

# Camino a una Nueva Visión del Arbitraje en Contrataciones Públicas

Magali Fiorela Rojas Delgado\*

## Resumen:

El presente artículo propone explicar un nuevo esquema diseñado para la regulación aplicable al Arbitraje en Contrataciones Públicas, vigente a partir de aprobación del Reglamento de la Reforma integral a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225. Esta nueva visión permitirá apreciar la naturaleza jurídica excepcional que posee el Arbitraje en Contrataciones Públicas, por qué se busca fortalecer la transparencia y publicidad como ejes fundamentales para la lucha contra la corrupción, así como la necesidad de exigir, a quienes resuelven controversias derivadas de contratos públicos, especialización acreditable tanto en arbitraje, derecho administrativo y contratación pública, es decir, competencias en esta materia especial.

## Palabras clave:

Arbitraje – contratación pública – Transparencia – Registro de árbitros – Especialización en el arbitraje

## Abstract:

The present article pretends to explain the new framework designed for the regulation for arbitration on public procurements matter, which will begin to operate since the approval of the Regulation for the integral reform for the Public Procurements Peruvian Law. This new vision will allow appreciating the exceptional legal nature that covers arbitration on public procurements, considering transparency and publicity as essential axis to fight corruption, and also the need to ensure specialization on administrative law, arbitration and public procurement on those who resolve disputes on that field.

## Sumario:

1. ¿Por qué es diferente el arbitraje en Contrataciones del Estado? – 2. ¿Por qué un Registro Nacional de Árbitros? – 3. ¿Por qué los árbitros requieren contar con requisitos de especialización?

\* Abogada en la Pontificia Universidad Católica del Perú y admitida en el Colegio de Abogados de Lima en 1992, Master en Administración Pública y con estudios de Especialización en Derecho Público y Arbitraje Administrativo. Con 20 años de experiencia en el sector público, áreas de experiencia: Asesoría institucional de entidades del Estado y Derecho Administrativo en general, con especialización en Contrataciones del Estado, Procedimientos Administrativos en general, Temas de Control, gestión administrativa de entidades del Estado, procesos de reorganización estructural y funcional, procesos de racionalización y simplificación administrativa, elaboración de documentos de gestión, elaboración de dispositivos legales de todo nivel normativo, arbitrajes administrativos. Actualmente es la Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, desde agosto 2011.

## 1. ¿Por qué es diferente el arbitraje en Contrataciones del Estado?

A veces cuesta mucho entender el porqué de las regulaciones. Decimos –o escuchamos– que no son debidamente estudiadas, son copia de otras realidades, siguen fines políticos y, seguramente, muchos más argumentos que esbozan aquellos expertos a quienes no les agrada pasar por un cambio. ¿Acaso no escuchamos en las aulas universitarias que el Derecho es principalmente evolutivo y que se adapta al comportamiento humano? Pues eso es lo que ha venido pasando con el arbitraje en contrataciones públicas que, por su especialidad, no es ajeno a evolucionar y adaptarse a la realidad en el tiempo.

Este artículo busca humildemente brindar algunas respuestas al porqué de un cambio, que no puede gustarle a muchos, pero que era necesario realizar bajo el actual contexto evolutivo del arbitraje en contrataciones públicas (cambio en el tratamiento jurídico con el que se le reguló al inicio y su modificación reciente como parte de la reforma integral a la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225). Para ello, debemos iniciar con un breve acercamiento a la naturaleza jurídica del Arbitraje en Contrataciones del Estado.

Opinan muchos –y seguirán opinando muchos más– sobre su percepción respecto a las características reales de este tipo de arbitraje e inclusive respecto a su existencia jurídica. Hagamos un poco de memoria. En la década de los 90, años de importante desarrollo normativo del arbitraje a nivel mundial, se promulgaron en el Perú dos cuerpos legislativos, que regulaban de modo general el arbitraje en el Perú, tanto nacional como internacional. Nos referimos a la primera y segunda Ley General de Arbitraje, aprobadas mediante Decreto Ley 25935 y Ley 26572, respectivamente, dando inicio a una etapa de impulso y difusión del mecanismo arbitral en nuestro país, consolidándose dicho desarrollo durante estos más de 20 años de aplicación<sup>1</sup>, en muchos aspectos, no sólo en el ámbito nacional sino también internacional. Muestra de ello lo constituye el universo de arbitrajes que se desarrollan dentro del marco jurídico de la inversión pública que reconocemos ampliamente. Sin embargo, también nos corresponde advertir que, en muchos aspectos, el mecanismo se ha desvirtuado, siendo suficientemente ejemplificador mencionar a los arbitrajes organizados por la red presuntamente mafiosa de Rodolfo Orellana, que habría perjudicado a muchas personas utilizando maliciosamente el mecanismo arbitral.

Es así que el arbitraje privado reúne características que constituyen sus fortalezas para conformar una alternativa eficiente y célere, que ha superado en efecto los inconvenientes y desventajas de un proceso judicial. Por ello, es confidencial, su fallo es inapelable, los árbitros son autónomos en las disposiciones y reglas del proceso, no son pasibles de sanción alguna, salvo la ética (particularmente los árbitros ad hoc que presuntamente pueden llegar a representar más del 80% del universo total), y finalmente, son designados bajo la irrestricta voluntad de las partes.

Este mecanismo de solución de controversias fue «importado» del Derecho Privado al ámbito de las Contrataciones del Estado, en virtud de la Ley N° 26850 que fue publicada en 1997, y entró en vigencia a partir de 1998. Sin embargo, y debido a sus características esenciales, algunos árbitros mantuvieron una posición reservada y confidencial, resistiéndose a reconocer y conducirse no sólo en forma correspondiente a la naturaleza de las controversias que se discutirían dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y, por ende, a la naturaleza de los recursos públicos, sino también porque dicha norma legal establecía expresamente una serie de obligaciones (actualmente vigentes) que están orientadas a observar los Principios de Publicidad y Transparencia.

Entonces, no cabe duda de que los primeros años del denominado Arbitraje Administrativo han sido de búsqueda de su identidad y su real naturaleza jurídica, debido a que las instituciones jurídicas están vivas y van cambiando y optimizando sus propias características, de acuerdo con sus reglas y propios objetivos. Se han formulado muchas críticas y cuestionamientos contra dicha naturaleza jurídica. Pero, ¿acaso no se trata del reconocimiento expreso de la existencia de un arbitraje diferente, *sui generis*, denominado ahora el Arbitraje en Contrataciones del Estado? Y para ser sinceros, creemos que lo que sigue sosteniendo esta resistencia es una lucha entre la confidencialidad y la privacidad, frente a la publicidad y la transparencia, elementos consustanciales de las controversias que comprometen recursos públicos, los recursos de todos. Creemos que todavía hay una resistencia a aceptar que el arbitraje en contrataciones del Estado es un tipo especial de arbitraje que requiere estar acorde con la naturaleza de las controversias que resuelve.

Tal vez los argumentos de quienes aún se resisten a reconocer la naturaleza especial de este tipo de arbitraje se fundamenten en las características

1 Pasando por la aprobación en el año 2008 de la nueva Ley de Arbitraje (hoy vigente), mediante la promulgación del Decreto Legislativo 1071.

propias del arbitraje comercial entre privados, cuya característica principal a lo largo de los años fue la poca información y mucha oscuridad, y claro, al ser entre privados, ¿qué obligación o interés tendrían de velar por la transparencia de la información?, más aún si los intereses son única y exclusivamente el de las partes.

Sin embargo, en el Arbitraje en Contrataciones Públicas, los recursos e intereses son públicos; pues los fondos para abastecer al Estado de bienes, servicios u obras provienen de los impuestos de todos y cada uno de los ciudadanos. Es por ello que, esta normativa mereció un cambio, estableciéndose en el año 2004<sup>2</sup> como obligación de las entidades y luego de los árbitros, remitir (notificar) los laudos emitidos al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (antes CONSUCODE); esto se hacía tarde o nunca. Desde el año 2003 al 2011 sólo existían 250 laudos remitidos al OSCE, lo que no nos ha permitido contestar en forma válida e integral preguntas como: ¿el Estado siempre pierde? ¿Cuándo pierde? ¿En qué controversias? Estas preguntas, para el universo de arbitrajes que siguen aún bajo el anonimato y la oscuridad, permanecen sin respuesta, lo que no obsta para que ya existan algunos estudios parciales, pero serios, en virtud de los cuales se ha registrado que el Estado ganaría totalmente entre el 23 y el 25% de los procesos arbitrales que ha enfrentado desde el año 2001. Dichos estudios también nos revelarían en cifras duras que, respecto a los montos de dinero en controversia, el Estado perdería aproximadamente el 50% de los montos que le son demandados, desvirtuándose así el mito muchas veces repetido, según el cual el Estado perdería «*todos o casi todos los arbitrajes*»<sup>3</sup>.

La naturaleza jurídica de las controversias contenidas en un contrato dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado está directamente vinculada con los recursos públicos, de todos los peruanos. Dichos recursos públicos requieren obligatoriamente publicidad y transparencia, y ello parece no ser entendido ni aceptado en forma transversal y general, para todos los temas relacionados con las contrataciones del Estado. ¿Afecta esto al arbitraje? ¿A los árbitros? ¿A su trabajo? Utilizando

una comparación que se usó recientemente, y tratando de no excedernos en imprecisiones, ya que hablaremos de fútbol y definitivamente no es una disciplina que me entusiasme mucho, es como si en los partidos del Mundial de Fútbol o de la Copa América, los árbitros establecieran que el partido se juegue sin luz, de tal forma que los espectadores y los mismos jugadores no puedan distinguir que jugadores están participando del juego, o si metieron goles o no, o si el árbitro del partido lo dirigiera encapuchado, de tal forma que los espectadores nunca supieran de qué árbitro se trata.

Se dice, por un lado, que el Estado cumple el rol del jugador «picón», en la medida que «siempre» pierde, afirmación que como hemos demostrado no tiene mayor sustento. Sin perjuicio de ello, es necesario preguntarnos, ¿acaso el Estado estaría imponiendo reglas para su estricto beneficio y protección, en desventaja de los contratistas y de los propios árbitros? ¿Está el Estado tratando de manipular al árbitro para que le dé la razón? Entonces nos preguntamos, ¿son los contratos regulados dentro de la Ley de Contrataciones del Estado, contratos 100% equitativos? ¿Acaso desde su origen no está claramente establecida la existencia de una serie de disposiciones o cláusulas generales de adhesión, que tienen como «razón de ser», justamente la naturaleza de los recursos públicos, una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos y la gestión del interés público, sin perjuicio de la equidad razonable y proporcionada que debe existir entre las partes?

Por tanto ¿no están acaso las controversias que se deciden en el Arbitraje en Contrataciones del Estado enmarcadas en regulaciones pre-establecidas, donde se conoce de antemano los roles del contratista, del contratante y del árbitro? En este sentido, los contratistas presentan sus ofertas con conocimiento de causa respecto a las estipulaciones o cláusulas de adhesión, así como a los mecanismos de solución de controversias, es decir, las reglas son transparentes y cautelan el uso adecuado de los recursos públicos. Por ello, ¿es el Estado arbitrario y prepotente? ¿Acaso no corresponde jurídicamente proteger los bienes y el interés público que son de todos los peruanos,

2 Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM Artículo 53<sup>a</sup>.- Solución de controversias

(...)

53.2.

(...)

El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, debiendo ser remitido al CONSUCODE para su registro, dentro del plazo que establecerá el Reglamento; y cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones impondrá las sanciones correspondientes.

3 Informe para el Banco Mundial denominado «Participación del Estado en los Arbitrajes de Contratos Públicos en el Perú», del año 2012, sobre laudos emitidos entre el año 2000 y el año 2010 y el Estudio realizado en el año 2013 por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP sobre laudos publicados en el portal institucional del OSCE en el periodo del 2003 al 2012, denominado «Tendencias en los Arbitrajes de la Contratación Pública: Análisis de Laudos».

las garantías y su ejecución, las aprobaciones de prestaciones adicionales y ampliaciones de plazos, la aplicación de penalidades? ¿No son ejemplos que demuestran las brechas absolutamente evidentes que hay entre un contrato derivado de una contratación con el Estado, y un contrato privado? ¿Esas brechas no son acaso la consecuencia lógica del valor público que es inherente a los recursos públicos y a los fines públicos que constituyen las metas institucionales y estatales? Y no menos importante, ¿acaso los contribuyentes no deberían tener acceso a los laudos, por transparencia, al ser los ciudadanos los que aportan y quieren velar porque sus recursos sean correctamente destinados?

No podemos seguir negando que se trata, por tanto, de un esquema diferente. Ya no estamos frente al arbitraje clásico, civil o comercial proveniente del ámbito privado; ni siquiera frente al arbitraje sobre inversión pública, estamos frente a otro tipo de arbitraje, uno especializado, distinto, propio y consecuente con la naturaleza de las controversias que solucionará y su impacto en la sociedad y el bien común, cuyas características están ligadas estrechamente a los principios de Publicidad y Transparencia.

Luego de definir claramente la naturaleza jurídica del Arbitraje, es importante también aclarar, o permitírnos intentarlo, algunos puntos de vista sobre el nuevo marco legal para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

## 2. ¿Por qué un Registro Nacional de Árbitros?

Tal como ya hemos mencionado, de acuerdo con la naturaleza jurídica propia del Arbitraje en Contrataciones del Estado, su ámbito está marcado esencialmente por el valor público del dinero y el correcto uso de los recursos públicos, que no son recursos del Estado, sino recursos de todos los peruanos, administrados por éste, y principalmente por los Principios de Publicidad y Transparencia, todo lo cual se relaciona directamente con las controversias derivadas de los contratos celebrados dentro del ámbito de Contrataciones del Estado.

Ya hemos demostrado, por tanto, que la confidencialidad propia del arbitraje civil, comercial o internacional, no podía acompañar a este arbitraje acuñado en la contratación del Estado.

Aunque sigamos poco cómodos con el ejemplo del fútbol, por las preferencias de género, resulta ser el más popular y cercano parámetro del que podemos hacer uso, para que por analogía, podamos llegar a conclusiones que nos ayuden a dilucidar la razón de ser de las cosas en el Arbitraje

para Contrataciones del Estado, y poder desvirtuar, así, las críticas más cercanas que hemos advertido.

Recordemos el último mundial, Brasil 2014. Casi todas las personas, incluso quienes no nos confesamos fanáticos del fútbol, seguimos en alguna medida los partidos del mundial. Pero, ¿nos hemos preguntado alguna vez quiénes son los árbitros que conducían esos encuentros o, más interesante aún, cómo se les eligió? ¿Qué cualidades o trayectoria tuvieron que demostrar para llegar a ser seleccionados? En el fútbol, quienes aspiren a ser elegibles deben pertenecer a la «Lista de árbitros FIFA».

Es tan importante para la FIFA la adecuada selección de los árbitros que para el último mundial dicho proceso inició en septiembre de 2011, varios años antes de que todos nos sentáramos a ver el mundial. En ese entonces, la FIFA creó un proyecto centrado en la preparación de un grupo, donde sólo se eligió a la mitad de los participantes. Una vez elegidos tuvieron que asistir a tres seminarios formativos adicionales, previos a la concentración en Río de Janeiro, donde recibieron nuevas sesiones de preparación física y técnica. Todo un procedimiento de selección por calidad y competencias.

En forma paralela, y a pesar de que el Registro Nacional de Árbitros será sólo un procedimiento de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior (Principio de Presunción de Veracidad), resultaba necesario, en primer orden, un procedimiento público y transparente en el que cada árbitro (hablamos de la totalidad de árbitros que participen en el Arbitraje para Contrataciones del Estado) por su cuenta y responsabilidad, responda a la opinión pública de la veracidad respecto a sus calificaciones para estar habilitado legalmente a resolver controversias relacionadas con Contrataciones del Estado, de acuerdo con los requisitos establecidos por Ley.

Se han leído algunas críticas al respecto; que es excesivo, intervencionista por parte del Estado, que vulnera la autonomía del arbitraje, que discrimina la posibilidad que juristas o académicos de renombre puedan ser árbitros en este ámbito de competencia, que los arbitrajes serán llevados por «desconocidos», que ya se cuenta con registros de centros arbitrales prestigiados y que, por ende, se está duplicando, y finalmente; que el Estado, siendo una de las partes en la controversia, no puede elegir al árbitro o los árbitros que la resolverán, porque ello significa actuar estableciendo sus propias reglas en beneficio propio.

Muchas cosas que decir. El Registro Nacional de Árbitros tendrá principalmente carácter informativo

y de transparencia. No constituirá una barrera de acceso, ya que será un procedimiento de aprobación automática bajo la exclusiva responsabilidad de cada árbitro que deberá declarar cómo está cumpliendo con los requisitos que la Ley exige a los árbitros que se desempeñarán como tales en Contrataciones del Estado. No duplica registros existentes, ya que el arbitraje institucional (que se organiza en los centros arbitrales de prestigio o sin él) no atiende más allá del 20% de la demanda nacional, por lo que más del 80% corresponde a arbitrajes *ad hoc*, cuya información (por ahora) no es pública ni transparente. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que los registros de los centros arbitrales deberían corresponder a procesos evaluativos, aunque sabemos también que eso no siempre ocurre en la realidad.

Por último, el Registro no discriminará a árbitro alguno, sólo se cumplirá con la fiscalización posterior, contraparte del Principio de Presunción de Veracidad respecto a la información consignada en él, y las partes, el Estado y el contratista privado, podrán con absoluta libertad y transparencia en la información, seleccionar al árbitro que consideren más idóneo. El Registro, por tanto, constituye sólo un instrumento de transparencia y publicidad, para que la opinión pública conozca lo que le fue negado por muchos años, es decir, la identidad de los árbitros (*ad hoc* e institucionales) que resuelven las controversias vinculadas al uso de los recursos públicos a nivel nacional.

Estas precisiones nos llevan fácilmente al mismo concepto que debe formar parte de la Gestión Pública en todas sus aristas y que constituye una línea estratégica trascendental en la lucha contra la corrupción: la transparencia. Y vuelvo a citar parte de un artículo que resume sus alcances en frases que merecen invocarse: «no hay contraloría más efectiva ni fiscal más inquisidor que la opinión pública...la información es poder. Y el poder debe estar en el lado correcto. No habrá poder ciudadano sin información...»<sup>4</sup>.

### 3. ¿Por qué los árbitros requieren contar con requisitos de especialización?

Partiendo en que el Arbitraje en Contrataciones del Estado obedece a una naturaleza jurídica distinta, nutrida por los Principios de Publicidad y Transparencia, por lo que la confidencialidad no tiene cabida y el Registro Nacional de Árbitros constituye una necesidad pública ineludible, ahora nos vamos a dedicar a analizar por qué y para qué los árbitros que finalmente van a resolver controversias que involucran recursos públicos, requieren contar con calificaciones especiales.

Sigamos usando el ejemplo del arbitraje en el fútbol (realmente debo confesar que ya nos sentimos menos incómodos en este rubro). En primer lugar, preguntémosnos sinceramente que esperamos de un árbitro en este deporte. Si su arbitraje es sobre fútbol, ¿sería suficiente con que esta persona sea experta, por ejemplo, en medicina humana? ¿En geología? ¿En astrofísica? Pues obviamente no. Lo que se requiere principalmente es que dicha persona sea experta en aquello sobre lo que va a decidir: sobre reglas de fútbol. Es evidente que el resultado de un partido no depende de ese árbitro (cuando menos, no debería), pero sin duda podría influir decisivamente en un resultado si sus decisiones las adopta sin conocer las reglas que se le pide aplicar. ¿Y qué tal si ponemos a un excelente árbitro de vóley o de box a arbitrar los partidos de fútbol? ¿Será la experiencia de esos árbitros en otros deportes suficiente para arbitrar idóneamente en un partido de fútbol? Esa experiencia en otros deportes podría ser de alguna forma útil; pero, indudablemente, no será suficiente para garantizar a los dos equipos, en la mayor medida posible, una decisión justa y adecuada a las reglas que rigen el fútbol.

Si dejamos los deportes, y retornamos al arbitraje en contratación pública, formulo la siguiente pregunta: ¿en qué debería ser experto el profesional que va a dirimir una controversia sobre esa materia? Y hago la precisión de que este «árbitro», a diferencia del árbitro de fútbol, sí tiene influencia decisiva en el resultado de una controversia entre una entidad pública y un contratista. Es más, su decisión está destinada a ser definitiva e irrevisable en el fondo. Él decide quién gana y quien pierde. Es la última palabra. Y lo es, no en un partido de fútbol (sin menoscabar la relevancia social de los partidos de fútbol), sino en una controversia que tiene que ver con el uso de fondos públicos y en la prestación de los servicios públicos más básicos. ¿No es de esperar acaso que ese árbitro, el que dirimirá una controversia sobre la ejecución de una obra pública, sea experto en las reglas con las que dichas obras se ejecutan?

La nueva Ley de Contrataciones del Estado ha repetido la fórmula legal que exigió siempre y reitera que los árbitros que ejerzan las funciones de Presidente del Tribunal Arbitral o Arbitro Único deben ser necesariamente abogados, y contar con la especialización acreditada en Derecho Administrativo, Arbitraje y Contrataciones con el Estado, siendo los demás integrantes del Tribunal Arbitral expertos o profesionales en otras materias, pero con conocimiento en contrataciones del Estado. Su artículo 45.6 así lo establece expresamente.

4 BULLARD, Alfredo. «Indecopileaks», artículo publicado en El Comercio el 23 de agosto del 2014, página 25.

Siguiendo con el parámetro provisto, los árbitros de fútbol deben haber obtenido el grado de árbitro internacional en la Federación de su país de origen, tener más de 25 años y menos de 45 años, así como haber aprobado el examen escrito de conocimientos técnicos (reglas de juego), superar pruebas psicológicas y por supuesto, las físicas, también sumamente exigentes. Por lo cual, definitivamente, se requiere contar con especialistas.

Los requisitos legales no tienen más objetivo que garantizar el Principio de Especialización en los árbitros: los que sean conocidos y los que no lo sean, en árbitros que desarrollan su función arbitral en arbitrajes *ad hoc* e institucionales, en profesionales que no sólo son especialistas sino que son capaces de demostrarlo, en forma pública y transparente, a través de información veraz y comprobable, y sobre todo, expuesta a la opinión pública. La exigencia y cumplimiento efectivo de dichos requisitos es una condición elemental (aunque no la única) de que la resolución de las controversias en contrataciones del Estado se enmarcará dentro de los criterios jurídicos y técnicos que constituyen la base de la normatividad que regula dicho ámbito de competencia. Ser sólo abogados, por ejemplo, no

podría satisfacer el nivel de exigencia de calidad en la resolución de controversias que involucran recursos públicos, ya que en la práctica no se podría impedir que un abogado especializado en Derecho Laboral o en Derecho de Familia, y que no conozca a nivel de especialista el régimen jurídico de las contrataciones públicas, adopte decisiones sobre millones de nuevos soles en esta materia. Por ello, como afirma la profesora colombiana Myriam Salcedo Castro, «si bien el arbitraje no es una institución propia del derecho administrativo, los árbitros que escoja la administración deben ser especialistas en el contrato objeto de la controversia»<sup>5</sup>.

La naturaleza jurídica particular del Arbitraje en Contrataciones del Estado, sus alcances y particularidades, así como la complejidad y especialización que requiere, son el sustento necesario de la exigencia por determinados requisitos que los profesionales deben cumplir y acreditar para ser árbitros en esta materia, lo que finalmente también concuerda con la forma pública y transparente con la que sus decisiones (laudos) son expuestas a la opinión pública; lo que no debilita sino fortalece la institucionalidad de este mecanismo de solución de controversias. ☒

5 Salcedo Castro, Myriam. El Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración, Estudio de Derecho Comparado Francés y Colombiano. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, página 240