

EL CRECIMIENTO DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: DATOS, CIFRAS Y REFLEXIONES

1. INTRODUCCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS

La contratación pública es uno de los principales ejes dinamizadores de la economía nacional y, por ende, tiene un alto impacto en los intereses públicos, los cuales pueden verse involucrados en un escenario de conflicto cada vez que el proceso de contratación pública se ve afectado por los impases propios de la relación contractual Estado-proveedor o viceversa. En ese contexto, el arbitraje ha venido tomando mayor protagonismo, posicionándose como el mecanismo idóneo para la solución de controversias en materia de contrataciones con el Estado desde 1998.

A través del arbitraje se ha terminado zanjando muchos obstáculos suscitados en la ejecución de los contratos públicos; en varios casos, por la ausencia de una adecuada gestión de las Entidades en el manejo de los mismos (desde el punto de vista técnico, legal y político), así como por la falta de competitividad de los proveedores que se traduce, generalmente, en inexperiencia, incapacidad técnica y logística e, incluso, desconocimiento de las reglas y normas aplicables al cumplimiento de sus prestaciones, es por ello, que el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado se ha convertido, en alrededor de 15 años, en el ámbito más dinámico e importante del crecimiento de la institución arbitral en el Perú, siendo objeto de un interesante desarrollo hacia un cercano escenario de consolidación; es por ello, que dicho desarrollo y crecimiento deben ser cimentados en sólidas bases, partiendo de la premisa que, a diferencia del arbitraje esencialmente privado, el arbitraje en contratación pública debe velar -principalmente- por el adecuado uso de los recursos públicos.

Por lo antes mencionado, el objetivo del presente artículo es persuadir al lector de que el desarrollo y crecimiento del arbitraje en contratación pública se logra sobre los ejes de la transparencia, la celeridad y la confianza en el sistema arbitral, bajo una visión que comprenda la necesaria interacción de la disciplina jurídica y la gerencia, a fin de satisfacer al "ciudadano" en materia de justicia arbitral. Para ello, se toma como punto de partida la siguiente interrogante: ¿Cuál es el modelo de negocio arbitral que satisface al ciudadano?; sobre su adecuada respuesta, se construye recién el esquema legal.

También, en el presente artículo comprobaremos que el arbitraje en contratación pública es un mecanismo estratégico que contrarresta la baja competitividad del mercado de compras públicas, con el propósito de que los bienes, servicios y obras finalmente cumplan con satisfacer las necesidades públicas involucradas, en caso surja una controversia entre el Estado y el contratista.

1.1. Aspecto jurídico

Cuando uno investiga la experiencia en otras legislaciones sobre el mecanismo de solución de controversias que emplean en materia de contratación pública, no queda más que reconocer que la innovación jurídica del "arbitraje en contratación pública", mediante la cual el Estado Peruano ha optado como mecanismo para solucionar sus controversias, no sólo es acertada, sino que además coadyuva al propósito de ser más competitivos como país.

En mi opinión el arbitraje en contratación pública es una especialidad del arbitraje puesto que su contenido sustantivo son las normas de la contratación pública y el derecho administrativo,

* Abogada. MBA por la Universidad ESAN. Ex Directora de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) durante el periodo de 26.09.2011 al 15.05.2013. Egresada de la Maestría en Derecho Internacional Económico (PUCP) y de la Maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos (UPC).

así como las normas de orden público y/o privado aplicado al caso concreto.

En el extremo procesal, se aplican algunas reglas propias del "arbitraje en contratación pública" – que requiere necesariamente el Estado para cautelar el interés público, así como el uso de los fondos públicos – en prevalencia sobre las normas de derecho público y aquellas de derecho privado que le sean aplicables, de conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

Es así que, las citadas reglas del "arbitraje en contratación pública" están afinadas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que Norma el Arbitraje, marco legal que ha merecido halagos a nivel nacional¹ e internacional² en diversos foros académicos, por ser una norma cuyo modelo siguió de cerca la Ley Modelo de Uncitral, la Ley de Arbitraje Española, la Ley Federal Suiza en Derecho Internacional Privado, e.t.c., entre otras propias innovaciones de los juristas peruanos; así observamos cómo Colombia señala con motivo de su nueva Ley de Arbitraje N° 1563, lo siguiente:

(...) sitúa a nuestro país entre los que se consideran desarrollados en esta materia, pues siguió de cerca la Ley Modelo de Uncitral, lo cual se considera deseable en este ámbito, y acogió disposiciones que provienen de otras legislaciones consideradas 'de avanzada', como la peruana y la suiza, o que se derivan de experiencias favorables en la práctica arbitral³.

Para emular el éxito alcanzado en su oportunidad por la Ley que Norma el Arbitraje en el Perú, el arbitraje en contratación pública no requiere de sobrerregulaciones que encorseten al mismo hasta el punto de hacerlo inoperante; lo que se requiere es que bajo los ejes de la celeridad, la transparencia y la confianza se apliquen buenas prácticas, tanto a nivel del Estado (principalmente, a través del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE) como a nivel de los demás agentes participantes del mercado

del arbitraje en contratación pública (desde los propios contratistas, hasta los abogados, árbitros, secretarios arbitrales, procuradores y asesores), que permitan esclarecer y absolver preguntas claves sobre este mercado, como: ¿Cuál es la percepción de independencia e imparcialidad de los árbitros en el Perú desde los ojos del ciudadano?, ¿Cuál es la percepción de calidad del servicio arbitral en el Perú (arbitraje institucional y ad hoc)?, ¿Cómo asegurar que se recupere los miles de laudos no remitidos y por ende no publicados en OSCE desde 1998 al 2012?, ¿Cómo aplicar la designación residual electrónica por parte de OSCE que transparente no sólo a los árbitros designados sino a los montos controvertidos que se les confía?, ¿Qué mecanismos de seguridad (buenas prácticas) asegurarían que sólo se cuente con los árbitros más probos y especializados en contratación pública y, sobre todo cómo impulsar a una nueva generación de árbitros, bajo estas condiciones?, ¿Cuál es la línea jurisprudencial arbitral en el Perú desde 1998 a la fecha y la línea jurisprudencial de cada árbitro respecto a cada pretensión arbitral en el tiempo?, ¿Cuáles es el récord arbitral⁴ de los árbitros en los últimos 10 años en el Perú?, ¿El Estado gana o pierde en los arbitrajes en contratación pública o es que ya son casos perdidos que no los someten a conciliación por temor a la Contraloría General de la República?, ¿Cuál es el nivel de eficiencia de la Defensa Judicial del Estado en materia de arbitraje⁵?, ¿Cuáles son las principales causales que originan la controversia desde la perspectiva del arbitraje para capacitar a los agentes involucrados en temas especializados⁶ y obtener un impacto tangible y positivo en el mercado de compras públicas?, entre otros.

1.2. Aspecto económico

En el presente acápite apreciaremos como el arbitraje en contratación pública contrarresta la insuficiente competitividad del mercado de compras públicas con el objeto de que los bienes, servicios y obras lleguen a la ciudadanía, de allí su relevancia para el fortalecimiento del mismo.

1.3. Eficiencia del Mercado de Compras Públicas

Recordemos que el desarrollo económico del

1. Castillo Freyre, Mario, Cantuarias Salaverry, Fernando y Bullard Gonzales, Alfredo.

2. Cremades, Bernardo (España), Roque Caivano (Argentina) y Conejeros Roos, Cristian (Chile).

3. Portafolio.Co (Colombia). En: <http://www.portafolio.co/opinion/nueva-ley-arbitraje-una-oportunidad-colombia>

4. La autora creo el Récord Arbitral que mereció premio de finalista en Buenas Practicas en Gestión Pública (CAD) para transparentar al arbitraje en contratación pública y dotar de una herramienta virtual que otorgue información al ciudadano para elegir de manera más informada a su árbitro, en cuya elección radica el éxito o el fracaso de un arbitraje por la independencia, imparcialidad y especialidad del árbitro en la materia controvertida.

5. Defensa Judicial del Estado: De cada 10 casos, Chile gana 9, Ecuador gana 8 y Brasil gana 6, por ejemplo. En: <http://www.iadb.org/es/noticias/comunicados-de-prensa/2012-07-11/colombia-mejorara-gestion-de-defensa-del-estado,10055.html>

6. Urge mejorar la calidad de los expedientes de Obra. Como sugerencia los proyectistas no deberían ser supervisores de obra por conflicto de intereses.

país ha tenido un crecimiento importante en los últimos cinco (5) años, el mismo que se ve reflejado en el mercado de compras públicas a través del flujo de operaciones efectuadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones con el Estado - SEACE, plataforma mediante la cual se realizan y publican las transacciones para la contratación de bienes, servicios y obras.

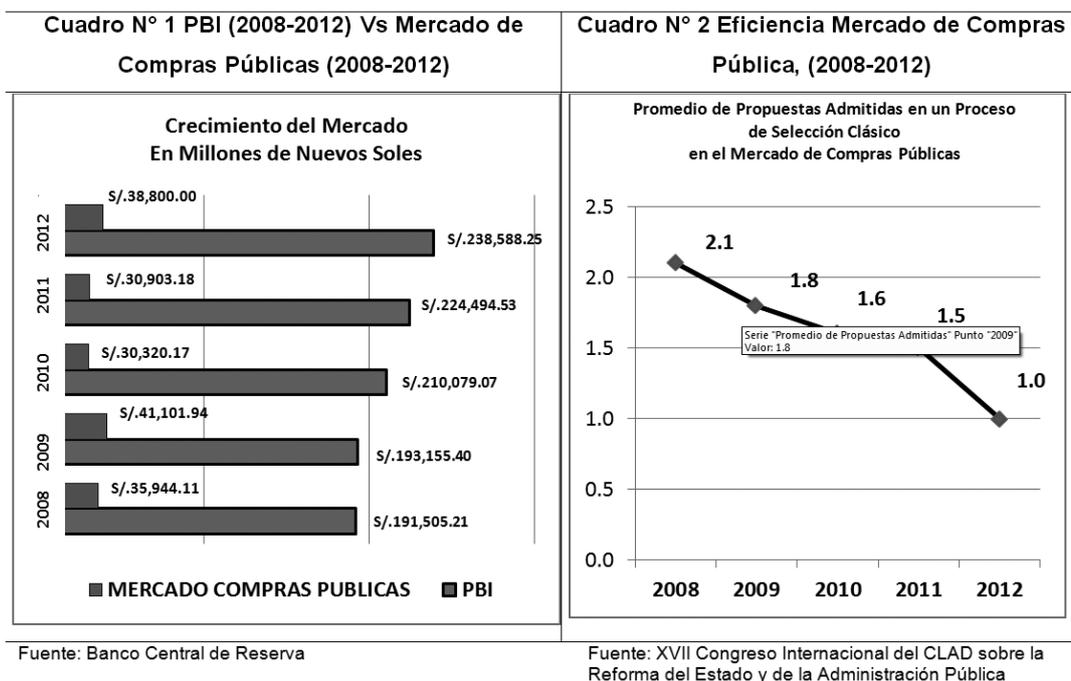
Sin embargo, la competitividad del mercado de compras públicas es poco eficiente, en atención a que participaría un (1) postor en promedio por cada proceso de selección clásico convocado al 2012, restando natural competitividad a diversos sectores económicos del país, en especial al rubro de obras públicas.

Es decir, resulta preocupante el deterioro continuo y permanente de la competitividad del mercado de compras públicas por la baja participación de postores en la misma, con énfasis en los años 2008-2009 y 2011-2012; lo que nos permite deducir que si no hay competencia, no hay mejores precios ni calidad de los bienes, servicios y obras a favor de la ciudadanía, a pesar de que Perú es uno de los países más liberales de la región en promover la participación de postores nacionales y extranjeros,

a diferencia de Brasil que si bien se da un trato no discriminatorio a los oferentes extranjeros establecidos o representados legalmente en ese país, en caso de ofertas idénticas se da preferencia a los bienes o servicios producidos en Brasil⁷.

Observamos del Cuadro N° 1⁸ "PBI Vs Mercado de Compras Públicas⁹ (2008-2012)" que, el mercado de compras públicas equivale al 19%, 21%, 14%, 14% y 16% del PBI de los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, respectivamente, lo que explica el importante rol que tiene el OSCE para supervisar el eficiente desarrollo del mercado de compras públicas.

Con relación al eficiente desarrollo del mercado de compras públicas, se advierte en el Cuadro N° 2 "Eficiencia del Mercado de Compras Públicas (2008-2011¹⁰)" que el número promedio de postores por proceso de selección clásico decae de 2.1 a 1.8, 1.6, 1.5 y 1.0¹¹ en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, respectivamente; lo que nos permite inferir la baja competitividad de dicho mercado.



7. Ley 8.666/1.993 y por el Decreto N° 3.722 (Medida provisoria 495)
 8. Banco Central de Reserva. En: <http://estadisticas.bcrp.gob.pe/consulta.asp?sIdioma=1&Tipo=1&ChkCount=241&Frecuencia=A>.
 9. Reporte Anual de Contrataciones Públicas (2008-2011). En: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/estadisticas>. Los datos consignados en el cuadro respecto al año 2012 son una proyección respecto al incremento del PBI en el año 2012, a juicio de la autora.
 10. "Modernización de las políticas de gestión de compras públicas en el Perú". XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 nov. 2012. En: <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/rojasdel.pdf>
 11. Proyección de la autora frente a las fallas del SEACE en la web en el año 2012. En Caretas, páginas 30 y 31 del 27 de junio de 2013: <http://www.newsmonitor.biz/Viewer/postview.aspx?CLI=0&PAU=411721&CLIP=286486&AspxAutoDetectCookieSupport=1>

1.4. El papel del arbitraje en contratación pública para contrarrestar la baja competitividad del Mercado de Compras Públicas

Si se parte de la premisa de la baja competitividad del mercado de compras públicas y, a ello se le agrega, diversas controversias en la fase de la ejecución contractual, donde el mecanismo de solución de controversias no es eficiente, entonces tendríamos que:

- a) La incertidumbre jurídica por la ausencia en la predictibilidad de las decisiones arbitrales desincentivaría la participación de los postores en el mercado de compras públicas.
- b) La demora en la solución de las controversias elevarían los costos de transacción en el mercado de compras públicas, puesto que las controversias sin resolver originan que diversos sectores de la población se vean privados de los bienes, servicios y obras públicas, en tanto dure el conflicto.
- c) El flujo de caja de los contratistas se vería afectado por el corte del flujo de pago a éstos por parte de las Entidades del Estado, restando dinamismo al sector económico afectado.

Afortunadamente, el arbitraje en contratación pública en el Perú es una experiencia de éxito¹² en tanto es un mecanismo que, respecto al Poder Judicial, es predominantemente mucho más rápido y flexible.

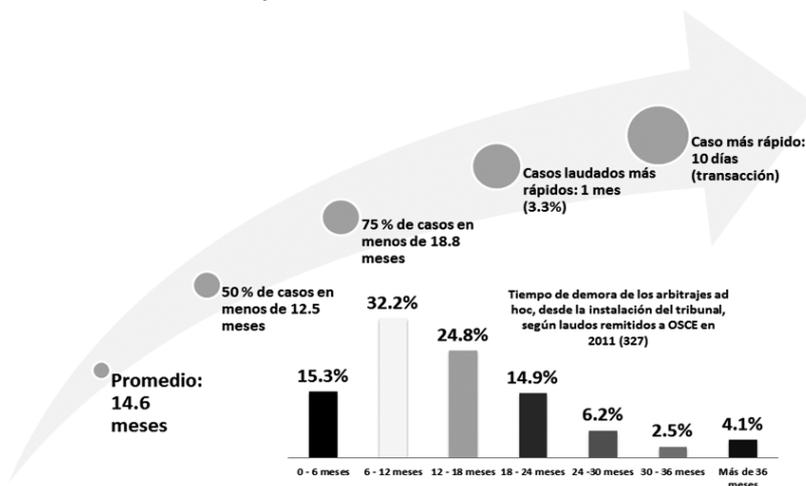
Conforme a lo graficado en el Cuadro N° 03, el promedio de tiempo de resolución de las controversias a través del citado arbitraje es de 14.6 meses, aproximadamente. El 50% de casos son resueltos en menos de 12.5 meses. El 75% de casos son resueltos en menos de 18.8 meses. El 3.3% de casos son resueltos en un mes o menos y un caso es resuelto en 10 días, pues se trató de una transacción entre las partes¹³.

En ese orden de ideas, el arbitraje en contratación pública es un mecanismo que contrarresta el bajo dinamismo del citado mercado al momento de resolver sus controversias, en términos de celeridad.

1.5. El fortalecimiento de la institucionalidad del arbitraje para promover el desarrollo económico

Si reflexionamos sobre el papel que cumplen las instituciones arbitrales apreciaremos que éstas son el bastión de la "institucionalidad" frente a la fragilidad de las instituciones políticas que, según Oganes¹⁴, son un lastre para el desarrollo económico del país, y Perú al ser una economía emergente tiene que esforzarse para mantener confianza del mercado; en consecuencia, corresponde a los Centros Arbitrales comprometerse por mantener e incrementar la confianza en los arbitrajes institucionales o ad hoc, bajo su administración; y al OSCE le corresponde la noble tarea de liderar

Cuadro N° 3 Tiempo Promedio de Solución de Conflictos en Materia arbitral



Fuente: VIII Conferencia Anual de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) 2012

12. El Arbitraje en Compras Públicas: Experiencia de Éxito (Perú). "VIII Conferencia Anual de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) 2012", 11 al 13 de septiembre de 2012, Panamá. En: <http://www.ricg.org/viii-conferencia-anual-de-la-ricg-2012/contenido/128/es/>
 13. Estudio de Mercado de 327 Laudos emitidos en el 2011 – OSCE, presentado en el "VI Congreso Internacional de Arbitraje". Pontificia Universidad Católica del Perú. Septiembre 2012.
 14. Luis Oganes, Jefe la Oficina de Investigaciones Económicas para América Latina J.P. Morgan. Entrevista en un medio de comunicación escrito.

el fortalecimiento del arbitraje en contratación pública en Latinoamérica, caso contrario países como Ecuador¹⁵, Colombia¹⁶ y Chile¹⁷, los que ya están modernizando su Ley de Arbitraje, podrían sobrepasar los éxitos de la Ley de Arbitraje vigente y, por ende, del arbitraje en contratación pública.

Entonces, el fortalecimiento de la institución arbitral es una decisión estratégica para coadyuvar con el desarrollo de un mercado de compras públicas competitivo, por su "rapidez" y su "confianza" en la solución de controversias en beneficio, sobre todo, de la ciudadanía.

2. INDICADORES DEL CRECIMIENTO DEL MERCADO ARBITRAL EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

A continuación describiremos algunos datos y cifras que nos permitirán inferir el grado de

crecimiento del arbitraje en contratación pública para efectos académicos, por cuanto no existen datos oficiales sobre la oferta y demanda efectiva del servicio arbitral en contratación pública desde 1998 a la fecha.

2.1. Del crecimiento del mercado arbitral: Oferta y Demanda

La demanda potencial del servicio arbitral estaría conformado por 2850 Entidades del Estado- y 50,865¹⁸ proveedores, aproximadamente, que celebran contratos con el Estado al 2012.

La principal oferta del servicio arbitral estaría conformada por Centros Arbitrales y Secretarías Arbitrales Ad hoc, siendo éstas últimas las que tienen una mayor participación en el universo de arbitrajes en contratación pública en el Perú. Los principales Centros arbitrales o Secretaría Arbitrales Ad hoc son:

Centros Arbitrales
Cámara de Comercio de Lima (1993)
Pontificia Universidad Católica del Perú (2005)
Colegio de Ingenieros del Perú (2002)
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (1998)
Secretarías Arbitrales Ad hoc
MARC (2001)
Personas naturales (1998)

15. Ecuador, el arbitraje en contratación pública se podría pactar entre las parte, de conformidad con el artículo 104° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública R.O. 395. En: http://www.centrocultural-quito.com/imagesFTP/15721.LEY_ORGANICA_CONTRATACION_PUBLICA_LOSNCP_RO395_DIGITAL.pdf.

16. Colombia, nueva Ley de Arbitraje N° 1563, rige desde el 12 de octubre de 2012

17. Chile, el proyecto de ley de arbitraje se pretende enviar al Congreso Nacional a inicios de 2014, luego de concordar el anteproyecto respectivo. En: <http://www.atalca.cl/link.cgi/SalaPrensa/academia/5869>.

18. Informe Anual de Contrataciones Públicas 2012 - Resultados Preliminares - OSCE. En: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/estadisticas>.

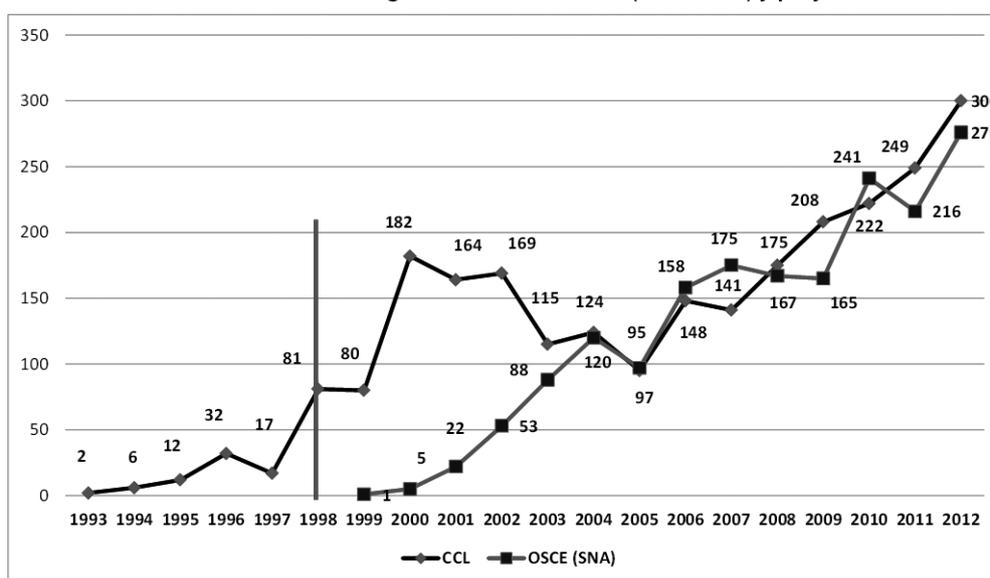
Entonces sobre la base de la información recopilada tendremos cierto grado de certeza sobre el crecimiento del arbitraje en contratación pública. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL)¹⁹ registra un antes y un después en el año 1998, con motivo de la entrada en vigencia del "arbitraje en contratación pública", innovación jurídica que incrementó notablemente los arbitrajes registrados, así paso de 17 a 81 nuevos casos registrados en los años 1997 y 1998, respectivamente; año (1998) a partir del cual, la tendencia del crecimiento del arbitraje ha sido permanente.

En ambos casos se ha proyectado su crecimiento al 2012 en base a la tendencia de crecimiento sostenido de dichos Centros Arbitrales.

2.2. De los servicios arbitrales administrativos de OSCE

OSCE a nivel de los servicios administrativos arbitrales tiene por competencia legal brindar los mismos. Dichos servicios administrativos arbitrales afectan principalmente a los arbitrajes Ad hoc. La demora en la atención de los mismos afectan el inicio o paralizan el proceso arbitral en giro, y teniendo en cuenta que en el Perú los arbitrajes es

Cuadro N° 4 Número de Casos Ingresados Anualmente (1993-2011) y proyecciones 2012



Fuentes:

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: V Conferencia de Arbitraje Internacional - "La experiencia peruana y los retos de los Centros de Arbitraje". Quito, Ecuador, 16 de febrero de 2011 y Andina, 3 de enero de 2013, y Andina.
 Centro de Arbitraje de OSCE (SNA): "Participación del Estado en los Arbitrajes de Contratos Públicos en el Perú". Congreso General de la República - Presentación Alianza Parlamentaria, enero 2012.

Del gráfico anterior notamos el ingreso de 249 nuevos casos administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) al 2011. El monto controvertido en el año 2011 asciende a US \$ 244'000,000, aproximadamente, de los cuales el 50% corresponden a controversias con el Estado por contratos públicos²⁰.

Ad hoc tienen la mayor participación en el mercado arbitral, resulta importante su debida diligencia en la atención de los mismos (designación residuales de árbitros ad hoc, instalación de tribunales arbitrales ad hoc y resolución de recusaciones).

De igual forma, se aprecia el incremento sostenido de nuevos casos arbitrales anuales desde 1993 al 2011 en el Centro de Arbitraje de OSCE (SNA), quién administra arbitrajes institucionales y Ad hoc.

2.3. La Problemática identificada por el Banco Mundial²¹

No obstante el notable crecimiento y desarrollo que ha experimentado desde 1998, el arbitraje en contratación pública estaba en peligro de perder dos de sus más grandes valores, su "rapidez" y su

19. "V Conferencia de Arbitraje Internacional - La experiencia peruana y los retos de los Centros de Arbitraje". Quito, Ecuador, 16 de febrero de 2011 y Andina, 3 de enero de 2013. En: <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-casos-administrados-centro-arbitraje-de-ccl-aumentaron-12-el-2011-393533.aspx#.Uht34MDRZdg>.
 20. Rubio, Roger, Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En: http://www.rpp.com.pe/2012-08-27-peru-entre-los-paises-que-mas-arbitrajes-presentan-empresas-noticia_515906.html. 27 de agosto del 2012.
 21. Banco Mundial. "Participación del Estado en los Arbitrajes de Contratos Públicos en el Perú" (2000-2010).

confianza, al punto que el dramático diagnóstico realizado por el Banco Mundial, llegó incluso a cuestionar la conveniencia de la intervención del OSCE en la prestación de servicios arbitrales por la demora de atención de los mismos, entre otros aspectos.

2.4. La estrategia para revertir la deficiente celeridad de los servicios administrativos arbitrales
En las siguientes líneas se comparten algunas líneas transversales de la estrategia llevada a cabo para revertir los indicadores negativos que afirmaba el Banco Mundial con relación a los servicios administrativos arbitrales del OSCE.

a) Del cliente del servicio arbitral
La pregunta era: ¿Quién es el cliente?. La respuesta errada era el "árbitro". La insatisfacción del cliente (el ciudadano) era alta porque no se contaba con información confiable, no existía ningún sistema de apoyo tecnológico y los retrasos en la atención de los servicios eran alarmantes; lo que implicaba estímulos perversos a largo plazo para la corrupción; es decir, los ciudadanos pasaban de exigir a pedir favores para su pronta atención. Entonces, la pregunta era: ¿Por qué tienen que valerse de terceros?. La franca desesperación de los ciudadanos y la indiferencia o poca capacidad de respuesta del Estado era una ecuación errada, puesto que dichos retrasos, además, paralizaban los procesos arbitrales en materia obras públicas, principalmente.

En ese sentido, todas las estrategias y políticas de trabajo se centraron en el ciudadano para satisfacer sus necesidades de un servicio administrativo célere y eficiente.

b) De los valores del producto: arbitraje
Ahora bien, para la primera fase de la mejora de dichos servicios arbitrales se tenía que identificar los valores, principios o políticas de trabajo para que el producto "arbitraje" sea exitoso. Qué duda cabe, los valores inherentes del arbitraje son su rapidez y su confianza, y tratándose de un arbitraje con el Estado se sumaba la "transparencia"; así entonces bajo los ejes de la celeridad, la transparencia y la confianza se aplicó las políticas de trabajo.

c) De la disciplina o compromiso del personal
El objetivo era que el personal por elección propia y con libertad haga suyos los valores o políticas de trabajo de la transparencia, la celeridad y la confianza o por lo menos, disciplinar su trabajo bajo los citados ejes en un periodo de un año, pues debemos tener en cuenta que homogenizar al personal en dichos valores, siendo humanamente heterogéneos, era crucial para alcanzar las metas a corto plazo en el trabajo.

En lo personal no queda más que reconocer los pasos firmes que se dieron para cambiar el caótico panorama recibido, producto de años de debilitamiento de los cimientos de la institucionalidad del arbitraje, con el propósito de entregar una realidad mejor y sostenible en el tiempo, cimentada en la eficiencia y en la transparencia.

2.5. De los resultados de la estrategia y políticas de trabajo

Los resultados son el sustento tangible de lo avanzado para dotar de mayor celeridad a los servicios administrativos arbitrales, a saber:

Cuadro N° 5 Tiempo Promedio de Atención 2012 y retos 2013

Indicador Banco Mundial	Indicador OSCE	OSCE Plazo Ideal
Designación residual de árbitros		
Demora hasta seis meses (132 días hábiles) Demora en promedio 66 días hábiles.	Atención en promedio de 53.15 días hábiles	10 días hábiles
Instalación de Tribunales Ad hoc		
Demora hasta dos meses (44 días hábiles)	Atención en promedio de 26.5 días hábiles	10 días hábiles
Resolución de Recusaciones		
Demoraba hasta seis meses (192 días hábiles)	Atención en promedio de 157.7 días hábiles	15 días hábiles

Fuente: "Balance de la Gestión Arbitral del OSCE 2012 y Perspectivas al 2013", Abril 2013

Es preciso destacar que se reporta que al mes de abril del 2013 se atendió el 100% de carga de trabajo pendiente desde el 2008 al 2012, según corresponda; lo que explica los indicadores reportados del OSCE.

En consecuencia, al 2013 sería técnicamente posible mejorar notablemente el tiempo de atención promedio de los servicios administrativos arbitrales, en atención a que ya no existe carga pendiente de trabajo en los procedimientos administrativos que afectan sensiblemente la celeridad de los procesos arbitrales.

2.5.1 De la evolución histórica, la celeridad y aspectos particulares de los procedimientos administrativos arbitrales

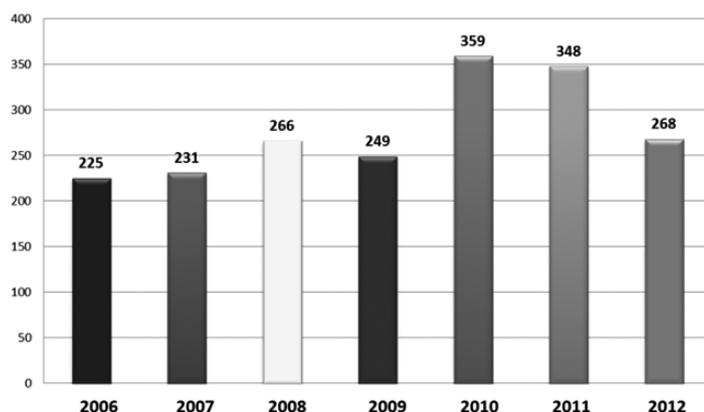
A continuación se brindará una breve reseña de los principales procedimientos administrativos, su

evolución histórica y el promedio de tiempo de atención de los mismos en el año 2012.

a) Designación residual del árbitros Ad hoc
La designación residual de árbitros ad hoc tiene por objetivo elegir a un árbitro independiente, imparcial y especializado en la materia controvertida en defecto de las partes que no consolidaron un acuerdo, en caso de OSCE, éste mecanismo está regulado en el art. 222° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017.

Conforme con el Cuadro N° 6, la evolución de las designaciones residuales de árbitros 2006-2012 en OSCE registra un crecimiento promedio de 278 designaciones.

Cuadro N° 6 Evolución de designaciones residuales (2006-2012)

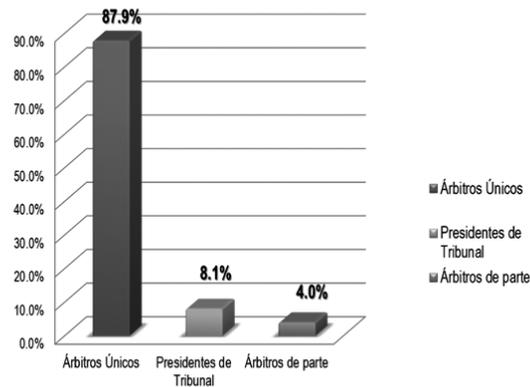


Fuente: Página Web de OSCE

Según el Banco Mundial dicho procedimiento administrativo arbitral demoraba hasta seis (6) meses, aspecto que debilitaba enormemente la celeridad de proceso arbitral, teniendo en cuenta que la población se ve privada de bienes, servicios y obras públicas en tanto dure el conflicto. Al 2012 el tiempo promedio de atención es de 53.15 días, sin perjuicio de poner al día el 100% de carga de trabajo pendiente desde el año 2010 al 2012.

El mayor número de solicitudes de designación residual de árbitros ad hoc recae en los árbitros únicos, a diferencia de los Presidentes de Tribunales y árbitros de parte. Las partes no logran consenso al momento de elegir al árbitro único, por ende corresponde una mayor promoción y difusión de los árbitros (trayectoria profesional, independencia e imparcialidad) para generar la confianza necesaria para ser elegidos por las partes.

Cuadro N° 7 Distribución de los tipos de árbitros designados residualmente por OSCE (2012)



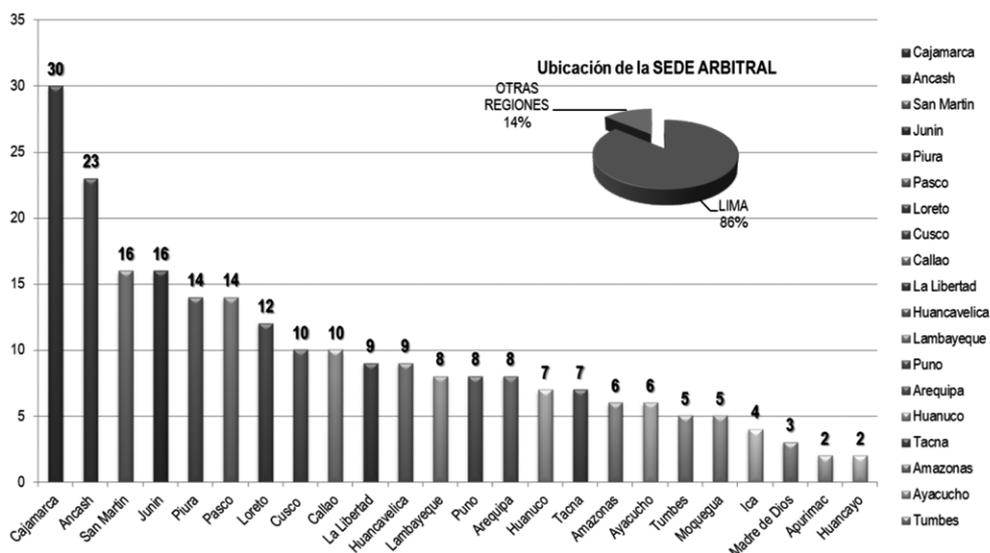
Fuente: "Balance de la Gestión Arbitral del OSCE 2012 y Perspectivas al 2013", Abril 2013

b) Instalación de Tribunales Ad hoc
 En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional, la instalación de tribunales Ad hoc se realiza en OSCE, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, el mismo que está regulado en el artículo 227° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017.

solicitudes de instalación de tribunales Ad hoc, de los cuales el 54.9% (285) corresponde a Lima y el 45.1% (234) corresponde a provincias, según ubicación de la Entidad. Sin embargo, el 86% de los casos elige como sede arbitral la ciudad de Lima y la diferencia elige sedes arbitrales en provincias; esto se explica en parte por

Cuadro N° 8 Número de Instalaciones de Tribunales Arbitrales Ad Hoc en Provincias, según ubicación de la Entidad (2012)

Fuente: "Balance de la Gestión Arbitral del OSCE 2012 y Perspectivas al 2013", Abril 2013]



la ausencia o poca especialidad y *expertise* de profesionales en la función arbitral en provincias; lo que nos obliga a reflexionar sobre la franca necesidad de la difusión y/o capacitación que se requiere en materia arbitral.

Acorde con el Banco Mundial la instalación de tribunales Ad hoc demoraba hasta dos (2) meses. Al 2012, el tiempo de atención de los mismos se redujo a menos de un (1) mes.

c) Recusaciones

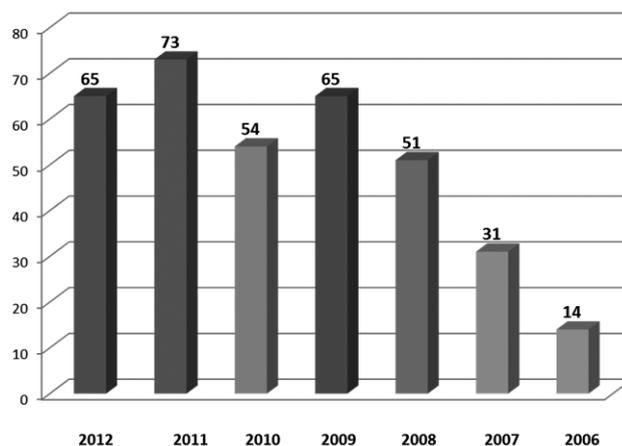
La recusación es un mecanismo legal, que en materia arbitral tiene por objetivo demostrar la ausencia de independencia e imparcialidad, entre otros, en la conducción de un proceso arbitral, por parte del árbitro. De declararse fundada una recusación se origina la separación del árbitro en dicho proceso arbitral. La causales de recusación están reguladas en el art. 225° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017

El número de recusaciones durante el periodo (2006-2012) se ha incrementado; sin embargo, cabe precisar que también se ha incrementado el número de transacciones celebradas en el mercado de compras públicas (2006-2012), es decir, el mercado ha crecido, a esto se suma que en el transcurso del tiempo las partes han adquirido mayor conocimiento para aplicar el mecanismo de recusación.

La resolución de los casos de recusaciones por parte de OSCE demoraba hasta nueve (9) meses. Al 2012, el tiempo promedio de atención de las recusaciones es menor a siete (7) meses; teniendo en cuenta que a esa fecha el 100% de los casos del 2008, 2009, 2010, 2011 ya habían sido resueltos.

Es necesario resaltar que las Entidades del Estado son quienes interponen con mayor frecuencia las solicitudes de recusaciones contra los árbitros de parte; lo que significa que los árbitros de parte no inspirarían la confianza suficiente para ser miembro de

Cuadro N° 9 Evolución Histórica de Recusaciones ante el OSCE (2006-2012)



Fuente: Página Web de OSCE

un tribunal arbitral puesto que seguirían siendo vistos cómo abogados-árbitros. Desde el análisis de Castillo Freyre respecto a lo sustentado por Latorre Boza, afirma lo siguiente:

(...)A entender de Latorre, nadie, con un mínimo de honestidad intelectual, podrá negar que en la mayoría de casos, las partes designan a «su» árbitro, habiendo entablado contactos previos para analizar la conveniencia o no de tal designación.

Es más, en gran parte de esos casos, lo que sucede es que las partes buscan «ganar» un representante en el colegiado arbitral, con lo que no sólo se daría esa «inclinación general», sino que en la realidad esos árbitros están asumiendo, prácticamente, el rol de defensores de la posición de la parte que lo designó al interior del colegiado arbitral²²(...).

d) Publicación de Laudos en el año 2012
También, el crecimiento del mercado arbitral se refleja en el número de laudos emitidos y los montos controvertidos que involucran los mismos.

En un (1) año se publicó hasta 2020 laudos correspondientes al período 2003-2012 respecto a los 250 laudos publicados en ocho (8) años (2003-2011) correspondientes al período 2003-2011; lo que marcó un hito de transparencia en el arbitraje de contratación pública. Sobre la base del citado estudio²³, de manera referencial, se puede observar:

- El 96% de la demanda de arbitrajes son iniciados por el contratista.
- El 57% de los arbitrajes están a cargo de los tribunales arbitrales (tres).
- El 80% de los arbitrajes son Ad hoc.
- El 78% de las controversias son en obras públicas.
- El tiempo promedio de resolución de las controversias es de 14.6 meses.

- Por cada 10 soles el Estado tiene una orden de pago de 5.3 soles a favor del contratista.

3. RETOS Y PERSPECTIVAS HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO

La confianza es la piedra angular sobre la cual reside el éxito o fracaso del arbitraje. La confianza implica que se crea o no en un proyecto, persona o intuición, etc. La confianza es un valor que no tiene precio en el mercado y que se construye sobre el genuino compromiso, en este caso, de resolver con independencia, imparcialidad y especialidad en la materia controvertida para alcanzar la paz social, y porque no decirlo, para promover del desarrollo económico. La confianza no es un cumulo de promesas sino una práctica genuina de valores que originan una buena reputación en el mercado arbitral.

Y, ¿Cómo construimos confianza?

Si nos preguntamos, cuántos árbitros han sido sancionados entre 1998 y 2012 nos daremos cuenta que no figura ningún árbitro sancionado en la página web de OSCE por el Código de Ética o por multas por infracción a las normas de contratación pública a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Entonces, nos preguntamos: ¿Es que todo funciona a la perfección desde 1998 al 2012 en la administración de justicia arbitral?. Y la respuesta es, no.

De la revisión de estudios realizados comprobamos que Perú está entre uno de los 20/107 países encuestados, cuyos resultados reflejan que la percepción del grado de corrupción sobre su administración de justicia es alta²⁴.

Por otro lado, el Banco Mundial respecto a la ética de los árbitros en contratación pública señala lo siguiente:

"...Uno de los mayores problemas de los que adolece la práctica arbitral en contratación pública al lado de la burocracia

22. Castillo Freyre, Mario. El Arbitraje en la Contratación Pública, Volumen 17, Capítulo IV, Pág. 163. Referencia 194: LATORRE BOZA, Derik. «Mitos y Quimeras: La neutralidad en el arbitraje» En Derecho Et Sociedad. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006, n.º 26, p. 358

23. Estudio de Mercado de 327 Laudos emitidos en el 2011 OSCE, presentado en el "VI Congreso Internacional de Arbitraje". Pontificia Universidad Católica del Perú. Septiembre 2012

24. Transparencia Internacional. Corrupción en la Administración de Justicia (2013). <http://www.transparency.org/gcb2013/results>

administrativa que genera distorsiones en el sistema, es el tema de la ética de los árbitros. Este es un asunto delicado que se percibe en el mercado pero no siempre se puede medir con indicadores objetivos y que no depende de las normas de arbitrajes sino de quienes las aplican como árbitros.

Nos referimos aquí a la conducta de un grupo de árbitros que comprometen su decisión en el arbitraje por su designación, que están dispuestos a sacrificar parte de sus honorarios a cambio de su designación, que no cumplen con su obligación de informar sus vinculaciones con las partes o sus abogados, que crean un círculo cerrado de árbitros a quienes siempre designan y con los que siempre coinciden en las decisiones, que se comunican y coordinan con la parte que los designa durante el arbitraje, que tienen acuerdos con determinados peritos para influir en sus informes, que violan el deber de confidencialidad de las deliberaciones del tribunal arbitral, etc...²⁵"

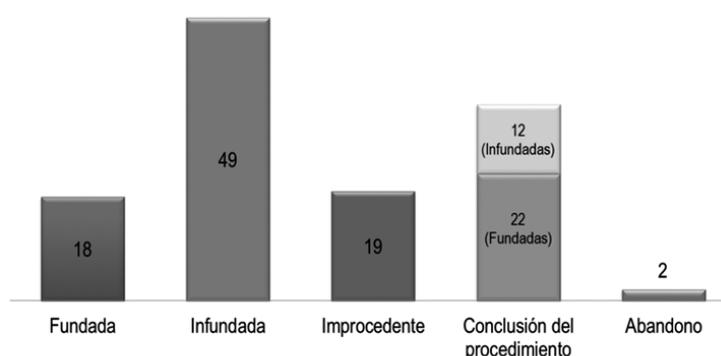
Al respecto, se ha promovido modificatorias legales para revertir las malas prácticas por falta de ética de un grupo de árbitros, con motivo de la Ley N 29873; no obstante el presente artículo no se concentrará en lo razonable o acertado de dichas medidas.

Nos concentraremos a modo de ejemplo en el siguiente caso, con el propósito de explicar que basta aplicar buenas prácticas para generar confianza en el arbitraje:

Del universo de 92 expedientes resueltos en el año 2012, las causales más frecuentes de recusación en orden de importancia son las siguientes: dudas justificadas de independencia e imparcialidad (43%), incumplimiento del deber de revelación (34%), objeción a la competencia o la decisiones arbitrales de los árbitros (11%), Otros: idoneidad, impedimentos y especialización del árbitros (8%) e incumplimiento de las condiciones y exigencias del convenio arbitral (4%).

El sentido de las resoluciones sobre recusaciones de los árbitros por parte de OSCE es el siguiente:

Cuadro N° 10 Resolución de Casos de Recusaciones por parte OSCE (2012)



Fuente: "Balance de la Gestión Arbitral del OSCE 2012 y Perspectivas al 2013", Abril 2013

25. Banco Mundial. "Participación del Estado en los Arbitrajes de Contratos Públicos en el Perú" (2000-2010), Páginas 29-30.

De los casos resueltos, advertimos que 15% (18) de los casos de recusación son declarados fundados. De igual forma, el 40% (49 casos), 16% (19 casos), 28% (34 casos) y 2% (2) son declarados infundados, improcedentes, conclusión del procedimiento administrativo y abandono, respectivamente.

Especial comentario merecen las recusaciones por conclusión de procedimiento administrativo con motivo de la renuncia de los árbitros, en muchos casos. Advertirán que los 34 casos, 22 hubieran sido declarados fundados si los árbitros no hubieran renunciado al cargo.

concretas a la comunidad arbitral, velando por el efectivo cumplimiento de la Ley, en este caso, en no vulnerar la confianza depositada por las partes en el arbitraje, por incurrir en alguna de las causales previstas para la recusación, independientemente de construir jurisprudencia y predictibilidad sobre las decisiones de dicho ente rector.

En conclusión, el principal reto para OSCE es generar mayor confianza en el arbitraje, alcanzando metas que apreciaría mucho la comunidad arbitral:

Cuadro N° 11 Línea de Tiempo sobre Cambio de Criterio en caso de Renuncia de un Árbitro en una Recusación (2006-2012)



Del análisis del Cuadro N° 11, apreciamos que en la resolución de los casos de recusación se debería seguir expresando los puntos controvertidos (cargos) y resolver los mismos, aun cuando el árbitro haya renunciado, conforme se realizó durante el periodo de Octubre de 2011 a Mayo de 2012 en OSCE, a diferencia de los periodo enero de 2006 a septiembre de 2011 y junio 2012 en adelante. OSCE debería proteger a las partes (el usuario/ciudadano) de conductas de árbitros que hubieran sido materia de recusación fundada o visto desde el otro lado, respaldar la reputación de aquellos árbitros que injustamente hubieran sido recusados; en atención a que se debe garantizar el principio de transparencia en los arbitrajes en materia de contratación pública para fomentar la confianza en el sistema arbitral.

Recordemos que el arbitraje se sostiene sobre la "confianza" de las partes; y en un país donde sus indicadores reflejan la fragilidad de las instituciones políticas y el alto grado de percepción de corrupción en la administración de justicia, tendríamos que ponernos una venda en los ojos, para no considerar que todo ese mal endémico que aflige a la sociedad peruana no se trasladaría al arbitraje. En efecto, OSCE estaría obligado a pronunciarse sobre dichos casos para fortalecer la institución arbitral y enviar señales claras y

1. Publicar 2,000 nuevos laudos al 2013 y sus investigaciones.
2. Publicar la designación residual que transparente no sólo a los árbitros designados sino a los montos controvertidos que se les confía.
3. Publicar los últimos diez (10) años de información del Récord Arbitral, y actualizarlo, diariamente, para brindar un oportuno acceso de información al ciudadano.
4. Publicar el ranking arbitral sobre la percepción de independencia e imparcialidad de los árbitros en el Perú desde los ojos del ciudadano.
5. Impulsar el arbitraje institucional y ad hoc en igualdad de condiciones en las Bases estandarizadas.
6. Mejorar los plazos de atención de los servicios administrativos arbitrales, con especial énfasis en las designaciones residuales de árbitros ad hoc, instalación de tribunales arbitrales ad hoc y la resolución de recusaciones, por cuanto afectan la celeridad de procesos arbitrales, principalmente en obras públicas.
7. Publicar las estadísticas y Balance de la Gestión Arbitral, mensualmente.

4. PAUTAS PARA UNA GESTIÓN ARBITRAL EXITOSA

Las pautas para promover una gestión arbitral exitosa son:

- **Celeridad:** promover mecanismos que permitan resolver con rapidez los arbitrajes en contratación pública, sin afectar el debido proceso.
- **Transparencia:** sistematización de información para promover el acceso a información sobre las decisiones arbitrales (laudos) que involucran intereses públicos, así como designaciones, recusaciones y otros del récord arbitral del árbitro.
- **Confianza:** En caso de surgir un conflicto, el Estado debe promover mecanismos que procuren garantizar que el arbitraje en contratación pública se resuelva con independencia, imparcialidad, predictibilidad, proporcionalidad y en forma adecuada. Dicho mecanismo podría ser un ranking arbitral (estudio de mercado) para medir la percepción de independencia e imparcialidad de los árbitros a los ojos de ciudadano.

La aplicación correcta de las pautas de celeridad, transparencia y confianza en la gestión arbitral incrementaron en casi 40% los arbitrajes ad hoc en un periodo de un año, aproximadamente.

Sin duda el siguiente reto es la capacitación para promover la especialización de los árbitros, así como la difusión del "arbitraje" en las Entidades del Estado, a nivel nacional, con el objetivo de que elaboren un convenio arbitral con mayores elementos de juicio sobre las ventajas y desventajas de un arbitraje institucional o ad hoc; y en caso surja una controversia ya cuenten con mayores habilidades para la elección del árbitro, dado que dicha decisión resulta crucial porque el origen del éxito o fracaso del arbitraje reside en la neutralidad, solvencia moral y especialidad del árbitro en la materia controvertida.

5. CONCLUSIONES

El ciudadano es el cliente del arbitraje en contratación pública.

El desarrollo y crecimiento del arbitraje en contratación pública se logra sobre los ejes de la transparencia, la celeridad y la confianza del sistema arbitral.

El arbitraje en contratación pública es un mecanismo que contribuye a dinamizar el mercado de compras públicas, reduciendo los costos de transacción, en términos eficiencia y celeridad e impulsa la competitividad del mismo y su impacto en la satisfacción de la demanda de bienes, servicios y obras que el país requiere para su desarrollo.

Pese a lo avanzado, todavía hay mucho por emprender en el camino hacia la consolidación de arbitraje en contratación pública, a fin de procurar un crecimiento sostenido del mercado arbitral, de modo que todos los actores involucrados (el OSCE, árbitros, secretarios, instituciones arbitrales, partes, procuradores, abogados, etc.) reconozcan en este proceso la relevancia de su rol y adopten acciones conducentes a asegurar la eficiencia, transparencia y confianza en el sistema arbitral.