

Arbitraje Institucional en la Contratación Pública

César Guzmán-Barrón Sobrevilla*
Rigoberto Zúñiga Maravi**

Resumen:

En el presente artículo, los autores nos dan un panorama de las ventajas del arbitraje institucional sobre el arbitraje ad hoc, en materia de contratación pública. Así, partiendo del panorama actual del arbitraje en dicha materia, describen las ventajas del arbitraje institucional, en aras de tener un sistema más eficiente, transparente, que es el objetivo deseado.

Palabras clave:

Arbitraje institucional – Arbitraje ad hoc – Contratación pública – Transparencia – Reforma

Abstract:

In the present article, the authors give us an overview about the advantages of institutional arbitration over ad hoc arbitration, on public procurement matter. Thus, starting by describing the present situation of arbitration on that field, they describe the advantages of institutional arbitration, in favor of reaching a more efficient and transparent arbitration system, which is the desired goal.

Keywords:

Institutional arbitration – Ad hoc arbitration – Public procurement – Transparency – Reform

Sumario:

1. Introducción – 2. La necesidad de transparencia en el arbitraje de contratación pública – 3. Panorama actual del tipo de arbitraje utilizado en la contratación pública: institucional vs ad hoc – 4. Razones para preferir el arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc – 5. Situación legislativa actual y necesidad de reforma para privilegiar arbitraje institucional – 6. Retos de la Ley N° 30225 para fortalecer el arbitraje institucional – 7. Conclusiones

* Abogado y Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Abogado (Summa Cum Laude) y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Investigador Jurídico del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto del Curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción

El arbitraje fue incorporado por primera vez como medio de solución de controversias para las controversias surgidas durante la ejecución de contratos celebrados en el marco de la contratación pública en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 (1998). Transcurridos 17 años de ese entonces, el arbitraje se ha mantenido hasta nuestros días en cada uno de los cuerpos normativos que han regulado la contratación pública: Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. No.083-2004-PCM (2008), Ley de Contrataciones del Estado, D.L N° 1017, Ley N° 29873, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (2012), Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (2014, aun no vigente).

A través de esta disposición, el Perú se convirtió en el primer país en donde el Estado recurre a algún medio alternativo de resolución de controversias (arbitraje y conciliación) como regla y no como excepción, lo cual ha significado que se le elogie en diferentes foros especializados por adoptar una visión eficiente de la solución de controversias para su contratación pública.

Sin duda, esta vocación de permanencia en el tiempo demuestra que el arbitraje es un medio de solución de controversias que otorga ventajas fundamentales a la Contratación pública:

- En primer término, debemos señalar que el arbitraje en materia de contratación pública ofrece a los inversionistas nacionales y extranjeros la garantía de un tribunal neutral para la solución de sus controversias, con lo cual se crea confianza en la inversión privada, toda vez que para sus actos de gestión el Estado renuncia a someter sus controversias al Poder Judicial y confía en el arbitraje, con lo cual tanto el privado como el Estado se encuentran en igualdad de condiciones, pues ambos designan a un árbitro de parte o a un árbitro único según sea el caso.
- En segundo término, el arbitraje permite que las controversias de la contratación pública se resuelvan en un tiempo menor en comparación con el Poder Judicial y a través de un medio especializado, lo cual conlleva una gran ventaja tanto para los contratistas como para el propio Estado. Esta rapidez en la resolución de conflictos se traduce en seguridad jurídica por la certeza oportuna que proporciona, tanto para los particulares como para el Estado, el cual además puede determinar de manera más precisa y eficiente el patrimonio nacional

Al día de hoy es innegable que el arbitraje en el Perú es en su gran mayoría arbitraje de contratación pública. La elección del Estado respecto de arbitrar sus controversias trajo consigo la expansión y descentralización del arbitraje, ya que hasta el Municipio más pequeño del país está obligado a arbitrar sus controversias. El arbitraje ha sido usado con una intensidad impresionante en la contratación pública, toda vez que es un medio heterocompositivo, decide un tercero, y que además su estructura adversarial permite que ambas partes en conflicto puedan desplegar sus mejores esfuerzos para resultar victoriosas.

Esta masificación del arbitraje del Estado significa que el adecuado desarrollo del mismo es de suma importancia para lograr la pacificación social en nuestro medio y asimismo salvaguardar de manera adecuada los intereses públicos inmersos en los contratos que se someten a arbitraje.

2. La necesidad de transparencia en el arbitraje de contratación pública

El arbitraje del Estado posee rasgos muy particulares básicamente por tres motivos,

- Primeramente, debido a que en él se discuten controversias relativas a incumplimientos contractuales relativos a bienes y fondos públicos
- En segundo lugar, porque en él intervienen funcionarios públicos, representando al Estado, en el cumplimiento de la función pública que les es encargada, por lo que a todas luces existe un interés público en las decisiones que en él se produzcan.
- En tercer lugar, conforme ya se señaló, porque el Estado utiliza la contratación pública para proveerse de bienes, servicios y obras que satisfacen un interés público.

En este sentido, debe dársele un tratamiento especial que privilegie la aplicación del principio de transparencia, mediante lo cual se crearan desincentivos en contra de posibles malas prácticas en el desarrollo de las actuaciones arbitrales. A mayor abundamiento, el artículo 52.7 de la Ley de Contrataciones del Estado vigente (LCE) establece que el Arbitraje en Materia de Contratación Pública se realiza bajo la aplicación del Principio de Transparencia.

Es por ello, que consideramos que las reformas que se introduzcan en el arbitraje de contratación pública deben estar encaminadas a lograr una efectiva aplicación de este principio.

3. Panorama actual del tipo de arbitraje utilizado en la contratación pública: institucional vs ad hoc

A día de hoy es innegable que el arbitraje en el Perú es en su gran mayoría arbitraje de contratación pública. La elección de Estado respecto de arbitrar sus controversias trajo consigo la expansión y descentralización del arbitraje, hasta el Municipio más pequeño del país está obligado a arbitrar sus controversias.

Esta masificación del arbitraje del Estado significa que el adecuado desarrollo del mismo es de suma importancia para lograr la pacificación social en nuestro medio y asimismo salvaguardar de manera adecuada los intereses públicos inmersos en los contratos que se someten a arbitraje.

En este sentido, uno de los problemas que ha enfrentado el arbitraje en contratación pública, por el gran crecimiento que ya hemos mencionado, es que se ha cuestionado su idoneidad por ser poco transparente y hasta en algunos casos se le han atribuido casos de corrupción que es practicada por algunos malos árbitros y algunas malas partes, justamente por la nula supervisión que posee el arbitraje hasta la emisión del laudo.

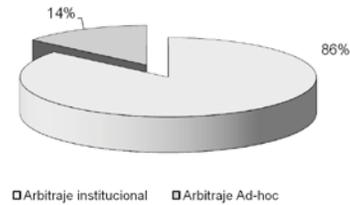
El arbitraje de contratación pública, conforme la Ley y su Reglamento vigentes, puede ser institucional o ad hoc. El arbitraje institucional es aquel que es organizado y administrado por una institución arbitral (Centro de Arbitraje) de acuerdo a su Reglamento de Arbitraje. Por su parte, el arbitraje ad hoc es aquel que es administrado y organizado por los propios árbitros de acuerdo a las reglas procedimentales que ellos establezcan. Evidentemente salta a la vista que la mayor diferencia entre ambos es que el arbitraje ad hoc carece del soporte institucional con vocación de permanencia en el tiempo, lo cual implica determinadas consecuencias que se detallarán en las próximas líneas.

El arbitraje ad hoc ha cobrado gran importancia dentro del mercado del arbitraje del Estado, a pesar que es el menos idóneo para salvaguardar una adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado, debido a la vida temporal del Tribunal Arbitral ad hoc, y asimismo, al depender de la discrecionalidad de los árbitros y no tener ningún control, es más susceptible de ser usado para llevar a cabo prácticas de corrupción.

Este fenómeno ocurre a contrapartida de la realidad en el resto del mundo, en donde el arbitraje institucional prima notoriamente sobre el arbitraje ad hoc. Es curioso que en el caso de la contratación pública esto sea totalmente inverso.

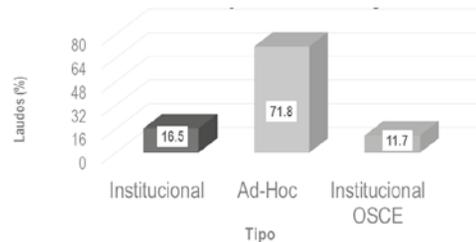
En efecto, conforme se aprecia en el siguiente cuadro elaborado por la Price Watershouse Coopers, el arbitraje en el mundo es esencialmente institucional¹:

Tipo de arbitraje solicitado



Sin embargo, nuestra investigación denominada «Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos» demostró que, a contrapartida de lo que ocurre en otras latitudes, el arbitraje de contratación pública peruano es abrumadoramente ad hoc²:

Tipo de arbitraje



Esta realidad atiende al contexto del nacimiento del arbitraje de contratación pública. Hacia 1998 el arbitraje institucional en el Perú era muy precario en cuanto al número de instituciones arbitrales en el país y era además centralizado solo en Lima. En consecuencia, si el Estado quería arbitrar debía hacerlo mayoritariamente a través del arbitraje ad hoc y residualmente a través del arbitraje institucional, y a la par, esto devino en que, al no existir suficientes instituciones arbitrales, el Estado creó un Centro de Arbitraje estatal, valga la redundancia, el Servicio Nacional de Arbitraje a cargo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (SNA- OSCE).

Pero 17 años después, la realidad es totalmente distinta. El arbitraje se ha desarrollado en el Perú, ya existe una cultura arbitral y además existen instituciones arbitrales importantes y serias, no solo en Lima sino además en las ciudades más importantes del país, con lo cual podemos hablar de un arbitraje institucional descentralizado. Estas circunstancias ameritan que deban de revisarse las bondades del uso mayoritario del arbitraje ad hoc para la contratación pública.

1 PRICE WATERSHOUSE, COOPERS. International Arbitration: corporate attitudes and practices 2008” In: http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf

2 Centro de Analisis y Resolucion de Conflictos de la Pontificia Universidad Catolica del Peru, Estudio de Investigacion: «Tendencias Del Arbitraje de Contratacion Publica: Analisis de Laudos Arbitrales»

4. Razones para preferir el arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc

4.1 La aplicación efectiva del principio de transparencia

Conforme ya se señaló, el arbitraje de contratación pública requiere la efectiva aplicación del Principio de Transparencia. En este sentido, cobra vital importancia conocer cuál de los dos tipos de arbitraje asegura una mejor aplicación y un mejor cumplimiento de este principio.

Lo que tratamos de decir es que por su propia naturaleza el arbitraje ad hoc no puede ser igual de transparente que el arbitraje institucional.

No es que el arbitraje ad hoc sea peor que el institucional, es simplemente distinto.

Dicho todo esto, toca relacionar las ventajas del arbitraje institucional con la aplicación del precitado principio de transparencia, que conforme el artículo 52.7 de la Ley de Contrataciones del Estado, rige en el arbitraje en materia de contratación pública.

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje ad hoc, el arbitraje institucional cuenta con ciertas características de predictibilidad que abundan en favor de la aplicación efectiva del Principio de Transparencia, conforme se demuestra a continuación³:

ARBITRAJE INSTITUCIONAL	ARBITRAJE AD HOC
<p>REGLAS CONOCIDAS</p> <p>El Reglamento que regula las actuaciones arbitrales precede al inicio del arbitraje, cada Institución Arbitral cuenta con un Reglamento propio, esto posibilita que las partes conozcan de antemano las reglas del proceso. Son reglas procedimentales preestablecidas siendo innecesario, por tanto, que los árbitros tengan que establecer esas reglas en cada caso concreto. Brinda seguridad jurídica y predictibilidad.</p>	<p>REGLAS INCIERTAS</p> <p>Para cada arbitraje son los propios árbitros quienes fijan las Reglas para las actuaciones arbitrales en el Acta de Instalación. No hay predictibilidad pues no se conocen estas Reglas de antemano sino una vez iniciado el arbitraje, la fijación de reglas suele ser discrecional por parte de los árbitros.</p>
<p>COSTOS CONOCIDOS</p> <p>Cada Institución Arbitral posee un tarifario de honorarios y gastos arbitrales, que permita a las partes realizar un análisis económico previo sobre el costo del proceso respecto de los beneficios que pretenden obtener. Este tarifario genera predictibilidad seguridad al evitarse arbitrariedades en la fijación de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral. Asimismo la re liquidación de honorarios y gastos arbitrales en caso de ampliación de demanda o reconvencción está a cargo de las Cortes de Arbitraje de cada Institución Arbitral, que son órganos colegiados neutrales respecto de los arbitrajes administrados por la Institución.</p>	<p>COSTOS INCIERTOS</p> <p>Si bien es cierto que las recientes modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 han establecido que los honorarios y gastos arbitrales se regulen por el tarifario del Sistema Nacional de Arbitraje- SNA, lo cierto es que esto no impide que las re liquidaciones de honorarios y gastos arbitrales por ampliación de demanda o reconvencción sean decididas directamente por los propios árbitros de cada arbitraje, con lo cual no existe una neutralidad debida en la determinación de los criterios para la fijación de estos montos, toda vez que el Tribunal Arbitral es también juez y parte frente a los reclamos (reconsideraciones) que plantean las partes respecto de los costos arbitrales.</p>
<p>REGULACION DE REGLAS ETICAS ESPECIFICAS Y ORGANOS DE SANCION PRECONSTITUIDOS</p> <p>Cada Institución Arbitral posee un Código de Ética que establece los principios y valores a los que están sujetos los árbitros, estableciendo sanciones en el caso que su comportamiento viole tales principios y valores, las Cortes de Arbitraje de cada Institución son las que tienen a su cargo esta labor sancionadora.</p>	<p>REGULACION DE REGLAS ETICAS GENERALES Y SANCIONES DIFUSAS</p> <p>La pregunta en un arbitraje ad hoc es ¿quién vela por la ética y eventualmente sanciona las faltas que pudieran cometer los árbitros? Si bien es cierto que el OSCE posee un Código de Ética que les resulta aplicable evidentemente al no existir una Institución Arbitral esto se dificulta. No obstante que las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 han otorgado esta facultad al Tribunal de Contrataciones del Estado, consideramos que dicha labor le resulta forzada e impropia por ser un Tribunal Administrativo, asimismo resulta sumamente complicado poder supervisar a la gran cantidad de Tribunales Arbitrales ad hoc que existen en todo el país.</p>
<p>LISTA DE ARBITROS REFERENCIAL</p> <p>Cada Institución Arbitral posee una lista o registro de árbitros previamente seleccionados por la Institución, que además de servir como referente a las partes para designar al árbitro de parte, sirve también como referente obligatorio para la Institución Arbitral cuando debe designar árbitros por omisión o falta de acuerdo de las partes. En este sentido, las Instituciones pueden depurar árbitros de sus listas ante supuestos de infracciones éticas.</p>	<p>NO EXISTE LISTA DE ARBITROS REFERENCIAL</p> <p>En el arbitraje ad hoc las partes no designan a los árbitros, ni estos al Presidente, tomando como referencia una lista de árbitros, sino de manera discrecional. El no contar con una lista de referencia previamente calificada incrementa el riesgo de designar a un árbitro susceptible a malas prácticas.</p>

3 Guerinoni, Mariella, Arbitraje del estado: ¿Ad hoc o Institucional? En: Revista Arbitraje PUCP N° 01 , p.12-13

<p>ORGANIZACIÓN CON SOPORTE INSTITUCIONAL Y PERMANENCIA EN EL TIEMPO</p> <p>Cada Institución Arbitral constituye una organización y estructura adecuadas e independientes de las partes y de los árbitros que salvaguardan, bajo responsabilidad, el normal, eficiente y oportuno desarrollo de las actuaciones arbitrales. Para ello, cuentan con un órgano del más alto nivel (Corte, Consejo, etc.) y una Secretaría General que lidera a los secretarios arbitrales que son profesionales debidamente capacitados y especializados en procesos arbitrales. Además normalmente forman parte de un gremio empresarial, colegio profesional o universidad, lo cual les otorga credibilidad y seriedad frente a las partes.</p>	<p>EXISTENCIA EFÍMERA Y CARENCIA DE SOPORTE INSTITUCIONAL</p> <p>El Arbitraje Ad Hoc es organizado y administrado por los árbitros, su principal característica es que no existe una Institución Arbitral que le otorgue un soporte, esto implica que carece por su propia naturaleza de todas las ventajas que aporta una presencia Institucional seria y permanente. Se debe hacer énfasis en que el arbitraje ad hoc el Tribunal Arbitral permanece activo solo hasta la emisión del laudo, con lo cual las labores de supervisión posteriores se dificultan.</p> <p>Por otra parte, 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. Asimismo, en ocasiones la secretaría arbitral recae en personas que no cuentan con la experiencia y conocimientos necesarios.</p>
<p>LOCAL CONOCIDO E INFRAESTRUCTURA Y LOGÍSTICA APROPIADOS</p> <p>Cada Institución Arbitral posee una infraestructura adecuada con soporte logístico y tecnológico para la realización eficiente de las audiencias, notificaciones, actuaciones y las coordinaciones necesarias con las partes y con los árbitros. Asimismo cada Institución Arbitral posee un domicilio conocido y horario de atención predeterminado, lo que ayuda al debido proceso arbitral y al derecho de defensa de las partes.</p>	<p>LOCAL, INFRAESTRUCTURA Y LOGÍSTICA INCIERTOS</p> <p>Conforme ya se señaló, el arbitraje ad hoc carece de un soporte institucional, esto implica que no siempre cuenta con las facilidades logísticas y tecnológicas para la realización eficiente de las audiencias, notificaciones, actuaciones y las coordinaciones necesarias con las partes y con los árbitros. Asimismo, en los arbitrajes ad hoc, los Tribunales Arbitrales no poseen un domicilio previamente conocido y un horario de atención predeterminado, ya que todo esto es fijado por el Tribunal Arbitral al Instalarse, 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.</p>

Por lo expuesto, resulta claro que la predictibilidad que aporta recurrir a una Institución Arbitral reduce significativamente la eventual posibilidad de actos de corrupción o colusión, tema particularmente sensible en los arbitrajes en los que participa el Estado, además de ayudar al impulso de las actuaciones arbitrales cuando los árbitros paralizan o retrasan injustificadamente el proceso por negligencia o desidia debido al control de calidad que ejercen las Instituciones Arbitrales sobre los arbitrajes que administran.

Asimismo, en términos generales, en lo que respecta a aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral; las Instituciones Arbitrales están en plena capacidad de garantizar que el proceso arbitral se lleve a cabo con independencia, neutralidad, equidad e imparcialidad, y de manera rápida y eficiente, toda vez que cuentan con un organigrama definido a través de sus secretarios arbitrales, sus Secretarías Generales y sus Cortes de Arbitraje. Estas ventajas son a todas luces necesarias para acrecentar la confianza en el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias eficiente.

Asimismo, es importante valorar el soporte institucional con el que cuentan, aunado a la duración indeterminada de las Instituciones Arbitrales en el tiempo, lo cual posibilita un adecuado registro y conservación de las actuaciones arbitrales, así como una capacidad potencial de poder publicar en sus portales

web los laudos arbitrales y decisiones sobre recusación, remoción y nombramiento de árbitros por defecto.

Por el contrario, el arbitraje ad hoc presenta una serie de limitaciones que muchas veces pueden convertir al arbitraje en un mecanismo ineficiente y poco predecible de solución de controversias. Como consecuencia de ello, en el arbitraje ad hoc se pueden presentar algunas situaciones que las podemos calificar de alguna manera como «inapropiadas», que son particularmente sensibles en los casos en los que participa el Estado, todo esto motivado por la discrecionalidad y nula supervisión con la que actúan los Tribunales Arbitrales Ad Hoc en la elección del secretario arbitral, fijación de las reglas del arbitraje y fijación y re liquidación de honorarios arbitrales genera una incertidumbre que es contraria al interés público inmerso en el Arbitraje en Materia de Contratación Pública.

4.2 Evitar dilaciones en el desarrollo de las actuaciones arbitrales:

Debemos agregar que la normativa actual le otorga tareas al OSCE respecto de los arbitrajes ad hoc, en este sentido el OSCE, debe resolver y/o participar en las siguientes etapas de las actuaciones arbitrales

- La designación residual de árbitros: Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- La resolución de las recusaciones que se presenten contra los árbitros: Artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Instalación del Tribunal Arbitral: Artículo 227° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Determinación de Gastos Arbitrales: Artículo 230° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Esto genera que OSCE destine tiempo, dinero y recursos humanos a tareas que podrían ser asumidas por las Cortes de Arbitraje de las Instituciones Arbitrales en caso de arbitraje institucional. Estas tareas le vienen generando una sobrecarga que es difícilmente atendida dentro de los plazos que por su rapidez exige el arbitraje como mecanismo eficiente de resolución de controversias, lo cual distorsiona su efectividad y celeridad.

Sin lugar a dudas permitir que las Instituciones Arbitrales realicen estas tareas abundará a favor de la imparcialidad necesaria en todo arbitraje, ya que las Instituciones Arbitrales desempeñarán un papel fundamental para el impulso de los arbitrajes que organicen y administren; puesto que, como entes ajenos a los árbitros y a los intereses de las partes, buscarán resaltar la calidad de sus servicios frente a las otras Instituciones Arbitrales competidoras, resolviendo estas cuestiones dentro de los plazos previstos para de este modo contribuir con el adecuado desarrollo de las actuaciones arbitrales de los arbitrajes que administren y organicen.

5. Situación legislativa actual y necesidad de reforma para privilegiar arbitraje institucional

Conforme lo expuesto, consideramos sumamente necesario que el Estado tome cartas en el asunto y se varíe la realidad actual de predominio del arbitraje ad hoc sobre el arbitraje institucional en la contratación pública.

Este predominio del arbitraje ad hoc frente al institucional obedece básicamente a los siguientes factores de índole Legal:

- La vigente Ley de Contrataciones del Estado, D.L N° 1017, modificada por la Ley N° 29835, no promueve el arbitraje institucional salvo el del SNA-OSCE en casos de convenio arbitral institucional que no señala el nombre de la Institución Arbitral
- El Reglamento de esta Ley solo señala la posibilidad de que las partes acuerden recurrir a un arbitraje institucional, sin embargo no establece en qué momento anterior a la suscripción del contrato las partes pueden efectuar este encargo a la Institución Arbitral que elijan, con lo cual esta posibilidad se materializa pocas veces.
- Los convenios arbitrales de las Bases Estandarizadas son ad hoc, y ya que el artículo 26° de la Ley vigente establece que lo establecido en las Bases obliga a las Entidades, los funcionarios públicos no tienen adecuados incentivos para incorporar convenios arbitrales institucionales en las Bases pues estarían modificándolas.

En este sentido, se observa que la actual regulación sobre el tipo de arbitraje en Contratación Pública propicia claramente la primacía del arbitraje ad hoc sobre el institucional, lo cual causa distorsiones sobre la transparencia de éstos arbitrajes.

Idéntica situación ocurre en la en la Nueva Ley De Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, en donde no se aprecia ninguna disposición que tienda a este objetivo.

En efecto, la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, no realiza un esfuerzo por privilegiar el arbitraje institucional, sin embargo debemos señalar que el arbitraje ad hoc al que se refiere la nueva ley e incluso la Ley vigente y su Reglamento tiene muchos rasgos «institucionales», tales como:

- Designación residual de árbitros y decisiones sobre recusaciones a cargo del SNA-OSCE⁴
- Tarifario aplicable para honorarios de árbitros ad hoc⁵

4 Reglamento LCE: Artículo 222°.- Designación

En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.

2. Para el caso de tres (3) árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) árbitros designarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación.

3. Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer arbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

- Registro de Árbitros de inscripción automática⁶
- Registro de secretarios arbitrales⁷
- Código de Ética y Órgano colegiado para la imposición de sanciones, es decir el Consejo de Ética⁸
- Custodia de expedientes arbitrales⁹

Todos estos rasgos del arbitraje ad hoc regulado por la Ley de Contrataciones vigente, y también por la NLCE, provienen claramente del arbitraje institucional. Entonces, la gran pregunta es: ¿No sería más fácil recurrir de forma preeminente o incluso exclusiva al arbitraje institucional antes que «institucionalizar» el arbitraje ad hoc?

En este sentido es evidente que el arbitraje ad hoc tiene muchos problemas, entre los cuales se encuentra la falta de control de los árbitros y del proceso. Es necesario, entonces, que los arbitrajes del Estado se concentren en instituciones arbitrales que puedan ser controladas por el Estado.

Es por todo lo expuesto que consideramos imperioso una reforma legislativa que atienda decididamente la falta de transparencia en el arbitraje y, en consecuencia, establezca la preeminencia del arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc en la contratación pública.

6. Retos de la Ley N° 30225 para fortalecer el arbitraje institucional

Consideramos que la acreditación de Centros de Arbitraje a la que hace referencia la Ley N° 30 225 debe ser acompañada por las siguientes condiciones:

- El arbitraje institucional sea obligatorio para la resolución de controversias de la contratación pública y solo de manera excepcional se pueda recurrir al arbitraje ad hoc.
- El SNA-OSCE tenga un rol verdaderamente subsidiario en atención al principio de la subsidiariedad de la intervención económica del Estado, regulado en el artículo 63° de la Constitución.
- Los criterios de acreditación de los Centros de Arbitraje deben fomentar la transparencia del sistema arbitral y asegurar que estas instituciones cuenten con trayectoria y experiencia en materia arbitral probada, además de asegurar una garantía de permanencia en el tiempo. En este sentido creemos que los parámetros a cumplir por las instituciones arbitrales acreditadas y que deben ser exigidos en el Reglamento debieran ser los siguientes:
 - 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.
 - 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

La resolución de designación se notificará a las partes a través de su publicación en el SEACE y será comunicada, de manera personal, al árbitro designado.

Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE se realizarán de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.

5 Reglamento LCE: Artículo 222°.- Gastos arbitrales

En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de lo establecido por la tabla de gastos arbitrales SNA- OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto será definitiva e inimpugnable.

6 Artículo 45.6 NLCE.

(...)Asimismo, 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

7 Artículo 45.7 NLCE.

Para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales 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.

8 Artículo 45.10 NLCE.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniendo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable. (...)La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas.

9 Artículo 45.12 NLCE

Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por un plazo no menor de diez (10) años desde la terminación de las mismas.

laudos y decisiones sobre designación de árbitros y recusaciones de arbitrajes de contratación pública

Es por ello que resulta imperioso modificar estos términos legales para crear condiciones favorables y seguras para la institucionalización del arbitraje de contratación pública en el Perú.

7. Conclusiones

Conforme hemos señalado, el arbitraje ad hoc no es malo, pero es distinto al arbitraje

institucional. La mayor diferencia entre ambos es que el último calza mejor con las exigencias de transparencia que exige la contratación pública, a raíz del interés público que satisfacen.

En este sentido, se debe privilegiar el uso del arbitraje institucional en la contratación pública a efectos de que, a través de la aplicación efectiva del principio de transparencia, se logre una mayor confianza en el arbitraje y en los árbitros en aras de una mayor seguridad jurídica. ☒