

# El Arbitraje en Contratación Pública: (Des)confianza y Aporía.

## Breves Comentarios al Proyecto de Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado

Franz Kundmüller Caminiti\*

### Resumen:

Este artículo no pretende un análisis exhaustivo sobre las propuestas contenidas en el futuro Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Comienza con una reflexión sobre la importancia de la confianza y prosigue con el análisis de diversos aspectos inherentes a los principios que caracterizan al arbitraje y que; en un futuro cercano, deberían servir para «arbitralizar» el arbitraje en materia de contratación pública.

### Palabras clave:

Arbitraje – Contratación pública – Confianza – Principio kompetenz-kompetenz – Ley de Contrataciones del Estado

### Abstract:

This article doesn't pretend to be an exhaustive analysis about the proposals contended in the oncoming regulation of the new Public Procurement Peruvian Law.

It begins with a reflection about the importance on trust, and it continues by analyzing inherent issues to the principles that characterize arbitration, and that, in a near future, should be used to 'arbitralize' arbitration on public procurement matter.

### Keywords:

Arbitration – Public procurement – Trust – Principle of kompetenz-kompetenz – Public Procurement Law

### Sumario:

1. La confianza – 2. Los árbitros y la contratación pública: cero competencia – 3. El arbitraje obligatorio y la diversificación de medios de solución de controversias – 4. El arbitraje y sus principios, ilegalidad del RCLE – 5. El arbitraje conforme al Tribunal Constitucional – 6. El arbitraje y su autonomía, especialidad basada en principios – 7. La designación de los árbitros a cargo de las partes, una cuestión de confianza y responsabilidad – 8. El arbitraje como modelo de buenas prácticas – 9. Conclusión

\* Arbitro, profesor universitario Pontificia Universidad Católica, Universidad de Lima, Universidad de Piura, Universidad San Pablo. Experto en Negociación, Conciliación y Arbitraje. Cuenta con una maestría en Derecho Internacional Económico por la PUCP. Ha sido también Miembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje y de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Perú. Miembro de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

## 1. La confianza

La confianza es un bien escaso. En nuestro medio, lo usual es que se extienda la percepción de desconfianza, siendo que ésta no es un bien, pues constituye uno de los principales insumos para desarrollar patologías sociales que tienden a agravarse con el transcurso del tiempo.

Es deseable que las partes tengan confianza en los árbitros que designan, pues por eso los designan. No es coherente designar a un árbitro en el que no se confía o designar a un árbitro parcializado, para que ejerza una función diferente a la que comprende el encargo.

En consecuencia, lo óptimo es que la parte designe al árbitro porque tiene confianza en que será independiente e imparcial en el ejercicio de su función, así como al momento de resolver la controversia, aplicando para ello el conocimiento especializado en determinado ámbito del Derecho o en determinado oficio o profesión.

La confianza no es un bien en el sentido estricto del término, tal como la palabra se define en el diccionario de la Real Academia; es decir: *Aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal.*

De otro lado, la experiencia enseña que generar confianza es un arduo proceso, porque toma mucho tiempo y comprende una sucesión de conductas «confiables» y reiteradas. De modo que no se genera en forma instantánea.

Este proceso ocurre y solamente prospera en un contexto que privilegia el proceder ético de las personas, donde entre unos y otros, se forma la certeza que dichas conductas reiteradas no serán modificadas arbitrariamente o al menos se genera la convicción de que las probabilidades de que dichas modificaciones arbitrarias ocurran, son tremendamente limitadas y excepcionales.

Por ejemplo, en un contexto que privilegia el valor de la confianza, el árbitro que actúa en forma correcta, respetando el principio de igualdad entre las partes así como el derecho de defensa del demandante y del demandado, recibirá a su vez la confianza de las partes y consolidará, paulatinamente, su credibilidad y su posición en el mercado de servicios de arbitraje, pues su proceder implica que es un árbitro independiente e imparcial, que lleva a cabo su trabajo con solvencia profesional y dentro de parámetros de calidad arbitral.

Bajo esta perspectiva, además del tiempo que toma construir confianza, es pertinente tener en cuenta que ésta desaparece o se agota con facilidad y casi en forma instantánea. Es decir, una crisis de confianza se puede desatar debido a un error involuntario de alguno de los involucrados o debido a un acto intencional. El efecto será el mismo: pérdida de confianza e impacto negativo en las relaciones entre las personas.

En consecuencia, el bien confianza es volátil y lábil, puesto que requiere de su constante reafirmación. Eso se logra mediante acciones y conductas positivas materializadas en forma sostenida en el tiempo. Pero, también, puede desaparecer o afectarse muy fácilmente, lo que ocurrirá incluso si los involucrados tuvieron toda la buena voluntad o buena fe del mundo, pues como hemos visto, un error también genera un impacto negativo en la confianza e incluso su pérdida total.

El hecho es que una vez producida la crisis, lamentablemente, la confianza no podrá ser restaurada al mismo nivel de intensidad en el que se encontraba antes; así de sencillo. Es decir, si se pudiera cuantificar el impacto, la confianza anterior a la crisis no es comparable con la que se pretende reconstruir con posterioridad a una «crisis de confianza». Esta de hecho es menos que la confianza primigenia, puesto que se trata de una confianza «menguada».

Eso se debe a que es materialmente imposible convertir algo que está mal o que ha perdido sus cualidades positivas originales, en algo bueno; salvo que se cuente con alguna misteriosa alquimia que lo permita o salvo que ocurra un milagro.

La confianza, de otro lado, también funciona como una argamasa integradora que consolida los contratos y los acuerdos que se materializan entre las personas dentro de un mercado o dentro de una comunidad. Brinda un sustrato de valor al andamiaje «relacional» sobre el cual se construye cualquier sociedad, en el plano institucional e intersubjetivo.

Constituye, así, un elemento transversal que tiene que ver con, prácticamente, todas las actividades de las personas, incluida la práctica arbitral, en especial, en el ámbito comercial. Pero, paradójicamente, y como es evidente, la confianza no se construye por vía de decreto o ley, sino a partir de las buenas prácticas reiteradas y perfeccionadas en el tiempo, en un contexto de respeto al estado de Derecho.

Por eso es que mas allá del bien confianza, se habla de una cultura de la confianza; siendo insostenible lo contrario. Es decir, la «cultura de la desconfianza» es deleznable per se. Esta no

constituye una cultura y sostener que existe, no es otra cosa que una aporía que refleja una patología social, con una gama de impactos negativos y tremendamente costosos para las personas, empresas e instituciones.

En todo caso, podríamos reflexionar sobre cómo sobrevivir en un medio donde impera la desconfianza, como aspecto central en un contexto de falta de cultura de confianza; pero en este caso estaríamos refiriéndonos a un requisito de supervivencia y no a un factor de construcción de cultura. Más bien, la desconfianza es un elemento que «deconstruye» cultura, instaura «antivalores» e impacta en la economía y, en general, en la sociedad.

Esta «anti cultura», si cabe el término, se incuba en un clima de desconfianza, que se extiende entre las personas y las instituciones. En este contexto de desconfianza y, por ende, de aporía, el solo pacto y sus efectos obligatorios reconocidos por el ordenamiento jurídico formal y por la voluntad de las personas pareciera no ser suficiente para el cumplimiento de los acuerdos y para garantizar seguridad jurídica y predictibilidad de los contratos. Por ende, la confianza en que se va a cumplir la palabra empeñada, tampoco pareciera ser suficiente.

Así, tenemos que donde campea la desconfianza, no solo nos encontramos ante un clima donde impera la aporía antes mencionada, sino que además, el viejo apotegma «pacta sunt servanda» requerirá de una serie de «complementos onerosos» para su materialización y exigibilidad, incrementando así los costos de transacción y creando costos ocultos.

Es más, todo esto se traducirá en la incorporación de cláusulas complejas en los contratos, penalidades, garantías onerosas, intervención de terceros para la exigibilidad compulsiva de lo acordado e incluso, desnaturalización de instituciones jurídicas para «adecuarlas a la realidad», etc. Es el caso del arbitraje en contratación pública, que en la práctica tiende a desnaturalizar las disciplinas arbitrales mediante la sobrerregulación, sin que esto garantice un mejor arbitraje.

Entonces, en un contexto en el que no se cuenta con una cultura de confianza debidamente institucionalizada y consolidada como «bien común», es obvio que tampoco se podrá contar con confianza plena en los contratos, en el plano intersubjetivo. Esto es así, no obstante que el ordenamiento jurídico les reconozca obligatoriedad y no obstante que, por ejemplo, las normas legales sobre contratos así como las normas especializadas, cumplan jurídicamente con brindar todas las seguridades correspondientes,

al menos, en el plano «formal» y «jurídicamente correcto».

El hecho es que, de otro lado, desde el punto de vista económico, no cabe duda que el «déficit» del bien confianza en una sociedad hace que los costos de transacción se eleven significativamente y que las instituciones se debiliten, incluido el arbitraje como medio de solución de controversias. Esto es así porque las probabilidades que el árbitro no sea independiente e imparcial son mayores en un medio donde campea la desconfianza.

El impacto negativo del imperio de la desconfianza es entonces múltiple y afecta en forma integral a la sociedad y, por ende, a la economía y también a los medios de solución de controversias. En tal sentido; si la confianza está devaluada, ¿qué me garantiza que una persona que ha suscrito un contrato lo vaya a cumplir o qué me garantiza que las reglas se cumplan o que un árbitro actúe correctamente al momento de laudar un caso o conducir un arbitraje?

Desde la perspectiva de la construcción de confianza, la respuesta es desalentadora: nada lo garantiza. Mas bien lo que se genera es una tendencia e incentivos a la sobre regulación, con el ánimo de reducir los riesgos por vía del cumplimiento de una serie de formalidades, que en realidad no garantizan mejores resultados. En el contexto descrito, la sobre regulación constituye entonces solamente un paliativo oneroso que no resuelve el problema de fondo, pues la aporía mantiene su vigencia a lo largo de los años y en función de la realidad.

La respuesta pareciera ser obvia en el caso de los contratos, en donde la garantía de solución a la falta de confianza radicaría en la posibilidad que el acreedor pueda hacer valer el pacto compulsivamente, mediante el recurso a los medios de solución de controversias que correspondan, es decir, la vía judicial o el arbitraje, si éste hubiera sido pactado.

Sin embargo, como es evidente, lo cierto es que la intervención de terceros para asegurar el cumplimiento de los contratos es una forma onerosa de lograrlo. La ejecución voluntaria e inmediata de lo pactado conforme los intereses de las partes, constituye la forma óptima de cumplimiento, siendo ello inherente al comercio, donde se hacen contratos para hacer negocios y no para ir a pleitos.

Junto a estas apreciaciones, corren diversas interpretaciones. Se ha dicho por ejemplo que cuando hay más «propietarios privados», el conjunto de intereses de las partes se plasma en forma clara, se autoregula y por ende, habría más

condiciones para generar seguridad jurídica y predictibilidad. Esto contrasta con la situación en la que no hay propietarios o derecho de propiedad privada claramente establecido y tutelado. En principio, desde esta perspectiva, se generaría un sesgo a favor de lo privado. Pero cabe preguntarse si realmente es así y si esto contribuye o no a eliminar la aporía que nos afecta.

En principio; la confianza, si bien constituye un elemento basal para la «sostenibilidad» de los contratos y en general, de la institucionalidad jurídica y económica, lo cierto es que a diferencia de otros bienes, no es transable ni fungible ni privatizable, tal como ocurre con el dinero, los servicios, las mercaderías o los créditos.

La confianza no tiene dueño, se cultiva y desarrolla con el tiempo e incluso no tiene precio, aunque tiene un valor incalculable. Es decir, o confías o no confías. Ocurre algo parecido a lo que ocurre con los árbitros desde el punto de vista ético: o son buenos o son malos, de modo que no pueden ser medio buenos o medio malos. También en el caso de los árbitros: o confías o no confías en ellos.

La confianza es entonces un factor indispensable para el éxito de, prácticamente, todas las actividades que suponen un esquema relacional, patrimonial o extra patrimonial, entre personas o empresas.

Pero paradójicamente, la confianza no es «privatizable», aunque no cabe duda que subyace tanto a las actividades privadas como a las del Estado. Tanto el sector público como el sector privado requieren de confianza para optimizar su funcionamiento.

## 2. Los árbitros y la contratación pública: cero competencia

Hecho el preámbulo de reflexión sobre el tema de la confianza, veamos que pasa con los árbitros en el marco del recientemente pre publicado y propuesto texto del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante: RLCE.

¿Es un medio en el cual impera la confianza en lo que concierne a las buenas prácticas arbitrales? Por el contrario, la apreciación preliminar que surge de una revisión general de las propuestas normativas contenidas en el RLCE, permite constatar que en el mercado de la contratación pública, lo que impera en forma creciente es la desconfianza y eso se pone de manifiesto por la prevalencia estructural de sobrerregulación a lo largo del tiempo. Es decir,

es un reglamento que promueve desconfianza e ineficiencia.

De otro lado, si nos remitimos a la información estadística concerniente al contexto en el cual se dan estos arbitrajes, veremos en la exposición de motivos publicada el 4 de julio de 2015<sup>1</sup>, que se trata de un mercado donde la competencia brilla por su ausencia, dado que las estadísticas demuestran que la evolución promedio de propuestas presentadas en los procesos de contratación, ha venido disminuyendo drásticamente, verificándose que en el año 2013 apenas 1.5 propuestas se formularon en la contratación de bienes, 1.5. en obras y 1.4. en servicios<sup>2</sup>, lo que demuestra una grave crisis de confianza en el mercado de la contratación pública, que se extiende a lo largo de los años, gobierno tras gobierno, ya que no hay incentivos para que más postores presenten propuestas.

En ese sentido, el diagnóstico y análisis de falta de competitividad contenido en la referida exposición de motivos, en realidad no difiere del plan estratégico en materia de Contrataciones del Estado desarrollado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el año 2009.

Es decir, la situación es la misma y peor que la que se encontró en un diagnóstico que se hizo hace ya 6 años, cuando el mencionado Plan señaló que:

*«Las comunidades que más valoran a sus gobiernos son aquellas que están servidas por administraciones públicas que logran atender con eficacia las prioridades sociales, a través de programas con alta capacidad de ejecución que benefician a amplios sectores de la comunidad. (...) Ese es un objetivo central (...), pues permite mantener el valor de los servicios brindados a la comunidad, mediante una toma de decisiones debidamente informada, ejecuciones rápidas y consistentes y altos niveles de transparencia que aseguran la confianza del público. En ese sentido, es necesario reconocer que el sistema de contrataciones ha sido ineficiente a la hora de convertir los presupuestos en servicios para la comunidad. Los procesos se han vuelto lentos y tortuosos, la ejecución es mínima al comienzo del ciclo fiscal y apresurado al final del mismo, con el agravante de que una parte del presupuesto se queda sin ejecutar y no siempre se obtiene la mejor relación precio-calidad. (...) El sistema de contrataciones públicas en el Perú ha obedecido estrictamente a una sucesión de pasos definidos, instituidos y vigilados*

1 El sábado 4 de julio de 2015 se publicó en El Peruano la Resolución Ministerial N° 216-2015 EF/15, que ordenó la publicación de la Exposición de Motivos y del Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

2 Exposición de motivos, p. 2

*legalmente, pero en ningún caso como una actividad profesional especializada. Y por ello, es un sistema que no cuenta con un alto grado de confianza por parte del público, no promueve la competencia de sus proveedores y tampoco tiene una buena calificación cuando es comparado con los indicadores internacionales de desempeño.»<sup>3</sup>*

Llama la atención que, habiendo transcurrido 6 largos años desde la formulación del Plan Estratégico del año 2009, se mantiene vigente el mismo diagnóstico y se advierten los mismos y peores problemas en el ámbito de la Contratación Pública, como si no hubiera transcurrido el tiempo.

Esta sola constatación demuestra la absoluta ausencia de voluntad política para mejorar la Contratación Pública en el Perú, en orden a que todos los diagnósticos ya están hechos y lo cierto es que pasa el tiempo y no se toman las decisiones necesarias para mejorar la competitividad y la institucionalidad en el ámbito de la contratación pública y del Estado.

En suma, no hay iniciativas concretas en la línea de eliminar la aporía en el ámbito de la contratación pública. Uno de los medios para incrementar confianza es incentivar la competencia y eso, conforme las cifras de la exposición de motivos actual y estando a los estudios del año 2009, es algo que simplemente no se está haciendo. Al contrario, vistas las cifras que ofrece la exposición de motivos, se ha producido un clamoroso retroceso que nos coloca incluso por debajo de las cifras del año 2009.

### **3. El arbitraje obligatorio y la diversificación de medios de solución de controversias**

De otro lado, en principio, la razón por la cual existe un mandato en la normativa de contrataciones para que el arbitraje sea obligatorio, se basa, esencialmente, en la desconfianza y en la estructura de paradigmas de la gestión y función pública, usando como medio la exacerbación del principio de legalidad y la obligatoriedad impuesta antes que pactada.<sup>4</sup>

En efecto, eso se debe a que si se eliminara la obligatoriedad de arbitrar las controversias en la etapa de ejecución contractual y si se permitiera que los funcionarios decidan si pactan o no pactan el arbitraje, lo más probable es que después se les exija por vía de auditoría pública y acciones de

control, que sustenten su decisión y expliquen la norma legal y las razones que aplicaron para decidir si arbitran o no arbitran.

«Ante la duda, abstente», porque en el ámbito de la función pública el funcionario se encuentra obligado a hacer todo lo que la ley establece, en un medio en el que no rige el principio de que es posible hacer todo lo que la ley no prohíbe, que por el contrario, es propio del sector privado. Sin obligatoriedad se acabaría el arbitraje en contratación pública, sostienen algunos especialistas no sin razón.

La disposición vigente desde fines de los años noventa hasta la actualidad, ha sido creada para zanjar cualquier duda, manteniendo un mandato pro arbitral, que se aplica en forma draconiana, a rajatabla, sin dudas ni murmuraciones, no obstante que ya la Ley de Arbitraje No. 26572 (anterior a la Ley de Contrataciones del Estado No. 26850 que estableció por primera vez la obligatoriedad del arbitraje), ya contenía una norma expresa para que el Estado arbitre sus controversias sin necesidad de contar con autorizaciones adicionales y como norma de desarrollo de las disposiciones constitucionales del año 1993, vigentes hasta la actualidad. Hoy la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, ha perfeccionado las reglas de la Ley 26572.

La normativa propuesta, en el RLCE que ha sido recientemente pre publicado, introduce algunas reglas para llevar a cabo la conciliación e incorpora las juntas de solución de disputas para contratos en obra. Este es sin duda un importante avance para mitigar la litigiosidad en la contratación pública.

La diversificación de medios de solución de controversias es, en ese sentido, una medida muy positiva, pero lo seguirá siendo solo en la medida que se cuente con estrategias y recursos para lograr el desarrollo de espacios para cada medio de solución de controversias. De lo contrario, lo único que se estaría creando es una secuela de trámites engorrosos, que seguirían generando impactos negativos en la confianza de los operadores del mercado de la contratación pública.

Es decir, si no se desarrolla un plan estratégico integral con incentivos y recursos, lo que ocurrirá es que los usuarios usarán estos medios de solución de controversias como «vía previa» a ser agotada para poder ir a un arbitraje o como medio dilatorio para retrasar la realización de los arbitrajes.

3 OSCE (2009); Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano; Un Sistema de Contrataciones Públicas Eficiente, Libre de Corrupción y Promotor del Desarrollo; p. 3; en: [http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/Plan\\_Estrategico\\_delas%20contrataciones%20publicas.pdf](http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/Plan_Estrategico_delas%20contrataciones%20publicas.pdf), visto el 5 de julio de 2015.

4 Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2012); *Crítica al Nudo «Georgiano» en la nueva causal de anulación de laudos y a las ordalías contra los árbitros, en la competencia arbitral especializada en contrataciones del Estado*; en: Arbitraje PUCP; p.p. 96 – 116.

En consecuencia, ¿será suficiente para instaurar una cultura de la conciliación en la contratación pública incluir estos medios de solución de controversias en la norma?

El artículo 184 del RLCE precisa que las *controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según lo acordado por las partes*. Esperemos que esta no sea letra muerta.

De otro lado, desde el punto de vista técnico, lo cierto es que resulta confuso mezclar todos los medios de solución de controversias en un solo artículo, y también resulta ocioso entrar a definir una lista o tipificación exhaustiva de los tipos de conflicto, para dar lugar a la aplicación de los medios de solución de controversias reseñados.

#### 4. El arbitraje y sus principios, ilegalidad del RLCE

Por ejemplo, el principio que prima en materia de arbitraje es el de la separabilidad<sup>5</sup> del convenio arbitral y bastaría con establecer que todas las controversias en la etapa de ejecución del contrato o derivadas de dicha etapa, serán resueltas mediante los medios de solución de controversias antes mencionados, incluido el arbitraje, para que se entienda que mediante arbitraje se resolverán las diversas controversias que se susciten en la etapa de ejecución contractual.

Por el contrario, se ha optado por hacer más compleja la regulación, en un contexto en el que no se ha tomado en cuenta que los principios y características que rigen cada medio, son diferentes entre sí, técnica y legalmente.

Especial comentario merece el arbitraje, puesto que en sede arbitral son los árbitros y solo los árbitros los que deciden en forma exclusiva acerca de su propia competencia y eso no se circunscribe solamente a los tipos de conflicto antes mencionados, es decir, eso se materializa conforme la Ley de Arbitraje: Decreto Legislativo 1071, y en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* que es inherente al arbitraje y sin el cual el arbitraje no existe. Como es de público conocimiento, el principio ha sido reconocido en sendas jurisprudencias por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>.

Esta es entonces una facultad exclusiva, que, además, se debe comprender en congruencia con el principio de autonomía arbitral, tal como lo precisa el Artículo 3.2 de la Ley de Arbitraje: *el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones*. Pareciera que el marco normativo del arbitraje en contrataciones no reconociera ni identificara explícitamente el principio e incluso, que tampoco se habría estructurado en congruencia del Artículo 3.2. antes citado, dando lugar a un arbitraje disminuido o de menor categoría.

El principio *kompetenz-kompetenz* implica estrictamente que los árbitros se puedan pronunciar, en forma exclusiva, respecto de los alcances del convenio arbitral durante la secuela del arbitraje y determinar así, sujetándose a los límites que establece la ley, qué materia o materias se encuentran bajo el ámbito de su competencia, a efectos de tomar decisiones y emitir resoluciones.

Desde esa perspectiva, los árbitros pueden ordenar la actuación de pruebas de oficio, laudar en forma total o parcial, hacerlo en forma anticipada, emitir cautelares, modificar cautelares emitidas en sede judicial, prescindir de las pruebas ofrecidas por las partes, etc. Todas estas posibilidades se pueden dar en un arbitraje, siempre que se cumplan los principios de igualdad de las partes y respeto a su respectivo derecho de defensa.

En consecuencia, el principio *kompetenz-kompetenz* no se restringe, solamente, a las cuestiones de fondo ventiladas en sede arbitral, pues, además, comprende la posibilidad de decidir objeciones, excepciones, entre otros aspectos, que incluso tengan que ver con cuestiones referidas a la tramitación del arbitraje.

En efecto, el Artículo 41 de la Ley de Arbitraje, señala en su numeral 1 que:

*«El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción,*

5 La separabilidad también ha sido recogida en el proyecto de RLCE, cuando se señala en el último párrafo del Artículo 187 que *las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado*.

6 Ver el caso Fernando Cantuarias Salaverry, recaído en el Exp. N° 6167-2005-HC/TC



*caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.»*

El principio *kompetenz-kompetenz* es, entonces, inherente a la función arbitral y debe ser entendido en la estructura de balances que comprenden los principios que le dan soporte y sentido al arbitraje. Lamentablemente, en la práctica, se aprecia que ni las partes ni los árbitros son muchas veces conscientes de lo que implica éste y otros principios propios de la práctica arbitral.

Corresponde al ámbito de decisión de los árbitros aplicar el principio *kompetenz-kompetenz* cuando sea necesario durante las actuaciones arbitrales, constituyendo así un elemento fundamental para el adecuado ejercicio de la función arbitral; máxime si se tiene en cuenta que el encargo del árbitro se da bajo el ámbito de cobertura del convenio arbitral, comienza con su aceptación a la designación y concluye con la emisión del laudo.

Desde esta perspectiva, carece de sustento legal que en el RLCE propuesto se haya incluido una norma que rompa la autonomía de la función de los árbitros y los obligue, en el Artículo 190 propuesto, a que *las excepciones u objeciones al arbitraje cuya estimación impida entrar al fondo de la controversia deben ser resueltas al finalizar la etapa postulatoria y antes que se fijen los puntos controvertidos en el proceso.*

La disposición es contraria a la Ley de Arbitraje y no podrá ser aplicada, ya que un reglamento emitido por vía de Decreto Supremo, no modifica la Ley de Arbitraje ni tampoco puede desnaturalizarla sin incurrir en inconstitucionalidad.

En efecto, conforme el Artículo 41 de la Ley de Arbitraje, se faculta a los árbitros a organizar las actuaciones, en defecto de pacto expreso contenido en el convenio arbitral y precisamente permite decidir estos asuntos con el laudo. La razón por la cual los árbitros pueden decidir estos asuntos con el laudo, es, precisamente, porque hay casos en los que las objeciones tienen que ver con el fondo de la controversia. Esa es la *ratio legis* que encuentra fundamento en prevenir que se produzca una situación de indefensión de las partes, por vía del uso exacerbado de objeciones.

Otro aspecto contrario a la Ley de Arbitraje es el referido a la «etapa postulatoria» en el RLCE. En sede arbitral, no hay etapas ni preclusión, ya que el arbitraje funciona como un íter, en el que se ejecutan las estipulaciones del convenio arbitral y los árbitros cuentan con una serie de atribuciones

en función de los principios que rigen en el arbitraje y sobre la base de lo establecido en el mismo convenio arbitral, respetando la igualdad de las partes ante el tribunal así como su derecho de defensa, para finalmente emitir un laudo.

La *ratio legis* de la Ley de Arbitraje, precisamente, excluye este tipo de estructuras conceptuales (preclusión, etapa postulatoria, etc.), pues no corresponden al foro arbitral. Tampoco se ha previsto en la ley de arbitraje la institución del «acta de instalación» ni la «audiencia de fijación de puntos controvertidos», las que se dan en la práctica arbitral local, sobre la base de los usos y costumbres que son disponibles por las partes y los árbitros. Estas no son omisiones, sino que la exclusión de estos conceptos obedece exclusivamente a la técnica legislativa que corresponde a la normativa arbitral.

Se dice en la exposición de motivos del RLCAE, en lo concerniente a resolver objeciones, que:

*«Esta inclusión no tiene antecedentes en la normativa de contrataciones y la razón de su inclusión obedece a que se ha detectado que en algunos procesos arbitrales, donde fueron interpuestas las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada, caducidad u otra análoga, el tribunal arbitral en vez de pronunciarse en la etapa pertinente sobre estas excepciones, se reservó el derecho a analizarlas al momento de laudar, con el único fin de incrementar el cobro de sus honorarios.»<sup>7</sup>*

El párrafo en mención carece de todo fundamento, es irrito y pone en evidencia uno de los grandes incentivos patológicos y anti técnicos para justificar la sobre regulación y la desnaturalización de las instituciones jurídicas. Y en este caso, eso se hace por la vía de la «satanización» de los árbitros y cuando se dice *se ha detectado que en algunos procesos arbitrales.*

Es decir, las situaciones excepcionales e irregulares, se están usando de base acá para emitir normas de aplicación y alcance general, que terminan perjudicando el sistema jurídico. ¿A quién se le ocurre pretender modificar la Ley de Arbitraje por vía de un Decreto Supremo y basándose en supuestos de excepción? Está prohibido emitir normas legales de carácter general para regular situaciones de excepción y también esta prohibido que una norma de menor jerarquía sea contraria a otra de mayor jerarquía.

De otro lado, de nuevo en el párrafo en mención se constata la referencia a los árbitros de mala

7 Exposición de Motivos, p. 37.

calidad, obviando por completo que en realidad éstos generalmente son designados por las partes. Es decir, ¿vamos a pretender desnaturalizar lo dispuesto en la Ley de Arbitraje en su Artículo 41, intentando modificar una norma de rango legal, por vía de un Decreto Supremo, porque las partes no designan bien a sus árbitros? Esta es una aporía gigantesca y solamente redundará en la consolidación de la (in)cultura de la desconfianza comentada en estas líneas.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el régimen de audiencias está previsto en la Ley de Arbitraje en forma integral en el Artículo 42, dado que el principio de audiencia es esencial en sede arbitral y es consustancial al principio de inmediación. Pero para que un árbitro use eficientemente las audiencias como un medio en la dirección del arbitraje, debe contar con el entrenamiento y capacitación suficientes. A tal punto que, incluso antes de fijar puntos controvertidos, los árbitros pueden perfectamente citar a las partes a una audiencia de ilustración, de considerarlo pertinente y para efectos de contar con mayor y mejor información. En suma, los árbitros pueden llevar a cabo audiencias en cualquier momento, en eso consiste el trabajo de cualquier tribunal arbitral con experiencia.

De modo que en la estrategia de defensa de las partes, éstas deben de tomar en cuenta las características especializadas del arbitraje y que el principio *kompetenz-kompetenz* rige en sede arbitral junto con los demás principios arbitrales.

Lamentablemente, en la práctica, las partes y sus abogados no siempre son conscientes de las características de la especialidad, pues muchas veces las ignoran o simplemente se guían por paradigmas procesales o administrativos, donde los parámetros de gestión de procesos y procedimientos son diferentes a los parámetros que rigen para el arbitraje.

Lo que es peor, esta situación de desconocimiento también se extiende a muchos árbitros que paradójicamente cuentan con todo tipo de certificados, diplomas y acreditaciones e integran muchos registros, aunque no tienen la menor idea de lo que es el arbitraje ni los principios de independencia e imparcialidad.

En tal sentido, el árbitro es una persona independiente, que puede pronunciarse sobre su propia competencia y ejerce jurisdicción *de carácter privado*. No se encuentra adscrito a ninguna organización, estamento o jerarquía para efectos del arbitraje en el que debe ejercer función arbitral, gozando así de la autonomía que le reconoce la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia

del Tribunal Constitucional. El flamante RLCE no puede ignorar todo esto.

## 5. El arbitraje conforme el Tribunal Constitucional

En efecto, resulta pertinente precisar en este punto, que sobre la naturaleza y características de la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional, en la sentencia vinculante recaída en el expediente 6167-2005PHC/TC, estableció lo siguiente:

- a) En el fundamento 5: El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139°, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación». En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).
- b) En el fundamento 6: De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término «jurisdicción» para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos.
- c) En el fundamento 7: Sin embargo, el artículo 139°, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada pactada en un convenio arbitral. Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°); constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2) del artículo



2° de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

- d) En el fundamento 8: Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado. Al respecto, conforme lo ha establecido el Tribunal de Contrataciones del Estado «(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) Conflicto entre las partes. b) Interés social en la composición del conflicto. c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial. d) Aplicación de la ley o integración del derecho».

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos define la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo vi, in fine, del título preliminar del código procesal constitucional, por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del tribunal constitucional, sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

- e) En el fundamento 9: Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.
- f) En el fundamento 10: De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional.

- g) En el fundamento 11: Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Tribunal que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51° de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *iuspublicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

- h) En el fundamento 12: El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano

jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

- i) En el fundamento 13: Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio «*kompetenz kompetenz*» previsto en la Ley General de Arbitraje —Decreto Legislativo N° 1071—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, garantizando la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Tribunal resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del código procesal constitucional.

En suma, de conformidad con lo señalado por la máxima instancia constitucional jurisdiccional nacional, desde una perspectiva con la que podemos o no estar doctrinariamente de acuerdo<sup>8</sup>, se interpreta que el arbitraje comprende una función jurisdiccional autónoma temporal, en el marco de la Ley de Arbitraje y del marco jurídico nacional.

De esta manera, se reconocen además no uno sino todos los principios especializados inherentes a la función arbitral, como el principio *kompetenz-kompetenz*, plenamente integrado al régimen de autonomías que caracterizan al arbitraje, en congruencia con la Constitución Política del Estado.

En consecuencia, cualquier propuesta de regulación como la que comprende el RLCE debe

de darse en forma congruente con la Ley de Arbitraje, sin mermar las autonomías arbitrales, pues de lo contrario, se incurre en ilegalidad e incluso en inconstitucionalidades no queridas por el ordenamiento jurídico nacional.

## 6. El arbitraje y su autonomía, especialidad basada en principios

Siguiendo, entonces, la perspectiva del juez constitucional peruano, el arbitraje constituye una especialidad en el ámbito de solución de controversias, que consiste en el ejercicio de la función jurisdiccional temporal de los árbitros, estructurada a partir del convenio arbitral, en el contexto de sus alcances, definidos éstos por su separabilidad respecto del resto del contrato, así como por la vinculación de dicha separabilidad con el principio *kompetenz-kompetenz* antes mencionado.

Y es que solo así es posible que los árbitros ejerzan funciones conforme el estado actual de la técnica y concluyan su trabajo mediante un laudo arbitral, en forma autónoma y con la debida independencia e imparcialidad.

Junto a estas características técnicas inherentes a la práctica arbitral, en especial, en lo referente a la función arbitral de los árbitros, también es necesario tener en cuenta que existen disposiciones adicionales en la Ley de Arbitraje que, de ser necesario, determinan incluso la eventual aplicación de usos y costumbres arbitrales, los que se complementan perfectamente con el principio *kompetenz-kompetenz* y con los demás principios propios de la función arbitral de los árbitros al dirigir las actuaciones arbitrales.

En efecto, respecto de la libertad de regulación en sede arbitral, el Artículo 34.3 de la Ley señala que:

*«Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.»*

Esta disposición, que permite aplicar usos y costumbres arbitrales, en caso de cumplirse los supuestos de la norma, no constituye una regla ajena a las tendencias contemporáneas sobre regulación y tratamiento del arbitraje<sup>9</sup>, las que corresponden a postulados de la doctrina

8 Ver: KUNDMÜLLER, Franz (2011); *Es urgente «Arbitrabilizar» al Arbitraje Peruano*; En: Revista Arbitraje PUCP No.1; p.p. 58 – 67.

9 Ver: KAUFMANN KOHLER, Gabrielle (2003); *Globalization of Arbitral Procedure*; En: Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol 36; p.p. 1313 – 1333.

más autorizada y que destaca la tendencia a la uniformización del arbitraje a escala global. Se asegura así eficiencia y calidad, además de la apertura respecto de las mejores prácticas arbitrales, en un contexto que privilegia la independencia e imparcialidad de los árbitros así como el perfeccionamiento de las actuaciones arbitrales con fines «costo-efectivos».

Como ejemplo de esta tendencia de alcance global, en otro contexto y desde otra perspectiva, por ejemplo, la Corte de Casación de Francia ha reconocido nuevamente en una jurisprudencia del 8 de julio de 2015 recaída en el caso SMAC, la necesidad de preservar el Orden Arbitral Internacional, prohibiendo el trato discriminatorio en instancia jurisdiccional inferior, entre sentencias nacionales y laudos emitidos bajo el ámbito de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

La importancia de la sentencia casatoria francesa radica en que precisamente se hace referencia a la preservación del referido Orden Arbitral, siguiendo así el precedente establecido en el caso Putrabali, tal como informa Alfredo de Jesús<sup>10</sup>. La misma *ratio legis* se advierte en el Artículo 34.3 de la Ley de Arbitraje peruana antes citado, específicamente en la referencia a los usos y costumbres en materia arbitral. El sentido de dicha disposición es eminentemente práctico y responde a las características inherentes al arbitraje como disciplina especializada de solución de controversias.

Regresando al principio *kompetenz-kompetenz* y en lo referente a la historia de su evolución, Crawford destaca que, probablemente, no haya principio más «famoso» en el mundo del arbitraje. No obstante ello, la frase en mención es relativamente nueva y equivale a la frase en francés *compétence de la compétence*, acuñada en 1949, en un caso suscitado en Francia, referido por los autores Fouchard, Gaillard y Goldman, donde además los autores precisan que en realidad, el origen del concepto no es claro y que la doctrina arbitral siempre se ha referido al mismo como «*el muy bien conocido principio kompetenz – kompetenz*»<sup>11</sup>.

Abundando en el análisis, Crawford afirma que el principio, por más que sea «muy bien conocido», existe desde mucho antes de 1949 y, cronológicamente, el primer caso registrado formalmente en la historia y en el que un tribunal arbitral tuvo que tomar una decisión para

determinar si tenía o no jurisdicción, aplicando el principio en mención, fue el caso Betsey del año 1797, suscitado entre el Reino Unido y Estados Unidos. Este caso versó sobre las consecuencias de la captura del barco de bandera estadounidense Betsey, por parte de un corsario inglés y que fue resuelto en el contexto de la aplicación de los Tratados Jay del 19 de noviembre de 1794, para resolver controversias derivadas de la secuela de la guerra de la independencia.<sup>12</sup>

Adicionalmente, señala el mismo autor, que la primera oportunidad en la que el principio fue discutido en un foro internacional, fue con ocasión de la primera Conferencia de la Haya de 1899, en el reporte del Barón Descamps, donde se precisó que *no aceptar la existencia del principio implicaría colocar al tribunal en la condición de una corte incapaz de actuar y obligarla así por medios indirectos a perder la investidura jurisdiccional, cada vez que lo desee cualquiera de las partes en litigio y por el solo hecho de cuestionar la competencia del tribunal*<sup>13</sup>.

En consecuencia, la resultante Convención de la Haya de 1907, precisó en su artículo 73 que *el tribunal esta autorizado a pronunciarse sobre su propia competencia por vía de interpretación del compromiso (arbitral)(...)*<sup>14</sup>.

El hecho es que esta demostrado que el principio ha sido recogido en tratados internacionales, así como en las legislaciones arbitrales nacionales, en el ámbito del arbitraje comparado y forma parte del conjunto de principios elementales que caracterizan al arbitraje como medio especializado de solución de controversias.

## 7. La designación de los árbitros a cargo de las partes, una cuestión de confianza y responsabilidad

Si las partes son las que tienen prioridad para designar a los árbitros, en consecuencia, se supone que confían en los árbitros que han designado y a mayor abundamiento, el nivel de confianza requerido se mide por el hecho de que también es razonable suponer que las partes son conscientes que están designando árbitros que podrán incluso pronunciarse acerca de su propia competencia y que se espera que esos árbitros resuelvan la controversia en forma independiente e imparcial, respetando el principio de igualdad entre las partes y su respectivo derecho de defensa.

10 DE JESUS, Alfredo; 2008-2009; *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del Arbitraje en América Latina*; En: Revista Lima Arbitration; p.p. 151 y sgts.

11 CRAWFORD, James, *Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture*; En: Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, No. 1 (2010); p. 15

12 *Ibid.*; p. 17

13 *Ibid.*; p. 18

14 *Ibid.*

Es decir, debería existir una cadena de valores positivos inherentes al íter arbitral, que también comprenda una cadena de responsabilidad frente a la confianza que se requiere construir en el mercado arbitral, la misma que no solo implica a los árbitros de manera aislada, sino que vincula a éstos con las partes, las mismas que deben ser diligentes al momento de designar a los árbitros, ocupándose de designar a personas que estén dispuestas a ejercer el cargo respetando la igualdad y el derecho de defensa de las partes, además de ser independientes e imparciales.

Este es un elemento clave para entender la importancia de la designación de los árbitros, pues supone un proceso de toma de decisiones que puede desembocar en dos posibilidades. O se toman decisiones conforme la *ratio legis* de la normativa arbitral designando buenos árbitros, o se toman decisiones sin salvaguardar los principios básicos del arbitraje y se nombran árbitros parcializados. ¿Qué modelo queremos?

En suma, son las partes las que hacen la designación de los árbitros y también son las partes las que deberían designar árbitros que sean independientes e imparciales, con amplio conocimiento y experiencia en el ejercicio de las disciplinas arbitrales, para que así los principios que caracterizan al arbitraje sean respetados y acatados en su integridad, en beneficio de las propias partes por igual.

A lo que, obviamente, se suma la necesidad que los árbitros garanticen esa independencia e imparcialidad, en orden a que en el ejercicio de su función arbitral, los árbitros no son abogados de ninguna de las partes y deben manejar el arbitraje respetando la igualdad, así como el derecho de defensa de éstas ante el fuero arbitral.

En consecuencia, en la actualidad nadie toma en cuenta que la designación de los árbitros es en realidad el primer medio de control que tienen las partes a su disposición para garantizar directamente la independencia e imparcialidad. Es usual escuchar quejas sobre los árbitros cuando algo sale mal en un arbitraje, pero nadie se ocupa de analizar la problemática de la designación de los mismos.

¿Qué ocurre en un medio en el que la desconfianza se extiende? Lo que ocurre es que este primer medio de control de la independencia e imparcialidad de los árbitros no siempre cumple su función en forma adecuada.

Eso significa que en la práctica podemos poner todos los requisitos formales que nos podamos imaginar para que los árbitros ejerzan su función, exigirles cursos, capacitaciones, experiencia,

certificados, etc.; pero si las partes designan a personas que simplemente no son idóneas y si los árbitros tampoco responden en forma adecuada a las designaciones, por mas que los árbitros tengan todos los certificados posibles, eso no garantizará la calidad del arbitraje.

De hecho, si se analiza la línea evolutiva del arbitraje en contratación pública, los requisitos y formalidades se han incrementado drásticamente año a año, pero los escándalos, así como los problemas éticos e incluso penales derivados de las malas prácticas, también han crecido.

Frente a esto, lo cierto es que no hay norma legal que pueda brindar una solución, ya que las soluciones no pueden estar solo en la norma, pues si ésta no va acompañada de buenas prácticas por el lado de las partes y de los árbitros, la normativa será letra muerta.

Paradójicamente, las reformas en la legislación en materia de arbitraje en contrataciones del Estado desde fines de los años noventa hasta la actualidad, apuntan básicamente a incrementar requisitos formales, pero no garantizan resultados ni mejoras en la gestión de los arbitrajes ni tampoco mejores prácticas que permitan incrementar calidad y eficiencia.

## 8. El arbitraje como modelo de buenas prácticas

La contratación pública y el arbitraje en contratación pública deberían ser modelos de gestión y no lo son. Más bien son un reflejo de los reiterados problemas que encontramos en el contexto de la Contratación Pública y donde la falta de competencia es solo la punta del iceberg.

En efecto, cuando la novísima Ley 30225, Ley de Contrataciones, se refiere a los árbitros en el artículo 45.6, dice que el arbitraje será de derecho, que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral serán abogados:

*«Que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado. Los demás integrantes del Tribunal Arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado. 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) (...)»*

Estando a la luz de lo analizado en materia de la relevancia del factor confianza y de las buenas prácticas, ¿lo dispuesto en el artículo 45.6 es una

garantía para asegurar la calidad del arbitraje en contratación pública? Evidentemente, no lo es.

A mayor abundamiento, en el Artículo 45.10 de la misma ley se señala que el OSCE aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, haciendo extensiva su aplicación prácticamente a todo tipo de arbitraje en la materia.

¿La regla implica que el OSCE inventará la pólvora? ¿No hubiera sido conveniente precisar que para tal efecto se tomarán en cuenta los estándares correspondientes a la especialidad? ¿No es acaso ya un código de ética lo dispuesto en el Artículo 217 y siguientes del RLCE? ¿Para qué duplicar regulación? ¿Acaso todos los supuestos contenidos en el Artículo 217 en mención son los únicos supuestos?

A continuación, en el segundo párrafo del Artículo 45.10 de la Ley, se señala que los árbitros deben ser y permanecer, durante el desarrollo del arbitraje, independientes e imparciales, pero no se dice nada sobre la obligación de los árbitros de respetar y hacer respetar el principio de igualdad entre las partes y su respectivo derecho de defensa. Tampoco se dice nada sobre la obligación de las partes de designar correctamente a los árbitros, para que los principios inherentes al arbitraje se cumplan. En la actualidad todo el énfasis de la normativa esta en los árbitros, como si las partes no existieran.

Adicionalmente, se incluye un régimen sancionador bajo la figura de «sanciones éticas» que serán aplicadas por un Consejo de Ética integrado por personas designadas por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Justicia.

¿Es conveniente, equilibrado y justo que dicho consejo solo esté conformado por personas designadas por el Estado? La respuesta es no y eso se debe a que no cabe duda que el arbitraje en contrataciones implica tanto a los intereses públicos como a los privados.

Dicho Consejo debería entonces reflejar eso; es decir, el equilibrio entre ambos ámbitos, lo mismo es aplicable respecto de la designación residual de árbitros a cargo del OSCE y respecto de las decisiones sobre recusaciones, así como en lo concerniente a la función de organizar y administrar arbitrajes en forma residual; que en esencia implica desacatar el mandato de

subsidiariedad previsto constitucionalmente respecto de las actividades económicas a realizar por el Estado.

Todas estas funciones tenían la finalidad de llevarse a cabo en el OSCE en una etapa inicial, hacia el año 2000, con la estricta finalidad de darle un impulso a la práctica arbitral del Estado, en un período de 3 a 5 años. Pero ahora que la práctica arbitral se ha extendido y habiendo transcurrido ya 15 años; es evidente que se trata de funciones que no deberían estar a cargo de una institución pública.

Se mantienen entonces una función a cargo del OSCE que el RLCE define como subsidiarias, pero que en la práctica no lo son, pues compiten con los servicios que prestan otras instituciones en el sector privado.

Es más, de otro lado y por ejemplo, en la actualidad el OSCE puede tomarse muchos meses para resolver una recusación, lo que demuestra que no se le están asignando los recursos necesarios o que simplemente la institución no está en capacidad de cumplir con lo dispuesto en el marco normativo<sup>15</sup>. Frente a esta realidad, los perjudicados son los usuarios. La situación empeorará si se le asignan más funciones y se mantiene la misma asignación de recursos.

El RLCE precisa en el Artículo 191 que los árbitros deberán estar registrados en el Registro Nacional de Árbitros; pero de otro lado, conforme el Artículo 203 el registro es de inscripción automática y la pérdida de vigencia del registro de la persona que se desempeña como árbitro en un proceso en curso no conlleva al cese de su función como tal; ¿En qué quedamos? ¿Cómo se interpreta eso?

Al final, no queda claro para qué es el registro y al final, se manejará unilateralmente mediante Directiva aprobada por el OSCE. Lo cierto es que cualquiera puede estar inscrito, incluso los árbitros y secretarios que no generan confianza, pero al mismo tiempo pareciera que no es impedimento para arbitrar el no estar inscrito en el registro.

La norma genera incertidumbre. El registro debería estar bien estructurado y solo incorporar personas con experiencia, conocimiento y reconocido prestigio, pero como es un registro público, sus requisitos tendrán que ser incorporados en el respectivo texto único de procedimientos administrativos de la institución y cualquiera se podrá registrar.

15 Ver por ejemplo la Resolución No. 163-2015-OSCE/PRE del 8 de junio de 2015, que resuelve una recusación contra tres árbitros presentada el 4 de noviembre de 2014; es decir, una demora de 8 meses para resolver una recusación, siendo eso simplemente inaceptable.

Una alternativa es que las entidades públicas estén obligadas a usar el registro de una entidad pública que solo obliga al Estado, como el registro del OSCE, pero esta iniciativa no tiene por qué coartar la libertad de designación de árbitros de la parte privada en el contrato. Es necesario, de otro lado, crear incentivos para que las partes designen buenos árbitros, incluso al margen del registro correspondiente. Eso demanda una tarea de largo plazo que no se ha mantenido.

De otro lado, entre las causales para la recusación de los árbitros, en el Artículo 195, se señala que son recusables los que se encuentran impedidos y los que no reúnan calificaciones y exigencias para asumir el cargo en la legislación y convenio arbitral, así como en el caso que no cumplan con el deber de independencia, imparcialidad e información y cuando existan dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad, siempre que dichas dudas no hayan sido excusadas.

¿Esto garantiza mayor confianza en el arbitraje o incentivará el incremento de las recusaciones frívolas? Se están ampliando así supuestos que no están contenidos en la Ley de Arbitraje, lo que finalmente complicará la gestión de los arbitrajes en contrataciones, mas aún en los casos donde deberá resolver el OSCE.

Uno de los grandes problemas en la práctica arbitral local no solo son los recursos presentados por la parte interesada en demorar el arbitraje, sino también el incremento de las recusaciones frívolas sin fundamento.

Un esquema normativo que tiende a la sobre regulación y a estructurar disposiciones que, aparentemente, no guardan coherencia o que incluso son contradictorias o de difícil o imposible cumplimiento, determinará finalmente un incentivo para las malas prácticas y por ende, para seguir mermando la poca confianza que pudiera haber en el arbitraje en contratación pública.

Las malas prácticas no son exclusivas de los árbitros malos, pues también se extienden a la actuación de los abogados de las partes. ¿Quién controla a éstos? Adicionalmente a los diversos temas sumariamente comentados, también es preocupante el régimen de notificación de laudos mediante el SEACE. Esta es otra modificación de la Ley de Arbitraje que no es congruente con los principios recogidos en el Decreto Legislativo 1071, a lo que se suma el hecho de que, como es de conocimiento público, el SEACE no siempre funciona, generándose así el riesgo de que se produzcan problemas al momento de subir los laudos al sistema<sup>16</sup>.

## 9. Conclusión

Persiste la imperiosa necesidad de «arbitrabilizar» el arbitraje en contratación pública, conforme estándares arbitrales. Solo así se logrará establecer y consolidará un clima de confianza. Pero esto no va a ocurrir si el Estado sigue manteniendo la perspectiva que la contratación pública es separable del arbitraje y si tanto éste como el sector privado no impulsan mejores prácticas por parte de los árbitros y las partes.

Si bien la diversificación de medios de solución de controversias es un avance, si no se aplica un enfoque estratégico y recursos, dicha diversificación no prosperará. Una mejora en el sistema de contratación pública, incentivando competencia, transparencia y rendición de cuentas, redundará inmediatamente en beneficio de la sociedad así como de los medios de solución de controversias. Todos los diagnósticos ya están dados.

Pero si se mantiene la tendencia de falta de iniciativa para reformar y perfeccionar el sistema de contratación pública, de nada servirán los cambios formales y procedimentales que se sigan incorporando a la normativa y se seguirá manteniendo la aporía que afecta a la contratación pública. 📧

16 Ver: <http://www.comprasestatales.org/index.php/component/kunena/13-Ayuda-SEACE/320-PROBLEMAS-CON-EL-PORTAL-DEL-SEACE.html> revisado, 5 de julio de 2015.