

SER O NO SER – HE AHÍ EL DILEMA

“A propósito de la emisión del Pronunciamiento Nro. 705-2014/DSU emitido por la Dirección de Supervisión del OSCE y la facultad de las Entidades de hacer alusión a una Institución Arbitral en sus proformas de Contrato”

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias viene siendo una pieza fundamental para el desarrollo y progreso del país, sobre todo en materia de contrataciones públicas, donde se ha establecido como clausula obligatoria en los contratos que suscribe el Estado bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 184-2008-EF, para la contratación de bienes, servicios y obras.

Sin embargo, su inclusión en dicha materia no resulta reciente y así lo demuestra la evolución histórica que tuvo la institución arbitral desde su

incorporación en la Ley Nro. 26850 y las diferentes modificaciones posteriores que dieron origen al primer T.U.O de la Ley de Contrataciones aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 012-2001/PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nro. 013-2001/PCM; de igual modo, los Decretos Supremos Nos. 083 y 084-2004-PCM, hasta llegar a la actual Ley de Contrataciones y su Reglamento².

Por otro lado tenemos que, no obstante su actual regulación en la Ley no goza de total aprobación en la doctrina (debido a que algunos aspectos han merecido duras críticas)³, somos de la opinión que el arbitraje, a pesar de ello, viene siendo un método eficiente para la solución de controversias en las contrataciones públicas⁴; y ello se debe a que durante la evolución de dicha institución, se han logrado introducir, a la fecha, una mayor cantidad de aciertos (que desaciertos).

1. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Contrataciones Públicas y Arbitraje (Universidad ESAN), con Post Grado en Arbitraje Comercial e Inversiones por el Washington College of Law, y estudios de Maestría en Gestión Pública (PUCP). Actualmente se desempeña como consultor en contrataciones públicas para diversas entidades públicas y empresas nacionales e internacionales. Es árbitro perteneciente al OSCE y la Cámara de Comercio de Huancayo, así como de diferentes arbitrajes ad hoc.

2. GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. "Arbitraje del Estado: ¿Ad Hoc o Institucional?" En: Revista Arbitraje PUCP Nro. 01. Año 2011 Págs. 08-15. La autora nos indica que, adicional al marco constitucional que rige todo ordenamiento jurídico, a partir de 1991 se inició la inclusión de disposiciones legales para la utilización del arbitraje en determinadas materias del Estado. Entre ellas se encuentran: El Decreto Legislativo Nro. 662 "Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera"; Decreto Legislativo Nro. 757 "Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada"; el Decretos Legislativos Nos. 758 y 839 "Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos"; Ley Nro. 26850 de julio de 1997 y la Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la Generación del Empleo Productivo" aprobada por el Decreto Legislativo Nro. 1012.

3. Como por ejemplo, el sometimiento de los árbitros a procedimientos administrativos sancionadores ante el Tribunal de Contrataciones, o la inclusión de causales de anulación de laudos en materia de contrataciones públicas. Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita "Modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado en Materia Arbitral" En: Revista Arbitraje PUCP. Nro. 02. Año 2012 Págs. 70-79. Los autores indican que si bien algunas modificaciones aclaran ciertos temas como los plazos de caducidad, modificaciones como la inclusión de (en aquel entonces) nueva causal de anulación de laudo podía incrementar el riesgo de una revisión sobre el fondo de las controversias por parte del poder judicial.

De igual modo, OCHOA CARDICH, Cesar. "El Arbitraje Administrativo en la Contratación Pública". En Revista Jurídica Thomson Reuters. Año I. Nro. 1. Diciembre 2012 Págs. 25-70, aunque en un tono más pesimista, luego de analizar distintos aspectos, establece en sus conclusiones que la actual norma "cercena" la naturaleza jurisdiccional del arbitraje administrativo que "está siendo erosionada y vaciada de contenido por las modificaciones legislativas y reglamentarias en la normatividad de contrataciones del Estado." Asimismo, indica que "(...) las modificaciones legislativas y reglamentarias introducidas por la Ley 29873 y por el Decreto Supremo Nro. 138-2012-EF atentando contra la naturaleza jurisdiccional del arbitraje administrativo al someter a esta jurisdicción independiente a una inconstitucional, desmesurada y reglamentarista regulación y supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Aunque nosotros no utilizaríamos estos términos para la totalidad de modificaciones incorporadas en la normativa de contrataciones públicas, los dos aspectos mencionados en nuestro texto principal sí merecieron una crítica severa. Sin embargo, cabe hacer mención que la recientemente publicada Ley Nro. 30225, Nueva de Contrataciones del Estado, elimina acertadamente tanto el sometimiento de los árbitros a los Tribunales Administrativos, como la causal de anulación que imponía un orden de prelación de normas en los laudos arbitrales sobre materia de contrataciones, transformándola ahora en norma de orden público.

4. Cfr. "Tendencias en los Arbitrajes de la Contratación Pública: Análisis de Laudos". Investigación elaborada por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En: Revista Arbitraje PUCP Nro. XX. Año 2014 Págs. XX-XX.

Uno de estos aspectos positivos consideramos que radica en la intención del legislador de incrementar el número de arbitrajes institucionales⁵; opinión que comparte un gran grupo de autores⁶, debido a que, entre los beneficios del arbitraje institucional tenemos algunos como: i) La existencia de un ente que vigile la conducta de los árbitros, abogados y las partes en el proceso, y pueda aplicar sanciones de acuerdo a los Códigos de Ética de cada institución; ii) La existencia de un reglamento procesal que permita predictibilidad del proceso y con ello una anticipada garantía de un debido proceso arbitral; iii) Un listado de árbitros previamente analizado en sus cualidades profesionales y personales para el ejercicio de la función arbitral; iv) Infraestructura y Organización adecuadas e independientes de las partes y los árbitros; entre otros.

Asimismo, cabe indicar que la recientemente publicada Ley Nro. 30225, Nueva Ley de Contrataciones del Estado, precisamente incluye diversas modificaciones orientadas a reforzar el arbitraje institucional en materia de contrataciones públicas⁷, ratificando así, no solo que la figura del arbitraje es una pieza fundamental en el

desarrollo de esta materia, sino que la definición del tipo institucional (y la regulación sobre las instituciones arbitrales) cobra gran importancia e interés en estos momentos.

EL PRONUNCIAMIENTO NRO. 705-2014/DSU⁸

En este contexto, nos encontramos que con fecha 08.07.2014 la Dirección de Supervisión del OSCE emitió el Pronunciamiento Nro. 705-2014/DSU, a propósito de una elevación de observaciones en la Licitación Pública N° 002-2014-GRJ-CE-O convocada por el Gobierno Regional de Junín⁹, dando respuesta a diversas observaciones planteadas por los participantes del proceso, pero que además incluyó **de oficio** algunos comentarios sobre la cláusula arbitral contenida en la proforma del Contrato, incluida en las Bases del proceso.

De acuerdo con el contenido de la Cláusula Décimo Octava de la Proforma del Contrato, el Gobierno Regional habría incorporado un texto en el cual **se proponía** que cualquier futura controversia arbitral sería llevada a cabo en la Cámara de Comercio de Huancayo¹⁰, siendo calificada por el

-
5. Revirtiendo las estadísticas actuales que sitúan al arbitraje ad hoc como el tipo de arbitraje con mayor porcentaje de utilización en materia de contrataciones públicas.
6. Cfr. DEL AGUILA Ruiz de Somocurcio, Paolo. "Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc. ¿He ahí el dilema?" En Revista Peruana de Arbitraje Nro. 01. Año 2005 Págs. 231-263. Del mismo modo, GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. "Necesaria Coherencia sobre el Tipo de Arbitraje en el Marco de la Ley de Contrataciones del Estado" En: Revista Arbitraje PUCP Nro. 02. Año 2012 Págs. 143-153. Y sin ánimos de hacer una lista amplia (que sin duda existe sobre este particular), sugerimos revisar también a AMPRIMO PLA, Natale "Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc." En Revista Peruana de Arbitraje Nro. 09. Año 2009. Págs. 43-54, y GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. "Arbitraje del Estado: ¿Ad Hoc o Institucional?" En: Revista Arbitraje PUCP Nro. 01. Año 2011 Págs. 08-15.
7. Sobre este particular, debemos mencionar que existe mucho **desconcierto sobre cómo serán aplicados diversos temas introducidos por esta nueva norma**, como por ejemplo: i) la obligatoriedad de nombramiento de árbitros que se encuentren en el Listado de Árbitros OSCE (y también de secretarios arbitrales); ii) el registro automático de árbitros al que hace mención la norma; iii) La existencia de un Listado de Instituciones Arbitrales, donde deberán inscribirse los centros de arbitraje que deseen administrar procesos arbitrales en materia de contrataciones públicas (lo cual supone someter a revisión también sus reglamentos procesales), entre otros. No obstante resulta interesante analizar estos aspectos, no es nuestra intención del presente artículo abordar las modificaciones introducidas por esta norma.
8. Cuestionamos la opinión legal vertida en el citado pronunciamiento por el siguiente texto (el mismo que analizaremos a partir de este punto):
"3. Contenido de las Bases Contrario a la Normativa de Contrataciones del Estado
 (...) **3.4. Convenio Arbitral**
 (...)Al respecto, es preciso indicar que el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. En ese sentido, su configuración se sustenta en la libertad de pacto de las partes.
 No obstante, en el marco de la normativa sobre contrataciones del Estado, el arbitraje -junto a la conciliación- es un mecanismo obligatorio para solucionar las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, por tanto corresponde a la Entidad incorporar en las Bases del proceso de selección -y, específicamente, en la proforma de contrato- la cláusula de solución de controversias, conforme con lo establecido en el artículo 40 de la Ley, la que, en buena cuenta, podrá incluir el convenio arbitral.
 Sin embargo, dicha cláusula, aun cuando se sustenta en la prerrogativa de la Entidad de configurar de acuerdo a sus requerimientos y necesidades el contenido de las Bases del proceso, **no puede incorporar condiciones que supongan poner en situación de desventaja a una parte del contrato respecto de la otra o que implique afectar la libertad de pacto que supone la celebración del convenio arbitral.**
 Por tal motivo, **deberá tenerse en consideración que, en caso el ganador de la buena pro no esté de acuerdo con las condiciones establecidas en la cláusula arbitral, podrá negociar la elaboración del convenio arbitral respectivo en virtud de la libertad de pacto antes mencionada."**
9. La Licitación Pública Nro. 02-2014-GRJ-CE-O fue convocada el 15.05.2014 por el Gobierno Regional de Junín para la ejecución de la obra: Mejoramiento de la capacidad resolutiva del hospital El Carmen, Huancayo, Región Junín" por un valor referencial ascendente a S/. 140'040,467.13. Ver: http://www2.seace.gob.pe/Default.asp? CALIFICADOR =PORTLET.1.47.0.3.10& REGIONID =1& PORTLETID =47& PRIVILEGEID =5& ORDERID =0& PAGEID =3& CONTENTID =10& USERID =%3C%21--USERID--%3E& EVENTNAME =& OBJECTFIRE =& OBJECTEVENT =&scriptdo=pku_opnegocio.doviewficha&lpnombre_sigla_entidad=JUNIN&lp_registro=&lpcodobjeto=&lpproc_tipo=1&lpproc_num=&lpanhoentidad=2014&lpproc_sigla=&lpdep_codigo=&lpitem_descripcion=&lpptipobien=&lpgrupobien=&lppagenum=&lpinproclose=0&lp_codentidad=&lpcondtiposubasta=&lpatribunal=&lpproc_numtrib=&lpanhoentidadtrib=&lpconvooca=3179567
10. **"Cláusula Décimo Octava: Solución de Controversias**
 Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.
 Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.
La conciliación o arbitraje se llevará a cabo en la Cámara de Comercio de Huancayo." (el resaltado y subrayado es nuestro)

OSCE como una condición que *"pone en desventaja a una de las partes respecto de la otra", "afectando la libertad de pacto"*.

En efecto, tal como se indica en el citado pronunciamiento, el Organismo Supervisor¹¹ incluye este comentario a la citada cláusula como un *"contenido de las bases contrario a la normativa sobre contrataciones del Estado", sin que sea totalmente claro de qué forma, dicha cláusula (valga la redundancia) es contraria a la normativa de contrataciones.*

Sobre el particular, debemos anotar que no resulta la primera vez que se emiten este tipo de pronunciamientos, sino que con mucho acierto, la Dra. GUERINONI ROMERO¹² cuestiona los textos contenidos en el Pronunciamiento Nro. 444-2008-DOP, Pronunciamiento Nro. 198-2009-DOP, y Pronunciamiento Nro. 205-2011-DTN, indicando diversos puntos que compartimos, no obstante en dichos procesos los participantes del proceso sí observaron dichas cláusulas contractuales. En efecto, y aunque la diferencia sea sutil, debemos precisar que, en el pronunciamiento materia del presente análisis es el OSCE que **de oficio** ha advertido este texto calificándolo de contrario a la Ley sin que postor alguno haya observado estar en desacuerdo con dicho texto, lo cual llama mucho nuestra atención.

En ese sentido, con la finalidad de emitir una opinión sobre los términos utilizados en el pronunciamiento materia de análisis, consideramos conveniente partir primero por mencionar las posiciones existentes en torno a la llamada "libertad de pacto" o "negociación de las partes" para luego pasar a recordar algunos conceptos básicos que pueden ser útiles para fijar una posición sobre la materia.

De la Libertad Contractual de las Partes¹³

Partiremos primero por indicar que la posición tomada por el OSCE y su Dirección de Supervisión es una que, solo para efectos de resaltar su característica principal, llamaremos *"De Libertad Contractual de las Partes"*, toda vez que supondría la posibilidad que ambas partes se encuentran en condiciones de negociar el contenido del Contrato.

En efecto, de conformidad con el razonamiento expresado por el OSCE en el pronunciamiento materia de análisis, toda vez que el artículo 52 de la Ley¹⁴ hace alusión a la frase *"(...) se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes"*, la Dirección de Supervisión sostiene que el adjudicatario de la Buena Pro estaría en condiciones de negociar con la Entidad el convenio arbitral, al momento de la suscripción del Contrato¹⁵.

Asimismo, si deseamos añadir un argumento a esta posición, podríamos decir que, de acuerdo con el Anexo de Definiciones del Reglamento, la norma define la "Proforma de Contrato" como el *"proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador (...) que forma parte de las Bases"*; y en esa medida, resulta lógico entender que la versión final del Contrato permitiría incluir – en la lógica de la libertad contractual – aquellas condiciones posibles de pactar.

Sin embargo, no obstante lo citado hasta este punto sobre la normativa de contrataciones, una crítica inmediata a esta posición estaría referida a que el OSCE parte de la premisa de una aparente igualdad de las partes para la "negociación" del contenido de cláusulas contractuales¹⁶, igualdad que se desvanece tan solo mencionando algunas de las posibles consecuencias jurídicas aplicables en caso no existiese ese "acuerdo" entre el

11. En ejercicio de las atribuciones contenidas en el inciso a) del artículo 58 de la Ley, donde luego de realizar la revisión de las Bases, ha detectado un contenido *"contrario a dicha Ley y su Reglamento"*.

12. GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. *"Necesaria Coherencia sobre el Tipo de Arbitraje en el Marco de la Ley de Contrataciones del Estado"* En: Revista Arbitraje PUCP Nro. 02. Año 2012 Págs. 143-153.

13. El presente subtítulo solo hace referencia a la denominación que estamos utilizando para clasificar la posición de OSCE sobre la posibilidad de negociación de la cláusula arbitral. De hecho, el análisis realizado en esta parte del artículo está referido a la cláusula arbitral contenida en la proforma del Contrato y lo que las partes podrían pactar o no pactar al respecto, no debiendo interpretarse como un intento de clasificación general a la fase de selección en contrataciones públicas o a la formación de voluntad de las partes en los contratos derivados de esta materia especial del Derecho Administrativo.

14. Asimismo, los artículos 215 y 216 del Reglamento al indicar el tipo de arbitraje utilizan términos como *"de haberse pactado"* o *"en el convenio arbitral las partes pueden encomendar (...) a una institución arbitral"* ratificando lo expresado en la Ley, y sugiriendo la necesidad del acuerdo de las partes.

15. **Pronunciamiento Nro. 705-2014/DSU**
"(...) Por tal motivo, deberá tenerse en consideración que, en caso el ganador de la buena pro no esté de acuerdo con las condiciones establecidas en la cláusula arbitral, podrá negociar la elaboración del convenio arbitral respectivo en virtud de la libertad de pacto antes mencionada."

16. Obviamente nos referimos a aquellas que la norma no haya dado contenido obligatorio. La mayoría de las cláusulas contractuales hacen alusión a los aspectos ya definidos por las bases y la oferta técnica y económica del postor, con lo cual aparentemente solo quedarían por "negociar" o "definir" muy pocas cosas.

adjudicatario y la Entidad si esta última se negase a aceptar alguna de sus "sugerencias".

En efecto, más allá que a nuestro juicio, es muy poco probable que un adjudicatario se niegue a firmar un Contrato por no estar de acuerdo con el tipo de arbitraje, nos estamos olvidando que, conforme a la normativa de contrataciones, el postor es llamado a suscribir el Contrato. Es decir, que estamos ante un documento ya elaborado y visado por las diferentes áreas de la Entidad que es entregado en forma impresa para la lectura y firma que, aunque no suponga un acatamiento ciego a los errores que la entidad haya incluido involuntariamente en el Contrato, consideramos que no admite un plazo para la negociación de la cláusula arbitral (o que pueda llevarse el documento para analizar la redacción las clausulas para retornar luego con un proyecto modificado)¹⁷.

Resulta pertinente entonces preguntarse si es posible que un adjudicatario se niegue a firmar un Contrato por no estar de acuerdo con el tipo de arbitraje por ejemplo; y si ello fuera cierto, preguntarnos también si, luego de una probable revocación de la Buena Pro, dicho adjudicatario podría esbozar como justificación al Tribunal de Contrataciones que no estuvo de acuerdo sobre la redacción del convenio arbitral cuando enfrente el procedimiento administrativo sancionador por no suscripción del contrato.

Es probable que la respuesta a estos cuestionamientos sea negativa y en ese sentido, conscientes ahora de esta posición de la Dirección de Supervisión, habría que avisarle al Tribunal de Contrataciones que, aunque suene sarcástico, proceda a incluir en sus criterios, dentro de los supuestos justificantes para la "no suscripción del contrato", a la falta de acuerdo en la redacción la cláusula arbitral.

De la Adhesión a las Clausulas Generales del Contratación del Estado

Una segunda posición, que calificaremos como "*de adhesión a las clausulas generales de contratación del Estado*" sugiere interpretar las proformas de los contratos incluidas en las Bases de los procesos de selección, como clausulas generales de contratación, las cuales los postores escogen

aceptar desde el momento de su "voluntaria" participación en el proceso.

En efecto, así lo expone SANTISTEBAN DE NORIEGA¹⁸, cuando señala que:

"Me resisto a pensar que el arbitraje, que es el reino de la autonomía de la voluntad de las partes, prescinde de ésta para transformarse en una obligación impuesta por mandato de la ley. Prefiero admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación bajo la fórmula de que el Estado lo que hace, en la contratación regida por los términos del DL 1017, es extender una oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que éste se adhiere (...)"
Subrayado es nuestro.

En esta línea de ideas, el citado autor sostiene que el Estado no obliga a nadie a contratar con sus dependencias, siendo el convenio arbitral una "oferta incorporada en una cláusula general" a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo el régimen de las contrataciones públicas.

Del mismo modo, GUERINONI ROMERO¹⁹, nos dice que la voluntad del participante no se limita ni se restringe, por cuanto su participación en el proceso de selección, bajo los términos y condiciones pre establecidas en las Bases, ha sido voluntaria; y citando a O'Neill De la Fuente, la Dra. Guerinoni añade que una negociación pormenorizada de los contratos con los proveedores es incompatible con el desarrollo económico y el cumplimiento eficiente y oportuno de las finalidades públicas.

Al respecto, debemos indicar que si bien esta línea de ideas resulta adecuada para explicar la participación de los proveedores en los procesos de selección y la limitación de negociación de las cláusulas contractuales, la citada posición no podría explicar cómo es que en las etapas de consultas y observaciones las "condiciones generales de las Bases y el Contrato" varían y son corregidas si el Comité Especial considera apropiado acoger alguna de las sugerencias de los participantes. Así, en el caso materia de análisis, resultaba totalmente posible que el Gobierno Regional modifique el contenido de la cláusula

17. Si bien podríamos desear que pueda, resulta claro que, en la realidad, esto no sucede así.

18. SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. El Arbitraje con el Estado. En: http://www.arbitraje.comercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp Agosto 2008

19. GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. "Necesaria Coherencia sobre el Tipo de Arbitraje en el Marco de la Ley de Contrataciones del Estado" En: Revista Arbitraje PUCP Nro. 02. Año 2012 Págs. 143-153.

arbitral ante alguna observación planteada por los participantes del proceso.

Para finalizar este acápite, consideramos que la existencia de la etapa de Elevación de Observaciones, desnaturaliza la figura de las cláusulas generales de contratación en la medida que el OSCE mediante un pronunciamiento podría imponer a las partes la supresión de aspectos que, a su criterio, sean contrarios a la normativa de contrataciones (o que limiten la participación de postores), incluso en el caso de cláusulas contractuales, por lo que no podríamos "adherirnos" totalmente a esta postura.

Nuestra Posición

Algunas cuestiones preliminares, necesarias para emitir nuestra posición sobre la materia de análisis, sugieren recordar qué papel juega en la formación de la voluntad de las partes, la etapa de formulación de consultas y observaciones a las Bases; y del mismo modo, consideramos que resulta necesario citar las normas que regulan el contenido mínimo de las Bases y la consecuencia jurídica que conlleva el hecho que dicho documento contenga a la proforma del Contrato. Ello nos permitirá esbozar nuestra hipótesis, y sobre ella, realizar una breve crítica al Pronunciamiento Nro. 705-2014/DSU que origina estas líneas.

En ese sentido, empezaremos indicando que el Artículo 26 de la Ley y el Artículo 39 de su Reglamento²⁰ ordenan que las bases de un proceso de selección deban contener obligatoriamente condiciones mínimas entre las que se halla la proforma del Contrato; la misma que deberá contener las condiciones de la contratación y ciertas cláusulas obligatorias entre las que advertimos a la solución de controversias.²¹

Sin embargo, el Artículo 35 de la Ley, llena cualquier vacío cuando señala de forma expresa que el Contrato se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones

aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.

Sobre el particular, y luego de la lectura de las normas citadas, podríamos concluir entonces que la Ley nos ordena: i) Que la proforma que se suscribe es la incluida en las Bases (que elabora el Comité); y ii) Que dicha proforma contiene las modificaciones que el Comité apruebe durante el proceso; por lo que el siguiente paso sería definir qué aspectos de las Bases son pasibles de modificación durante el proceso y cuales no podrían incluirse en ellas.

En ese sentido, partiremos por decir que, al ser la Entidad (por medio del Comité) la que elabora el documento de Bases, es ella la que inicialmente, mediante la convocatoria en el SEACE, establece las condiciones del proceso (y la proforma del contrato), a las cuales sólo cabrían agregarles las modificaciones que los participantes le soliciten hacer al documento durante la etapa de selección, por lo que todo lo que no se solicite modificar se debería entender aceptado²².

Y al respecto, el Artículo 59 del Reglamento nos da la razón al establecer que "una vez absueltas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedaran integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas", por lo que no resultaría equivocado concluir este punto indicando que, lo no observado por participantes del proceso, es aceptado y fijado como regla definitiva aplicable al proceso (y no olvidemos que ello incluye a la proforma del Contrato).

Dicho esto, es preciso señalar que los artículos 28 de la Ley y 58 del Reglamento permiten la elevación de observaciones al OSCE en caso los postores no se encuentren conformes con las respuestas del Comité²³; pudiendo el OSCE realizar una revisión de oficio sobre cualquier aspecto de las Bases que contravenga la normativa de contrataciones del Estado. En ese sentido, y entrando al punto

20. Actualmente el Artículo 38 del Reglamento se aplica de forma precisa en lo referente a la utilización de las Bases Estandarizadas, sin que ello suponga que un texto diferente al "estandarizado" es contrario a la normativa de contrataciones públicas (ojo). De haber sido esa la intención del legislador, el contenido el mencionado artículo 38 habría tenido una redacción distinta, obligando a los Comités Especiales a la utilización de las Bases Estandarizadas y nada más. De hecho la estandarización se indica claramente que es para facilitar el monitoreo y procesamiento de las contrataciones, y no un indicador de contravención a la normativa de contrataciones si se apartan de su texto.

21. Respecto de la cual el Artículo 40 del Reglamento nos indica que "Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento"

Cabe precisar que los artículos 137, 138 y 142 del Reglamento no brindan mayor detalle sobre el contenido de la proforma, salvo aquella general que indica que el Contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

22. Salvo los aspectos que contravengan alguna norma de la Ley y que deban ser entendidos por no puestos.

23. Asimismo, debe revisarse también lo señalado en los artículos 26 y 28 de la Ley y los artículos 56 y 58 del Reglamento.

materia de análisis, solo nos quedaría por analizar si la sugerencia de alguna institución arbitral en la Proforma del Contrato para la solución de controversias contraviene la Ley o el Reglamento, a lo cual debemos responder inicialmente que no.

En efecto, no hemos advertido en la normativa de contrataciones disposición alguna (o principio involucrado) que impida a una Entidad considere adecuado incluir en la Proforma de Contrato la indicación del tipo de arbitraje: ad hoc o institucional²⁴; o escoger entre la figura del Árbitro Único o Tribunal Arbitral²⁵; o establecer la ciudad sede del arbitraje²⁶; y tampoco debería existir impedimento para definir alguna institución arbitral. Ello en la medida que estas estipulaciones de las Bases resultan ser sugerencias de la Entidad, pasibles de observación por parte de los postores, los cuales de no verse satisfechos con la absolución que emitiese el Comité poseen el derecho de elevarlo al OSCE para pronunciamiento.

Ahora bien, siendo coherentes con lo expuesto hasta este punto, y entrando al núcleo de nuestra posición, debemos partir por indicar que somos de la opinión que esta etapa de Observaciones es justamente la etapa de "negociación" de las condiciones de las Bases por parte de los participantes del proceso, en la cual se podrían cuestionar no solo aspectos relacionados con las condiciones mínimas del artículo 26 de la Ley, o aquellas que resulten contrarias a la libre competencia, sino justamente cualquier tipo de aspectos contenidos en las Bases, con los cuales los potenciales postores no se encuentren de acuerdo y que, sin duda alguna, incluyen también a las cláusulas contractuales de la Proforma entre las que se halla el convenio arbitral.

Dicho concepto básico nos ayuda a entender por qué es que no podría darse una modificación de las Bases luego de la integración de estas, o por qué

nos resulta difícil entender una "negociación" de la cláusula arbitral al momento de la suscripción del Contrato²⁷. Esto se debe efectivamente a que la etapa de negociación ya culminó, y sostener lo contrario solo sería sugerir que, al ser la proforma del Contrato parte integrante de las Bases, estas podrían modificarse luego de su Integración, en la firma del Contrato, lo cual contraviene el citado Artículo 59 del Reglamento.

En ese sentido, podemos concluir este acápite afirmando que si un participante no observó la cláusula arbitral en la etapa de observaciones a las Bases, debería entenderse que ha aceptado la misma; careciendo de sustento jurídico adoptar una posición paternalista que interprete que una de las partes "se encontrará en desventaja" por la inclusión de alguna condición específica en su texto.

EL PROBLEMA DEL SER

Ahora bien, toda vez que no advertimos sobre este particular, aspectos que sean pasibles de calificarse como contrarios a la normativa de contrataciones públicas, entendemos válido que las entidades públicas no solo que puedan definir tipos de arbitraje, sedes e instituciones arbitrales, sino también que puedan sustentar en la Etapa de Absolución de Observaciones (si dichos aspectos son observados por algún participante) por qué dicha decisión es adecuada al objeto de contratación²⁸.

En ese sentido, consideramos conveniente mencionar algunos aspectos de la cláusula arbitral que merecerían ser "negociados" en la etapa de selección, tales como: i) Si el tipo de arbitraje es Ad Hoc o Institucional; ii) Si se escoge el tipo institucional, definir la institución arbitral; iii) Cual será el número de árbitros que conformarán el Tribunal Arbitral; iv) La conveniencia de la

24. El Servicio Social de Salud incluye en sus Bases el tipo de Arbitraje Ad Hoc, cuando escoge como parte de la redacción de su Clausula Arbitral un texto que indica que el Contratista deberá notificar a la Entidad la solicitud de arbitraje de acuerdo al Artículo 218 del Reglamento. Cfr. LP Nro. 002-2014-ESSALUD/RAS PROVIAS incluye en sus Bases el tipo de Arbitraje Institucional, cuando indica tanto en su cláusula arbitral como en Anexo 9 o 12 (depende del tipo de proceso) de forma expresa que será institucional, dándole a escoger a los potenciales postores la elección de la Institución Arbitral entre tres (03) que señala en sus anexos. Cfr. LP Nro. 006-2014-MTC/21

25. Qué duda cabe que las entidades públicas escogen en su mayoría de veces un convenio arbitral que contemple un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros para los casos de cuantías significativas. Ello, en la medida que el apartamiento de las Bases Estandarizadas no supone una contravención a la normativa de contrataciones públicas sino por el contrario, una labor no muchas veces efectuada por las entidades públicas para analizar que estipulaciones son las más adecuadas al objeto materia de contratación. Cfr. LP Nro. 002-2014-GRU -P-CE, y CP Nro. 001-2014-VIVIENDA-POGA-UE001

26. El Gobierno Regional de Ucayali no solo establece el tipo de arbitraje sino que define la sede y el nombre de la Institución Arbitral (Colegio de Abogados de Ucayali), toda vez que ninguno de dichos aspectos resulta contrario a la normativa de contrataciones públicas; y toda vez que no existe observaciones al respecto, estas condiciones se entienden ACEPTADAS por los participantes. Cfr. LP Nro. 002-2014-GRU-P-CE

27. Quedando, en nuestra opinión, "sin piso" el adjudicatario que se niegue a firmar el Contrato porque la Entidad no quiso aceptar su sugerencia de variar (por ejemplo) la indicación de la institución arbitral en la cláusula arbitral.

28. En esta medida, la Dirección de Supervisión no ha podido aclarar por qué, a su criterio, la escogencia de la institución arbitral supone una posición de desventaja para alguna de las partes.

29. En otras palabras, hablamos del interés de la sociedad que necesitara de la ejecución de esa obra o de una correcta solución del conflicto en caso surja este.

constitución de garantía para la interposición del recurso de anulación; entre otros.

Por lo expuesto, siendo coherentes con lo expresado hasta ahora, y con la finalidad de salvaguardar el derecho de los participantes del proceso, consideramos que debería bastar con que estos observen algún aspecto del convenio arbitral para que la entidad acoja estas observaciones y "corrija" sus Bases; sin embargo, nos asalta la duda de un caso particular que dejamos a consideración del lector: Imaginemos una entidad que convoca un proceso para la ejecución de obra de gran envergadura y, del análisis realizado por el Comité a la cláusula arbitral, resulta poco adecuada la aplicación de un arbitraje ad hoc en caso de alguna futura controversia. En ese sentido, la Entidad considera más conveniente al interés del Estado²⁹ la instauración de un arbitraje institucional en una institución que, a criterio de la Entidad, goza de suficiente prestigio ¿Qué tendría de contrario a la normativa de contrataciones dicha elección para que deba ser corregida por el Comité o por el OSCE en un pronunciamiento? ¿Podría algún postor entonces exigir su variación? Dejamos esta pregunta a criterio de los lectores y con ello, la que subyace a su formulación³⁰.

Una comparación entre los pronunciamientos emitidos entre los años 2009 y 2012 con el reciente Pronunciamiento Nro. 705-2014/DSU, da cuenta de una alarmante variación de criterio ya que, lo que inicialmente OSCE ordenaba modificar producto de la observación de algún participante (cuando eleva las mismas), ahora es materia de pronunciamiento de oficio. Y quizá, dentro del rol paternalista que en ocasiones demuestra tener el OSCE (y que esperamos vaya disminuyendo), se están olvidando que quienes resuelven los conflictos son los Árbitros (en cualquier tipo de arbitraje ad hoc o institucional), y tanto el Presidente del Tribunal como el Arbitro Único deberán poseer las acreditaciones que ordena el Artículo 220 del Reglamento. De igual modo, la normativa de contrataciones ha dispuesto diversas garantías para el ejercicio de la función arbitral, como la prelación de la Constitución y las normas de derecho público en la emisión de laudos, encontrándose protegido también el

proceso arbitral, ya que de forma supletoria a la aplicación de la Ley y su Reglamento, el sistema jurídico peruano nos ofrece un adecuado Decreto Legislativo Nro. 1071, que norma el Arbitraje. Y por si fuera poco, sobre todo este armazón se encuentran las partes, una de ellas representada por su respectiva Procuraduría Pública, que debería no solo efectuar un buen nombramiento de árbitros, sino también estar atenta para salvaguardar los intereses del Estado si algún aspecto procesal contraviene su derecho al debido proceso.

En todo caso, en relación con el caso principal que origina este interesante análisis, somos de la opinión que el pronunciamiento emitido merece una aclaración o ampliación como las que acertadamente hacia la DTN en los años 2010 - 2011, y quizá la Dirección de Arbitraje, como dirección especializada en la materia, pueda colaborar en esta labor, ya que no creemos haber agotado el análisis con nuestra opinión.

Este es, sin duda, un aspecto que seguirá mereciendo nuestra atención, sobre todo con la próxima entrada en vigencia de la Ley Nro. 30225, donde algunos aspectos como la creación del Listado de Instituciones Arbitrales y la probable regulación de sus reglamentos, harán parecer el tema tratado en estas breves líneas como una novela de Shakespeare, donde las entidades públicas se mantienen en el dilema de definir o no sus convenios arbitrales ("*ser o no ser*"). Mientras tanto, esperamos haber contribuido al arbitraje en contrataciones públicas con una crítica que hemos intentado hacerla constructiva, y que exhortamos a la comunidad jurídica a interpretarla de ese modo.

30. Creemos que no solo una pregunta subyace a las planteadas, sino que existe cierto prejuicio o temor a responder con seguridad cuando parece que nuestra idea principal deja a los participantes a merced de las decisiones (acertadas o equivocadas) del Estado en lo que se refiere a las cláusulas arbitrales ¿Se trata acaso de algún tipo de cláusula exorbitante? ¿Es el derecho de los participantes a no imaginarse en estado de indefensión lo suficientemente fuerte como para variar en 180 grados la razón expuesta líneas arriba? ¿Realmente se trata de indefensión? Debe darse respuesta en todo caso al ejemplo planteado en el texto principal, para proseguir luego, con las que este pie de página plantea.