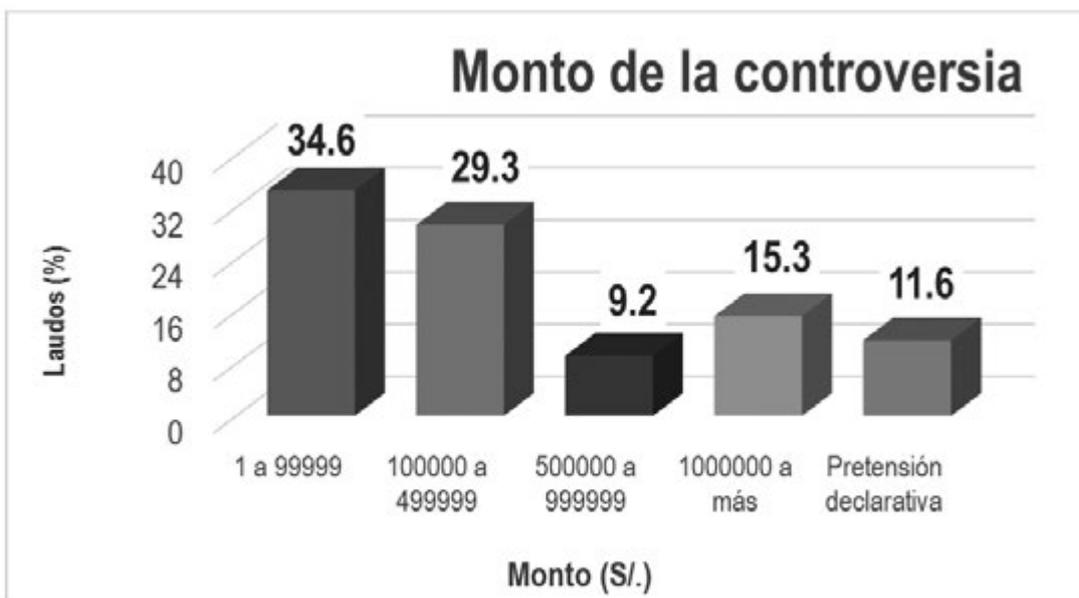
Sobre el particular, la nueva Ley de Contrataciones del Estado ha dispuesto una ampliación razonable de estos plazos de caducidad, lo cual consideramos que es acertado.

5.6 Ratio de montos controvertidos y ratio de montos ordenado a pagar en los laudos

La investigación también ha revelado que la gran mayoría de controversias no son de cuantías sumamente elevadas, todo lo contrario, el grueso de las controversias, más del 60%, no superan el medio millón de soles, si bien es cierto no pesan por separado, juntas representan montos considerables.

Esto guarda un correlato con los montos a pagar en los laudos, en donde más del 60% no supera una condena de medio millón de soles.

Sin embargo debemos advertir que existe un 15.2% de controversias en las que el Estado es demandado por cifras superiores, muy superiores incluso al millón de soles, asimismo existe un interesante 11.6% de controversias de origen declarativo con laudos también de este tipo.

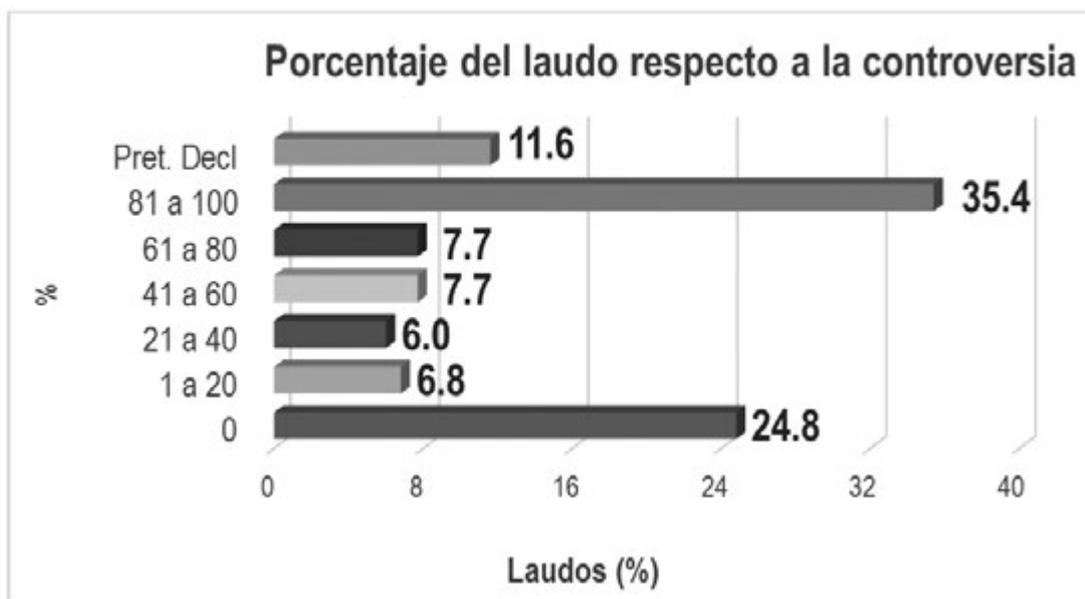


5.7 Porcentaje del monto controvertido que se le ordena pagar al Estado en los laudos

¿En qué proporción gana el Estado? versus ¿En qué proporción pierde el Estado?

Uno de los cuadros más reveladores es sin duda el siguiente, en él se aprecia que no es cierto que el Estado pierda la gran mayoría de arbitrajes. Esto implica que existen dos tendencias claras:

- El Estado "gana" el 24.8% de los arbitrajes en los que es demandado, pues no se le ordena realizar pago alguno, en otras palabras, paga 0%.
- Solo en un 35.4% de las veces en que es demandado el Estado es condenado a pagar del 81% al 100% del monto que se le demanda, es decir que debe pagar la totalidad o casi la totalidad de lo que se le demanda.

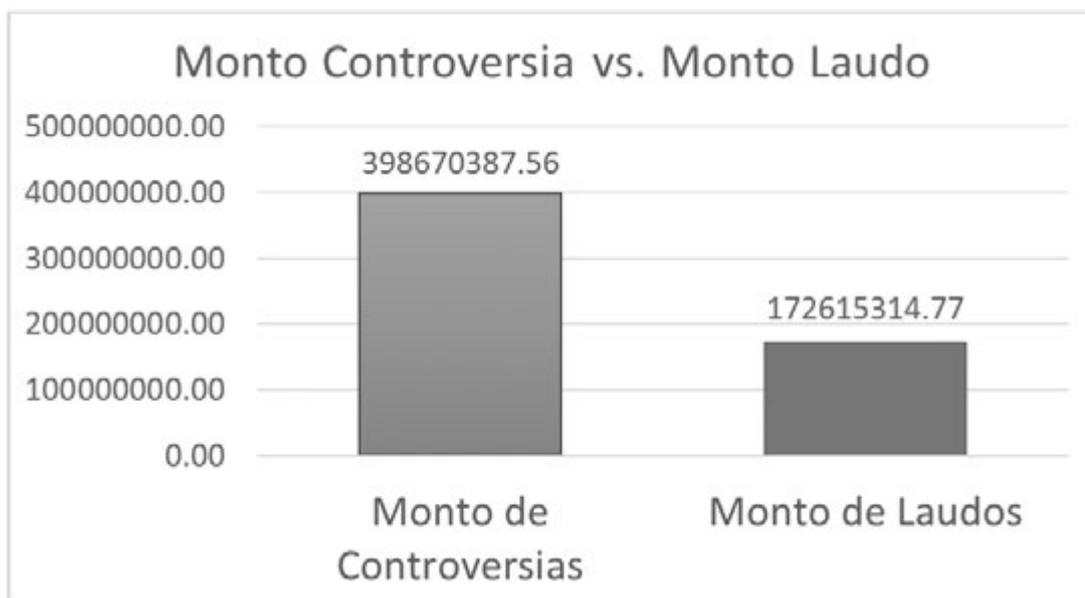


El resto de las veces el Estado es condenado a pagar solo del 20% al 80% de lo que se le demanda, pero aquí los porcentajes en que esto ocurre no superan en ningún caso el 7% de las veces.

A todas luces la famosa afirmación acerca que el "Estado pierde todos los arbitrajes" es absolutamente errónea.

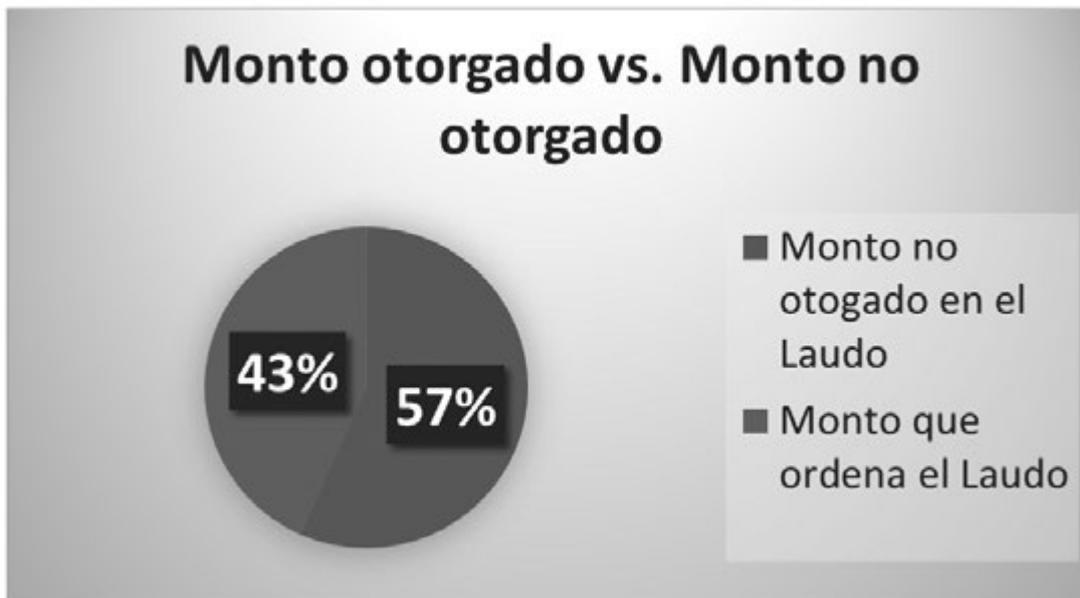
Es más, la investigación también ha revelado una comparación entre el monto global que se le demanda al Estado y el monto global que finalmente se le ordena pagar, los resultados son sumamente esclarecedores, lo que se aborda a continuación.

¿Cuánto se le demanda al Estado? versus ¿Cuánto de lo demandado se le ordena pagar al Estado?



En términos porcentuales, las cifras del cuadro superior pueden leerse del siguiente modo respecto de lo que al Estado se le demanda y de lo que finalmente se le ordena pagar:

Esto significa que por cada S/.10 que se le demanda al Estado, éste tan solo es condenado a pagar S/. 4,3, es decir menos de la mitad.



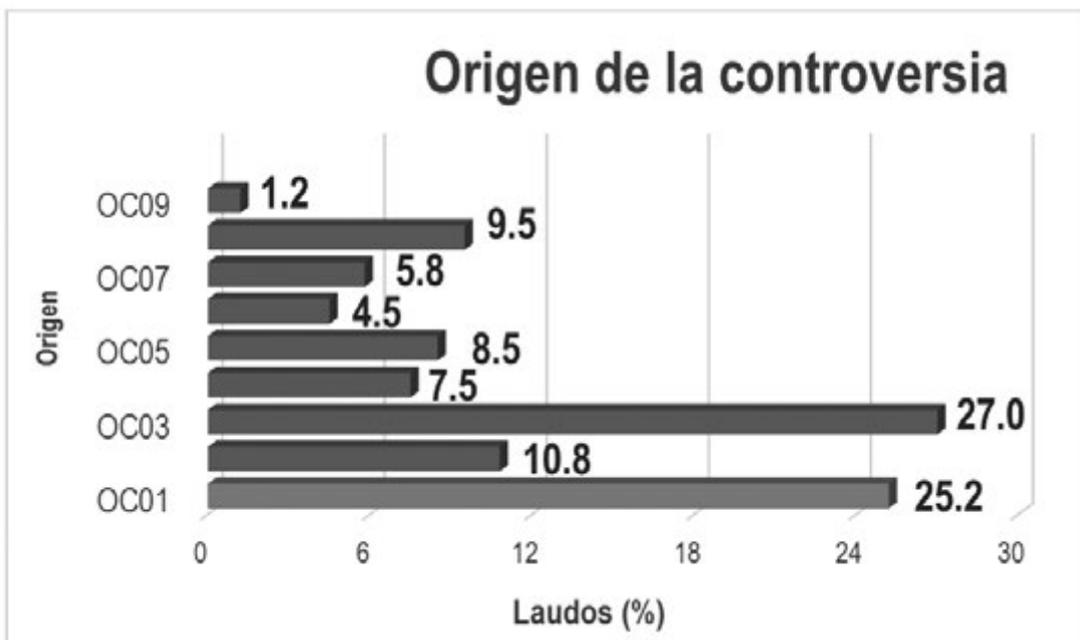
Estas cifras ratifican que es falso que el Estado pierda los arbitrajes y además demuestran que las veces que pierde la tendencia es que se le ordene a pagar menos de la mitad de lo pretendido por el contratista, lo cual no puede considerarse bajo ninguna circunstancia un resultado del todo negativo.

Nuestro afán de conocimiento no se limitó tan solo a conocer cuánto gana o cuanto pierde el Estado sino saber por qué es que gana o que pierde, en buena cuenta, conocer las razones que llevan al contratista demandar al Estado, pues creemos que solo conociendo las causas de las controversias se pueden plantear soluciones eficaces para mejorar el arbitraje de contratación pública, el cual es una simple consecuencia de los motivos que generan las controversias en este ámbito.

5.8 Orígenes de las controversias

El aporte más valioso de nuestra investigación está justamente en los cuadros que se presentarán a continuación.

Los resultados que hemos detectado sobre este tema son verdaderamente sorprendentes y ameritan necesaria atención por parte del Estado:



OC01 = Por contradicción de resolución administrativa emitida 25,2%	OC07 = Por incumplimiento contractual – formalidad- demora requisitos para obra 5.8%
OC02 = Por ausencia de manifestación (silencio administrativo) 10,8%	OC08 = Ampliación sin gastos generales 9.5%
OC03 Por incumplimiento en el pago = 27,0%	OC 09 = Por no acatar en liquidación ampliación de plazo concedida laudo anterior 1.2%
OC04 = Demora en aprobación/cuestionamiento/absolución 7.5%	Suma de (Co2 hasta C09) 74.8%
OC05 = Indebida resolución contractual 8,5%	
OC06 = Deficiencia en expediente técnico 4.5%	

Si bien el sistema actual de solución de controversias instaurado en el artículo 52.1 de la Ley Vigente y en el artículo 45.1 de la nueva Ley se establece que las partes podrán optar entre la conciliación y el arbitraje, es de público conocimiento que el Estado nunca o casi nunca concilia por el temor que despiertan los órganos de control en los funcionarios, los cuales se ven compelidos a evitar tomar decisiones que podrían evitar arbitrajes innecesarios, pero a pesar de ello prefieren que estas mismas decisiones sean dictadas a través de laudos arbitrales tomadas por los Tribunales Arbitrales para así evitar todo tipo de responsabilidad frente a los órganos de control.

La gran prueba de ello son los orígenes de las controversias detectadas en esta investigación, es tremendamente revelador que solamente el 25.2% de los arbitrajes en materia de contratación pública se inicie por una contradicción de una resolución administrativa emitida por una Entidad Pública, en cambio el 74.8 % de los arbitrajes se inician ante ausencia de una resolución administrativa emitida por la Entidad y se basan en solicitar que se reconozcan derechos al contratista por incumplimientos contractuales del Estado, por demora en aprobaciones o pronunciamientos, por ausencia de pronunciamientos y, lo que es más grave aún, por incumplimiento del pago al contratistas conforme lo establecido en el

contrato respectivo. Todas estas causas pudieron haberse evitado si el Estado fuera proactivo y no negligente, lo cual se plasma en la poca frecuencia en que los funcionarios toman decisiones.

En este orden de ideas, consideramos que la solución a esta problemática implica:

- Tomar conciencia de las bondades de los medios de solución de controversias pre arbitrales (Conciliación y Junta de Resolución de Disputas).
- Cambiar el enfoque de control que ejerce la Contraloría General de la República con el objetivo que se centre en la evaluación de resultados que tienda hacia la eficiencia.

Sobre lo primero, debemos precisar que el artículo 38° del Reglamento de la Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, D.S. N° 017- 2008- JUS²², solamente faculta a los procuradores públicos a conciliar en determinados supuestos condicionados al monto de la pretensión, lo cual no incentiva el uso eficiente de la conciliación sino que la convierte en un mero trámite pre arbitral.

Esto trae como consecuencia que el Estado se vea obligado a someter al arbitraje todas las controversias que surjan, incluso en aquellas donde es consciente de no tener los mejores argumentos para ganar el

22. En: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ds017_08.pdf

caso, piénsese en aquel 74,8% de arbitrajes que se generan por ineficiencias, retrasos e incumplimientos de la propia administración pública.

El someter a arbitraje todas las controversias implica determinados perjuicios económicos para el Estado: (i) el pago de honorarios de los árbitros, (ii) el pago de gastos arbitrales, (iii) el pago de abogados externos, (iv) el pago de intereses al momento de tener que cumplir con la condena del laudo sumados al monto original de la demanda, (v) el pago de las costas y costos totales si así lo dispone el laudo, (vi) el retraso de la obra o adquisición mientras se desarrolla el arbitraje.

Por ello, consideramos que el Estado debe realizar un análisis previo de cada una de las controversias que surjan y analizar cuando es eficiente ir a un arbitraje y cuando es eficiente conciliar o someter la controversia a una Junta de Resolución de Disputas.

En este sentido consideramos muy positivo que en el artículo 45.5 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado se haya establecido que el Reglamento establecerá "parámetros para que el funcionario tome la decisión de conciliar". Y además consideramos fundamental aplicarse como regla la incorporación en el contrato de la cláusula que incluya la Junta de Resolución de de Disputas, para aquellos contratos que por su envergadura y prioridad por la incidencia en el servicio público que atiendan así lo ameriten.

Somos de la opinión que siempre que el procurador motive razonadamente porqué se debe conciliar, son estas razones las que deben ser examinadas y corroboradas por la Contraloría y no catalogar per se al acto de conciliación como uno de corrupción.

En este orden de ideas consideramos que se debe facultar a los procuradores públicos la facultad general, sin restricción de monto alguno, de transigir, desistirse o conciliar extrajudicialmente, bajo responsabilidad y por razones debidamente motivadas.

De este modo se busca otorgarle efectividad a la conciliación como una verdadera alternativa frente al arbitraje y evitar que sea un trámite más antes de recurrir al arbitraje.

Esta modificatoria es fundamental como también alertar a la Contraloría para que en su accionar tenga en cuenta los argumentos esgrimidos por el procurador para conciliar que ciertamente en

muchos casos supone ceder posiciones para llegar a un acuerdo y no entender que toda cesión es per se un acto cuestionable.

Por su parte reiteremos que la actuación de la Junta de Resolución de Disputas prevista en el artículo 45.1 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado será de mucha ayuda para remediar estos orígenes de controversias tan impropios.

Conforme ya se señaló, los DBs son actualmente en el contexto internacional una práctica frecuente y exitosa en los contratos de la industria de la ingeniería y construcción pública, pues a través de su función preventiva evitan el surgimiento de controversias y a través de su labor resolutive ponen fin a las controversias en el ínterin de ejecución contractual con suma celeridad.

Es por estas virtudes que consideramos que los DBs ayudarían a evitar que este tipo de controversias generen un arbitraje. Sin embargo al respecto reiteramos que no se debe caer el error de calificarlos como un mero requisito para poder arbitrar, sino como un mecanismo autónomo que es efectivo en la solución de controversias y que coopera con el arbitraje al ser una suerte de filtro para que así solo se arbitren las controversias cuya complejidad ameriten de un arbitraje. En este sentido ambas partes, en especial las entidades estatales, deben tener presente que la regla general es que las decisiones emitidas por los DBs se constituyan como finales y que solo excepcionalmente deben someterse al arbitraje por razones fundamentadas.

Respecto del rol de la Contraloría debemos tener muy presente que aquel 74.8% de las controversias que se someten a arbitraje sobre Contratación Pública son producidas por ineficiencias o incumplimientos de las propias Entidades, cuyos funcionarios evitan tomar decisiones trasladando esta responsabilidad hacia los árbitros, lo cual demuestra el errado temor que despierta la Contraloría en la función pública.

Como dato adicional solo basta con señalar que en los últimos 4 años la Contraloría realizó 4000 juicios de responsabilidad de funciones contra funcionarios de los cuales solo 904 han acabado con sentencia, y de éstos solo 90 con sentencia favorable a la Contraloría, es decir únicamente un 2.3% de los juicios por responsabilidad tenían un fundamento adecuado.²³

23. Gandolfo, Ricardo. En: Ediciones Propuesta: <http://edicionespropuesta.blogspot.com/>

Esto demuestra que los parámetros con los que actúa la Contraloría son más bien un sesgo, pues es inaceptable desperdiciar dinero y recursos en acciones sin mayor sustento que no generan ningún beneficio sino que distorsionan seriamente la eficiencia del sistema por el temor que crean en la toma de decisiones por parte de los funcionarios públicos, es por esto que el arbitraje recibe causas que en principio no se debieron arbitrar y que es lógico que el Estado pierda todo o en parte estos arbitrajes.

Consideramos que el verdadero éxito de un Órgano de Control es buscar la maximización de beneficios que redunden la satisfacción cada vez mayor del interés público, en tal medida si es que no se tiene esto como objetivo primordial ni el Arbitraje, ni la Conciliación, ni la Junta de Resolución de Disputas darán nunca los resultados de eficiencia que podrían dar si es que solo se usaran para resolver verdaderas controversias y no para subsanar o convalidar ineficiencias e incumplimientos en las ejecuciones contractuales que las Entidades realizan por temor al Órgano de Control.

El Estado debe orientar el proceder de sus Órganos de Control bajo un esquema de evaluación de resultados y no de procedimientos, evaluar si la decisión que adoptó el funcionario era la más idónea en términos de eficiencia, lo cual puede ser medido por los gastos que se evitaron, de quien era la responsabilidad en la controversia, tiempo en el cual se benefició la ejecución de la obra, entre otros criterios que demuestren un correcto uso de los fondos públicos.

VI. CONCLUSIONES

A modo de cierre presentamos las conclusiones más importantes de lo revelado en esta investigación:

- **El Sistema Arbitral es mayoritariamente ad hoc 71.8%**
 - No se fomenta la transparencia
 - La tendencia legislativa es "institucionalizar" el arbitraje ad hoc aplicándole figuras propias del arbitraje institucional ¿No sería mejor privilegiar el arbitraje institucional frente al ad hoc?
- **El Estado es demandado el 94.8% de veces**
 - El Estado es la parte deudora en los contratos públicos (debe pagar dinero)

- Los proveedores encuentran en el arbitraje el único mecanismo de resolución de controversias (inoperancia de la conciliación)
- Estado tiene mejores mecanismos de defensa ante incumplimiento (ejecuta fianzas, resuelve contratos)
- **El Estado no pierde siempre los arbitrajes ("Gana" 24.8%)**
 - "Gana" porque en un 24,8% de las veces que lo demandan no recibe condena alguna.
 - Evidencia de que sistema no es pro contratista
 - Evidencia una defensa del Estado que genere resultados positivos
- **Cuando el Estado pierde no pierde siempre el 100% (Solo un 35.4% es condenado a pagar del 81% al 100% del monto de la controversia)**
 - Evidencia de que el sistema no es pro contratista
 - Evidencia una defensa del Estado que genere resultados positivos donde puede generarlos
- **La proporción total indica que el Estado suele ser condenado a pagar solo un 47% de los montos controvertidos y demandados**
 - Evidencia de que el sistema no es pro contratista
 - Evidencia una defensa del Estado que genere resultados positivos donde puede generarlos
- **Solo el 25.2% de las controversias son realmente "controversiales".**
 - Implican la confrontación de 2 posiciones sobre un mismo hecho: acto administrativo vs postura contraria a lo expresado en he dicho acto.
 - Son causas que ameritan ser resueltas por un Tribunal Arbitral si es que las partes no arriban a una solución auto compositiva.
 - Demuestra que la contratación pública no es una actividad tan conflictiva como se le percibe

- **El 74.8% de las controversias se originan en ineficiencias o incumplimientos del propio Estado:**

- Demuestra que la gestión contractual del Estado no es adecuada
- Demuestra que se toma al Arbitraje como mecanismo legitimador que exonera de responsabilidad a funcionarios públicos
- Demuestra que debe replantearse el enfoque de control de la Contraloría: gestión por resultados.
- Demuestra que la gran mayoría de arbitrajes no es una controversia real, no hay una real contraposición de posiciones sino faltas de diligencia.
- En estos casos es casi imposible que el Estado gane
- Originan desperdicio de recursos públicos: dinero (honorarios y gastos arbitrales), humanos (procuradores, asesores, ingenieros)

- **¿Qué hacer ante esta realidad?**

- Estado debería fomentar el uso del arbitraje institucional
- Estado debe cumplir a tiempo sus obligaciones de pago.
- Estado debe privilegiar la eficiencia en el uso de recursos y no un enfoque cerrado de control de la función pública.
- Estado debe potenciar medios arbitrales de solución de controversias (Conciliación y Junta de Resolución de Disputas) que coadyuven al arbitraje.
- Funcionarios públicos deben sentirse respaldados por la ley y Contraloría para tomar decisiones.
- Ante controversias: Análisis costo- beneficio
¿Es posible realmente ganar este caso en un arbitraje? ¿No sería mejor que conciliar o que lo resuelva una Junta de Resolución de Disputas?