

Franz Kundmüller Caminiti *

CRÍTICA AL NUDO “GEORGIANO” EN LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS Y A LAS ORDALÍAS CONTRA LOS ÁRBITROS, EN LA COMPETENCIA ARBITRAL ESPECIALIZADA EN CONTRATACIONES DEL ESTADO (FALTA)

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya mucho tiempo, a fines de los años noventa y cuando recién asomaban los primeros frutos de la segunda Ley General de Arbitraje peruana; la Ley 26572, cuya promulgación costó un gran esfuerzo, debido al cambio de paradigmas que implicaba; fui invitado al entonces Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (CONSULCOP), para emitir opinión técnica sobre la posibilidad que el Estado establezca por vía de ley y como regla obligatoria, que las controversias suscitadas en la etapa de ejecución de sus contratos, sean sometidas necesaria e indefectiblemente a arbitraje.

Eran las épocas en las que se evaluaba la posibilidad de usar al arbitraje como medio obligatorio de solución de controversias, en la etapa de ejecución de los contratos del Estado y además; por razones prácticas, se pretendía unificar la contratación de bienes, servicios y obras, en un solo cuerpo normativo. Esto finalmente se hizo mediante la Ley 26850.

Regresando a fines de los años noventa y al motivo para el que fui convocado al entonces CONSULCOP; debo precisar, sin incurrir en infidencia, que en aquella oportunidad y hasta donde recuerdo; lo primero que pregunté a mis interlocutores, cuando me solicitaron opinión sobre el arbitraje obligatorio que pensaban implantar, fue:

¿Y para qué quieren ustedes establecer un arbitraje obligatorio, si el arbitraje se basa en el acuerdo de las partes y ya el arbitraje del Estado se encuentra regulado por la Ley General de Arbitraje, como resultado del ejercicio de una potestad del funcionario de la entidad pública, al momento de firmar el contrato, asimilando así las disciplinas que regulan al convenio arbitral, de conformidad con los estándares especializados sobre la materia?

* Abogado, profesor universitario, consultor en temas de arbitraje y árbitro

Y además; agregué,

...recuerden ustedes que desde 1979 la norma constitucional peruana establece que el arbitraje es una jurisdicción independiente; con lo que esa norma constitucional, aunque algunos no estemos de acuerdo con la idoneidad jurídica de la misma; otorga un marco jurisdiccional al arbitraje en sede constitucional, que si bien es artificial o ficticio desde el punto de vista doctrinario, lo cierto es que positivamente garantiza la posibilidad que el estado arbitre sin problemas y con todas las garantías formales respectivas; es decir, con garantías jurisdiccionales, ni mas ni menos.

Es necesario tener en cuenta además, que ya entonces la Ley General de Arbitraje peruana, en concordancia con diversas fuentes del Derecho comparado, indicaba claramente que el Estado podía pactar convenios arbitrales, para resolver sus controversias de tipo patrimonial, sin necesidad de contar con autorizaciones administrativas o de otra índole.

Esto; además, se realizaba en un contexto jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en la norma de mas alto rango. Otra es la discusión de si estábamos o no de acuerdo con la “hiperconstitucionalización” del arbitraje como jurisdicción; asunto que no abordaré en estas líneas y sobre el cual he escrito algún comentario en anterior oportunidad.

En suma, ya a fines de los años noventa, el ordenamiento jurídico nacional facilitaba y garantizaba el acceso del Estado al arbitraje. Es más, esto estaba regulado en sede constitucional y también mediante la Ley General de Arbitraje. El mismo criterio

ha sido recogido en la legislación arbitral posterior, incorporando reglas sobre transparencia, que hoy han dado lugar a la publicación de los laudos arbitrales en contratación pública; entre otras.

A esto se suma la creación de competencias arbitrales especializadas, desarrolladas con posterioridad a la Ley 26572, mediante la promulgación de normas legales y la ratificación de tratados internacionales, abriendo así espacios importantes para facilitar la arbitrabilidad de las controversias; incluyendo aquellas en las que el Estado es parte y coincidiendo esto con la evolución de la contratación pública y privada, así como con el creciente dinamismo comercial y de las inversiones que vive el Perú, en medio de la crisis global. El arbitraje en contratación pública es eso, una competencia arbitral especializada y no un arbitraje “diferente”, erróneamente bautizado como “administrativo”.

Pero regresando a la reflexión original, cualquier observador inteligente puede constatar que el arbitraje se ha desarrollado y expandido en diversos ámbitos. Esto ha ocurrido durante los últimos veinte años y el balance es positivo, aunque quede mucho por hacer y mejorar y si en caso hay problemas que resolver, eso no se debe al arbitraje sino a las personas que tienen la responsabilidad de usar el arbitraje.

En suma; el arbitraje ha pasado de ser una institución jurídica irrelevante, existente en forma latente durante décadas, para convertirse en un medio de solución de controversias usado en prácticamente todo el espectro de las actividades y sectores económicos, en el ámbito local e internacional, respondiendo a las necesidades de una economía como la peruana, que se encuentra en un franco y excepcional proceso de expansión.

2. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA PERUANA Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE CON EL ESTADO

Del mismo modo, la legislación peruana ha sido reconocida durante la última década por su calidad técnica, como una de las más avanzadas en la materia. Esto se debe a las características especiales de su evolución. De hecho, la Ley General de Arbitraje del Perú es la más avanzada de la región, pues en su última versión, recoge y en gran parte, se fundamenta en la experiencia práctica producida en arbitrajes llevados a cabo entre los años 1995 y 2007; lo que no es poca cosa.

Esto ha ocurrido en el Perú, a diferencia de otros países de la región, donde muchos juristas se precian de ser “arbitralistas”, pero en realidad no cuentan con una significativa práctica arbitral como la que caracteriza al Perú desde mediados de los años noventa. No obstante, estos “arbitralistas” saben vender muy bien sus normas nacionales, como si fueran las mejores de la región y es legítimo que sea así. En cambio, en nuestro medio, sabotamos la legislación arbitral con normativa como la recientemente promulgada en el ámbito de la competencia arbitral especializada en contratación pública.

Generalmente los procesos legislativos en dichos países solo han sido resultado de la producción teórica de escritorio y maqueta, mas no necesariamente son resultado de la reflexión jurídica, a partir de la experiencia práctica de árbitros y usuarios del arbitraje, laudando y resolviendo casos en una realidad concreta y lo que es más interesante, en un contexto de expansión económica como el peruano. La última reforma en el ámbito de la competencia arbitral especializada en contratación pública; reitero, se ha hecho de espaldas a las fortalezas de la legislación peruana en materia de arbitraje.

En efecto, reitero, esa es una de las principales fortalezas del Decreto Legislativo No. 1071 actualmente en vigencia, que fue resultado del trabajo de una Comisión en la que tuve el honor de participar, junto a destacados colegas; todos con comprobada experiencia arbitral y que fue establecida mediante Resolución Ministerial No. 027-006 JUS de Enero 2006 y que elevó al Ministerio de Justicia el texto de la actual Ley General de Arbitraje, poniendo a nuestro país a la vanguardia en la región.

Regresando a los años noventa y a la reunión materia de comentario, ante las interrogantes planteadas por mi desde la perspectiva arbitral, mis interlocutores del CONSULCOP me explicaron con gran elocuencia y entusiasmo, que era necesario optar por el arbitraje, porque el Estado peruano mantenía en ese momento centenares de miles de controversias en sede judicial, que no eran resueltas oportunamente.

Señalaban que dichos litigios eran un lastre y ascendían a centenares de miles de soles, los mismos que estaban paralizados o semiparalizados por esta situación, mientras se elevaban geoméricamente los costos de transacción, se perjudicaba la satisfacción del interés público y se reducían las oportunidades comerciales y de negocio, en el mercado de la procura pública.

Esto; en consecuencia, afectaba en forma considerable al circuito comercial, económico y de servicios del país, pues los contratistas y proveedores del Estado, veían perjudicados sus intereses, en un mercado que ya en aquel entonces y también en la actualidad, mueve miles de millones de soles. De otro lado, en este contexto, no se cumplían a plenitud los objetivos de la contratación pública.

Además, se daba la paralización y demora en la ejecución de obras, entre otras deficiencias y dificultades, que incidían en la baja competitividad que perjudicaba al mercado de la contratación pública, impactando así negativamente en el interés público.

Dichas controversias derivaban de problemas en la ejecución de contratos de bienes, servicios y obras. Mis interlocutores en el CONSULCOP argumentaban que si no se hacía obligatorio el acceso al arbitraje, el funcionario responsable no lo iba a pactar. Me decían que esto iba a ocurrir de todas maneras, a pesar de que el funcionario contaba con las potestades para celebrar convenios arbitrales, previstos éstas en la propia Ley General de Arbitraje de la época.

Adicionalmente, no quedaba duda que la solución administrativo-judicial que hasta el momento se estaba aplicando para atender el problema, era ineficiente e incongruente con la realidad. Y es que hasta entonces, la única manera de resolver las controversias, era mediante el agotamiento de la vía administrativa; para luego recurrir al proceso contencioso administrativo, derivando así en la creciente judicialización de las controversias y generando un tremendo embalse de procesos judiciales, “anclando” al Estado como parte litigante en sede judicial, año tras año y gobierno tras gobierno.

Esto; de otro lado, además de tener un alto costo para la gestión pública, provocaba el consiguiente estancamiento en el circuito económico, cosa que finalmente causaba perjuicio al Estado y a los particulares que contrataban con éste. En resumen, se estaba tratando de cazar un elefante con un matamoscas, en un contexto en el que la tendencia consistía esencialmente en contribuir a la modernización del Estado y a un mayor dinamismo económico.

Así las cosas, el hecho principal y motivo de mayor preocupación era que la “solución” administrativa y contencioso administrativa disponible hasta ese momento, podía tomar unos 9, 10 o más años; mientras que, de otro lado, se auguraba que los arbitrajes se resolverían en apenas unos meses, implicando así ahorros significativos en tiempo y dinero, tanto para los contratistas del Estado como para el Estado mismo. La reciente reforma en el ámbito de la competencia arbitral especializada en materia de contrataciones, también ha ignorado esta realidad histórica y genera incentivos para regresar al mismo escenario.

Mis interlocutores del CONSULCOP asumían así, anticipadamente y a partir de una constatación fáctica preliminar, que el arbitraje contribuiría a resolver un problema económico y como efecto colateral, esto ayudaría a descongestionar el Poder Judicial, en aquel entonces, recargado con causas donde el Estado era parte.

De otro lado, para los que estamos familiarizados con el arbitraje, no nos sorprende que éste tenga una vinculación con la problemática esencialmente económico comercial, pues sus raíces están en las necesidades inherentes al comercio y los negocios. Esto se constata desde los tiempos de los tribunales de los “pies polvorosos” o “pie powder courts”, cuyos vestigios encontramos en plazas y mercados medioevales.

Se pretendía entonces, instaurando la medida del arbitraje obligatorio en la propuesta de los años noventa; generar confianza en la contratación pública de bienes, servicios y obras; agilizar la inversión de recursos públicos, reducir costos de transacción y contribuir al logro de los fines y objetivos previstos en lo concerniente a la satisfacción del interés público.

En suma, el entusiasmo por el arbitraje era muy grande, pues aparentemente se había hallado la panacea definitiva, para la rápida y eficiente solución de controversias derivadas de la contratación pública, mediante su instauración obligatoria, propiciando así una serie de efectos económicos beneficiosos.

3. ¿EXISTÍA EFECTIVAMENTE UNA NECESIDAD DE OBLIGATORIEDAD NORMATIVA DE ARBITRAR EN LOS CONTRATOS CON EL ESTADO?

Mi opinión hoy, al cabo de más de una década de los acontecimientos que describo, es que ese era un “delirium tremens”, porque el Estado tiene problemas estructurales, que vienen de mucho tiempo atrás y que demandan una solución integral, pues de lo contrario, dichos problemas persistirán tozudamente a lo largo del tiempo.

Lamentablemente, la realidad no se cambia solamente a punta de leyes y reglamentos, sino con buenas prácticas, vigencia de la meritocracia, diseño y ejecución de políticas sostenibles así como con el cumplimiento de metas y resultados. El arbitraje; en este contexto, era solo un grano de arena.

Sostenían además mis interlocutores y esto tal vez era lo más interesante, desde el punto de vista de la realidad de la gestión pública; que la discrecionalidad del funcionario para someter controversias a arbitraje, debía ser eliminada. Esto se debía también a razones pragmáticas inherentes a la naturaleza propia del Estado y su burocracia. “Tu trabajas para el sector privado, por eso no entiendes”; me dijeron.

Efectivamente, yo en ese entonces era el Secretario General del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de

Comercio de Lima, una institución privada. Sin embargo, dejo constancia que luego tuve la oportunidad de ser funcionario público durante más de nueve años y sigo sin querer entender, porque considero que rehusarse a la resignación, es la base para introducir cambios que mejoren la administración pública.

En la perspectiva de mis interlocutores, debía entonces prevalecer el principio de legalidad a “rajatabla”. Así el funcionario sería conducido directamente al arbitraje por mandato de la ley, de donde se concluía que era necesario que se establezcan en la legislación sobre contratación pública una especie de “orejas jurídicas”, que debían servir para dicho fin; es decir, para encarrilar las cosas a efectos que el arbitraje sea obligatorio, que sea de derecho, que los árbitros sean abogados, etc.

También así; decían, se eliminarían los dilemas de la inevitable auditoría pública, que en su momento y en forma *ex post*, ejercerían los órganos de control interno. Pues cuando le fueran a hacer un examen de auditoría a un funcionario que había optado, en ejercicio de sus potestades legales, por pactar un arbitraje; el referido funcionario solo tenía que precisar que había aplicado la ley que “literalmente” lo obligaba a arbitrar, “sin dudas ni murmuraciones” y así ya no habría discusión alguna. Entonces, como es lógico, también las labores de auditoría se facilitarían tremendamente, si a los funcionarios se los conducía de las orejas o de las narices al arbitraje obligatorio.

Por el contrario, me explicaron, que si no se optaba por esta solución y quedaba un margen de discrecionalidad o espacio para interpretaciones; entonces sería necesario contar con los suficientes medios administrativos, para que el funcionario sustente y explique; al momento de ser

auditado, porque es que había pactado un convenio arbitral en determinado contrato. Esto ocurriría aunque la ley lo facultara plenamente para hacerlo y si no había una respuesta convincente para el auditor, el funcionario iniciaba una interminable aventura kafkiana que resultaría ocioso detallar acá.

Ante este estado de cosas, para mis interlocutores era evidente que ningún funcionario pactaría el arbitraje, tal como se constataba estaba ocurriendo en ese momento, no obstante las potestades que establecía la Ley General de Arbitraje, bajo el ámbito de la Constitución Política del Estado. Es decir; se advertía la existencia de dos posibles situaciones diferentes. Ambas eran legales y estaban “arregladas a Derecho” y en ambas se cumplía, pero de manera distinta, el principio de legalidad que rige para la administración pública.

Pero atención; en la primera, eso se lograba con orejeras, a rajatabla y sin discrecionalidad alguna. Mientras que en la segunda, el funcionario actuaba sin orejeras y con cierta discrecionalidad, pero cumpliendo el mismo principio, aunque siempre con el pavor al riesgo kafkiano. Se quería optar por la primera alternativa; es decir, el camino “fácil”, directo y sin escalas, en ejercicio de lo que yo ahora llamaría como “autoritarismo administrativista”, que al final, también ha desembocado en un escenario kafkiano, pero con otras características, pues la última modificación normativa a la competencia arbitral especializada en materia de contrataciones es una clara expresión de “autoritarismo administrativista”.

Pero mi posición en ese momento era que se debían crear los incentivos necesarios para establecer un sistema de balances, que permita garantizar la aplicación de la Ley General de Arbitraje, promover buenas prácticas para la solución de controversias,

usar los medios contractuales y no seguir la línea autoritaria de la imposición del “autoritarismo administrativista”, en orden a que todos los requisitos para llevar a cabo el arbitraje, estaban ya considerados en la legislación vigente.

Se me dijo que eso era “muy complicado”, que su aplicación demandaba mucho tiempo y que era mejor recurrir a la solución impuesta por vía de la ley y punto. “Es que tu no eres funcionario público”, me repitieron. “Felizmente”, me dije a mi mismo, pero sin saber que estaba escupiendo al cielo, porque nunca me imaginé que años mas tarde, también felizmente, me convertiría en servidor público.

De otro lado, la que hemos sindicado como la solución de las “orejeras” y del “autoritarismo administrativista” y que finalmente se impuso, al igual que en la última reforma; estaba inspirada en la necesidad de resolver la problemática usual que se da en el proceso cotidiano de toma de decisiones; que a su vez es inherente a la administración pública. Años mas tarde podría finalmente entender que la forma en que se da el proceso de decisiones en la administración pública, pone de manifiesto una serie de problemas, que a la larga devienen en deficiencias de gestión observables en el ámbito nacional.

En gran medida, esto se debe a la complejidad del marco jurídico administrativo y de Derecho Público y a que el funcionario tiene miedo de decidir, en un contexto en el que la discrecionalidad ha sido tachada y la buena fe no se presume, pues lo que de facto se presume, es la mala fe del servidor publico, aunque sea inocente.

Por si esto fuera poco y por más que la ley diga lo contrario; en los hechos ocurre entonces que no se presume el principio

de inocencia del funcionario, hasta que se demuestre lo contrario. De manera que en un contexto así, el funcionario solo prefiere decidir, cuando la norma se lo indica expresamente y bajo responsabilidad, de donde las “orejeras jurídicas” son un alivio para el gestor público.

Sin embargo, mientras las cosas sigan así, el sistema se mantendrá estructurado para incentivar que el funcionario o servidor no decida nada. Esto ocurre además de cara a una población que crece en sus legítimas exigencias y aspiraciones, frente a un Estado que no le sirve y que le es ajeno. Ejemplos de este tipo de situaciones abundan en nuestra realidad.

Además, al hecho de no existir la meritocracia ni una carrera pública de servicio civil consolidada institucionalmente en el Estado y por mas que en años recientes se hayan pretendido mejorar las cosas; lo cierto es que la auditoría pública es percibida siempre como una amenaza o “cuco kafkiano”, por parte de los servidores públicos.

De donde resulta que lo común entre funcionarios es comentar con resignación, respecto de la auditoría estatal; que “si te quieren fregar te friegan, porque la legislación es tremendamente compleja y hasta contradictoria, admitiendo varias interpretaciones.” La frase por cierto que expresa una percepción que es contraria e incluso ajena a la legislación formal de control, pero que sin embargo es una realidad, porque las personas también tomamos decisiones en función de percepciones y no solo en función de lo que nos mandan. En este caso, se trata de percepciones negativas que entorpecen e incluso paralizan la gestión.

Claro que además hay que precisar acá que el Perú no es un caso aislado, pues cuando uno tiene la oportunidad de conversar con

funcionarios públicos de diversos países, en conferencias y seminarios internacionales; se puede constatar que prácticamente en todos los países, la problemática es similar en lo que concierne a este y otros temas de gestión pública.

Pero la diferencia radica en que ya se están trabajando soluciones mas avanzadas que las que venimos trabajando en nuestro medio, a partir del cumplimiento de objetivos y logro de resultados, aprovechando en muchos casos las experiencias y diversos modelos de gestión provenientes del sector privado y multiplicando las mejores prácticas para el sector público.

En suma, éstos y muchos otros problemas han generado en nuestro medio; muchas veces injustamente, la sensación de que hay inacción por parte del Estado. Lo que tiene como correlato natural, la creciente insatisfacción de las personas y muchas expectativas truncas por parte de la ciudadanía.

Deviene esto en la falta de credibilidad y confianza en los gobiernos de turno, sean estos locales, regionales o el central y se constata así, finalmente; que sigue pendiente de realización una indispensable reforma del Estado, que ponga a nuestro país; al fin, en el siglo XXI y que además sea congruente con el crecimiento económico.

4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Una de las formas de hacerlo, es instaurar la meritocracia, promover la carrera pública, pero también superar paulatinamente la lógica formalista y “procedimentalista” de una gestión pública desfasada o desacoplada de la realidad y a la que se le percibe como indolente.

Es necesario reconocer que el Estado no cuenta con medios administrativos e

institucionales para reconocer méritos mediante el logro de resultados a favor del interés público, ni tampoco se encuentra en capacidad de tomar en cuenta la importancia de la eficiencia y eficacia; y lo que es peor, no incentiva o privilegia la rendición de cuentas por resultados, porque no es un asunto prioritario.

Rendición de cuentas a la que, de otro lado, tiene pleno derecho la ciudadanía. Para cambiar esto, se requiere legislar democráticamente, creando consensos y no imponiendo normas al caballazo, como la última reforma en materia de contrataciones.

Como sabemos, bajo el sistema actual, se otorga prioridad a la mera, pura y simple aplicación de la ley y el correspondiente reglamento; cosa que, por paradójico que sea y tal como lo demuestra la realidad, no necesariamente garantiza el cumplimiento esencial del principio de legalidad ni tampoco garantiza la gobernabilidad ni la mejora en la calidad y eficiencia de la contratación y en la prestación de servicios públicos.

Pero no nos adelantemos y regresemos a fines de los años noventa. El hecho es que la propuesta inicial de incluir al arbitraje en la contratación pública, tenía una fundamentación esencialmente pragmática y económica mas no administrativista ni procesalista. Se recurría al arbitraje por sus características como tal. Era una alternativa, de cara a lo que el *status quo* administrativista y procesalista no era capaz de solucionar, a pesar de supuestamente haber sido diseñado para eso y a pesar de haber sido sometido a prueba durante muchísimos años.

Es decir; reitero: el arbitraje había sido tomado en consideración para proporcionar una salida práctica a la problemática que

hacia mucho tiempo no eran capaces de resolver ni el derecho administrativo nacional ni la judicialización de las controversias en materia de contratación pública, por la vía del proceso contencioso administrativo. Esa era la situación específica en ese momento y yo fui testigo de eso.

Ahora bien, desde fines de los años noventa a la actualidad, ha corrido mucha agua bajo el puente, pero lo cierto es que, salvo algunas excepciones, no ha cambiado significativamente la calidad ni las dificultades en la gestión pública. En general, la percepción que tiene la ciudadanía es que los problemas de todo tipo se han acentuado.

En cuanto al tema que nos interesa, tengamos en cuenta que ahora se habla de “arbitraje administrativo”, como si estuviéramos ante una disciplina solo para “iluminados”; diferente, compleja y altamente especializada, casi equiparable por su sofisticación, con la tecnología para lanzar y hacer llegar cohetes o aparatos del tipo “Curiosity”, a la luna o a marte.

A tal punto que; con el tiempo, se han ido desarrollando los procedimientos más rebuscados y enredados, respecto de diversos temas que reciben un tratamiento práctico y técnico, en el marco normativo de la Ley General de Arbitraje. Sería ocioso entrar acá en detalles, pero sabemos que estas innovaciones llevadas a cabo con el pretexto de la “especialidad”, al final, generan más inconvenientes que soluciones a los interesados y administrados, sin garantizar una mejora en la calidad ni en la eficiencia de los tribunales arbitrales.

En realidad, lo que ha pasado es que de un tiempo a esta parte, los problemas del Estado se han acentuado, como resultado del mayor dinamismo económico y del incremento de las exigencias a atender;

adicionalmente, se viene sobre regulando innecesariamente al arbitraje en materia de contratación pública y la última reforma sigue la misma línea, como expresión de “autoritarismo administrativista”.

En efecto; esta competencia arbitral especializada se aleja cada vez más de la Ley General de Arbitraje, generando un arbitraje que ha devenido en patológico, que para nada es congruente con el planteamiento originario que se tuvo a fines de los años noventa, sustentado en motivaciones económicas y de mantenimiento de la calidad en la gestión.

Paulatinamente ha ido impregnándose de una serie de problemas inherentes a la realidad disfuncional de la contratación pública; que por cierto, ya alcanza dimensiones estructurales. En consecuencia, es necesario desintoxicar al arbitraje en contratación pública, abrir el debate y contribuir a la modernización del Estado. Pero para eso, se requiere decisión política.

De otro lado, también es cierto que no siempre los árbitros se encuentran a la altura de las circunstancias y exigencias del arbitraje en contratación pública e incluso se han dado casos de corrupción y/o mala calidad en la práctica arbitral, sin que los responsables de eso reciban las sanciones que merecen. Es más, el rol del árbitro se ha banalizado, desde el momento en que todos o casi todos, se sienten con capacidad para ser árbitros, a pesar de no necesariamente reunir las calidades ni los méritos académicos ni la experiencia para serlo.

Se sabe de casos en donde el árbitro ha sido recusado decenas de veces, sus recusaciones han sido en gran mayoría declaradas fundadas y se le sigue designando como árbitro en el sector público y en el privado, sin que pase nada

de nada. O se sabe de abogados que apenas han sido secretarios arbitrales en un par de casos y de pronto son designados árbitros en casos relevantes, para los que en realidad carecen de capacidad profesional, o se sabe de tribunales amañados o arreglados o de árbitros que son designados decenas de veces por una misma parte, entre otras muchas lacras para las cuales hay una serie de soluciones, siempre que se cuente con capacidad de decisión política y con la experiencia y capacidad técnica y recursos suficientes, para manejar este tipo de problemas. Sin embargo; en nuestro país, lo que preferimos es imponer la regla y no gestionar resultados ni asumir responsabilidades. Y cuando todo esto ocurre, entonces, como nadie es responsable, la culpa la tiene el arbitraje y en vez de resolver el problema que causa la mala noticia, nos disponemos a linchar al mensajero.

En cuanto a los árbitros, cabe precisar que con el transcurrir del tiempo y justamente como resultado de una auditoría pública realizada en el CONSUCODE a principios de la presente década, se procedió a la creación de un procedimiento administrativo para la incorporación al registro de árbitros del CONSUCODE, ahora Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado; OSCE, que en realidad, permite que cualquier persona con suficientes certificados, se incorpore al registro. La persona que hizo la auditoría era una contadora pública colegiada, que de arbitraje no sabía nada, pero que impuso su poder, a efectos que finalmente se termine creando un procedimiento de incorporación al registro cuyas bondades son menores que sus beneficios.

Esta precisamente no es la forma como se manejan los registros de árbitros en los principales centros de arbitraje del mundo,

donde lo que se evalúa cuidadosamente es el prestigio del profesional, la trayectoria, la calidad y la experiencia del árbitro y en función de eso, se le invita a integrar la lista respectiva, porque a su vez, eso otorga prestigio a la institución, pues no basta ni es pertinente que el candidato “solicite” se le inscriba en el registro. Este método ha sido criticado por ser elitista; pero al final, es el mejor. No cualquiera puede ser árbitro y las instituciones arbitrales tienen que hacerse responsables de eso, en orden a que no pueden permitir que cualquiera se incorpore a sus registros, máxime cuando todos sabemos quien es quien, en un medio como el nuestro. Lamentablemente las instituciones arbitrales eluden su responsabilidad en la conformación de las listas de árbitros.

Es decir; así las cosas, al arbitraje en nuestro medio, no solo se le ha “hiperconstitucionalizado; procesalizado y administrativizado”; sino que además, cualquier “saltimbanqui” encubierto, puede llegar a ser árbitro. Y por si todo esto fuera poco, se ha creado la ficción de que el arbitraje en contratación pública sería “distinto” a los demás arbitrajes, una suerte de “ciencia infusa”, un artefacto tipo “Curiosity” de alta tecnología, lanzado por la NASA al espacio sideral, que finalmente es el resultado de pretender desconocer que el arbitraje es uno solo y que el arbitraje en contratación pública es simple y llanamente una competencia arbitral especializada y punto.

Pero esa es otra discusión, en la que tampoco cabe abundar acá, porque no es el propósito de estas líneas. Sin embargo, lo dejo planteado, porque lo considero importante. Y lo hago, porque en su momento, y debo ahora reconocer que erróneamente pero con candor académico, entusiasmo y buena fe, participé en la

divulgación del concepto del “arbitraje administrativo”; cuando en realidad, éste era irrito y carecía de sustento técnico. En el Derecho no hay lugar a parcelaciones de ese tipo, el arbitraje es uno solo.

En consecuencia, corresponde en este punto hacer las precisiones del caso; corregir y dejarlo por escrito, para que quede constancia. Sin embargo, también es necesario precisar que, si bien en su momento se promovió el arbitraje “administrativo”, eso se hizo así, porque se tenía la intención de darle un espacio al arbitraje en contratación pública y permitir de esta manera la prestación subsidiaria de servicios en ese ámbito; es decir, desde el Estado. Ese objetivo se logró en los primeros años de la primera década del siglo XXI.

Tan es así, que la primera iniciativa para prestar servicios de organización y administración de arbitrajes desde el Estado, no se estableció por vía de la ley de contrataciones o el reglamento, sino por vía de una Resolución de Presidencia del entonces CONSUCODE, que fue muy bien recibida en el sector público y privado y que finalmente permitió cumplir el objetivo.

Concretamente, la idea era prestar servicios de organización y administración de arbitrajes y conciliaciones, desde el entonces CONSUCODE; dado que la oferta de servicios desde el sector privado para este tipo de arbitraje, todavía no se había expandido ni consolidado.

Dicha situación, al momento de escribir estas líneas, ha cambiado significativamente, pues en el mercado local de servicios, ya existen suficientes proveedores privados consolidados, que cuentan con experiencia y capacidad. De modo que la subsidiariedad originaria

del arbitraje en materia de contratación, ha quedado extinguida en los hechos. Por lo que se requiere que la normativa en contratación pública y la estructura institucional del OSCE, sean congruentes con esa realidad. La última reforma normativa es totalmente ajena a esta necesidad, que además, se ampara en normas constitucionales que regulan el rol subsidiario del Estado en la economía.

Así las cosas, no debe sorprender que la expresión de esta errónea perspectiva “enajenante” del arbitraje, llamado como “administrativo”, en el ámbito de la contratación pública; derive en la respectiva producción legislativa nacional distorsionada que apreciamos en la reciente reforma, pues se ha perdido de perspectiva que en realidad nos encontramos ante una competencia arbitral especializada y nada mas que eso.

Dada la distorsión imperante, la normativa ha alcanzado la dimensión de un gran “nudo gordiano”, que tiene; como veremos mas adelante, un novísimo nudo “georgiano”, urdido además con nocturnidad y alevosía, pues el proyecto en mención, no fue sometido a discusión ni a pedido de opinión, como fueron en su oportunidad sometidos los proyectos anteriores de reforma normativa y como corresponde a cualquier iniciativa legislativa democrática civilizada.

5. EL “NUDO GEORGIANO”

En consecuencia y para mayor gravedad, estamos ante proyectos y propuestas cuya autoría no es reivindicada ni sustentada por nadie, con orfandad de exposición de motivos o con famélica exposición de motivos y cuya mas reciente expresión está plasmada en la reforma de la

normativa de contrataciones; es decir, en la Ley No. 29873 del 1 de junio de 2012 y su reglamento, el Decreto Supremo No. 138-2012-EF, del 7 de agosto de 2012.

Es lo que ocurre; por ejemplo, con la creación inconsulta de una nueva causal de anulación de laudos arbitrales y el procedimiento sancionador de los árbitros, como si se tratara de una ordalía medieval. Y es lo que también ocurre con la respectiva función sancionadora a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

También es lo que ocurre con el impacto negativo que esto genera en contra de la Ley General de Arbitraje, en un contexto como el actual; en el que el país supuestamente pretende promover el comercio y las inversiones. Con proyectos como el que ha sido aprobado, eso no se cumple. En principio y estando a todo lo dicho líneas arriba, debe quedar claro que la reforma no contribuye a solucionar los problemas, se trata de una regla que genera inseguridad jurídica en contra del arbitraje y finalmente, repercutirá negativamente en el circuito económico del mercado de contratación pública.

De otro lado, si bien es legítimo establecer por ley los requisitos referidos a la “ley aplicable” en la solución de las controversias en sede arbitral; lo cierto es que una causal como la que se ha incorporado, abre la posibilidad para que se revise en sede judicial el fondo de la decisión adoptada por los árbitros, con el pretexto que no se aplicó la legislación de contrataciones. Lo que se ha debido de hacer es crear las condiciones para reforzar el arbitraje y no para debilitarlo.

Lo que se ha hecho es absolutamente contrario a la razón que impulsa el uso

del arbitraje, que justamente lo que busca es excluir el uso de la vía jurisdiccional estatal, no porque esta sea mala sino por las mismas razones que preocuparon al legislador de fines de los años noventa; es decir, hemos retrocedido una década.

Evidentemente, con la nueva norma, aquel que pierda el arbitraje y sea notificado con un laudo que no le de la razón, sumará a la batería de argumentos para impugnarlo, la presunta inaplicación de la ley como causal.

Esto es grave, pues estamos en un medio donde el ejercicio diligente de la profesión, es un asunto irrelevante; es decir, el que los abogados formulemos denuncias frívolas o aleguemos sin fundamento suficiente, no es un asunto que sea sancionado drásticamente por el ordenamiento jurídico ni por los gremios profesionales. Es decir, hacer reclamos y plantear pretensiones frívolas, es gratis, no cuesta nada.

Veamos lo que dispone la norma recogida en el novísimo Artículo 52.3, en otra expresión de insolente “autoritarismo administrativista” de última generación:

El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

Llama la atención que, mientras en el artículo se regulan los requisitos esenciales para

llevar a cabo el arbitraje en contratación pública; es decir, que se trate de un arbitraje que signifique la aplicación de normas del ordenamiento jurídico (de derecho); finalmente se termina incorporando una causal de anulación, transgrediendo así los mas elementales parámetros de técnica y calidad legislativa en materia de arbitraje y con el pretexto que estamos ante un “arbitraje administrativo”, desnaturalizando así esta competencia arbitral especializada.

Es así como se mezclan alegremente papas con camotes, pretendiendo además desconocer que el origen de las reglas que sirven para normar la contratación pública, está precisamente en el Derecho Civil, dada su preeminencia, según un muy importante sector de la doctrina jurídica autorizada.

De hecho y a mayor abundamiento, establecer un orden taxativo de prelación en la aplicación del Derecho al momento de laudar, ya de por sí es una redundancia impertinente, cuando simultáneamente se está disponiendo expresamente que es obligatorio que el arbitraje sea precisamente de Derecho.

Cualquier abogado con formación elemental en Derecho, sabe que esto implica tomar en consideración la jerarquía y especialidad de la normativa prevista constitucionalmente en el ordenamiento jurídico y descartar de plano que los árbitros resuelvan en equidad u otorgando preeminencia a otras normas del ordenamiento jurídico que no tengan el rango ni la especialidad requerida.

Si en caso hayan habido árbitros que no hayan cumplido con estos preceptos y que no hayan dado prioridad a la aplicación de la normativa especializada;

como es, la legislación de contrataciones, entonces correspondía establecer las medidas del caso y regular el problema de manera inteligente y no autoritaria, desincentivando la tendencia a resolver sin tomar en cuenta el marco normativo especializado, aprovechando las fortalezas del arbitraje en contrataciones, como es; entre otras, la transparencia y la publicidad de los laudos, las disciplinas que regulan la recusación de los árbitros, etc.

Adicionalmente, lo primero que se ha debido de hacer es listar los casos donde esto ha ocurrido y que eso sirva de sustento para la propuesta. Eso no se ha hecho; reitero, se ha legislado casi clandestinamente y por sorpresa, de ahí deriva el déficit de legitimidad de la reforma, que tendrá que ser enmendado.

Como siempre, se impuso el facilismo y se desembocó en esta demostración de fuerza. No se tomó en cuenta que esto finalmente pone de manifiesto un grave déficit conceptual en la raquítica noción de Derecho que puede haber en el limitado repertorio jurídico del autor o autores de la propuesta. Es más, tal como está planteado el texto, pareciera que no tenemos uno sino varios “derechos”; así, con minúscula, ridículos, irrisorios y entre comillas.

Y de éstos “derechitos”, el que según el legislador, terriblemente afectado de singular miopía jurídica; debe prevalecer por autoritaria y grosera imposición, la aplicación de la normativa de contrataciones y debe así prevalecer sempiterna, no por inherente legitimidad, legalidad o constitucionalidad de la norma; sino por capricho arbitrario del legislador, colocando a dicha normativa; inclusive, por encima de la de Derecho Público.

¿Ignora así el legislador la complejidad técnica de las disciplinas comprendidas en materia de interpretación jurídica, la problemática inherente a la aplicación jerárquica de las normas y otros aspectos medulares que se presentan en un arbitraje de Derecho y que; a su vez, son garantía para la seguridad jurídica en materia de contrataciones del Estado y de otros ámbitos del ejercicio del Derecho? Parece que sí.

En tal sentido; por ejemplo, si se aplica a rajatabla la norma, como parece ser la intención del legislador; resultaría que se llegaría al tremendo y brutal absurdo de tener que aplicar por razón de “orden público”, el reglamento de la ley de contrataciones, por encima de las normas del Código Civil, que tienen rango de ley.

Es decir; es el mundo al revés, pues al momento de laudar, un decreto supremo escalaría al nivel de ley y se impondría sobre la mismísima ley, por arte de “birlibirloque”. ¿Y por qué no?, dirán los defensores de la novísima norma, si la norma es mandatoria y no disponible.

Pero en realidad, la ley recientemente reformada ordena esto por una pseudo razón, que más parece un “pretexto” de orden público, antes que una razón jurídica de orden público. Pongamos entonces el mundo de cabeza a punta de decreto; a fin de cuentas, el papel aguanta todo y pareciera que el legislador puede hacer lo que le da la gana.

A mayor abundamiento, otra muestra que pone en evidencia el desacierto en que se ha incurrido, es la declaración y “unción” expresa de la regla como una de “orden público”; que al final, por la forma anti técnica y jurídicamente inconsistente como está planteada; lo que va a lograr, es

la calamitosa desacreditación del Orden Público nacional (o lo que queda de él). Otro desacierto, pues lo que se necesita con urgencia en este país es precisamente prestigiar al Orden Público.

El legislador ha olvidado así por completo, que el contexto en el que se va a aplicar la norma, salvo algunas excepciones inherentes a la función pública, es eminentemente contractual y lo relevante acá es lo que se establece en el convenio arbitral y en el contrato; en tanto que la satisfacción del interés y no del orden público, radica en el objeto del contrato en el que el Estado es parte y que se fija antes del contrato; es decir, al momento en que el área correspondiente de la entidad, que llevará a cabo el proceso de contratación, ponga en práctica sus procedimientos internos y fije los términos de la necesidad que tiene que atender mediante el contrato público.

Se pone entonces en evidencia que el legislador ha confundido el interés público con el orden público, en otra muestra más de miopía. Corresponde a la entidad, al momento de llevar a cabo los actos preparatorios del contrato, identificar claramente cual es el interés público a satisfacer y esto da lugar al proceso de preparación y aprobación de bases, que cuenta con todas las garantías que regula la normativa de contrataciones del Estado. Es ahí donde hay que poner el énfasis y también en ese campo hay muchísimo por hacer, mejorando las bases, las calidades de los miembros de los comités especiales, entre muchas otras tareas.

Lo cierto es que en la práctica, con el pretexto de la referencia al “orden público”, se ha creado una instancia judicial, que va mas allá de la naturaleza

del recurso de anulación de laudos. Es decir, con esta medida no se está tutelando el Orden Público, se le está dando el poder a la jurisdicción estatal, para que revise el fondo y no la forma del laudo, desnaturalizando al arbitraje y atentando en contra del Orden Público.

Como lo establece la legislación arbitral local y comparada, el recurso de anulación en sentido estricto, tiene la finalidad esencial que no se hayan producido violaciones a las formalidades inherentes al arbitraje; en orden a que, como es bien sabido, las causales de anulación de laudo son eminentemente formales, quedando prohibido que el juez que decide sobre la anulación, pueda revisar los temas de fondo materia de la controversia; pues de ser así, el arbitraje carecería de sentido de ser.

Esto significa que todos debemos ocuparnos de tener mejores arbitrajes y esa es una responsabilidad del Estado y de los particulares, de los árbitros y de los litigantes, de modo que el ordenamiento jurídico debería contener reglas que permitan incentivar y premiar la mejora en la calidad y no establecer nudos, filtros y obstáculos innecesarios, que al final generan patologías en los trámites, si cabe el término y elevan los costos de transacción y lo que es peor, nos regresan directo y sin escalas a las épocas anteriores a los años noventa.

Había adelantado líneas arriba que esta causal es un nudo “georgiano”, porque en la legislación del Estado de Georgia; en Estados Unidos, se aprobó en el año 2003 una norma de alcance estatal y no federal, que permite solicitar la anulación de laudos por la causal de “manifest disregard of the law”, que se podría traducir como: manifiesta contradicción o antijuricidad (del laudo) respecto de la ley.

Claro, como no hay exposición de motivos en la novísima modificación de la normativa de contrataciones, no sabemos si la norma de Georgia ha servido de inspiración a nuestro iluminado legislador. Aunque sospechamos, no sin prejuicio, que es muy probable que el legislador peruano no tenga la menor idea que esta norma existe en el Derecho comparado, porque así como la debida diligencia en el ejercicio profesional del Derecho brilla por su ausencia, el comparativismo es una cosa que en nuestro medio se percibe como exótica e inútil, dado que nuestros legisladores están acostumbrados a inventar la pólvora una y otra vez, en un entorno en el que la investigación académica es endeble.

Y si fuera así; es decir, en la hipótesis que la norma haya sido conocida por el miope legislador de la novísima normativa; hay que decir que en los cerca de diez años de vigencia que tiene el anti arbitral nudo “georgiano” en el Estado de Georgia, éste ha sido sindicado de manera casi unánime por la doctrina arbitral norteamericana, como un “detritus conceptual”, que perjudica y complica al arbitraje, generando costos innecesarios a las partes e incentivando la incertidumbre respecto de los laudos arbitrales.

Es decir, no es un modelo a seguir sino más bien, es un modelo del cual hay que apartarse. A lo que se suma el hecho que la medida legislativa que dio lugar al nudo “georgiano”, respondió a una sentencia recaída en el caso *Progressive Data Sys vs. Jefferson Randolph Corp.*, que en el año 2002 prohibió en mayoría el uso del estándar del “manifest disregard” en la impugnación de laudos. Ante esta posición que dividió a los magistrados del Estado; el

poder Legislativo del mismo Estado, decidió apoyar el voto en discordia de uno de los magistrados que iba a favor de la doctrina en mención y procedió a legislar sobre la materia, cometiendo así un grave error.

En suma, hasta antes del año 2003, en ningún estado de la unión existía una regla de este tipo. Hoy solo existe en Georgia. Tampoco existe; hasta donde sabemos, una regla de este tipo en otros países ni en los estándares arbitrales universalmente aceptados, como son las fuentes UNCITRAL, los reglamentos de las instituciones arbitrales más importantes del mundo, entre otras.

Ahora, por arte de magia y con algunas diferencias de matices, la causal apareció en el Perú. Cosa que no debe llamar la atención, si constatamos que allá por el año 1979 fuimos el primer país en definir como jurisdicción al arbitraje en sede constitucional y hasta ahora pagamos las consecuencias.

Cabe esta vez el mediocre mérito de decir que los georgianos nos ganaron por puesta de mano. De otro lado; como sabemos, el Perú no es Georgia. Tengamos en cuenta; por ejemplo, que el ejercicio profesional del Derecho es diferente en USA y en el Perú, pues en Georgia la diligencia en el ejercicio del Derecho es una exigencia que se cumple, por ser parte inherente al estado de Derecho, mientras que en el Perú, la diligencia en el ejercicio profesional es letra muerta.

Más allá de lo dicho, esperemos que la novísima causal sea evaluada con ponderación por nuestro Poder Judicial, que felizmente ha desarrollado una buena capacidad de control jurisdiccional de laudos arbitrales y viene produciendo jurisprudencia importante sobre la materia.

Y pasando a la ordalía de los árbitros o función sancionadora de árbitros a cargo del Tribunal de Contrataciones, lo primero que se constata es que constituye una injerencia intimidatoria e irregular, contraria a la función juzgadora de los árbitros; en orden a que ésta se rige por el principio de autonomía e independencia de foro, que caracteriza al arbitraje en el ordenamiento jurídico nacional, desde la propia Constitución Política del Estado, nos guste o no nos guste.

Dicho principio tiene entonces un innegable fundamento constitucional, que se expresa en la forma de jurisdicción independiente; siendo que, jurídicamente, de acuerdo a la Constitución Política del Estado, la jerarquía y naturaleza de la jurisdicción arbitral, es equivalente a la jurisdicción estatal; en consecuencia, no puede ser adscrita arbitraria e ilegalmente a la decisión de tribunales administrativos; los mismos que, por su propia naturaleza, emiten resoluciones sujetas al control judicial y han sido creados para cumplir otros objetivos.

Al igual que en el caso de la “causal georgiana”, en el caso de las ordalías contra los árbitros, también estamos ante una inconstitucionalidad que va en contra de las normas que la Carta Magna contiene sobre arbitraje.

6. CONCLUSIONES

Esta perspectiva jurisdiccional del arbitraje en sede constitucional, ha sido avalada además por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De modo que de mantenerse el procedimiento sancionador recogido en la nueva normativa, se genera una situación en la cual estaremos ante

un ilegal arbitraje disminuido o “cuasi” arbitraje, que en esencia, implica un conflicto de foros.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que originalmente el Tribunal de Contrataciones cumple una función eminentemente orientada a tutelar los contratos que se encuentran bajo el ámbito de la normativa, con funciones administrativas específicas, en el ámbito del interés público inherente a este tipo de contratación, siendo esa su función como jurisdicción administrativa y no otra. En consecuencia, ese es el sentido y fundamento de la correspondiente función sancionadora del precitado tribunal.

De donde queda claro además, que el arbitraje; en virtud del principio de separabilidad del convenio arbitral, se mantiene en forma independiente al contrato, como medio de solución de controversias y “jurisdicción independiente”.

De otro lado, es pertinente tomar en cuenta los antecedentes normativos sobre contratación pública; por ejemplo, el Decreto Ley No. 26143, de diciembre de 1992, que precisaba en su Artículo 13 las funciones del Tribunal en el entonces Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (CONSULCOP) y donde se indicaba en el inciso f). La función administrativa sancionadora específicamente orientada a los “postores y contratistas de obras públicas que incumplan las disposiciones establecidas en la legislación respectiva...”

En este orden de ideas, resulta absolutamente contraproducente e ilegal, subsumir la labor de los árbitros; haciéndolo de cualquier manera y

sin ningún fundamento jurídico, para someterlos a la jurisdicción administrativa del referido Tribunal; en orden a que esto deviene en una evidente desnaturalización del arbitraje y también de las funciones del Tribunal de Contrataciones, así como de la función sancionadora del mismo.

En efecto, cabe precisar que, como es natural en cualquier ordenamiento jurídico que se precia de ser democrático y constitucional, la potestad sancionadora de la administración pública está regulada con gran precisión y sujeta a límites constitucionales; como son: el principio de legalidad, el de motivación del acto administrativo sancionador y el de proporcionalidad. El principio de legalidad ha sido recogido en la norma constitucional, Artículo 2.24.d);

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

En consecuencia, el principio de legalidad exige en sede constitucional que por ley se establezcan los delitos, actos u omisiones a sancionar y que las conductas prohibidas estén; reiteramos, claramente establecidas en norma con rango de ley. Queda entonces prohibida la aplicación por analogía y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de lo que va a ser objeto de sanción, así como el uso de normas de rango inferior, pues esto implica una afectación de los derechos de quien será objeto del respectivo procedimiento sancionador, de ser el caso.

Adicionalmente, tengamos en cuenta que de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso No. 20050-2002-AA/TC; fundamento No. 8:

[...] los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador [...]

A mayor abundamiento, cualquier estudiante de derecho sabe que el principio de legalidad no es equivalente al de tipicidad. El primero se cumple con la incorporación de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo constituye la definición precisa de la conducta que será objeto de sanción, mediante la norma que dispone el ordenamiento jurídico; en nuestro caso: la ley y no una norma de rango inferior. Al momento de formularse la reforma parece que tampoco se ha tomado en consideración este “pequeño” detalle.

De modo que no basta con establecer sanciones en forma general en la ley, sino que el ordenamiento jurídico exige que sea necesario tipificar, en orden a que la tipificación misma constituye parte del conjunto de garantías para un debido proceso o para un debido procedimiento, al mismo que tiene derecho cualquier persona dentro del estado de Derecho, en una Democracia; en especial, si se le va a procesar para sancionarla.

La función sancionadora del Tribunal de Contrataciones; por elemental lógica jurídica y por mandato de normas no disponibles y de obligatorio cumplimiento, debería entonces mantener la perspectiva conceptual planteada originalmente, en la línea esencial de preservar la contratación pública; máxime, cuando el árbitro no es parte en el contrato y cuando además, debe prevalecer la separabilidad del convenio arbitral como elemento rector de cualquier arbitraje; inclusive en aquellos en los que el Estado es parte.

Como si todo esto no fuera suficiente, existe información que demuestra que en diversos momentos de la existencia del entonces CONSULCOP, luego CONSUCODE y actual OSCE, se ha registrado un embalse de procedimientos sancionadores ante el Tribunal, de modo que si el mismo órgano jurisdiccional administrativo no ha sido capaz de cumplir dicha función en forma regular, por carencia de recursos y capacidades, menos aún estará en capacidad de asumir tareas adicionales, que además carecen de todo fundamento jurídico.

Asimismo, hay graves deficiencias de técnica normativa en la nueva regla que impone ordalías a los árbitros, en orden a que el artículo 52.8 de la Ley de Contrataciones¹ regula en forma conjunta e indistinta el deber de información, la independencia, imparcialidad y “transparencia” del árbitro y su obligación de seguir un orden de prelación al momento de aplicar la ley, que es por demás irregular, en orden a que el ordenamiento jurídico es uno solo y como ya se ha comentado líneas arriba, la jerarquía normativa se rige por principios constitucionales preestablecidos y no por lo que diga la Ley de Contrataciones; es decir, una norma de inferior jerarquía a la norma constitucional no puede imponerse bajo ningún pretexto.

Se trata entonces de una regulación anti técnica e inconstitucional, pues tal como se estila en el derecho comparado en materia de arbitraje, cada una de las disciplinas antes citadas, merece un tratamiento independiente y especializado, puesto que tiene una razón de ser dentro de la lógica del “iter” arbitral. El marco normativo materia de comentario, además de ser irregular e inconstitucional, ha sido comprimido en un solo numeral, generando confusión y la percepción errónea que se trata de un todo con partes indistintas, cuando de ninguna

manera puede ser tratado de esa manera.

Adicionalmente, en el Artículo 238 del Reglamento, se incurre en una serie de imprecisiones e irregularidades, en orden a que el Tribunal de Contrataciones puede imponer posible suspensión o inhabilitación a los árbitros, debido a infracciones supuestamente “tipificadas” en el Artículo 52 de la Ley.

Pero si llevamos a cabo una revisión detallada del referido Artículo, veremos que éste se refiere en general a la Solución de Controversias. De modo que no en todos sus numerales tipifica; es decir, describe detalladamente, las conductas u omisiones que son materia de sanción, cumpliendo los estrictos parámetros del derecho administrativo sancionador, cuyas características básicas hemos comentado líneas arriba y que son de obligatorio cumplimiento.

Lo grave es que se incumple así, en toda su extensión, la antes citada norma constitucional, que exige se respete el principio de legalidad y tipificación, generando además un problema técnico, en orden a que las eventuales e ilegales resoluciones sancionatorias que se produzcan en contra de los árbitros, no podrían ser motivadas adecuadamente; tal como también lo exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el caso No. 090-2004-AA/TC

[...]la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar que disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad [...]

¹ Artículo 52.8: Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3. del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con sus pensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), según la sanción impuesta. La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme el Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso.

Por ejemplo, en el caso específico del Artículo 52.8 del Reglamento, no queda claro lo que se entiende por “obligación de informar oportunamente”; es decir, ¿cuál es el criterio objetivo para determinar la oportunidad? ¿La idea es dejar la medular tarea de tipificar a una norma de rango inferior o al ámbito de decisión de un órgano administrativo del OSCE? Si esto fuera así, estaríamos ante una flagrante inconstitucionalidad.

Esto atenta además en contra del principio de legalidad y en contra de los fundamentos mismos del procedimiento administrativo sancionador, que derivan de la Constitución Política del Estado y que ya han sido comentados líneas arriba.

Tampoco queda claro como se tipifican objetivamente las circunstancias que “impidan” al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía. Mucho menos se puede medir objetivamente que es lo que se entiende por la actuación “transparente” del árbitro, máxime cuando en el ordenamiento jurídico nacional, en consonancia con el más autorizado derecho comparado sobre la materia, el árbitro está obligado a mantener la reserva de las actuaciones arbitrales y lo que se publica es el laudo.

Finalmente, tampoco queda claro en la norma, de cara a un procedimiento sancionador, lo que implica “sustentar apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3” del mismo artículo antes citado, pues podría darse el caso que una parte alegue frívolamente y sin fundamento que se habría incurrido en la causal “georgiana” y por el solo hecho de alegarlo, ¿dicha parte podría pedir la sanción del árbitro? Tal como está planteado, parece que sí; es decir, la norma estaría incentivando la “denunciatitis” sin resultados a la vista.

Estas graves carencias, irregularidades y deficiencias técnicas, generarán además como efecto colateral que no se pueda cumplir con lo establecido en la ley del Procedimiento Administrativo General que obliga al Tribunal de Contrataciones, cuando en su Artículo 6.3 precisa:

[...]no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

Para que esto se cumpla, la tipificación tiene que ser hecha en forma clara, precisa y en norma con rango de ley. Como lo especifica el Diccionario de la Real Academia Española, tipificar significa “definir una acción u omisión concretas, a las que se asigna una pena o sanción”. Así las cosas, en la normativa recientemente aprobada, no se definen acciones u omisiones concretas y se legisla sobre generalidades, creando graves consecuencias en la aplicación del derecho, afectando la seguridad jurídica y efectos económicos negativos.

El reglamento, además de ser una norma de rango inferior a una ley, tal como ha sido aprobado en los artículos materia de comentario, no cumple con definir acciones u omisiones concretas y deja un amplio espacio para la interpretación del juzgador; en este caso, del Tribunal de Contrataciones, que además y como ya se ha indicado, mantiene el agravante de ser un foro que jurídicamente carece de las potestades constitucionales para intervenir en la función jurisdiccional de los árbitros; en orden a que simplemente no le compete hacerlo.

Además y como si lo ya descrito no fuera suficiente, se abre la posibilidad de que los árbitros puedan ser “denunciados” por

“terceros” ante el Tribunal. Lo que constituye un despropósito absoluto, en orden a que los terceros nada tienen que hacer en el arbitraje y adicionalmente, se genera un incentivo para las denuncias frívolas en contra de los árbitros.

Como sabemos, el arbitraje no es un procedimiento administrativo y está basado en un sistema de equilibrios, donde los pesos y contrapesos están estructurados a partir del marco normativo, pero también en función de la iniciativa y de la toma de decisiones de las partes y de los árbitros dentro del arbitraje.

El medio para regular el accionar de los árbitros radica en las disciplinas que regulan arbitralmente la recusación y es ahí donde hay que enfocar el trabajo de mejora de la calidad de los árbitros, de manera técnica y especializada y no creando reglas del tipo candado, cuya creación puede haber estado inspirada en la mejor intención, pero que en realidad más son los problemas que se van a generar, que las soluciones que se van a producir. Para tal efecto, mejor metemos a los árbitros en un caldero con aceite hirviendo y si se queman, son culpables; es decir, al mejor estilo de la Edad Media.

En suma, lo que ha ocurrido en el Perú es que no solo se ha producido una “procesalización” innecesaria y exorbitante del arbitraje, que en el caso de la práctica arbitral en materia de contrataciones, deviene en una impertinente “administrativización” del instituto, sino que ahora; por si esto fuera poco, se legisla sin tomar en cuenta los consensos ni los fundamentos técnicos necesarios. Se desnaturaliza al arbitraje y se generan graves consecuencias para su viabilidad institucional y económica.

Esto, reitero, nos devuelve a la base de la montaña, como a Sísifo con su gran y pesada piedra; es decir, gracias a unos cuantos iluminados, todo indica que hemos regresado al siglo pasado y a principios de los años noventa.

Preparémonos entonces para volver a subir a la cima.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL (2011); Normas Tradicionales, Nuevas Realidades: ¿Responden adecuadamente los sistemas existentes de adquisiciones públicas a las necesidades actuales y futuras?; Joao N. Veiga Malta, Paul Schapper, Oscar Calvo Gonzales y Diómedes Berroa

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2007); Arbitraje Comercial y de las Inversiones; Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima; (2007)

CANTUARIAS, Fernando y KUNDMÜLLER CAMINITI (2008), Franz, “Solución de Controversias Inversionista-Estado”, en TLC Perú-Estados Unidos: contenido y aplicación, Lima, 2008, Fondo Editorial de la UPC

CARRUITERO, Francisco (2008); Los Límites a la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en el Estado Constitucional de Derecho; blog del autor; categoría: general; <http://blog.pucp.edu.pe/item/24977/francisco-carruitero>

HONG Lin Yu (2005); *Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories*; En: International Arbitration Law Review; Int. A.L.R. 2005, 8(1)

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; (2005) *The Emergence of Global Administrative Law*; en: Law and Contemporary Problems; <http://law.duke.edu/journals/lcp>

- KOOIMAN, Jan (2005); *Gobernar en Gobernanza*; En: Instituciones y Desarrollo, Edición 16, Jueves 3 de marzo de 2995; en: <http://www.iigov.org/id/article.drt?edi=13451&art=13469>
- KUNDMÜLLER, Franz (2011); *Es urgente "arbitralizar" al Arbitraje Peruano*; en: Revista Arbitraje PUCP; del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ver: http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/boletin/pdf/Revista_arbitraje_CARCPUCP.pdf
- KUNDMÜLLER, Franz; RUBIO, Roger (2006); *El Arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*; En: Revista Lima Arbitration, publicación electrónica del Círculo Peruano de Arbitraje; ver: <http://www.limaarbitration.net/revista.htm>
- LEHMKUHL, Dirk (2003); *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and The Multiple Providers of Governance Services*; Center for Comparative and International Studies, University of Zurich; 2003 ECPR Joint Sessions in Edinburgh, March 28 – April 2, Workshop 11: The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization
- MANTILLA – SERRANO (2005), Fernando; *El Arbitraje y los Contratos Estatales, La Óptica Europea*; en: Revista Internacional de Arbitraje; Enero – Junio 2005
- MANTILLA – SERRANO (2011), Fernando; *Breves Comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje*; Revista electrónica Lima Arbitration; Revista del Círculo Peruano de Arbitraje No. 4; 2010/2011; http://www.limaarbitration.net/LAR4/Fernando_Mantilla-Serrano.pdf
- McMICHAEL, Philip (2000); *Development and Social Change*; Pine Forge Press, California, London, New Delhi
- SAMSEL, Jennifer (2007); *Evolving Judicial Review of Arbitration Awards: Is Massachusetts Lagging Behind in a "Manifest Disregard" of Arbitrators' Substantive Errors of Law?*; en: Suffolk University Law Review; Vol. XL: 4; p.p. 931 – 958.
- SILVA ROMERO, Eduardo; *La Distinción entre Estado y Administración y el Arbitraje Resultante de los Contratos de Estado*; en: Revista Internacional de Arbitraje; Junio – Diciembre 2004.
- TAMAYO y SALMORÁN, Rolando (2005); *Los Publicistas Medievales y la Formación de la Tradición Política de Occidente*; Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 238, México
- TIETJE, Christian (2003); *Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten*; En: Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Martin Luther Universität, Halle – Wittenberg; Heft 10
- Lima, agosto de 2012