

El Imaginario y la Realidad en el Arbitraje en Contrataciones Públicas

Comentarios a los Estudios del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Contraloría General de la República

Alberto Retamozo Linares*

Resumen:

El artículo comenta las principales variables, análisis y conclusiones de los estudios efectuados por Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Contraloría General de la República. Para ello, el autor efectúa una comparación entre ambos, así como contrasta ambas conclusiones y propuestas con los datos que recoge en el desenvolvimiento del arbitraje.

Palabras clave:

Arbitraje administrativo – Contraloría General de la República – Tribunal Arbitral – Tipos de arbitraje – Registro OSCE

Abstract:

This paper discusses the main variables, analysis and conclusions of the studies conducted by the *Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú* and the *Contraloría General de la República* from Peru. The author bases its investigation on the comparison between the two organisms; furthermore, he contrasts its conclusions and proposals with the data collected in the development of arbitration.

Keywords:

Administrative arbitration – Contraloría General de la República – Arbitral Tribunal – Types of arbitration – OSCE's records

Sumario:

1. Introducción – 2. Cuestiones previas: El objetivo, universo, muestra y periodización de ambos estudios – 3. De los diversos aspectos que comprenden ambas investigaciones, las variables comunes y de cómo se hará la evaluación – 4. Comentarios a los aspectos comunes a ambos estudios – 5. Finalizando

* Doctor en Derecho, Magíster en Derecho y Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Sociología y Sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

1. Introducción

Los estudios en el país sobre el desenvolvimiento del arbitraje en general, y del arbitraje administrativo en particular, son escasos, sino inexistentes. Normalmente se escribe sobre aspectos sustantivos, doctrinarios y normativos, donde los análisis y las citas a pie de página se encuentran en cada Congreso, Seminario o evento que cotidianamente se realiza; discusión valiosa, sin duda, pero que se realiza en el mundo del «deber ser», de la especulación, de la deformación de la realidad, como son las ideologías, y de los conceptos que reclaman autonomía respecto de la realidad, pero nada, o muy poco, de la facticidad del arbitraje, y de lo cuantitativo.

Cuando me invitaron a escribir este artículo pensé seguir en la misma línea, tratar un tema sobre la «existencia» de la autonomía de la voluntad en los arbitrajes administrativos, pero cuando estaba por comenzar, decidí revisar un poco de información empírica a efectos de argumentar mi planteamiento del problema, y en ese camino me encontré con dos valiosos trabajos, que constituyen verdaderos aportes a la comprensión del desenvolvimiento del arbitraje administrativo en el Perú, me refiero a la investigación «Tendencias del arbitraje en la contratación pública: Análisis de Laudos Arbitrales» elaborado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (en adelante CARC-PUCP) y cuyos autores son los doctores César Guzmán-Barrón Sobrevilla y Rigoberto Zúñiga Maraví¹; y «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013», elaborado por la Contraloría General de la República², (en adelante CGR).

¿Por qué son relevantes dichos estudios? En principio, por lo que indicamos precedentemente, constituyen estudios pioneros en la investigación empírica del arbitraje, y luego, por el contenido de los mismos, el que ha tenido resonancia en el ámbito académico y periodístico, coadyuvando a la creación de un imaginario social sobre el arbitraje administrativo, los árbitros y la situación del Estado en estos, pudiendo consolidarse este imaginario como idea fuerza, con la posibilidad de que pueda plasmarse prontamente en alguna norma.

En este contexto, en el presente artículo, más que plantearnos un problema, nos establecemos un objetivo, que es el de analizar, contrastando

los resultados de ambas investigaciones, sus analogías y diferencias, así como la consistencia de sus evaluaciones y conclusiones, siempre en la perspectiva de coadyuvar a una mejor comprensión de la temática que nos concita. Asimismo, precisamos que no abordaremos todos los aspectos en que inciden las investigaciones, sino que analizaremos sólo aquellos en los que existe proximidad temática, remitiendo al lector a los documentos citados en caso tenga interés en obtener mayor información.

Pero, ¿por qué referirnos al imaginario social? Veamos, el arbitraje no sólo es una institución jurídica de vieja data, sino que constituye un espacio de realización económica, en torno al cual se articulan además de los intereses de las partes, los intereses de los árbitros, de los abogados y, de ser el caso, de los estudios jurídicos a los que representan, de instituciones, de gremios, de grupos de presión y de poder, y lógicamente del Estado, por lo que a través de la interpretación de su desenvolvimiento y de su normativa, podemos constatar que lo que en realidad existe es un discurso del poder, que entiende al arbitraje de determinada manera, y que argumenta en función de ello. Los datos son los datos, pueden tener la condición de asepticos, pero estos son interpretables, y ahí la asepsia puede entrar en crisis.

2. Cuestiones previas: El objetivo, universo, muestra y periodización de ambos estudios

2.1 El objetivo de las investigaciones y metodología del presente análisis

En el numeral III del estudio efectuado por el CARC-PUCP se establece como objetivo del mismo confirmar o descartar determinadas «*percepciones negativas*» (mentalidad social) que se tienen respecto del arbitraje en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, (en adelante LCE³) para lo que se planteó contrastar la veracidad o falsedad de determinadas premisas, proponiéndose responder las siguientes preguntas: «¿El Estado siempre pierde?; ¿Por qué pierde el Estado?; ¿El arbitraje es «pro contratista»?; ¿El arbitraje es un sistema oneroso por sus condenas?; ¿Se privilegia al Arbitraje Ad hoc versus el Arbitraje Institucional?».

Por otro lado, el estudio realizado por la CGR se plantea como objetivo el «brindar información estadística y económica sobre el arbitraje nacional en

1 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maraví, Rigoberto. «Tendencias del arbitraje en la contratación pública: Análisis de Laudos Arbitrales». Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. www.consensos.pucp.edu.pe

2 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe

3 La referencia es la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225

las contrataciones públicas», para lo que se propone identificar, entre otros aspectos, «estadísticas sobre su distribución por año, por nivel de gobierno, por objeto de contratación, los montos que el Estado debe pagar según lo establecido en los laudos, así como los costos que los procesos arbitrales han implicado para el Estado»⁴.

¿Cuál es la diferencia entre ambos estudios? El estudio del CARC-PUCP se propone ir por el lado cualitativo, es decir, el presentar datos y a la vez evaluarlos desde la perspectiva de sus intereses, con lo que la objetividad corre el riesgo de ceder ante la subjetividad; por su parte el de la CGR es más de índole cuantitativo, sin negarse a interpretar datos, pero ese no es su fin esencial, con lo que el estudio es sustancialmente objetivo.

2.2 El universo, la muestra y el período del estudio

En el caso del CARC-PUCP, el universo de la investigación está constituido por los laudos registrados en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante OSCE) en el período 2003-2012, que son un total de 2,043 laudos, respecto de los cuales ha establecido como muestra 400 laudos, lo que le otorga un nivel de confianza en los resultados del 95%, con un margen de error del 4.4%.

Por su parte, la CGR no define muestra, por cuanto la investigación realizada se sustenta en la revisión y evaluación de 2,796 laudos arbitrales registrados en la misma web del OSCE en el período 2003-2013.

Al igual que el caso anterior, nos interrogamos respecto de las diferencias entre ambos estudios, pudiendo concluir en que los estudios difieren en este extremo, decisión que define el tipo de análisis que efectúan, el mismo que hemos mencionado líneas arriba. Así, el estudio de la CGR es de mayor alcance que el del CARC-PUCP, por cuanto además de incorporar un año más (por razón de inicio de la investigación), revisa la totalidad de los laudos emitidos en el período 2003-2013, decisión que le permite obtener datos objetivos; en cambio, en el caso del CARC-PUCP la decisión de trabajar sobre una muestra lo conduce a inferir resultados, a establecer tendencias, y a fortalecer por ello el análisis cualitativo, pudiendo con ello privilegiar la subjetividad.

2.3 Metodología del presente análisis

A efectos de evitar confusiones en la lectura, debemos precisar previamente que somos conscientes de las limitaciones de comparar un

estudio que se sustenta en una muestra y un período determinado, con otro que evalúa la totalidad del universo y que tiene un período mayor de evaluación.

En un inicio para superar este posible sesgo evaluamos la posibilidad de equiparar los períodos de los estudios, recontando el de la CGR en un año, pero desechamos esta opción en razón de que ello podría desnaturalizar la totalidad de la investigación, por lo que decidimos trabajar con lo que teníamos, haciendo previamente la salvedad al lector de la limitación acotada e incidiendo más en el análisis cualitativo de los estudios.

Finalmente, atendiendo a las diferencias ya expuestas de ambos estudios, para la evaluación de los distintos aspectos que comprenden sólo haremos referencia a porcentajes.

3. De los diversos aspectos que comprenden ambas investigaciones, las variables comunes y de cómo se hará la evaluación

Tal como hemos indicado, las investigaciones citadas no sólo cuantifican, sino también analizan e interpretan, en algunos casos más en una que en otra, la data que recogen y procesan. Asimismo, en determinados casos las variables tienen denominaciones y contenido iguales, siendo en otros similares, y hasta diferentes, atendiendo a estas diferencias y al objeto del presente artículo, en las líneas que siguen sólo abordaremos los aspectos iguales y similares, dejando para otra oportunidad la evaluación de los diferentes.

En este orden tenemos que en el caso del estudio del CARC-PUC se abordan los aspectos como la clase de contrato sometido a arbitraje, la composición del Tribunal Arbitral, la duración del arbitraje, el tipo de arbitraje, parte demandante y parte demandada en los arbitrajes de contratación pública, ratio de montos controvertidos y ratio de montos ordenado a pagar en los laudos, porcentaje del monto controvertido que se le ordena pagar al Estado en los laudos, orígenes de las controversias; mientras que en el estudio de la CGR se tratan aspectos como relación entre monto adjudicado en las contrataciones públicas Período 2003-2013 y laudos arbitrales, laudos arbitrales por nivel de gobierno, laudos arbitrales por objeto de contratación, distribución de laudos arbitrales por departamento, resultados obtenidos por el Estado en los arbitrajes, monto a pagar por el Estado según los laudos arbitrales con resultado desfavorable, principales controversias en el arbitraje nacional, clasificación de las principales

4 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe p. 19

controversias por objeto de contratación y por nivel de gobierno, tipos de arbitraje, composición del Tribunal Arbitral, costos arbitrales asumidos por el Estado, entidades con procesos arbitrales en el período 2003-2013.

4. Comentarios a los aspectos comunes a ambos estudios

La realidad y el imaginario se exteriorizan en los datos (facticidad) y en el análisis, conclusiones y presunciones que sobre la interpretación de dichos datos establecen los estudios citados, por ello evaluar las principales variables comunes puede terminar siendo un buen ejercicio para confrontar la realidad concreta con la realidad presunta.

4.1 De la composición del Tribunal Arbitral, el registro del OSCE y la condición del árbitro de parte

El rubro acotado implica el análisis de tres variables. La primera, referida a la composición del Tribunal Arbitral, la misma que puede ser abordada cuantitativamente; las otras dos vinculadas al Registro de Árbitros del OSCE y a la condición del árbitro de parte, son de tipo cualitativo, poseyendo ambas un componente ético.

En cuanto a la composición del Tribunal Arbitral, el estudio del CARC-PUCP establece sobre la base de la muestra seleccionada (400 laudos) que es su 100%, que el 63.2% de los laudos arbitrales son resueltos por un Tribunal Arbitral, mientras que el saldo, 36.8% corresponde a Arbitro Único; por su parte la CGR determina, sobre el total de su universo (2796 laudos) que el 59% corresponden a Tribunal Arbitral, mientras que el 41% a Arbitro Único.

Los resultados de ambos estudios indican que el Tribunal Arbitral prevalece sobre el Árbitro Único, es decir, que las partes de un contrato administrativo considerarían que es más conveniente que un colegiado resuelva la controversia. La explicación de este hecho para el CARC-PUCP radica en que las partes, «se encuentran más cómodas designando cada una a un árbitro antes que ponerse de acuerdo para designar un árbitro conjunto»⁵, mientras que la CGR indica que la preferencia por el Tribunal

Arbitral se debería a que esta composición «incrementa de manera significativa los niveles de objetividad e imparcialidad que de por sí deben caracterizar a los tribunales arbitrales»⁶, siendo ambas interpretaciones complementarias.

Así, comodidad, imparcialidad y objetividad son dimensiones que se van articulando con la voluntad de las partes, pero esta afirmación implica que estas revisan y acuerdan previamente los términos del Convenio Arbitral, situación que sobre la base de la experiencia podemos afirmar que no necesariamente se realiza en dichos términos. Es cierto que en las contrataciones públicas la composición del Tribunal Arbitral se resuelve en el Convenio Arbitral, pero este se encuentra consignado en el Contrato adjunto a las Bases, el mismo que muchas veces no es objetado por el postor, quien prefiere concentrarse en el análisis de los aspectos técnicos, relegando lo referido a la solución de controversias, por lo que para la definición de la composición es relativa la autonomía de la voluntad o el debate previo entre las partes.

Un aspecto que diferencia un estudio del otro es la divergencia significativa de la brecha en los resultados que ambos obtienen, donde para el CARC-PUCP existe una brecha, entre la composición del Tribunal Arbitral y Arbitro Único de 26.4%, mientras que para la CGR es de 18%. Si asumimos que la CGR trabaja sobre el total de los laudos e incorpora un año más a la investigación, podríamos concluir en que la tendencia es a acortarse, y que existe una prevalencia relativa del Tribunal Arbitral.

Pero el análisis del CARC-PUCP va más allá de los datos e interpretación expuestos, por cuanto a partir de estos infiere sobre dos aspectos relevantes en la presente coyuntura para el arbitraje en contrataciones públicas, como son la pertinencia de que sólo los árbitros inscritos en el Registro del OSCE podrán arbitrar en contrataciones del Estado, tal como lo dispone el numeral 45.6 del artículo 45° de la LCE⁷; y la condición ética del árbitro de parte. En relación al primer tema, el del Registro OSCE, el Estudio considera que «el Estado debiera ser respetuoso del derecho de designación de árbitros por los agentes privados», por lo que el Registro debería ser una lista de «árbitros elegibles pero que

5 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maravi, Rigoberto. «Tendencias del arbitraje en la contratación pública: Análisis de Laudos Arbitrales». Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. www.consensos.pucp.edu.pe. Ver numeral 5.2

6 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p. 106

7 La Ley 30225 ha incorporado el párrafo siguiente: «(...) para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior»; y la condición del árbitro de parte, respecto del cual indica que existe la percepción «que se debe solo a la parte que lo designa y no al arbitraje como debe ser, es decir el árbitro que actúa como «arbitro de parte» y no como árbitro neutral».

sólo sea vinculante para las entidades estatales»; y que «la designación del árbitro correspondiente a la Entidad sea realizada por el titular de la misma de modo indelegable y bajo responsabilidad», no debiéndose exigir las especialidades establecidas en la norma a los árbitros, ya que ello «no asegura una conducta ética por parte de ellos, sino más bien sólo un estándar de acreditación de conocimientos»; respecto del segundo tema, del árbitro de parte, afirma que la reiterada designación de un árbitro por una misma parte, pone en riesgo la independencia e imparcialidad de estos.

El análisis del CARC-PUCP plantea la configuración de un escenario distinto al actual, por cuanto esencialmente relativiza y cuestiona la obligatoriedad de inscribirse en el Registro del OSCE y propone la inexigibilidad de la especialidad. Pero, ¿cómo se puede llegar al cuestionamiento de la obligatoriedad de inscripción en el Registro del Árbitros del OSCE y de la especialidad, a partir de la cuantificación de datos sobre la composición del Tribunal Arbitral?, más aún cuando sobre lo último existen datos ciertos (para resolver las controversias prevalecen los colegiados ante el árbitro único), pero sobre los otros dos aspectos (obligatoriedad de inscripción y especialidad) no hay un solo dato cuantitativo que sustente el cuestionamiento de dicho requisito.

¿Puede el Estado asumir la postura de exigir como condición para arbitrar en el marco de la LCE el estar inscrito en el Registro del OSCE y contar con especialidad acreditada, sin afectar derechos subjetivos o el mercado, tal como parece deducirse del Estudio?

En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa, y la decisión se podría sustentar en argumentos que cimientan varias conclusiones del Estudio: En el arbitraje en contrataciones estatales lo que se discute es el interés general, y desde esa perspectiva el Estado puede establecer pautas, directivas y hasta normas que regulen esta actividad, como que a la fecha lo hace; en caso contrario el Estado corre el riesgo de que las controversias sean resueltas por quienes no son expertos en contrataciones públicas, en derecho administrativo y arbitraje, pudiendo ser asumida esta actividad por otros especialistas del vasto campo que cubre el Derecho, situación que de por sí es un riesgo que es responsabilidad del Estado evitar que se materialice. El Derecho Administrativo es una especialidad, y el arbitraje administrativo también.

Por otro lado, coincidimos en que la ética de los árbitros no se resuelve estando o no en un Registro.

Finalmente, en relación al árbitro de parte, concordamos en que en la práctica algunos confunden esta función, a tal extremo que llegan a perder la objetividad en la solución de la controversia, por ello cabe interrogarse respecto de qué tan independientes son los árbitros respecto de las partes que los han designado. En principio, luego de la designación y de las declaraciones que correspondan, debe producirse la separación de estas, asumiendo los árbitros su autonomía, lo que incluye en nuestra opinión a los árbitros de parte, aunque sobre el particular existe la denominada y cuestionada tesis de la relatividad moral de los árbitros⁸; pero esta conducta trasciende al registro y a la especialidad.

4.2 Tipo de arbitraje: Ad hoc e institucional

El arbitraje tiene dos formas de ser instrumentalizado, la ad hoc y la institucional, distinción que existe en la Doctrina y en la normativa; formas que en el ámbito de las contrataciones públicas coexisten, con sus respectivas peculiaridades, siendo por lo tanto relevantes en cualquier evaluación que se quiera hacer respecto de la institución arbitral.

En atención a la trascendencia de ambos, los estudios elaborados por las instituciones citadas han considerado la evaluación de los mismos, tanto desde una perspectiva cuantitativa, como cualitativa. Así, el estudio del CARC-PUCP concluye en que del total del universo revisado (sobre la base de su muestra) en el período indicado, que el 71.8% corresponde a arbitrajes ad hoc, mientras que el 28.2% es institucional, dividiéndose estos entre el institucional OSCE (11.7%) e institucional en general (16.5%); por su parte la CGR establece en su estudio que hasta el año 2013 el 62% de los arbitrajes eran ad hoc, mientras que el 37.6% eran institucional, estando un 0.4% sin datos.

Los resultados nos vuelven poner ante la diferencia en la brecha entre ambos tipos de arbitrajes. Para el estudio del CARC-PUCP existiría, para el año 2012 una distancia entre ambos del 43.6%, mientras que para la CGR con la totalidad de laudos revisados, la brecha sería del 24.4%. La diferencia entre ambos es sustancial (19.2%), siendo que estos resultados podrían explicar las apreciaciones que se hacen al respecto, incidiendo en que ambos estudios formulen sus análisis a

8 Sobre este tema se puede ver: Castillo Freyre, Mario; Vásquez Kunze, Ricardo. Arbitraje el juicio privado: La verdadera reforma de justicia. Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen I. Palestra editores S.A.C. – Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2006. 268 págs. P. 142; Zolezzi Ibárcena, Lorenzo. Ética de los árbitros. En: Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 12. Palestra editores. Lima, 2010. 278 págs. P. 19,20,21

partir de premisas distintas: Para el CARC-PUCP el arbitraje ad hoc crece en detrimento del arbitraje institucional, contraviniendo el Perú la tendencia en el mundo respecto del arbitraje, donde se privilegia el arbitraje institucional, llegando a afirmar que «el arbitraje en contratación pública es abrumadoramente ad hoc», mientras que para la CGR se aprecia un crecimiento significativo del arbitraje institucional⁹.

¿Cuáles son las reflexiones y conclusiones que generan en ambos estudios los resultados indicados?

4.2.1 La evaluación del CARC-PUCP: La crítica al arbitraje ad hoc y la relevancia del arbitraje institucional

En el caso del Estudio del CARC-PUCP, tenemos que los resultados de la investigación les permiten realizar el análisis y llegar a conclusiones¹⁰ que parte de la crítica del arbitraje ad hoc, para luego pasar a destacar las bondades del arbitraje institucional.

A tenor de lo expuesto y de los resultados obtenidos, el Estudio plantea que deben «revisarse las bondades del uso mayoritario del arbitraje ad hoc para la contratación pública, así como el rol del SNA-OSCE», por lo que la crítica trasciende el tipo de arbitraje en mención para abarcar el ámbito institucional estatal. Pero, ¿cuál es el sustento del cuestionamiento de las bondades del citado tipo de arbitraje y del rol de la SNA-OSCE?¹¹

En principio, porque considera que el arbitraje ad hoc no es el más idóneo «para asegurar la adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado», debido a la limitada duración de los tribunales arbitrales y a la amplia discrecionalidad que en él existe para fijar las reglas del arbitraje, «lo cual puede facilitar que sea más susceptible de ser usado para llevar a cabo malas prácticas».

Así, para el CARC-PUCP, uno de los problemas que afronta el arbitraje ad hoc es el de la transparencia,

aspecto importante por cuanto en el arbitraje en contrataciones públicas se resuelven controversias que afectan los fondos públicos.

La afectación de la transparencia conduce a la asimetría informativa, entiendo esta como falla del mercado a la que está expuesta el mercado de servicios arbitrales, y que se materializa «cuando en la relación de mercado el consumidor no cuenta con la misma información que el proveedor tiene sobre el producto o servicio correspondiente a ese determinado mercado, lo cual causa un resultado económico ineficiente en la decisión de quien sufre el déficit de información, puesto que no puede distinguir a los malos proveedores de los buenos proveedores». Y ¿por qué se fomenta esta asimetría? Para el CARC-PUCP la asimetría informativa se produce porque bajo el esquema del arbitraje ad hoc «resulta sumamente difícil instaurar mecanismos que fomenten la transparencia, lo cual hace difícil detectar a los árbitros que cometen malas prácticas, toda vez que para estos árbitros no es conveniente revelar esta información pues el mercado podría cuestionar y juzgar sus acciones y diferenciar así entre la minoría de los malos árbitros y los buenos árbitros, que felizmente son la gran mayoría».

La crítica al arbitraje ad hoc tiene su contraparte en la relevancia que se hace respecto del arbitraje institucional, donde el estudio destaca las bondades del mismo. Así, se indica que la situación descrita de falta de idoneidad, transparencia y asimetría informativa se superaría si se estableciera «que el arbitraje en materia de contratación pública debe ser plenamente institucional».

En este orden, se asume que la transparencia y predictibilidad se realiza, en este tipo de arbitraje, cuando «los Reglamentos Arbitrales preceden a las controversias y son creados por las Instituciones Arbitrales, lo que permite que sean conocidos por las partes con antelación, del mismo modo la Tabla de Aranceles y Honorarios es conocida con anterioridad, permitiendo elegir entre distintas

9 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p. 103

10 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maravi, Rigoberto. «Tendencias del arbitraje en la contratación pública: Análisis de Laudos Arbitrales». Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. www.consensos.pucp.edu.pe. Ver el numeral 5.4.

11 El estudio recoge una síntesis de las limitaciones del arbitraje ad hoc, las mismas que se encuentran plasmadas en un artículo que escribiera al respecto Mariella Guerinoni:

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

Ver: Guerinoni, Mariella. Arbitraje del estado: ¿Ad hoc o institucional? En: Revista Arbitraje PUCP N° 01 p. 13

instituciones, y asimismo el secretario arbitral es un trabajador del Centro independiente a los árbitros».

Entre las labores que realizan las instituciones arbitrales, y donde destaca la imparcialidad, destacan, según el estudio, la designación residual de los árbitros, la resolución de recusaciones, la decisión sobre los honorarios, y la supervisión del cumplimiento de los principios éticos, afirmando además que «en lo que respecta a aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, el arbitraje institucional, está en mejor posibilidad que el arbitraje ad hoc de garantizar que las actuaciones arbitrales se lleven a cabo con independencia, neutralidad, equidad e imparcialidad, y de manera rápida y eficiente, ventajas que caracterizan al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias».

Al ser las instituciones arbitrales el eje del tipo de arbitraje citado, el estudio establece parámetros que deberán cumplir estas, indicando que deberán formar parte «de un gremio empresarial como una Cámara de Comercio, de un Colegio Profesional de una profesión con actividades relacionadas a la contratación pública, o de una Universidad, las que deberán contar con una antigüedad mayor de 10 años»; asimismo, que deberán contar «con un portal institucional donde deberán publicarse: los nombres de los miembros de su Corte y/o Consejo de Arbitraje, su lista de árbitros y su Reglamento de Arbitraje, así como los laudos y decisiones sobre designación de árbitros y recusaciones de arbitrajes de contratación pública»¹².

Finalmente, en cuanto a la crítica al actual sistema de arbitraje considerado en la LCE (SNA-OSCE), refiere que la nueva Ley no contiene ninguna disposición que tienda a modificar la hegemonía del arbitraje ad hoc frente al arbitraje institucional, considerando sí, que éste posee rasgos «institucionales», como son: designación residual de árbitros y decisiones sobre recusaciones a cargo del SNA-OSCE, tarifario aplicable a los arbitrajes ad hoc, registro de árbitros de inscripción automática, registro de secretarios arbitrales, código de ética y órgano colegiado para la imposición de sanciones, custodia de expedientes arbitrales.

4.2.2 La visión que del arbitraje tiene el CARC-PUCP

Teniendo en cuenta lo expuesto, tanto en este punto, como en el precedente, consideramos conveniente configurar lo que sería el «tipo ideal» de arbitraje establecido en el Estudio del CARC-PUCP.

En principio sería un arbitraje institucional, donde los árbitros no tengan la obligación de inscribirse en el Registro del OSCE, y que si lo están, la obligación de designar a los allí inscritos sólo correspondería a las entidades públicas, más no a los contratistas, quienes tendrían libertad para designar sus árbitros; también serían árbitros a los que no se les exigiría la capacitación, ni la especialidad establecida en la norma; en este escenario, sólo podrían ejercer la función de árbitros aquellos que se encuentran inscritos en los registros de las instituciones arbitrales, debiendo estas últimas ser parte de un gremio empresarial profesional o Universidad con una antigüedad no menor de 10 años. Asimismo, y a fin de evitar la falta de transparencia, la asimetría informativa, y el riesgo de materialización de malas prácticas, el arbitraje en contrataciones del Estado debería ser institucional.

La propuesta nos parece interesante, aunque además de correr el riesgo de ser elitista, obvia el hecho de que el mercado de los servicios arbitrales no sólo es afectado por la asimetría informativa, sino que también es un mercado imperfecto, donde las condiciones de igualdad de los participantes (potenciales árbitros) se relativizan por diversos factores afectando con ello la libre competencia.

4.2.3 Evaluación de la CGR

Para la CGR el problema no es tan grave como lo describe el CARC-PUCP, y ello responde a la premisa distinta de la que parte, que es el crecimiento significativo del arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc, explicando este hecho desde la consideración de que el arbitraje institucional «constituye un mecanismo más confiable, que cuenta con procedimientos establecidos y previamente definidos a los cuales las partes aceptan someterse», estando a cargo «de instituciones especializadas con árbitros calificados», disminuyendo con ello «las posibilidades de que el laudo arbitral sea recurrido en nulidad»¹³.

4.3 Tipos y orígenes de las controversias

El estudio del CARC-PUC determina, siempre en relación con el tamaño de su muestra, que del total de arbitrajes, el 59.5% corresponden al contrato de obra, el 18% al contrato de bienes, el 14% al contrato de servicios y el 8.5% al contrato de consultoría, por lo que el contrato con el de mayor conflictividad es el de obras; totales que se distribuyen en las siguientes controversias:

12 Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maravi, Rigoberto. «Tendencias del arbitraje en la contratación pública: Análisis de Laudos Arbitrales». Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. www.consenso.pucp.edu.pe.

13 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p. 103

- Por contradicción de resolución administrativa emitida: 25.2%
- Por ausencia de manifestación (silencio administrativo): 10.8%
- Por incumplimiento de pago: 27 %
- Por demora en la aprobación, cuestionamiento, absolución: 7.5%
- Por indebida resolución contractual: 8.5%
- Por deficiencia de expediente técnico: 4.5%
- Por incumplimiento contractual – formalidad – demora requisitos para obras: 5.8%
- Por ampliación sin gastos generales: 9.5 %
- Por no acatar en liquidación ampliación de plazo concedida laudo anterior: 1.2%

Estos resultados le permiten concluir en que la mayoría de los procesos pudieron ser evitados si la administración hubiese tenido una actitud más proactiva¹⁴, ya que «el 74.8% de las controversias que se someten a arbitraje sobre Contratación Pública son producidas por ineficiencias o incumplimientos de las propias Entidades, cuyos funcionarios evitan tomar decisiones, trasladando esta responsabilidad hacia los árbitros, lo cual demuestra el errado temor que despierta la Contraloría en la función pública».

En este contexto, propone fortalecer los mecanismos prearbitrales, como son la Junta de resolución de Disputas y la Conciliación, y cambiar el enfoque de control que implementa el Sistema Nacional de Control, debiendo priorizar la evaluación de resultados en la perspectiva de mejorar la eficiencia.

Por otro lado, y respecto del mismo tema, y siempre teniendo en consideración el universo de la investigación, la CGR discrimina al interior de los 2,796 laudos revisados las distintas controversias que ellos resuelven, habiendo establecido para el período estudio un total de 5,506 controversias (100%), las mismas que en función de su relevancia, corresponden a los porcentajes siguientes:

• Indemnización por daños y perjuicios	17%
• Resolución de contrato	15%
• Ampliación de plazo contractual	12%
• Liquidación de contrato de obra	11%
• Penalidades	6%
• Otras controversias	40%
Total	100%

Ante estos resultados, la CGR destaca la controversia sobre indemnización por daños y perjuicios, la misma que por lo regular constituye una pretensión accesoria por hechos cuya responsabilidad se le imputa a una de las partes, en este caso al Estado.

La diferencia destacable en los resultados de ambos estudios es la relevancia que para al CGR adquiere la pretensión de pago por indemnización, la misma que es recurrente en los procesos arbitrales, por lo que se podría afirmar que en el Estado gestionar mal cuesta.

4.4 Resultados de los arbitrajes. ¿Quién demanda?, ¿Quién gana, quién pierde?

Este es una de los temas discutibles en el arbitraje en contrataciones del Estado, siendo el que más afecta al imaginario social respecto del arbitraje, los árbitros y la situación jurídica del Estado en ellos, habiendo sido por ello objeto de reflexión de ambos estudios.

¿Quién demanda? Sobre el particular, como es obvio, ambos estudios coinciden en que el que mayoritariamente demanda es el contratista. Así, el estudio del CARC-PUCP precisa que en el 95% de las veces, es el contratista quien demanda, siendo el saldo, el 5% a cargo de la entidad pública, entre las razones de esta situación, indica que se debe a las pocas posibilidades que tiene el contratista frente a la entidad, así como a la brevedad del plazo de caducidad, el que incentiva a la interposición de las solicitudes arbitrales.

La otra interrogante a absolver es ¿Quién gana, quién pierde? Respecto a ello, el Estudio del CARC-PUCP obtiene resultados destacables, y que contradicen al imaginario social. Así, se indica que:

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

14 «(...)es tremendamente revelador que solamente el 25.2% de los arbitrajes en materia de contratación pública se inicie por una contradicción de una resolución administrativa emitida por una Entidad Pública, en cambio el 74.8 % de los arbitrajes se inician ante ausencia de una resolución administrativa emitida por la Entidad y se basan en solicitar que se reconozcan derechos al contratista por incumplimientos contractuales del Estado, por demora en aprobaciones o pronunciamientos, por ausencia de pronunciamientos y, lo que es más grave aún, por incumplimiento del pago al contratistas conforme lo establecido en el contrato respectivo. Todas estas causas pudieron haberse evitado si el Estado fuera proactivo y no negligente, lo cual se plasma en la poca frecuencia en que los funcionarios toman decisiones». Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maravi, Rigoberto. «Tendencias del arbitraje en la contratación pública: Análisis de Laudos Arbitrales». Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. www.consensos.pucp.edu.pe.

En el resto de los laudos, «el Estado es condenado a pagar solo del 20% al 80% de lo que se le demanda, pero aquí los porcentajes en que esto ocurre no superan en ningún caso el 7% de las veces». Así, indica que «(...) por cada S/.10 que se le demanda al Estado, éste tan solo es condenado a pagar S/. 4,3, es decir menos de la mitad».

Los resultados expuestos le permiten concluir que constituye una afirmación errónea el decir que el «Estado pierde todos los arbitrajes», y que además demuestran «que las veces que pierde la tendencia es que se le ordene a pagar menos de la mitad de lo pretendido por el contratista, lo cual no puede considerarse bajo ninguna circunstancia un resultado del todo negativo».

Por otro lado, en el estudio de la CGR se afirma que de la revisión de los 2796 laudos revisados en el período 2003-2013, el Estado ha perdido en el 70% de las veces, siendo favorables el 27%, habiéndose conciliado en el 3%¹⁵, determinando, en consecuencia, que el estado realice un pago total de S/. 1,128 millones.

Estos resultados, distintos a los obtenidos por el CARC-PUCP no significan para la CGR que el «sistema arbitral sea perverso o que sea el responsable de los resultados negativos que tiene el Estado en cuanto a la gestión de sus procesos arbitrales»¹⁶, al contrario, los mismos le hacen reflexionar sobre las causas, siendo entre otras, las siguientes:

- Falta de seguimiento de la ejecución del contrato por parte de los funcionarios y servidores responsables de dicha función, omisión que afecta tanto el cumplimiento del objeto, las condiciones contractuales pactadas, pero que además «genera inconvenientes que pueden ser aprovechados por los agentes privados para recurrir a la vía arbitral».

- Existencia de una débil organización en las dependencias logísticas, carencia de profesionales especializados en contratación pública.
- Falta de atención oportuna a las distintas situaciones y contingencias que se presentan en la ejecución de contratos¹⁷.

Otro aspecto relevante es la situación de la Defensa arbitral del Estado, donde la CGR concluye en que existe una «deficiente o nula coordinación interna entre las áreas involucradas de la entidad», lo que genera que «no cuente con una adecuada defensa técnica y legal de sus intereses que le permita revertir o por lo menos disminuir los efectos de las pretensiones del agente privado»¹⁸.

En este contexto, la CGR concluye en que de lo que se trata es de fortalecer los sistemas administrativos en el ámbito de la administración de los contratos¹⁹, no significando, en ningún extremo, la descalificación del arbitraje; conclusión concordante con el Estudio del CARC-PUCP, para quien el estado pierde por «ineficacia o incumplimiento de las propias entidades»

5. Finalizando

Los estudios nos han permitido quebrar con algunas visiones respecto del arbitraje en contrataciones del Estado y la situación de este en los procesos arbitrales, estableciendo nuevas verdades, cimentadas en la realidad, como la de que el Estado pierde por la debilidad de sus sistemas administrativos, dejando incólume la institución arbitral.

Pero así como se ha quebrado un imaginario, se corre el riesgo de crear otros, que pueden afectar ya no a la institución arbitral, sino a los actores de él. Sólo el tiempo y las normas que próximamente se promulgaran nos lo dirán. ☒

15 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. CGR p. 74

16 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p.75

17 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p. 76

18 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p. 76

19 Contraloría General de la República. «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013». www.doc.contraloria.gob.pe. p. 77