



¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública*

To the order! The arbitrability of contracts which cost is less than 8 UIT: a way to popular arbitration in public procurement

“[...] [L]a arbitrabilidad de los contratos menores de ocho (8) UIT debe ser una tarea por implementarse en tanto se encontraría justificada al reunir las particularidades de un contrato público bajo el ámbito de aplicación de la LCE [...]”.

Roberto Carlos Benavides Pontex**

Resumen: En el presente artículo, el autor propone que las controversias que se deriven de los contratos menores a 8 Unidades de Impuesto Tributaria (UIT) sean resueltas mediante arbitraje. Para realizar tal propuesta, el autor desarrolla aspectos fundamentales de dicho tipo de contratos, determinando que los mismos tienen la misma naturaleza que los demás contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y que no existe un sustento técnico de su exclusión de la aplicación de la referida norma. Asimismo, el autor considera que la arbitrabilidad de este tipo de contratos se encontraría enmarcado en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, considerando, además, las ventajas y desventajas de los tipos de arbitrajes que regula el ordenamiento jurídico, se inclinaría por que los arbitrajes que resuelvan las controversias de este tipo de contratos públicos sean administrados por el SNA-OSCE, ya que con este se resolvería de forma célere, propiciando en todo momento la debida transparencia.

* Agradecimientos por su valiosa colaboración en la elaboración del presente artículo a la Dra. Mary Carmen Ríos Vidalón y a Frans Pariona Caja.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de maestría en Derechos Humanos y Resolución de Conflictos por el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Con diversos posgrados en Gestión de las Contrataciones con el Estado en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP y ESAN. Posgrados en Arbitraje en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y de Arbitraje Comercial Internacional y de Inversión en la American University Washington College of Law. Se encuentra adscrito en la nómina de árbitros de Cámara de Comercio de Lima, Centro Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, OSCE, Cámara de Comercio de Arequipa y Cámara de Comercio y Producción de la Libertad. También, se desempeña como consultor de diversas empresas y entidades públicas, así como docente a nivel nacional. Director Ejecutivo del Instituto Peruano de Contrataciones y Concesiones con el Estado (IPCCE).

Abstract: In this article, the author proposes that disputes arising from government contracts which cost is less than 8 UIT should be resolved by arbitration, which will be an ADR. To make such a proposal, this paper develops fundamental aspects of that type of contracts, determining that they have the same nature as other contracts that are under the scope of the Peruvian Procurement Law and that there is no technical reason to excluded these from the application of the referred rule. Furthermore, the author considers that the arbitrability of this type of contract would be framed in the arbitration law. In this sense, considering the pros and cons of the types of arbitrations that the legal system regulates, he would be inclined to affirm that the arbitrations for this type of contracts should be administered by the SNA-OSCE since it would be resolved in optimize time and with the required transparency.

Palabras clave: Contratos, público, menor a 8 UIT, Arbitraje, LCE, ámbito de aplicación, ah hoc, institucional, SNA-OSCE, implementación, transparencia.

Keywords: Contracts, public, less than 8 UIT, Arbitration, LCE, area of application, ad hoc, institucional, SNA-OSCE, implementation, transparency.

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Es la contratación menor de 8 UIT¹ un contrato público?. 2.1. Arbitrabilidad de los contratos menores a 8 UIT. 3. Determinación del arbitraje ad-hoc o institucional en la contratación pública. 4. Arbitraje SNA-OSCE. 5. Transparencia en el Arbitraje en contratación pública. 6. Conclusiones

1. Introducción

Empezaremos desarrollando un caso hipotético sobre las controversias en este tipo de contratos. El señor Bob el Constructor, ingeniero de profesión, suscribió un contrato con la Entidad de las Pistas del País, cuyo objeto es el “Servicio de Ingeniería de Mantenimiento Rutinario para la Red Vial Nacional bajo la jurisdicción de la Unidad Zonal I Piura –

Tumbes”, por un monto de S/.34,000.00 (Treinta y cuatro mil con 00/100 soles), contrato que, en virtud del momento en el que se suscribe, no superaba las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Por tal motivo, se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “LCE”), pero sí debe contar con la supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado² (en adelante, “OSCE”).

1 Cabe mencionar que, todos los años, se incrementa el tope de estos tipos de contratos, ya que dependen íntegramente de las resoluciones que emiten el Ministerio de Economía y Finanzas, tal como el Decreto Supremo 380-2019-EF que estableció que el monto para el 2020 sería de 4300 soles. Usualmente, se publica en el mes de diciembre del año anterior a la vigencia.

2 “Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE.

5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco (...). Ley N° 30225, de 10 de julio, que regula la Ley de Contrataciones del Estado (Diario Oficial El Peruano núm. 12916 de 11 de julio de 2014)

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

En el referido contrato³, se estableció que el ingeniero o contratista debía entregar, a la Entidad, tres (3) entregables que contendrían el informe mensual de todas las actividades que llevaría a cabo en cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Cabe precisar que el contrato tenía un plazo de ejecución de 90 días calendario.

En consecuencia, se había pactado que el primer entregable se entregaría a los treinta (30) días de iniciado el servicio, el segundo informe se entregaría a los sesenta (60) días y el tercer informe se remitiría a los noventa (90) días. Asimismo, se pactó que los pagos serían parciales, por lo cual se encontraban configurados en tres (3) armadas: el 20% una vez otorgada la conformidad del primer informe, el 20% una vez otorgada la conformidad del segundo informe y el 60% una vez otorgada la conformidad del tercer informe. Cabe señalar que la conformidad se daría en un plazo de diez (10) días calendarios de presentado el informe correspondiente por parte del contratista.

Durante la ejecución del contrato, hasta la entrega del segundo informe, no se tuvo ningún problema;

sin embargo, cuando el contratista presentó el tercer informe, la Entidad se rehusó a otorgar la conformidad argumentando que el Contratista no había levantado las observaciones que se efectuaron al tercer informe. No obstante, el Contratista señalaba que nunca le notificaron las observaciones y solicitaba que le efectúen el pago correspondiente al 60% del servicio.

Este tipo de casos han sido objeto de consultas en varias ocasiones y no es, por demás, extraño, para los operadores de la norma de contrataciones con el Estado, encontrarse con problemas similares, pero lo importante que se puede desprender en el caso presentado es la existencia de una controversia relacionada con la conformidad⁴ y el pago de un porcentaje del servicio. En dicho caso, las consultas que surjan al respecto serían: ¿qué podría hacer el Contratista?, ¿qué alternativas de solución de controversias le ofrece el ordenamiento jurídico ante esa situación?

Ahora bien, en caso de existir diversas alternativas de solución de controversias, también cabe efectuarse las siguientes interrogantes: ¿cuál resultaría la más idónea?, ¿sería viable pactar un convenio arbitral

3 Indistintamente, en materia de contratación pública, también se les conoce como las Ordenes, ya sea de servicios o de bienes, en concordancia con el título del presente artículo.

4 Cabe mencionar que la conformidad se encuentra regulado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante RLCE) y ha sido, durante la pandemia, modificado mediante el Decreto Supremo 168-2020-EF, de 29 de junio, publicado en el Diario Oficial El Peruano núm. 15509 de 30 de junio del 2020, para tratar de darle mayor eficacia al siguiente articulado el siguiente:

Artículo 168.- Recepción y Conformidad

168.1 La Recepción y Conformidad es Responsabilidad del Área Usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del Área de Almacén y la Conformidad es Responsabilidad de quien se indique en los documentos del Procedimiento de Selección.

168.2 La Conformidad requiere del Informe del funcionario responsable del Área Usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la Calidad, Cantidad y Cumplimiento de las Condiciones Contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de Órdenes de Compra o de Servicio, la Conformidad puede consignarse en dicho Documento.

168.3 La Conformidad se emite en un plazo máximo de siete (7) días de producida la recepción, salvo que requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad.

168.4 De existir Observaciones, la Entidad las comunica al Contratista, Indicando claramente el sentido de estas, Otorgándoles un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (8) días. (...)

168.7 Las Discrepancias en relación a la Recepción y Conformidad pueden ser sometidas a Conciliación y/o Arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días Hábiles de Ocurrecida la Recepción, la Negativa de esta o de Vencido el Plazo para otorgar la Conformidad, según corresponda. (El subrayado es nuestro)

pese a que el contrato se encuentra excluido de la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado o que se incluya de forma obligatoria en la normativa de Contrataciones con el Estado? Y, de ser viable, ¿qué tipo de arbitraje se podría instaurar para la solución de controversias derivados de contratos menores a ocho (8) UIT?, ¿el mercado arbitral se encuentra preparado para este tipo de arbitrajes?

Sobre todas las interrogantes planteadas a lo largo del artículo, trataremos de darles respuesta, además de desarrollar algunas propuestas como alternativas de solución tomando en consideración la legislación existente, además de las contingencias usuales y el desarrollo del arbitraje administrativo del OSCE (SNA-OSCE).

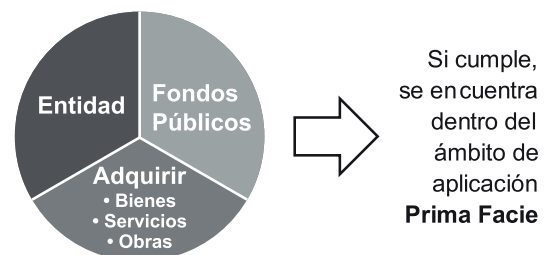
2. ¿Es la contratación menor de 8 UIT⁵ un contrato público?

Sobre el particular, se generan muchas dudas en cuanto al desarrollo de este tipo de contratos o, más bien, como se les conoce en la gestión pública, de las órdenes de servicios y las órdenes de compra.

La primera duda estaría referida al alcance de estas, ya que podemos advertir claramente que son contratos donde una de las partes es el Estado y los fondos con los que se paga a los proveedores de bienes o servicios son fondos públicos. Precisamente, la definición de fondos públicos actualmente se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N° 1436, norma marco de la Administración Financiera del

sector público⁶; sin embargo, a pesar de ello, como política pública, se les exonera de la aplicación de la LCE.

Por tal motivo, en forma general, para poder determinar si un contrato se encuentra o no dentro del marco de aplicación de la LCE, resulta preciso realizar un primer examen en el cual deben concurrir los 3 elementos; para desarrollarlos, usaremos la siguiente gráfica:



No obstante, tal como vemos, a pesar de cumplir con estos supuestos clásicos para ser incorporados como contratos bajo el ámbito de aplicación de la LCE, la norma, de forma arbitraria, ha considerado que los contratos menores a 8 UIT no se encuentren en dicho ámbito, pero, aún así, se le aplican algunas disposiciones de la mencionada norma.

Como antecedente directo a este supuesto, debemos mencionar que, en la antigua normativa de la LCE, el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, “la anterior normativa”), a este tipo de contratos se les denominaba “Contrataciones menores de 3 UIT”, las mismas que, efectivamente, contaban con iguales características que las contrataciones de menores de ocho (8) UIT, salvo por el tema del monto de la contratación.

5 Cabe mencionar que, todos los años, se incrementa el tope de estos tipos de contratos, ya que dependen íntegramente de las resoluciones que emiten el Ministerio de Economía y Finanzas, tal como el Decreto Supremo 380-2019-EF que estableció que el monto para el 2020 sería de 4300 soles. Usualmente, se publica en el mes de diciembre del año anterior a la vigencia.

6 “Artículo 4.- Definiciones A efectos de la aplicación del Decreto Legislativo, se definen los siguientes conceptos: [...] 6. Fondos Públicos: Son los flujos financieros que constituyen derechos de la administración Financiera del Sector Público, cuya administración se encuentra a cargo del Sector Público, de acuerdo con el ordenamiento legal aplicable”. Decreto Legislativo N° 1436, de 15 de septiembre, que establece el Marco de la Administración Financiera del Sector Público (Diario Oficial El Peruano núm. 14650 de 16 de septiembre del 2020)

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

En tal virtud, con la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 –LCE inicial–, se generó toda una discusión en cuanto a la aprobación de dicho cambio. Se señaló que este se efectuó a fin de mejorar la gestión en favor de la Entidades Públicas más grandes, agilizando sus compras, por lo que se incrementó dicha cuantía.

En otras palabras, tomando en consideración a las Entidades de gran magnitud, tales como los Ministerios o Programas a nivel nacional, el legislador estimó que resultaba indispensable que se suscitara dicha variación en la normativa de compras públicas y, de esta manera, poder favorecer la dinámica de adquisiciones tanto de bienes como de servicios, los cuales resultaba necesarios y fundamentales para el quehacer del día a día de tales entidades, y no tener que realizar procesos de selección una vez que los montos superen las tres (3) UIT, siendo el nuevo tope de ocho (8) UIT.

Ello puede, efectivamente, facilitar la gestión interna de las entidades públicas, pero la discusión sobre este punto de la norma pasaba por que la aplicación de la normativa sea no sólo para las grandes entidades públicas, sino también para las pequeñas entidades tales como las municipalidades distritales y provinciales. Cabe precisar que el país tiene más de 1,800 municipalidades a nivel nacional y que con dicho cambio también estas se encontraban facultadas a realizar este tipo de transacciones con absoluta discrecionalidad.

En ese sentido, podemos recordar que la anterior normativa denominaba al contrato superior a las tres (3) UIT como contrato de “Adjudicación de Menor Cuantía” (AMC), el cual si se encontraba bajo el ámbito normativo de la LCE, motivo por el cual, en caso de controversia entre las partes, se

podría recurrir al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.

Desde nuestra perspectiva, el solo hecho de que estos contratos menores de ocho (8) UIT se encuentren fuera del ámbito de aplicación de la normativa por la discrecionalidad del legislador, esencialmente debido al monto de los mismo, no conlleva, necesariamente, a la exclusión de ciertos aspectos, ya que estos, por ejemplo, deben respetar claramente los principios de la LCE. Además, deben respetar las limitaciones establecidas por la normativa tales como los impedimentos para contratar con el Estado.

Asimismo, podemos mencionar cómo en la doctrina comparada se señala que la contratación pública, como manifestación de la función administrativa, se encuentra íntimamente determinada por la realización efectiva del interés general, representado por los fines públicos, los mismos que se vinculan con los particulares como serían los contratistas⁷.

En ese sentido, cabe válidamente preguntarnos cuál es la razón de ser de los contratos inferiores a ocho (8) UIT. La respuesta a dicha interrogante sería que es el cumplimiento de una finalidad pública, con lo cual podemos afirmar que no habría una divergencia significativa con la finalidad intrínseca de los contratos públicos mayores al monto señalado y a los cuales se les aplica la normativa de Contrataciones Públicas.

Por tales motivos, estamos absolutamente convencidos de que estos contratos menores de ocho (8) UIT no evaden totalmente las normas relativas a las contrataciones públicas –no son islas por sí solos–. Es por ello que creemos que, frente a

7 José Luis Benavides, *Contratos Públicos*, 1ª ed (Bogotá: Universidad del Externado, 2014), 215.

este tipo de contratos y en concordancia al artículo 236 del Reglamento de la LCE (RLCE), el cual regula el arbitraje administrativo del SNA-OSCE, se debe articular una forma de permitir el arbitraje como medio de solución de controversias para este tipo de contratos menores de ocho (8) UIT.

Como se mencionó, en el caso de los impedimentos para contratar con el Estado, los cuales se encuentran taxativamente establecidos para los contratistas en la LCE, se le incluye expresamente a este tipo de contratos, a pesar de que desde un primer momento no se les resulte de aplicación la normativa de contrataciones públicas.

Por consiguiente, estamos convencidos de que los contratos menores de las ocho (8) UIT constituyen, en primer lugar, claramente contratos de naturaleza pública y, en segundo lugar, estamos convencidos de que, en caso se suscite alguna controversia, debería ser posible que la misma se pueda resolver en un proceso arbitral, siendo esto desarrollado a lo largo del presente artículo.

2.1. Arbitrabilidad de los contratos menores a 8 UIT

Como bien hemos sostenido, no existe sustento técnico ni legal del por qué los contratos menores a ocho (8) UIT habrían sido excluidos del ámbito de aplicación de las LCE, sino todo lo contrario. En lo que va del desarrollo del presente artículo, hemos podido apreciar de este tipo de contratos tiene las mismas características de los demás contratos que

sí se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LCE; inclusive, hemos podido advertir que la finalidad que cumplen es similar en tanto satisfacen una necesidad pública utilizando recursos o fondos públicos.

En ese sentido, asumir que el contrato menor a ocho (8) UIT tiene la misma naturaleza que los demás contratos públicos, bajo el ámbito de aplicación de la LCE, es perfectamente válido. En consecuencia, es totalmente coherente con la finalidad pública de dichos contratos admitir que las controversias que se susciten durante la ejecución de estos, como el caso planteado al inicio del presente artículo, pueden y deben ser resueltas en un arbitraje, máxime si no existe óbice alguno para su arbitrabilidad.

Ahora bien, la arbitrabilidad o no de determinada materia, de acuerdo con la Ley de Arbitraje⁸, está condicionada bien a que (i) la materia que se quiere someter a arbitraje sea de libre disposición de las partes o (ii) que el sometimiento a arbitraje de determinada materia esté autorizado por las leyes, tratados o acuerdos internacionales⁹.

Respecto a la primera condición, es evidente que la misma hace referencia o se encuentra vinculada a la autonomía privada de las partes del arbitraje. Lo anterior, como bien lo ha señalado cierta parte de la doctrina especializada, en cuanto serviría como guía de la “arbitrabilidad subjetiva”; es decir, sería útil para determinar quiénes pueden recurrir al arbitraje y si los derechos que desean someter a discusión son de su libre disposición, especialmente de materia arbitral¹⁰. Sin embargo, detenernos a analizar ello no

8 Decreto Legislativo N° 1071, de 27 de junio, que norma el arbitraje (Diario Oficial El Peruano núm. 10276 de 28 de junio del 2008).

9 “Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. *Ibid.*

10 Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, tomo 1 (Buenos Aires: La Ley, 2010), 17.

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

coadyuvaría mucho a la finalidad de este artículo en tanto, en un contrato menor a ocho (8) UIT, una de las partes es el Estado y, como es de conocimiento público, las controversias que se deriven de los contratos bajo el ámbito de aplicación de la LCE, con excepción de ciertas materias que la misma Ley restringe su arbitrabilidad, se resuelven ya sea por arbitraje o conciliación.

Ahora bien, considerando lo señalado en el párrafo precedente y tomando en cuenta que, tal como lo hemos sostenido en lo que va del desarrollo del presente artículo, un contrato menor a ocho (8) UIT es un contrato público que comparte la misma naturaleza que los demás contratos bajo el ámbito de aplicación de la LCE y, por lo tanto, su arbitrabilidad debe ser instaurada.

Dicha arbitrabilidad se encontraría, sin lugar a duda, enmarcada en la segunda condición que el artículo 2 de la Ley de Arbitraje contempla; es decir, la arbitrabilidad de un contrato menor a ocho (8) UIT debería estar autorizada por la LCE, siendo, en todo caso, obligatorio su arbitrabilidad. Ello en virtud a que sería la propia ley la que reservaría tales conflictos a un árbitro imparcial que no respondiera sesgadamente en favor de alguna de las partes, sino a su propio criterio en base a una jurisdicción privada delegada y reconocida por el Estado, buscando de ese modo promover su interés en su labor de gestión y búsqueda de la pacificación¹¹.

Así también lo ha entendido cierta doctrina nacional al señalar que, en la poca eficiencia que tendría el Poder Judicial para resolver los conflictos que se susciten del las contrataciones públicas materia

de análisis, radicaría el factor determinante de la obligatoriedad de la arbitrabilidad de los contratos en la que una de las partes es el Estado¹², sin hacer mención, claro está, a la falta de especialidad por parte de los jueces ordinarios respecto al contenido de dichos contratos.

En esa línea, entonces, podemos afirmar que la arbitrabilidad de los contratos menores de ocho (8) UIT debe ser una tarea por implementarse en tanto se encontraría justificada al reunir las particularidades de un contrato público bajo el ámbito de aplicación de la LCE y se enmarcaría dentro de los parámetros de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje (esto es, que su arbitrabilidad sea obligatorio por disposición de esta).

3. Determinación del arbitraje ad-hoc o institucional en la contratación pública

Sobre este particular asunto, es importante mencionar que, como punto de partida, deberíamos analizar que tipo de arbitraje deberían ser los que se han venido proponiendo para los contratos menores a ocho (8) UIT: el ad-hoc o el institucional. Es una pauta importante, ya que se ha tenido idas y venidas en los arbitrajes relacionados a contratación pública. Sin embargo, sobre este caso particular hay que considerar tres aspectos: (a) los costos del proceso, (b) la complejidad de estos y (c) el tiempo de demora.

Con brevedad, diferenciaremos teóricamente los cimientos tanto del arbitraje ad-hoc como del institucional en base a su administración y/o reglamentación.

11 Francisco Gonzales de Cossío, *Arbitraje* (México: Editorial Porrúa, 2011), 65.

12 Kudmuller Kaminiti, Franz, «Obligatoriedad del Arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento», *Themis*, n.º. 39 (1999): 217, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10433>.

En el primero de ellos, la reglamentación y administración emanará directamente de las partes y/o del Tribunal Arbitral; mientras que, en el segundo, la reglamentación estará previamente establecida en normas elaboradas por alguna institución arbitral, la misma que se encargará de administrar el procedimiento.

En ese sentido, en palabras de Caivano, citado por Mario Castillo Freyre:

En el arbitraje denominado libre o ad-hoc no existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún mecanismo predeterminado. Son las propias partes quienes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje. Al carecer de una administración formal prestada por un tercero, las partes tendrán que darse a sí mismas —y darles a los árbitros— las normas sobre las que éstos actuarán, proveyendo todo lo necesario para que el arbitraje pueda comenzar¹³.

Por otro lado, el arbitraje institucional sería aquel que es organizado, administrado y reglamentado por una institución arbitral. Así también lo señala el autor anteriormente mencionado indicando que "(...) en el arbitraje institucional, a diferencia del ad-hoc, existe —intermediando entre los árbitros y las partes— una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia (...) "¹⁴.

Sin embargo, debe precisarse que la función de la institución arbitral no implica, necesariamente, intervenir de forma directa en la solución de la controversia, siendo que ello es de competencia exclusiva del tribunal arbitral.

De lo anterior, podemos advertir las diferencias entre el arbitraje ad-hoc y el institucional, siendo, en el primero, principalmente, un aspecto diferencial la libertad de regulación que tienen las partes, mientras que, en el segundo, la propia Institución Arbitral se encargará de la reglamentación y administración. Nada determina la conveniencia de optar por uno o por otro.

Entre algunas de las principales ventajas del arbitraje institucional advertidas por Guerinoni Romero¹⁵, podemos encontrar las siguientes: (i) la institución arbitral cuenta con un reglamento con normas procedimentales preestablecidas, lo cual garantizaría seguridad jurídica y predictibilidad; (ii) una tabla de aranceles y gastos arbitrales preexiste, lo que permitiría a las partes hacer un análisis de costos antes del inicio del arbitraje; (iii) hay un registro de árbitros que sirve de referente a las partes; y (iv) es capaz de poseer una infraestructura y soporte logístico adecuado.

Por su parte, entre las principales ventajas del arbitraje ad-hoc, tal como lo señala Ruska Maguiña¹⁶, se presentan: (i) una mayor libertad de elección de árbitros por las partes, sin tener que escoger de una lista; ii) una mayor libertad en el diseño del procedimiento, puesto que tienen el control de regular el mismo; y (iii) un menor costo, puesto

13 Mario Castillo Freyre et al., *Arbitraje: Comentarios a Ley de Arbitraje*, pt. 1. (Lima: Biblioteca de Mario Castillo Freyre, 2014), 148 -149.

14 *Ibid.*, 151.

15 Pierina Mariela Guerinoni Romero, «Arbitraje del Estado: ¿ad hoc o institucional?», *Arbitraje PUCP*, n.º 1 (2011): 12-13, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9353>.

16 Carlos Ruska Maguiña, «Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: el Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú», *Iuris Dictio* 7, n.º. 11 (2007): 24, doi: 10.18272/iu.v7i11.669.

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

que no se tendría que pagar a una institución por la organización y administración del arbitraje.

Ahora bien, después de desarrollar las concepciones teóricas respecto a los tipos de arbitraje, debemos señalar que, en el ámbito de las contrataciones públicas, ha habido numerosos cambios y estos han sido sustanciales. En tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 y sus dos modificaciones posteriores, ha parecido que se está entre idas y venidas sobre el arbitraje en contratación pública, pero resulta pertinente resaltar que estos se han suscitado, principalmente, por el estallido de los sonados casos de corrupción como el del “Club de la Construcción”, culpándose al arbitraje ad-hoc dicha situación.

En un primer cambio, por lo señalado anteriormente, al entrar en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341, se reguló que el arbitraje ad-hoc en contrataciones públicas solo sería para bienes y servicios, pero, además, sobre montos muy inferiores, excluyendo la posibilidad de que las obras públicas puedan utilizar este tipo de arbitraje, siendo señalado como un arbitraje netamente residual.

Debemos ser enfáticos en señalar que los casos de corrupción de los arbitrajes de contratos públicos, de alcance mediático, conocidos y promovidos por el “Club de la Construcción”, no solo eran arbitrajes ad-hoc, sino también arbitrajes institucionales, siendo el problema principal los árbitros que se involucraron en dichos casos, mas no un tipo de arbitraje en concreto como se quiso señalar. En otras palabras, en estos casos, se trataba de un problema de personas: era responsabilidad de los árbitros, resultando irrelevante la tipología del procedimiento arbitral.

De otro lado, no podemos dejar de señalar que, durante las audiencias de prisión preventiva a los árbitros involucrados en los casos de Odebrecht, hubo un desconocimiento total, por parte de los fiscales, respecto de la normativa de contrataciones públicas, confundiendo normas especiales como aquellas referidas a las Asociaciones Público-Privadas (APPs) y las pertenecientes a la LCE. Peor aún fue la errada concepción que manifestaban tanto sobre el arbitraje ad-hoc como sobre el arbitraje institucional.

Continuando con el análisis de la modificatoria, debemos mencionar que, después de menos de dos años de vigencia de la Ley N° 30225, se volvió a cambiar el sentido de la ley y el arbitraje ad-hoc dejó de ser un procedimiento residual. Es por ello que, mediante el Decreto Legislativo N° 1444, se estableció una nueva regulación, en la cual se señala que se podrá recurrir al arbitraje ad-hoc en los contratos de bienes, servicios y obras, pero se deja establecido un tope monetario mucho mayor que el anterior, siendo el límite, en este caso, los contratos de hasta cinco (5) millones de soles. Cabe precisar que ello, a su vez, fue modificado recientemente por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF y, ahora, el indicador ya no es más el monto del contrato, sino el del procedimiento de selección.

Aparentemente parece ser que no hay mucha la diferencia, pero lo que sucede en realidad es que se amplía el espectro de los arbitrajes institucionales, ya que en la norma se cuenta con dos aristas: (i) la primera está referida al valor estimado, pues se desconoce el monto exacto que el Estado estará dispuesto a pagar a los proveedores; y (ii) la segunda se encuentra determinada en función de la competencia de los postores durante el procedimiento de selección, quienes, a fin de adjudicarse los contratos, tenderán a

reducir el precio de sus respectivas ofertas, por lo que se optó por no estar frente a una incertidumbre ante posibles modificaciones de los montos esperados, estableciéndose que el límite sea determinado por la cuantía en el procedimiento de selección.

Otro punto importante es que, con la legislación actual, se establece, de forma obligatoria, que, si se supera el monto de los cinco (5) millones de soles en la convocatoria de los procedimientos de selección, corresponderá que, en caso se suscite

una controversia entre las partes en la ejecución de los contratos públicos respectivos, se deberá acudir al arbitraje institucional (sobre la base de la aplicación de la LCE).

En tal virtud, este sería el esquema base para poder determinar en que supuestos las problemáticas referidas a los contratos públicos deberán resolverse ante arbitrajes institucionales o ad-hoc. Además, incluye la propuesta que queremos ofrecer:

Tabla 1. Cuadro de determinación del procedimiento arbitral

Tipo de Arbitraje	Arbitraje ad-hoc o institucional	Solo arbitraje institucional	Solo el SNA-OSCE
Monto de referencia	Monto del procedimiento de selección desde que es mayor a ocho (8) UIT hasta los cinco (5) millones de soles de procedimiento de selección	Monto del procedimiento de selección mayores a cinco (5) millones de soles	Monto de cualquier tipo de contrato público hasta las diez (10) UIT
Vigencia	Norma actual	Norma actual	Propuesta

Cuadro de elaboración propia

Como tema particular, debemos mencionar que, en nuestra experiencia arbitral, no conocemos otras cláusulas arbitrales que contengan un pie de página en su redacción, tal como ocurren en los contratos públicos. Es decir, todos los procedimientos de selección tienen bases estándar que sirven de guía en el procedimiento de contratación de las entidades públicas y deben ser utilizadas, de forma obligatoria¹⁷, por los operadores de estas, que pueden ser tanto

el Órgano Encargado de las Contrataciones (en adelante OEC) como el Comité de Selección.

La mencionada cláusula arbitral se encuentra en la parte de la proforma del contrato público, tanto en la de las adjudicaciones simplificadas de bienes como en la de las adjudicaciones de servicios¹⁸, pero, como se menciona, es la proforma del contrato, la cual no

17 Tal como lo establece el RLCE en el artículo 47.3 que señala lo siguiente:

“Artículo 47. Documentos del procedimiento de Selección:

[...] 47.3 El Comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado. [...]”. Decreto Supremo N° 344-2018-EF, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Diario Oficial El Peruano núm. 14778 de 31 de diciembre del 2018).

18 Véase Bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de bienes, aprobado por la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD.

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

necesariamente será la cláusula que se incorporará en el contrato final. La misma es redactada de la siguiente manera:

**“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA:
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS¹⁹**

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

Sobre este tema en especial, en nuestra propuesta de arbitrabilidad de los contratos menores de ocho (8) UIT, somos conscientes de que estos no cuentan con las bases estándar, ya que este tipo de contratos no se encuentra en el ámbito de aplicación de la normativa de la LCE.

Sin embargo, cabe recordar que, en el RLCE, se reguló un supuesto en el cual, si el contrato no incorporaba un convenio arbitral, tal como señala el artículo 216²⁰, se consideraba que el convenio se encontraba incorporado de pleno derecho, remitiendo la controversia al SNA-OSCE.

4. Arbitraje SNA-OSCE

Este tipo de arbitraje está estrechamente vinculado con nuestra propuesta por la función que tienen y las cuantías que manejan, pero, si bien el sistema es conocido desde hace mucho tiempo, debería ser momento de modificar su denominación, ya que aunque se conoce al Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE), cabe recordar que ya se encuentra en vigencia el Sistema Nacional de Abastecimiento (en adelante, “SNA”) que cuenta con los mismos acrónimos.

Además, ya está en funciones la Dirección General de Abastecimiento (DGA) del Ministerio de Economía y Finanzas, la cual es el ente rector de la SNA, dentro del cual se encuentra el OSCE. Es decir, el OSCE forma parte de este sistema, lo cual podría generar confusión en los operadores de la norma, como

19 De acuerdo con el numeral 3 del artículo 225 del RLCE, las partes pueden recurrir al arbitraje ad-hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado sea menor o igual a cinco millones con 00/100 soles (S/ 5'000,000.00).

20 “Artículo 216.- Convenio Arbitral

[...] Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje-OSCE, cuya Clausula Tipo es: [...]”. Decreto Supremo N° 344-2018-EF.



aquellos pertenecientes a cada OEC, quienes son los llamados a conocer tanto la LCE como la Ley del SNA. Por lo tanto, al momento de llevar a cabo los respectivos procedimientos de selección, se puede confundir el sentido del arbitraje del OSCE.

Si bien es cierto que el SNA-OSCE no es reciente, podemos recordar que el mismo también cumplía la función subsidiaria del arbitraje en compras públicas, siendo durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1017 que su uso estaba circunscrito para los contratos públicos de hasta por un monto de quince (15) UIT. Actualmente, nuestra legislación desarrolla este tipo de arbitraje señalando que tiene un tope de hasta diez (10) UIT, por lo que, al compararlo con la anterior normativa, podemos apreciar claramente que se dio una reducción de cinco (5) UIT en el ámbito de aplicación, tal como lo señala el artículo 236²¹ del RLCE.

Además, en su breve regulación, en tal artículo del RLCE, se puede apreciar un punto importante: existe la posibilidad de que se firmen convenios con otras instituciones públicas para que se pueda generar una menor carga de arbitrajes en el SNA-OSCE. Creemos que es importante ello, ya que, actualmente, el mencionado ente estatal se encuentra abrumado por la cantidad de procesos que tiene en curso, considerando, además, que los plazos de dichos

arbitrajes suelen ser, lamentablemente, mayores que los de instituciones arbitrales o, inclusive, arbitrajes ad-hoc (lo cual, de cierta manera, contraviene uno de los principios esenciales del arbitraje que es la celeridad).

Pero, como hemos mencionado, uno de los motivos de tal sobrecarga de procesos arbitrales se debe al desconocimiento por parte de los operadores de cada OEC y de los Comités de Selección de las diversas entidades, quienes incorporan, desde hace mucho tiempo, en las cláusulas de resolución de controversias, al SNA-OSCE de forma constante, sin considerar el monto del contrato y tampoco el carácter subsidiario del proceso arbitral en dicha entidad.

Otro punto interesante es que, debido a la magnitud de este tipo de arbitraje, el tribunal del mismo sea unipersonal. Es razonable que, al ser contratos que no conllevan a pretensiones cuyos montos sean considerables ni versan sobre materias de gran complejidad, un solo árbitro pueda resolver tal controversia.

Sobre el particular, el OSCE ha emitido la Directiva N° 004-2020-OSCE/CD²², en el cual desarrolla el Reglamento sobre el ya mencionado procedimiento

21 “Artículo 236.- De la Organización y Administración de Arbitrajes a cargo del SNA-OSCE

236.1. El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en contrataciones de Estado, en armonía con el principio de subsidiaridad, denominado Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE), sujetándose a las reglas establecidas en el presente artículo y en el Reglamento SNA-OSCE.

236.2. Pueden someterse a arbitraje institucional a cargo del SNA-OSCE las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyos valores estimados sean iguales o menores a diez (10) UIT. El arbitraje ante el SNA-OSCE es iniciado dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 45 de la Ley, no suspendiéndose en ningún momento por el tiempo que demore verificar las condiciones habilitantes del sistema.

236.3. El OSCE se encuentra facultado para encargar a otras instituciones públicas, mediante convenio y de acuerdo a lo establecido en la Directiva correspondiente, la organización y administración del régimen institucional de arbitraje subsidiario a su cargo.

236.4. Dichos arbitrajes están a cargo de un Árbitro Único de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del SNA-OSCE”. *Ibíd.*

22 Véase la Directiva N° 004-2020-OSCE/CD, de 16 de febrero de 2020, que establece el Reglamento del régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario en contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE.

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

arbitral. En este, se señala que es un arbitraje expeditivo de contratación pública, un régimen subsidiario que cautela el interés público y garantiza la adecuada solución de controversias.

Asimismo, en la mencionada Directiva, se inserta una cláusula modelo para que puedan ser incorporada en las órdenes de compra o de servicios que realizarán las entidades, siendo el tenor de la cláusula la siguiente:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones con el Estado, bajo la organización y administración del OSCE (SNA-OSCE) y de acuerdo con su Reglamento, a cuyas normas y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando aceptarlas”

En ese sentido, se evidencia que este tipo de arbitraje es uno célere y que podría compararse, de alguna forma, con el arbitraje acelerado existente en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, “CCL”)

Para recapitular, una de nuestras propuestas es que se incorpore, normativamente, la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de menos de ocho (8) UIT. Esto debido a que, para los contratos que oscilan entre las ocho (8) a diez (10) UIT, ya se

encuentra incorporado, en la cláusula de solución de controversias de las bases estándar, el arbitraje, siendo estos contratos los que deberían verse ante el SNA-OSCE.

Otra propuesta es que, en las directivas que deberían tener todas las Entidades Públicas para poder regular las contrataciones iguales o menores de ocho (8) UIT²³, se incorpore la cláusula arbitral del SNA-OSCE o, en todo caso, en los mismos contratos que se celebren.

Pero, la contingencia que se podría suscitar es la siguiente: si la misma LCE excluye a este tipo de contratos de su ámbito de aplicación, ¿cuál sería la explicación para su uso como marco normativo dentro de un arbitraje como solución de la controversia? Se da por sentado que la norma aplicable es el Código Civil y que la jurisdicción le correspondería al Poder Judicial. Sin embargo, no podemos olvidar que la naturaleza de estos contratos es netamente pública, por lo que tiene que cumplir con sus finalidades, las cuales están guiadas para el beneficio de la población. Por ello, la mayoría de las directivas de este tipo de contratos que emiten las Entidades Públicas, incluyendo la del OSCE, contiene la sustancia de la fase de ejecución contractual de la LCE.

Por tal motivo, a este tipo de contratos no les es de aplicación exhaustiva la LCE: su exclusión se dio para brindarle mayor agilidad al proceso de contratación de la entidades, mas no para establecerlos como contratos civiles. Ello se manifiesta en el hecho de que tienen que respetar los principios de las contrataciones públicas e, inclusive, los impedimentos, tal como se mencionó anteriormente en el presente artículo.

23 Véase la Resolución de Secretaría General N° 061-2019-OSCE/SGE, de 18 de noviembre de 2019, que aprueba la Directiva N° 003-2019-OSCE/SGE, Directiva para contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Ahora bien, podría ser que, para evitar las posibles contingencias sobre la norma aplicable, les sea de aplicación a este tipo de contratos, en cuanto sea posible, las normas de **ejecución contractual** de la LCE. Así, seguirían cumpliendo su objetivo: que no sea parapetadas por la LCE en la etapa selectiva de la compra pública, siendo esa la gestión más eficiente para la adquisiciones necesarias del día a día.

Otro aspecto positivo es que, al poder tener al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, se puede presentar la oportunidad de que los árbitros inexpertos puedan incursionar en el manejo de este tipo de procedimientos, pues, para poder ejercer su labor, la experiencia se vuelve un recurso necesario, siendo, un primer paso, los arbitrajes relacionados a estos contratos para que, posteriormente, incursionen en los de mayor complejidad, asemejándose este proceso de “crecimiento” a una especie de cantera.

28

Esto lo mencionamos, ya que, actualmente, se exige experiencia previa a los árbitros para, por ejemplo, poder encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Árbitros (RNA), pero ¿cómo pretenden que ingresen árbitros experimentados al mercado si no han tenido la más mínima oportunidad? Es, por tanto, positivo que los árbitros puedan ir teniendo pericia y manifestar la misma en los tribunales que formen a *posteriori* cuando tengan arbitrajes fuera del ámbito de aplicación del SNA-OSCE.

Por último, creemos que, si se le quiere dar un impulso a la justicia arbitral, se debería, como política pública, articular el arbitraje del SNA-OSCE con el que maneja “Arbitra Perú”, el cual depende del Ministerio

de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, “MINJUS”). Con un impulso de dicha estructuración, se mejoraría mucho el arbitraje relacionado a la contratación pública.

No podemos dejar de mencionar el Decreto de Urgencia N° 20-2020, el cual modificó la Ley de Arbitraje y, por lo tanto, generó una confusión en el arbitraje relacionado a la contratación pública: la modificación incorpora la medida que solo serán arbitrajes ad-hoc los que tengan hasta un monto de diez (10) UIT. Creemos que este ha sido uno de los peores cambios que se han podido realizar, ya que denota que no están estructuradas las propuestas del MINJUS con los parámetros establecidos en la LCE.

Al tener la oportunidad de intercambiar opiniones con otros árbitros, podemos manifestar que es una opinión unánime que dicha modificación no tiene sentido alguno. Ya se tenía como parámetro, para los casos mencionados en el párrafo anterior, la ley especial (en este caso, la LCE), más no la ley general (que, en ese caso, es la Ley de Arbitraje): este es un principio general del derecho que el Ejecutivo lamentablemente olvidó al momento de emitir dicha norma.

Además, al disponerse, en virtud de la última modificatoria a la Ley de Arbitraje (en especial, al artículo 7²⁴), que los arbitrajes serán institucionales si las controversias involucran contratos con montos superiores a diez (10) UIT, podría causar la impresión de que estos procedimientos estarían vinculados, de alguna manera, a los arbitrajes que realiza el SNA-OSCE.

24 “Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.

(...) 5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia”. Decreto de Urgencia N° 20-2020, de 23 de enero, que modifica el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Diario Oficial El Peruano núm. 15250 de 24 de enero del 2020).

Sin embargo, la misma no tiene ninguna vinculación, ya que, al momento de leer la Exposición de Motivos del mencionado Decreto de Urgencia²⁵, nos percatamos que el fin de la modificación estaba ligado estrechamente con la idea de que el arbitraje ad-hoc era sinónimo de corrupción, error que los legisladores pudieron previamente percatar con tan solo leer la exposición de motivos de la última modificatoria a la LCE, en la cual retiran la subsidiariedad del arbitraje ad-hoc en las compras públicas.

Asimismo, tal como lo hemos mencionado, la corrupción no es intrínseca al tipo de arbitraje (esto es, si se trata de un arbitraje institucional o uno ad-hoc), sino, muy por el contrario, dependerá de las personas a cargo de los mismos (es decir, de los árbitros), lo cual es unánime en la doctrina autorizada en la materia, tanto nacional como internacional. No se debe intentar confundir a los operadores de la norma, proveedores, contratistas, funcionarios y a la ciudadanía en general, al hacerles creer que el tipo de arbitraje será determinante para que en el mismo haya o no corrupción.

5. Transparencia en el Arbitraje en contratación pública

Un tema transversal y muy importante que debemos recordar es que la transparencia no solo es un principio que se encuentra en distintas normas vinculadas a las compras públicas, sino además es un instrumento para poder controlar el manejo de los fondos públicos y el cumplimiento de las metas de las diversas Entidades Públicas.

Se encuentra, entre los principios que se deben seguir en todas las compras públicas, el ya mencionado en el párrafo anterior²⁶; no obstante, este principio recobra aún mayor importancia en las compras de menos de ocho (8) UIT. Podemos indicar que la manifestación de este principio cuenta con cinco (5) elementos que son señalados por la Guía CNUDMI de implementación de la Ley Modelo de Contratación Pública²⁷:

25 Para ver la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia N°20-2020, donde se puede apreciar la deficiente motivación para la dación de la referida norma, véase Congreso de la República del Perú, *Expediente del Decreto Urgencia N° 020-2020* (Lima: Congreso de la República, 2020), [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/\(DecretosUrgencia\)/C86BAAC1544F91A4052584F90046C4BB](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/(DecretosUrgencia)/C86BAAC1544F91A4052584F90046C4BB).

26 **“Artículo 2.- Principios que rigen las Contrataciones**

Las Contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros Principios Generales del Derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación.

Los Principios sirven de criterio de Interpretación para la aplicación de la presente Ley y su Reglamento, de Integración para Solucionar sus Vacíos y como parámetros para la Actuación de quienes Intervengan en dichas Contrataciones: [...]

c) **Transparencia:** Las Entidades proporcionan Información clara y coherente con el fin de que todas las Etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la Libertad de Concurrencia y que la Contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de Trato, Objetividad e Imparcialidad.

Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico [...]. Ley N° 30225.

27 Véase Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública* (Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 2014), <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/Guide-Enactment-Model-Law-Public-Procurement-s.pdf>.

Tabla 2.- Elementos de la Transparencia

1	Difusión de Normas Aplicables al Procedimiento de Contratación
2	Publicación de Contratos próximamente Adjudicables
3	La determinación y publicación previas del objeto de la contratación y del modo que se examinarán las ofertas
4	La Administración visible del proceso de contratación conforme a normas y procedimientos prescritos
5	Un sistema que permita supervisar y acatar el cumplimiento esas normas

Cuadro de elaboración propia

En particular, sobre los arbitrajes en los cuales el Estado es parte de una controversia, la Ley de Arbitraje peruana establece que el laudo será público: ello en virtud de la esencia de este tipo de contrato, la cual consiste en satisfacer a los ciudadanos cumpliendo una finalidad pública. Sin embargo, en la realidad, no hay un portal web, hasta la fecha, en el cual se encuentren todos los laudos en los que conste la participación el Estado, ya sean resultado de arbitrajes institucionales o ad-hoc. En el portal web del OSCE, o en el SEACE, solo se encuentran los laudos de las controversias que están en el ámbito de aplicación de la LCE; no obstante, el Estado tiene más de cincuenta (50) regímenes diversos de contratación pública como, por ejemplo, el régimen de la Reconstrucción con Cambios, Qali Warma, Convenios de Administración de Recursos, entre otros.

Vale la pena señalar, como ejemplo, el interesante sistema diseñado por la CCL denominado “Faro de la Transparencia”, en el que se puede encontrar mucha información sobre los arbitrajes en los cuales el Estado es parte, pues se han puesto, a libre disposición

del público, los laudos en materia de contratación pública, contando, además, con información de los árbitros que actuaron en dichos procesos arbitrales, siendo estos datos trascendentales para la toma de decisiones.

Del mismo modo, el CARC-PUCP también publica los laudos en los cuales el Estado es parte y no solo los que versan exclusivamente sobre materias de la LCE, sino también, por ejemplo, los relativos al programa Qali Warma. Sin embargo, tanto los laudos de la CCL como los que publica el CARC-PUCP no son todos los laudos que vinculan a la Administración. Si agregásemos los laudos que son publicados por el OSCE, aún así no se tendría toda la información requerida.

Creemos que debe ser una Entidad Pública (de alcance nacional) la que deba publicar, sistematizar e investigar sobre dichos laudos, más aún teniendo en consideración que ahora se cuenta con el Decreto de Urgencia N° 006-2020, el cual creó un nuevo sistema administrativo denominado “Transformación Digital”. En este, lo importante es la interoperabilidad y la transparencia sobre el accionar del Estado, por lo que creemos que se debe centralizar toda la información de los laudos que involucren a la Administración.

Sobre el particular, creemos que se le debe dar dicha potestad a la Contraloría General de la República (en adelante, “Contraloría”). Muchos podrán tener opiniones en contra de esta propuesta, pero se debe considerar que esta entidad tiene un rol fiscalizado. Igualmente, se debe tomar en cuenta que fue la misma Contraloría la que hace algunos años realizó un estudio de laudos arbitrales desde el 2003 hasta el 2013²⁸. La publicidad de dichos laudos le permitiría a

28 Es importante saber que, durante el desarrollo de dicho estudio, se debió tener en consideración diversas variables, pero, por el tiempo y la información, no se pudo tener mejores alcances. Cabe señalar que, aún siendo la Contraloría, no pudo conseguir todos los laudos arbitrales. Sobre la investigación, véase Contraloría General de la República, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013* (Lima: Contraloría General de la República, s/f), <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

¡A la orden! La arbitrabilidad de las contrataciones menores a 8 UIT: un camino al arbitraje popular en la contratación pública

esta entidad obtener los datos necesarios investigar y, probablemente, hallar situaciones adversas en la ejecución de diversos contratos públicos.

Pero, al mismo tiempo, se tendría que crear una retroalimentación con las demás instituciones administrativas para que, sobre la base de la evidencia que se desprendan de los laudos, se puedan generar medidas correctivas en la gestión pública, ya que, al fin y al cabo, dichos contratos son en beneficio de la población y pagados con fondos públicos.

Otro punto importante es el poder combatir el fraccionamiento en las contrataciones públicas que, lamentablemente, es un tema común en estas desde hace años. Ello se ha evidenciado a raíz de diversas controversias y, con sus respectivas responsabilidades, podría crear los incentivos necesarios para que los gestores públicos eviten este tipo de prácticas y se fomente un mejor planeamiento de compras en todo el aparato estatal.

6. Conclusiones

Si bien es cierto hemos podido evidenciar las idas y venidas en la regulación del arbitraje en los contratos públicos bajo el ámbito de la LCE, es importante tener en consideración a los contratos menores de ocho (8) UIT, los cuales son el mayor número de contratos que utilizan todas las Entidades Públicas y por los cuales, también, se suscitan controversias que deberían ser solucionadas mediante un mecanismo idóneo.

Es importante, por ello, una aproximación a este tipo de contratos no solo por los escándalos mediáticos de la política nacional (como los casos relacionados a Richard Swing, Miriam Morales, entre otros), sino, sobretodo, porque, en la realidad, se dan

situaciones, como la expuesta en el ejemplo inicial de este artículo, en las que no solo el contratista, sino también la entidad, tienen problemas al momento de la ejecución contractual.

Por tal motivo, creemos que sería una buena oportunidad el poder incorporar al arbitraje como medio de solución de controversias en los contratos menores de ocho (8) UIT, ya que, en estos, el remedio actual implica que cualquiera de las partes, al querer solucionar la controversia, se tenga que dirigir al Poder Judicial, con lo cual es probable que el remedio sea peor que la enfermedad. En tal virtud, creemos que la propuesta que venimos planteando debe ser evaluada de forma integral al brindar una política pública de calidad para este tipo de contratos, ya sea incorporando las alternativas que hemos desarrollado o considerándolas en las propuestas legislativas que se vienen desarrollando para la regulación especial de este tipo de contrataciones menores.

Por otro lado, la implementación de sistemas que velen por la transparencia y la incorporación de un actor como la Contraloría supondrían un mejoramiento en el desarrollo de la gestión pública, pudiéndose tomar medidas correctivas que le puedan dar un uso eficiente y eficaz a los fondos públicos y, así, mejorar las brechas que se tienen actualmente.

Por último, llevar a cabo un plan de articulación entre el SNA-OSCE y "Arbitra Perú", que involucre a los contratos menores de diez (10) UIT y a los que son menores de ocho (8) UIT, puede ser muy beneficioso para el desarrollo del arbitraje en el área de Contrataciones Públicas en el Perú, pero dicho correlato debe darse con una asignación importante de presupuesto destinado para ello y, sobre todo, con el uso eficiente y eficaz del mismo para lograr las metas ya mencionadas.

Bibliografía:

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. *Arbitraje: Comentarios a Ley de Arbitraje*, pt. 1. Lima: Biblioteca de Mario Castillo Freyre, 2014.

Guerinoni Romero, Pierina Mariela. «Arbitraje del Estado: ¿ad hoc o institucional?». *Arbitraje PUCP*, n.º 1 (2011): 8-15. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9353>.

Gonzales de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2011.

Kudmuller Kaminiti, Franz. «Obligatoriedad del Arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Themis*, n.º. 39 (1999): 213-221. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10433>.

Benavides, José Luis. *Contratos Públicos*. 1ª ed. Bogotá: Universidad del Externado, 2014.

Ruska Maguiña, Carlos. «Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado: El Rol de las Instituciones Arbitrales en el Perú». *Iuris Dictio* 7, n.º. 11 (2007): 22-25. doi: 10.18272/iu.v7i11.669.

Soto Coaguila, Carlos Alberto y Alfredo Bullard González. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2010. 