

Mag. Jimmy Roddy PISFIL CHAFLOQUE

# EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACION CON EL ESTADO Y SU DESCENTRALIZACIÓN

Lima - 2013

## **El Arbitraje en la Contratación con el Estado y su descentralización**

Derechos Reservados de esta edición

Copyright: Autor - Editor

© Jimmy Roddy Pisfil Chafloque

Dirección: Jirón Olmedo N° 537 Dpto. 201 Block C – Urb. Garden City-Breña

jimmypisfilchafloque@yahoo.es

LIMA-PERÚ

Primera edición, Agosto 2013

Tiraje: 1000 ejemplares

**ISBN:978-612-00-1318-2**

**Hecho el depósito legal en la**

**Biblioteca Nacional del Perú N° 2013 - 11847**

Impreso en los talleres gráficos de Oscar Ricardo Retamozo Ramos

Ignacio Merino 1738 – LINCE

LIMA-PERÚ

Teléfono: 971122556

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita de los autores, quedando protegido los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

**DEDICATORIA:**

*“...A mis queridos padres **Gloria** (†) y **Walter** por su comprensión en el sacrificio de las horas de compartir en el hogar...”*



## **AGRADECIMIENTO:**

*“A todos los que hicieron posible que esta tesis se materialice mediante la recolección de datos y fuentes bibliográficas y en especial a mi apreciado amigo **Javier Rojas Muñoz**, futuros colegas, sediento de conocimiento; para el mi agradecimiento eterno...”*



## INTRODUCCIÓN

Haciendo historia sobre cómo nuestro país incorporó al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, debemos señalar que fueron los inversionistas extranjeros los cuales llegaron a América Latina quienes provocaron el uso de estos mecanismos, ya que requerían la fijación de cláusulas de conciliación y/o arbitraje en los contratos que suscribían con, los Estados. (Castillo, 2009, p. 13)

No obstante, América Latina, específicamente nuestro país y las entidades que forman parte de él tienen grandes contrariedades en que éstos se sometan a arbitraje por no haber sido impulsado esta jurisdicción en toda su magnitud.

Al respecto, Bernal Gutiérrez (2004) señala que esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la resistencia movida por intereses de diversa índole ha sido férrea y sostenida; y el externo, donde, a pesar de estar vinculados y adheridos a los tratados más importantes, se desconocen estos mecanismos como consecuencia de la ignorancia.

En este ambiente no era raro encontrar, como hace un par de décadas, que la normativa latinoamericana vigente en materia de solución de controversias, donde fuere parte el Estado o sus entidades y, en particular, la referida a la solución de controversias contractuales, no registrara en términos generales ninguna disposición que tratara explícitamente el tema. Ello no quiere decir

que no se llevaran a cabo arbitrajes, ni que no fuere considerada como una buena opción. Sino que existía la intención de favorecer al Estado y generar para él escenarios de privilegio, desconociendo que el Estado se encontraba en el mismo nivel que los particulares y que ello no comprometía en modo alguno la soberanía ni los poderes del Estado.

Como bien señala Bernal, quizás por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los inconvenientes a los que se ha hecho referencia han cedido de manera relativa. Es así que hoy en día, podemos observar más participación de la aplicación del arbitraje, en contratos con entidades del Estado. Esto, sin desmedro de sus poderes, pero sí un más claro entendimiento del concepto de “autoridad” y con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan.

De esa manera, se pueden distinguir dos bloques; a saber: aquellos países que no han contemplado en relación al sometimiento del Estado a arbitraje ninguna regulación; y aquéllos que sí lo han hecho.

En el primer bloque, los ordenamientos internos no contemplan una norma concreta sobre el sometimiento del Estado al arbitraje. Sin embargo, ello no ha impedido, por un lado, que dichos países se hayan integrado a diversos tratados donde tanto los particulares como el Estado se encuentran sometidos a resolver

sus controversias por la vía arbitral.

Ahora bien, entre los países que sí contienen normas particulares sobre la participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos, encontramos al Perú, el cual cuenta con una completa legislación sobre la materia, actualmente visto como modelo a nivel internacional.

La legislación en Contrataciones con el Estado en el Perú ha ido evolucionando en comparación con años anteriores cuando se generaban algunos conflictos en los procesos de selección, como casos de falta de transparencia, corrupción, compras ineficientes donde la sociedad reclamaba un rápido cambio en sus normativas, es decir una nueva Ley de Contrataciones.

Es así como se originan las modificaciones a la ley de contrataciones, las cuales hasta la década de los 80 fueron diversas. Con la Constitución Política del Perú del año 1979, a través de su artículo 143° del capítulo V, relacionado a la Hacienda Pública, cuyo texto a la letra decía: *“La contratación con fondos públicos y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades”*. Por ende, es aquí donde se adopta la obligación del Estado de efectuar la contratación de bienes, servicios y obras por licitación pública y concurso público.

Para ello se utilizó el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RUCOLP), el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) y la Ley N° 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su Reglamento (REGAC).

Consecutivamente, con la Constitución del año 1993, se estableció en su artículo 76° relacionado al capítulo V, del Régimen Tributario y Presupuestal en cuyo texto a la letra dice *“las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se debían ejecutar obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público; La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”*.

Posteriormente, en 1998 se promulga la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, consolidándose la normativa que se encontraba dispersa (RUCOLP, RUA y el REGAC), incorporándose los diversos sistemas de contratación. Empero, a continuación, se fueron dando algunas modificaciones tanto a la Ley como a su Reglamento.

Con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, nuestro país publica la Ley de Contrataciones del Estado, el Decreto Legislativo N°1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2009-EF (que crea el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE,

entidad rectora de los contratos públicos en nuestro país), actualmente modificada mediante Ley N° 29873, y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, vigente desde el 20 de septiembre de 2012. (Córdova, 2009, p. 07)

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, que anteriormente tenía el nombre de Consejo Superior de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE, fue adquiriendo nuevas funciones de las que tenía como por ejemplo: plantear estrategias, suspender procesos de contratación, ejecutar estrategias consignadas, velar por el uso eficiente de los recursos públicos y la reducción de tiempo y costos, para lo cual los funcionarios necesariamente debían ser especialistas y conocedores del tema de compras estatales, aunque todavía no ha alcanzado ejecutar directivas administrativas que ya están contempladas en su reglamento, como lo veremos en su oportunidad con respecto a las oficinas desconcentradas en provincias.

En esa línea, mencionamos que el Arbitraje en la Contratación con el Estado, es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos derivados de los contratos en obras, bienes, servicios, consultoría, entre un particular y el Estado y que se ciñen a la decisión de un tercero, denominado Árbitro, (Árbitro Unipersonal o Tribunal Arbitral integrado por tres árbitros), también llamado Juez Privado. Esta decisión es denominado Laudo Arbitral, el cual tiene el rango de una Sentencia en vía judicial.

En igual sentido, debemos mencionar que el Arbitraje tiene su fundamento legal en la Constitución Política del Perú de 1993, específicamente en su artículo 139° relacionada a los principios y derechos de la función jurisdiccional: unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en donde reconoce al arbitraje como una jurisdicción excepcional e inclusive reconocida por el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias como la sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC, la misma que determina reglas que constituyen un precedente vinculante en relación con la improcedencia y la procedencia del "amparo arbitral", donde se desarrolla un análisis bastante ilustrativo del "progreso del control constitucional sobre la justicia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", concluyendo que el arbitraje goza de independencia jurisdiccional.

Del mismo modo, el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú establece que *“(...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”*.

Esta referencia constitucional a una ley, nos lleva a la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, cuyo artículo 4, numeral 2, establece que *“las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden*

*someterse también a arbitraje nacional”, mientras que el numeral 3 señala claramente que “el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país”.*

Como se puede apreciar, en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes con respecto de un convenio arbitral (llamado en el contrato como cláusula de solución de controversias).

Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 del año 1998,<sup>1</sup> que estableció por primera vez como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias, estableciendo que *“cuando en la ejecución o interpretación del contratos surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”*.<sup>2</sup>

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo N° 012-

---

<sup>1</sup>Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo N° 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley. Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias; e incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser sometidos a arbitraje.

<sup>2</sup>Cabe recordar que el artículo 63 de la Constitución Política del Estado contemplaba la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual.

Sin embargo, no se establecía la obligatoriedad, como sí lo han hecho y lo hacen las leyes y reglamentos sobre contratación pública.

2001-PCM, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Supremo N°184-2008-EF) y la vigente Ley N° 29873 y Decreto Supremo N° 138-2012-EF han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

Por consiguiente, a lo largo de los últimos años, estas disposiciones han evolucionado radicalmente la administración de justicia en el Perú, por cuanto introdujeron a la conciliación y al arbitraje como mecanismos obligatorios de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión. Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no sólo se implantó el arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no siempre resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica, que, se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar las diferencias en los contratos con el Estado, por la dilatada duración de los procesos judiciales en este tema.<sup>3</sup>

---

*3En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros, tema sobre el cual tratará el cuarto capítulo del presente trabajo.*

La aplicación de esta jurisdicción ha dado muy buenos resultados en la medida en que la solución de estas controversias han demostrado a la sociedad que el medio arbitral es por lo general más eficiente que la justicia ordinaria, disminuyendo tiempo y costos en la administración de justicia, originando que las entidades públicas como las empresas contratistas se encuentren satisfechas con la implantación de este mecanismo de solución de controversias.

Al respecto, Cantuarias señala que, *“si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume, ya que sólo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano, instancia poco neutral”*.

En efecto, debemos señalar que a través del arbitraje se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades, asimismo, los montos en controversia son bastante altos.

Los arbitrajes en donde por lo menos una de las partes es el Estado, representan alrededor del 70% del total de procesos arbitrales que están en curso en nuestro país.

Por otro lado, las cláusulas obligatorias han contribuido a que las

controversias de contratos entre particulares (en donde se comprometen montos patrimoniales importantes), se incluye una cláusula arbitral.

En efecto, dadas las especiales características del arbitraje y sobre todo su celeridad, no cabe duda de que sea el mecanismo que actualmente brinda mayores ventajas a los particulares e, incluso, al propio Estado.

Dentro de tal orden de ideas, la presente obra abordará los aspectos más importantes del principal mecanismo de solución de controversias en la Contratación Pública; es decir, **el arbitraje**.

En él recogemos experiencias adquiridas en el ejercicio tanto de la función arbitral como la de abogado defensor, cuando tal labor nos ha sido encomendada por los clientes de nuestro Estudio.

**El Autor**

## PROLOGO

Es para el suscrito un inmerecido honor el haber sido invitado por Jimmy Pisfil a prologar su opera prima, “Del Arbitraje en la Contratación del Estado y su Descentralización”, obra de nuestro joven, estudioso y acucioso investigador en temas jurídicos; Jimmy, tiene una vasta experiencia en estos temas ha trabajado en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, precisamente en la Dirección de Arbitraje Administrativo, donde el suscrito ha tenido el gusto de haberlo conocido durante diversos procesos arbitrales en los fui nombrado árbitro, y conté con la valiosa colaboración de Jimmy, donde se pudo apreciar su profundo conocimiento en estos temas, que ahora ha plasmado en este enojundioso trabajo que tenemos el gusto de disfrutar y que se incorpora a la biblioteca jurídica especializada en temas de arbitraje y medios alternativos de solución de conflictos.

La obra es una propuesta por lo demás interesante en un medio como el nuestro que la población en general, pasando por todos los estratos sociales, culturales y económicos, claman por justicia; en un medio donde la justicia tarda y no existe mayormente predictibilidad en las instancias jurisdiccionales, la existencia de medios alternativos de solución de conflictos se hace imprescindible, más aún como lo propone Jimmy Pisfil debe descentralizarse, buscando que llegue a todos confines de nuestro país, tratando de esta manera que el arbitraje no sea

elitista o capitalino, sino que abarque mucho más, que esté presente en el Perú profundo, donde requieren de obras en las cuales el Estado contrata y debe solucionarse los conflictos de intereses por medio de arbitraje de una forma eficiente, rápida, pero también cercana a la población.

En nuestro medio, y de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, las controversias surgidas luego de la firma del contrato, se solucionan en la vía arbitral, desde hace un buen tiempo muchas obras vienen ejecutándose en todo el país, y así también se acrecientan los conflictos que se generan en virtud de la ejecución contractual; por lo que, el tema del arbitraje en la contratación estatal es un tema relevante en un momento que las inversiones han crecido en nuestro país, en un momento que la población reclama el crecimiento de la infraestructura, se requieren carreteras, puentes, aeropuertos y vías que unan el Perú y otras obras en salud y educación que den bienestar a la población, para lo cual se requiere también solucionar cualquier conflicto que pueda eventualmente paralizar las obras y hacerlas inviables; así también, en lo que corresponde a la adquisición de bienes ó servicios. En ello, la descentralización del arbitraje resulta importante y trascendente en el Perú de hoy, comprendiéndose así el interés de Jimmy Pisfil en estos temas.

Obras como las que Jimmy Pisfil nos presenta son importantes y fundamentales no sólo para los que nos interesan los temas de arbitraje, sino también para aquellos que están interesados en la

descentralización del país y en las obras y adquisición de bienes servicios para el desarrollo del Perú.

El autor inicia escribiendo este libro en las aulas de la Maestría, investigando sobre estos temas y desarrollando una tesis, que lleva al autor a optar el título de Magíster en Ciencias Jurídicas, conocimientos que ahora comparte con nosotros con su opera prima o primera obra, tal como lo comenté al inicio de este prólogo, y que estamos seguros será el inicio de una prolija y nutrida producción editorial en el ámbito de la investigación jurídica, en el que le deseamos la mejor de las suertes.

**Lima, Agosto de 2013.**

**César Raymundo Aliaga Caballero**  
**Notario de Lima**



## INDICE

Introducción.....	07
Prólogo.....	17
Resúmen.....	25

### Capítulo I

#### ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1	El conflicto como fenómeno social .....	27
1.2	Principales obstáculos en la efectividad del acceso a la justicia.....	28
1.3	El arbitraje .....	32
	1.3.1 Jurisdiccionalidad .....	32
	1.3.2 Hermenéutica .....	43
	1.3.3 El abogado y el arbitraje .....	46
1.4	Tipos de arbitraje permitidos por la contratación pública estatal.....	48
	1.4.1 Arbitraje Institucional .....	49
	1.4.2 Arbitraje Ad hoc .....	51
1.5	El arbitraje como alternativa al mejoramiento del sistema judicial.....	52
1.6	El crecimiento del arbitraje .....	57
1.7	El arbitraje en la contratación pública peruana .....	60
	1.7.1 Convenio Arbitral .....	61
	1.7.2 Las Partes .....	63
	1.7.3 Los Árbitros .....	65
	1.7.4 La Recusación .....	66
	1.7.5 Procedimiento Arbitral .....	68
	1.7.6 El Laudo .....	69
	1.7.7 La Anulación del Laudo .....	72

## Capítulo II

### EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO Y SU DESCENTRALIZACIÓN

2.1	La descentralización como un factor clave del desarrollo nacional .....	75
2.2	La descentralización como escenario importante para el progreso nacional .....	76
2.3	Marco fundamental de la descentralización .....	77
2.4	Cumplimiento de los actores involucrados en los versátiles escenarios .....	78
2.5	Instauración de un Estado personalizado, eficaz y descentralizado .....	81
2.6	Tácticas descentralistas selectas.....	83
2.7	Aplicación del derecho empresarial a la actividad regional .....	83
2.8	Importancia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para las Pymes.....	84
2.9	El contrato en la administración pública.....	88
2.10	Formas jurídicas administrativas.....	89
	2.10.1 Reglamento .....	90
	2.10.2 Acto Administrativo .....	92
	2.10.3 Actos de administración interna .....	96
	2.10.4 Contratos de la Administración Pública .....	97
	2.10.5 Hechos Administrativos .....	107
	2.10.6 Precisión necesaria .....	108

## Capítulo III

### FORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1	Fase de programación y actos preparatorios.....	111
3.1.1	Plan Anual Institucional.....	111
3.1.2	Presupuesto Institucional.....	112
3.1.3	Plan Anual de Contrataciones.....	113
3.1.4	Determinación de necesidades.....	114
3.1.5	Designación del Comité Especial.....	115
3.1.6	Elaboración de Bases.....	115
3.2	Fase de procedimiento de selección.....	116
3.2.1	Proceso (Procedimiento) Clásico .....	116
3.2.2	Subasta Inversa.....	121
3.2.3	Convenio Marco.....	124
3.3	Fase de ejecución contractual y liquidación.....	125
3.3.1	Ejecución de prestaciones.....	125
3.3.2	Declaración de conformidad o de inconformidad .....	126
3.3.3	Liquidación.....	126
3.4	Descentralización del arbitraje en las regiones del Perú.....	127
	Referencias Bibliográficas.....	131
	Definición de términos.....	133



## RESUMEN

La presente investigación intitulada: **“El Arbitraje en la Contratación con el Estado y su descentralización”**, tiene como objetivo general identificar las ventajas que originaría la descentralización regional del Arbitraje en la contratación pública en nuestro país a través de la activación de las oficinas desconcentradas que actualmente el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE cuenta a nivel nacional, y así, descongestionar los arbitrajes en la sede central ubicado en la ciudad Lima, permitiendo que las provincias, o sedes de cada región puedan atender, las diferentes solicitudes con respecto a la designación de un Árbitro, segundo árbitro o presidente de Tribunal Arbitral, ante la falta de acuerdo de las partes, o la recusación de un árbitro o Tribunal Arbitral, la administración del proceso arbitral, sea este Ad Hoc o Institucional, instalación de Tribunales Arbitrales.

De este modo, el OSCE, extendería e impulsaría el arbitraje a todas las regiones del país, orientado tanto para el sector privado como los contratistas como al público a través de entidades del Estado, muchas de ellas con la necesidad de realizar contratos y que aún no entienden o desconocen el arbitraje como única medida de solución de controversias exigida en los contratos con el Estado.

Del mismo modo, se busca que con el impulso del arbitraje en

contratación con el Estado, en las diferentes provincias y regiones del país, el OSCE capacite a través de los cursos de formación de árbitros e incluirlos en su registro de árbitros a los diferentes abogados, ingenieros, y profesionales con carreras afines, etc., a fin de que puedan estar preparados y a la vanguardia de los futuros contratos que se celebren en sus localidades ya sea para la defensa de cualquiera de sus patrocinados (Estado o Contratista), de esta manera lograr que muchos procesos arbitrales sean resueltos oportunamente, sin encarecer el proceso arbitral.

A través de esta obra intentamos aportar iniciativas lógicas para que de una vez por todas se elimine la burocracia administrativa localizada, y dar oportunidad para que en provincias se permita trabajar administrativamente con respecto a que en estas se pueda conformar tribunales arbitrales de especialidad en contrataciones públicas, y que tengan como soporte técnico las oficinas desconcentradas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE; desconcentrando la carga administrativa con que cuenta la sede principal ubicado en nuestra capital, y a la vez colaborando con nuevas políticas descentralistas.

## Capítulo I

### ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:

#### 1.1. El conflicto como fenómeno social

La pluralidad es natural entre las personas; la diversidad es parte de la vida misma. De hecho, lo que nos lleva a comunicarnos son, precisamente, los distintos modos de ver las cosas. Estas diferencias, a su vez, motivan discrepancias que pueden derivar en controversias o conflictos de diferente gravedad si no son adecuadamente resueltas. Por ello, puede decirse que el conflicto está presente en la actividad diaria de las personas que interactúan y se relacionan. Los desacuerdos son parte necesaria de la convivencia.

Cualquier relación supone la existencia de personas distintas, con diferentes puntos de vista, con intereses disímiles, con actitudes o conductas que serán apreciadas por el otro desde una perspectiva distinta.

Del mismo modo, podemos referir que el conflicto es natural e inevitable, porque todo grupo social supone, por la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno. Los conflictos, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de bienes que son limitados, forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad.

Como no es posible concebir un grupo sin que existan intereses contrapuestos, el objetivo del orden social no es la desaparición de los conflictos sino la búsqueda de formas de controlarlos para asegurar un grado razonable de equilibrio en las relaciones entre los miembros de la sociedad.

Por ello, la subsistencia del grupo no depende tanto de la eliminación de los conflictos, sino más bien de su capacidad para dominarlos, para hallar medios de solucionarlos pacíficamente. El objetivo final es evitar que el constante estado de tensión entre sus miembros, la permanente oferta por bienes cuya limitación cuantitativa los hace deseables, se convierta en un factor disolvente de la estructura social. (Caivano, 2008, p. 21)

## **1.2 Principales obstáculos en la efectividad del acceso a la justicia**

Las causas que favorecen a imposibilitar la efectividad del acceso a la justicia son tantas y tan diversas. Mencionaremos sólo algunos de ellos, confinándonos esencialmente a los que guardan relación con el tema.

El aparato estatal de administración de justicia en los últimos años atraviesa por una situación crítica; en pocas palabras se encuentra "colapsado", tácitamente paralizado y como consecuencia de todo ello, el Poder Judicial está perdiendo prestigio en la colectividad. No puede prestar un servicio que reúna las mínimas aspiraciones de la sociedad. Es decir, para el

ciudadano común, la justicia estatal no está cumpliendo su función primordial. Empero, existen leyes que reconocen los derechos y las garantías para el resguardo de la vida en sociedad. Sin embargo, el sistema judicial es visto como inoperante. La administración de justicia se encuentra obsoleta. Escasez de presupuesto, ya que sus asignaciones son generalmente inferiores a sus necesidades, lo que provoca serias deficiencias y dilación en diferentes aspectos como el logístico-administrativo, etc. muchas veces motivo de una pobre calidad en las determinaciones de los administradores de justicia, careciendo de una fundamentación adecuada.

Existen dos factores que se combinan para afectar el sistema; por un lado, el Estado brinda cada vez menos apoyo económico al sistema, reduciéndose año tras año el presupuesto asignado al Poder Judicial y Ministerio Público; por el otro, la cantidad de causas que ingresan a los juzgados y salas judiciales aumentando la carga procesal. Sin embargo, este no es el único problema.

Por su parte, Fucito Felipe (1990) sostiene que aun teniendo la mitad de las causas que hoy sustancian los juzgados, el trámite de los expedientes sería igualmente ritualista y burocrático. La deformación en la interpretación del alcance de la garantía de defensa en juicio, que lleva a la tolerancia de toda clase de procesos; la concepción generalizada de que el proceso judicial es un fin en sí mismo y no un instrumento para llegar a una

conclusión; el no tener siempre presente que los juicios son conflictos humanos y no sólo papeles, son algunas de las características que con frecuencia podemos encontrar en los tribunales, y que incitan las cosas al estado actual. (p. 743).

La morosidad en la resolución de las causas es también uno de los motivos de la crisis, que traslada sus secuelas afectando la credibilidad del sistema y la ecuación entre el costo y la utilidad del servicio. En este sentido, Bielsa, Rafael (1960) refiere que cuando el orden jurídico se altera, es preciso restablecerlo inmediatamente. (p. 268)

La demora excesiva hace ilusoria la protección jurisdiccional; coincidentemente con la apreciación que tenía el Filósofo hispanoromano Lucio Anneo Séneca, el cual a la letra decía "*Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía*", también la hace más onerosa. En nuestro caso esta onerosidad es doblemente grave, ya que el servicio es caro para el Estado que debe proveer los recursos para sostenerlo, y es poco útil para el ciudadano que ve así condicionado el acceso a la justicia.

Las demoras sufridas a causa de la sobrecarga de trabajo e infraestructura deficiente de los tribunales constituyen una situación crítica. El sistema tradicional no soluciona el problema de los reclamantes, quienes se encuentran con una sentencia con tanta demora que ya no les sirve, aún si es favorable. Si a ello se le

suma el incremento registrado en los últimos tiempos de empresas en situación de deudas por pagos, la probabilidad de percibir efectivamente los créditos se ve seriamente reducida, lo que lleva muchas veces a acordar transacciones inaceptables en otras circunstancias.

Otro aspecto no menos importante, de la crisis es la baja calidad en las sentencias, ya que con decisiones arbitrarias y carentes de una mínima fundamentación lógica, la seguridad se resiente y se pierde confianza en el Poder Judicial. Augusto Morello (1990) uno de los autores que más se ha ocupado del tema, señalaba que la chatura de los pronunciamientos y el elevado número de sentencias descalificadas por auto contradicción u otras causales de arbitrariedad extrema debería preocupar seriamente a la judicatura, y sugería que se llegara al fondo de las cuestiones utilizando el sentido común más que desmenuzando el sentido literal o etimológico de las palabras utilizadas en la ley, o buscando artificiosos, tecnicismos jurídicos cada vez más alejados de la realidad. Para hacer justicia, para evitar que el sistema se quede en un mero "garantismo formal", para que se satisfaga a la sociedad de la exigencia de un adecuado servicio de justicia, los jueces no deben subordinarse a las aparentes envolturas formales, sino procurar que los casos tengan una solución justa. (p. 308).

No obstante su separación conceptual, las causas señaladas son

en definitiva distintas expresiones de un mismo fenómeno global, en el que se retroalimentan unas a otras en forma permanente. El exceso de formalismo, el ritualismo manifiesto que se observa en la mayoría de quienes participan del sistema, y los procedimientos judiciales, mediatizados que imponen nuestros Códigos, hacen perder el objetivo del proceso, que es conocer la verdad de los hechos y determinar en función de ello los derechos de cada una de las partes en conflicto, haciendo que cualquier artilugio sea visto como normal y por ello tolerable. La falta de conciencia del valor del tiempo, y la formación confrontativa de los abogados, hace que se promuevan juicios que pudieron haber sido evitados y los dilata más allá de lo razonable.

### **1.3 El arbitraje**

#### **1.3.1 Jurisdiccionalidad**

Jurisdicción, proveniente del latín *iurisdictionis*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris*, derecho, y *dictio*, decir o dictar, tiene el significado etimológico de *decir o dictar el derecho* y de este significado, deviene su aplicación a la idea de juzgar y declarar el derecho al resolverse una controversia.

La *iurisdictionis* en el Derecho Romano era desempeñada por los magistrados en representación del Estado pero, dentro de la peculiar organización judicial romana, podía ser delegada a un particular, a un *arbitrator*, quien entonces asumía por un tiempo determinado las funciones del magistrado.

De este modo, el ejercicio de la iurisdictio no era de exclusividad del Estado a través de los magistrados nombrados para el ejercicio de esta función, por lo que su significado estricto continuaba siendo el de dictar el derecho al resolverse una controversia, fuera magistrado o arbiter el que la resolviera.

Pero el arbitraje no ha sido creación romana pues puede sostenerse que ha existido desde la más remota antigüedad. Se origina con el sedentarismo de los seres humanos y la toma de conciencia de organizar su vida de relación dentro del grupo y también en la necesidad de confiar en un tercero la solución de sus conflictos.

Es así, entonces, que en aquellas organizaciones sociales primitivas, secularmente anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confiaba en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar los conflictos de intereses y solucionarlo, comprometiéndose las partes en aceptar su decisión. Puede afirmarse, por ello, sin hesitación alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversial anterior a la autoridad estatal.

El carácter rudimentario del arbitraje se mantuvo por largos siglos hasta asomarse en el Derecho Romano y perfilarse a su institucionalización.

Los romanistas atribuyen al arbitraje una aparición remota en Roma, y consideran que las antiguas legislaciones tuvieron sus lejanas raíces en una praxis arbitral privada entre romanos, extranjeros y también entre cives que incluso modeló el procedimiento formulario. (Marrone, 1999, p. 57).

Así, pues, se da noticia del arbitraje desde la época que los romanistas denominan clásica, que va desde la fundación de Roma hasta los inicios del Imperio. Los mismos romanistas exponiendo el régimen procesal de la época clásica hacen referencia al arbitraje como una función juzgadora, como un iudicium, ajena un imperium magistratual y basado únicamente en el officium de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, un compromisium, en virtud del cual se acordaba someter la cuestión controvertida a la decisión de un arbiter. (Iglesias, 1983, p. 200).

La función del arbiter llegó a incorporarse a la organización judicial de Roma, que planteó una diferenciación entre los magistrados y los arbiter. Las funciones de ambos fueron distintas según los periodos que caracterizan a la historia de Roma. Los magistrados estaban dotados de imperium y ejercían la iurisdictio en representación del Estado Romano de manera permanente. Los arbiter asumían la iurisdictio por delegación y eran nominados por las partes o escogidos de las listas confeccionadas por los mismos magistrados para cada litigio. (Petit, 1982, p. 200).

La iurisdictio desempeñada por los arbiter no era permanente. Pero los arbiter tenían amplia discrecionalidad, tanto para la apreciación de los hechos como para la declaración del derecho que los litigantes invocaban y pretendían hacer valer, pues resolvían con base a la buena fe. Su sentencia no era obligatoria, salvo que las partes lo hubieren estipulado en el compromisium. (Petit, et al., 1982, p. 201).

Con estos antecedentes y al producirse el fenómeno de la recepción del Derecho Romano y su penetración en los ordenamientos jurídicos de la Europa Medieval, el arbitraje se orientó a la regulación de las relaciones jurídicas entre los particulares pues, en lo relativo a la organización del Estado y de sus instituciones no tuvo acogimiento, ya que se recepcionó el Derecho pero no la organización judicial de Roma.

Al no recepcionarse la organización judicial romana y en la medida en que los pueblos fueron convirtiéndose en naciones y se organizaba el Estado, el arbitraje se fue desvaneciendo pues fue el Estado el que asumió la función de administrar justicia. De este modo, el arbitraje fue pasando a desempeñar una mera función conciliadora.

Sin embargo, en los pueblos de la Península Ibérica, particularmente en Castilla, el Derecho Romano, yuxtapuesto a su *ius Propium*, se dio lugar a la recepción de los arbiter. En el Fuero Juzgo se reconoció como jueces a los que nombraban las partes

de común acuerdo, lo que fue continuado en El Espéculo y en Las Partidas, en las que se hizo referencia a los árbitros con el advocativo de jueces avenidores, los que eran escogidos por las partes para resolver sus contiendas, distinguiéndolos en árbitros arbitradores y en amigables componedores. Este es un antecedente relevante en las naciones hispanoamericanas, pues fue el Derecho Castellano el de mayor influencia al formarse el Derecho Indiano.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI trajo como resultado la organización de la administración de justicia y la función jurisdiccional pasó a ser de exclusividad del mismo Estado, aun cuando para algunos historiadores la Revolución Francesa alentó el arbitraje pese a la concepción tricotómica de las funciones del Estado que proyectaron sus ideólogos desde fines del siglo XVIII.

En realidad, históricamente el arbitraje nunca perdió vigencia sino que pasó a un plano estrictamente privado, delegando el Estado la solución de determinadas controversias en caso que los particulares lo concertaran. De este modo, el arbitraje fue siendo llevado, fundamentalmente, a la solución de controversias de naturaleza comercial.

La Legislación Hispanoamericana entroncada a la española, bajo la influencia de la codificación napoleónica pero tomando como modelo el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de España y

con el ancestro del Derecho de Castilla, introdujo el arbitraje distinguiendo a los árbitros de jure de los árbitros componedores.

El arbitraje nunca perdió el interés de los Estados en cuanto a su permanencia y reconocimiento, particularmente en lo que respecta a la ejecutabilidad de los laudos. Este interés se puso de manifiesto en las legislaciones internas y en tratados internacionales, como el Tratado de Montevideo de 1899, sobre Derecho Procesal Internacional, que estableció los requisitos y formalidades para la ejecución de los laudos arbitrales en territorio distinto al del Estado en el que habían sido dictados.

El arbitraje llegó al siglo XX como respuesta a las exigencias de la actividad comercial y se ratificó el interés de los Estados para la solución de conflictos. La Convención de La Haya de 1899 sentó las bases del arbitraje internacional y la Convención complementaria de 1907 reconoció en el arbitraje un medio idóneo para resolver litigios entre los Estados.

Ya avanzado el siglo XX, el arbitraje continuó recibiendo la atención de los Estados. La Convención de la Habana de 1928, conocida como Código Bustamante, puso nuevamente de actualidad la necesidad de preservar la ejecución de los laudos, lo que se puso de manifiesto nuevamente con el Tratado de Montevideo de 1940, también sobre Derecho Procesal Internacional.

Pero, además, el arbitraje concitó el interés de la Organización de

las Naciones Unidas, que aprobó la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de los laudos, y en 1966 dio creación a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, que ha promovido Leyes Modelos sobre Arbitraje y cuyo Reglamento es sumamente difundido y aplicado.

La Organización de los Estados Americanos también ha promovido el arbitraje y mediante las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado-CIDIP se han concretado las Convenciones de Panamá de 1975 y de Montevideo de 1979. En nuestro continente, además, los programas de integración regional y sub regional vienen considerando el arbitraje como una herramienta coadyuvante.

Con la visión histórica que queda resumida he querido destacar la relevancia del arbitraje que, creo, no admite discusión, máxime si como alternativa de solución de controversias en nuestros países, como en el Perú, es sumamente viable. El arbitraje no sólo alivia la carga procesal que aqueja a la Jurisdicción Ordinaria y genera crisis en el Poder Judicial, sino que constituye un medio eficiente para contribuir a la seguridad jurídica.

Los países de Latino América han dotado en sus legislaciones al arbitraje de leyes que lo regula y que ha promovido la creación de instituciones que administren en paralelo a los arbitrajes ad hoc. Sin embargo, sólo en algunos textos constitucionales como

Ecuador, Paraguay y Perú se hace una mención explícita al arbitraje.

Debo advertir que en la Constitución Política Peruana no solo se hace mención sino que se hace reconocimiento a la función jurisdiccional del arbitraje. Su artículo 139, que enumera los principios y derechos de la función jurisdiccional, en su inciso 1, al declarar la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial y preceptúa que no puede existir ni establecer jurisdicción alguna independiente, reconoce como excepciones a la militar y a la arbitral.

De ahí, entonces, que pueda yo sostener, como investigador y atendiendo al tenor de nuestra Carta Política, que el arbitraje es una función jurisdiccional reconocida pero, debo aclarar, no sólo en razón de su presencia en el texto constitucional sino por la esencia misma de la función arbitral.

Debo admitir, entonces, que la jurisdiccionalidad del arbitraje, aunque sea materia ajena a los textos constitucionales y las leyes que lo regulan se cuiden de no decirlo, puede afectar el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional a cargo del Estado.

Algunos constitucionalistas han criticado el precepto constitucional que admite la jurisdicción arbitral señalando lo contradictorio que resulta con el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional que la misma Carta Política proclama.

Al respecto, el jurista peruano Vidal Ramírez, (2006), considera oportuno explicar que el acotado principio se interpreta referido a la función jurisdiccional del Estado ejercida a través del Poder Judicial, puesto que, por razón de la materia, la Carta Política peruana reconoce la existencia de la jurisdicción constitucional a cargo del Tribunal Constitucional, de la jurisdicción electoral a cargo del Jurado Nacional de Elecciones y de la jurisdicción militar a cargo de los Tribunales Militares, todas ellas ejercidas por magistrados que reciben el nombramiento del Estado. (p. 69).

Además, el propio Tribunal Constitucional de Perú ha reconocido la existencia de la Jurisdicción Arbitral.

Indubitablemente, el ejercicio de la función jurisdiccional por el Estado no abarca a la jurisdicción arbitral, que tiene características muy propias y distintas y se origina en la autonomía de la voluntad privada que determina la decisión de las partes en conflicto de sustraer el conocimiento de su controversia de la Jurisdicción Ordinaria, confiriendo a los árbitros de autoridad para resolverla, esto es, para ejercer jurisdicción en el sentido de declarar el derecho que asiste a una de ellas en el conflicto. En este caso, la intervención de la Jurisdicción Estatal se limita a conocer y resolver los recursos de anulación de los laudos arbitrales, que tienen requisitos y causales sumamente estrictas para su interposición y sin permitirse que los magistrados de la Jurisdicción Ordinaria puedan entrar a la revisión del fondo de la

controversia ni el criterio que ha llevado a los árbitros a dictar el laudo arbitral.

El arbitraje no es, pues, consecuencia de una comisión ni de una delegación de la jurisdicción ordinaria, sino de la autonomía de la voluntad privada que origina una jurisdicción independiente, si se quiere de excepción, que no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional ejercida por los órganos del Estado. La jurisdiccionalidad del arbitraje se origina en lo que en el Perú hemos resumido con el nomen iuris de convenio arbitral, dejando de lado la vieja fórmula de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. El convenio arbitral es, simplemente, la fuente jurídica del arbitraje y tiene plena eficacia jurídica.

Es por eso, que Vidal Ramírez (Vidal, et al., 2006, p. 60), en su ponencia del I Congreso Nacional de Derecho Privado sobre la jurisdicción del arbitraje sostiene y sustenta la jurisdiccionalidad del arbitraje. Su finalidad determina, entonces, que sea necesario confrontar, aunque resumidamente, los fundamentos que se esgrimen para negar la jurisdicción arbitral y según los cuales: a). La función jurisdiccional corresponde al Estado y, por tanto, es una función pública, mientras que el arbitraje es privado; b). Los magistrados jurisdiccionales reciben el nombramiento a nombre de la Nación, integran órganos jerarquizados y tienen permanencia en la función, mientras que los árbitros son

nombrados, por las partes que entran en conflicto o por la institución arbitral a la que le encarga el nombramiento, no están jerarquizados ni tienen permanencia en la función; c). Los magistrados jurisdiccionales están obligados a resolver conforme a derecho, mientras que los árbitros deben resolver según la facultad que reciban de las partes, d). Los magistrados jurisdiccionales están dotados, además de la *notio* (facultad de conocer el conflicto que se les plantea), de la *vocatio* (facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de continuar el proceso en rebeldía de una de ellas) y de la *iudicio* (facultad de resolver mediante una sentencia), así como de la *coercio* y de la *executio* (que vienen a ser las facultades coercitivas y de ejecución de sus fallos), mientras que los árbitros sólo de la *notio*, de la *vocatio* y de la *iudicio*, que tiene su expresión en el laudo y algunos casos de acuerdo a lo pactado por las partes, siempre y cuando no se requiera de la fuerza pública.

Los fundamentos negatorios así resumidos tienen fuerza y serían irrefutables si no se le diera a la Jurisdicción Arbitral un carácter diferente y se le considerará también como la función de dirimir o solucionar conflictos y controversias dictando o declarando el derecho negado por una de las partes a la otra.

El proceso que se desarrolla en el ámbito de la Jurisdicción Arbitral nace de la autonomía de la voluntad de las partes expresada y plasmada en el convenio arbitral, lo que no debe llevar a

considerar que la naturaleza jurídica del arbitraje se explique con un sustento contractualista. Los árbitros ejercitan una función jurisdiccional.

La autoridad con la que las partes han investido a los árbitros les confiere automáticamente la *notio*, la *vocatio* y la *iudicio* en un ejercicio directo. La *coertio*, puede ser conferida por acuerdo de las partes y el ejercicio de la *executio* es una de las innovaciones que ha introducido el Decreto Legislativo N° 1071 el cual derogó a la Ley N° 26572.

El laudo una vez que queda firme, causa ejecutoria y, al igual que una sentencia judicial, pasa a adquirir la autoridad de cosa juzgada, sea que haya sido dictado en conciencia o aplicando el Derecho, aunque en contratación pública todos los laudos se emiten en Derecho.

### **1.3.2 Hermenéutica**

En la doctrina nacional y extranjera existen diversos axiomas de arbitraje, que ponen el acento en mayor o menor medida en algunas de sus tipologías más salientes.

Ante esta situación, Alvarado Velloso (1964), lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si medida, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro

y, eventualmente, respetar su decisión. (p. 205).

Asimismo existen juristas que han determinado el arbitraje como un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula arbitral.

De otro lado, el autor francés Jean Robert (1975), lo define como la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar. (p. 223).

Igualmente, Aylwin Patricio y Eduardo Picand (2007) lo define como el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones. (p. 367).

Para Guasp es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente.

Por su parte, la ley española de arbitraje de 1953 instituía en su

art. 2º que *“a los efectos de la presente ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”*.

De igual forma, la American Arbitration Association precisa que es la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria.

Para el jurista argentino Roque Caivano (2008), es claro en expresar que: *“Intentando hallar una frase que reúna en un breve concepto lo que debe entenderse por arbitraje, podemos decir que “constituye una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto”*. (p. 49)

Inversamente de ser un método de heterocomposición del litigio necesario al menos en el arbitraje voluntario que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes de someterse a arbitraje, implicando a respetar la decisión del árbitro.

La exposición de motivos de la ley española de arbitraje del 22 de diciembre de 1953 puntualizó, taxativamente que “cuando ya no es posible un pacto directo de una eventual contienda, pero quedan zonas de armonía accesibles a terceros, sin acudir a la

fuerza del Estado, pueden recibir de estos la autoridad necesaria para imponerles una solución satisfactoria. Debemos dejar en claro que no se desconoce ni se menosprecia la labor del juez, como órgano de la soberanía del Estado, sino que precisamente, por esta alta categoría de su carácter, se la reserva para aquellos casos en que desgraciadamente, un tratamiento amistoso no es posible ni siquiera por esta vía indirecta y se hace necesaria la intervención de la autoridad estatal”.

### **1.3.3 El abogado y el arbitraje**

La mayoría de los abogados que hoy estamos en actividad hemos sido formados bajo la concepción antigua, conforme la cual un buen abogado es el que mejor conoce el Derecho positivo de fondo y la forma de lograr la aplicación de esas normas a través del procedimiento judicial. Esto implica que muchos abogados todavía desconozcan los principios básicos y las ventajas del arbitraje, mostrando resistencia a su utilización.

En realidad, si bien no debemos cejar en el intento de acelerar el cambio, debemos admitir que existe renuencia a este mecanismo. Los que no conocen el arbitraje ni lo han experimentado no pueden sentirse seguros llevando a su cliente a un sistema diferente. El inquietud de lo desconocido y la inercia a continuar con la rutina aprendida hacen que prefieran insistir en su intento de solucionar los conflictos de sus clientes a través del litigio judicial.

Ya lo expresa Cueto Rúa (1994), el abogado tradicional aquel que ha recibido una formación universitaria enciclopedista debió, además, invertir tiempo y esfuerzo en la práctica judicial y en aprender las reglas propias del arte de litigar. El adiestramiento seguramente no ha sido fácil; es probable que le haya demandado bastantes años de trajín y empeño. Ha debido caminar por los edificios, familiarizarse con rutinas y rigorismos cambiantes en cada juzgado. Al cabo de un cierto tiempo, habrá aprendido a conocer las modalidades propias de cada fuero, el modo de tratar con el personal de mesa de partes, y la fórmula para lograr en cada caso hacer avanzar el expediente hasta la sentencia definitiva. Una vez conocidos los innumerables vericuetos del procedimiento judicial, se habrá sentido completamente formado y preparado para el ejercicio profesional. (p. 312).

Después de todo eso, resulta natural que no tenga demasiado interés en cambiar. Ese cambio le implicaría perder todo el bagaje de experiencia que había acumulado con tanto esfuerzo, y traería aparejada la necesidad de reiniciar el aprendizaje, con toda la carga de incertidumbre propia de introducirse en un mundo que le era desconocido. A ello debemos sumar que el espíritu tradicionalista de los abogados origina una resistencia natural a pasar de un sistema conocido a otro del cual sólo tienen una pobre referencia teórica.

También influye a este estado de cosas la posición de que la

sentencia emanada de un tribunal judicial tiene efectos más sólidos que un laudo arbitral.

Todos saben que una sentencia firme puede ser ejecutada por un procedimiento coercitivo, que permite al acreedor solicitar embargos o actos de protección de los derechos que a ella le reconoce; que a partir de ella puede lograr en un tiempo medianamente razonable la satisfacción de su derecho. La sentencia es así un título que goza de reconocimiento entre los abogados, jueces, funcionarios, litigantes y público en general. Nadie ignora su significado y alcance.

Empero, muy pocos conocen lo práctico y efectivo que resultan laudos arbitrales. Existe en el mejor de los casos una noción más o menos difusa de que los laudos pueden ejecutarse. Pero aun así, la creencia generalizada es que se trata de un título "*ejecutivo*". Veremos en el capítulo respectivo, que un laudo firme emanado de un tribunal arbitral es título ejecutorio, tiene un status jurídico idéntico que el de una sentencia judicial, y por ende lleva consigo la misma fuerza que ésta.

#### **1.4 Tipos de arbitraje permitidos por la contratación pública o estatal**

En el arbitraje en contratación pública existen dos clases (Ad Hoc e Institucional), además el arbitraje es de Derecho, donde la controversia debe ser solucionada por el árbitro de conformidad con las normas jurídicas sustantivas aplicables, tal como si fuera

un juez; en el caso de la contratación estatal, la Ley de Contrataciones del Estado ha sido mucho más específica que su predecesora, pues ha incorporado un párrafo en su artículo 52°, que circunscribe aún más el arbitraje de derecho en las contrataciones del Estado:

*“El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho”.*

Del mismo modo, debemos precisar, que según el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, precisa que el arbitraje *"(...) puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral"*. (Amprimo, 2009).

#### **1.4.1 Arbitraje Institucional**

Es cuando las partes encargan a una institución arbitral el apoyo administrativo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación, sin que ello pueda implicar que la institución arbitral pueda tener injerencia en las apreciaciones de hecho y de derecho que formulen los árbitros, ni en las resoluciones o en laudos que estos últimos emitan. (Del Águila, 2005, p. 235) En definitiva, el arbitraje institucional tiene

como soporte tres pilares: institución arbitral, administración del arbitraje y normas reglamentarias.

En definitiva, podemos referir que la contratación pública, es cuando es organizado y administrado por una entidad dedicada al arbitraje (verbigracia, Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, etc.). De acuerdo al numeral 2) del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro.

Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Cabe señalar que una forma de arbitraje institucional, es la administrada y organizada por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE. En efecto, los dos últimos párrafos del artículo 216° del Reglamento disponen:

“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 cláusula tipo es:

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 del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.”

Del mismo modo, el numeral 3) del artículo 233° del citado RLCE, dispone:

*“3. El OSCE podrá conformar uno o más tribunales arbitrales especiales para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compras o de servicios originados en Adjudicaciones de Menor Cuantía y cuyo monto no supere las quince Unidades Impositivas Tributarias (15 UIT). Los arbitrajes a cargo de estos tribunales serán regulados por el OSCE mediante la directiva que apruebe para tal efecto”.*

### **1.4.2 Arbitraje Ad hoc**

Es aquel en el que las partes encargan su administración al propio tribunal arbitral y que se realizará conforme a las normas fijadas por las partes o en defecto por los árbitros. Es decir, las partes, en ejercicio del principio de libertad que inspira al arbitraje, podrán señalar válidamente las normas procesales que rijan el arbitraje, siempre, claro está, que ellas no vulneren el principio de igualdad, conforme lo puntualiza el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje.

Con respecto a las contrataciones públicas que es el tema de esta investigación, podemos concretizar que el arbitraje ad hoc, es cuando es organizado y administrado por los propios árbitros, a tenor de lo expresado en la cláusula arbitral, vale decir, que no tiene participación en la administración y organización de ningún Centro Arbitral, e inclusive los propios árbitros designan al Secretario Arbitral, quien se encargará de apoyar en las actuaciones arbitrales en el procedimiento arbitral. A tal efecto, el OSCE, es el encargado de la instalación de los Tribunales Arbitrales para los procesos arbitrales Ad Hoc, de conformidad con la Directiva N° 003-2005-CONSUCODE/PRE, existiendo un Acta modelo en el que se fijan las reglas del procedimiento arbitral.

### **1.5 El arbitraje como alternativa al mejoramiento del sistema judicial**

En la actualidad, los imputables o demandables colisionan con diversas dificultades para acceder al sistema jurisdiccional tradicional, motivando a diversos sectores para procurar la mayor utilización del arbitraje o de formas autocompositivas.

Respecto de estas últimas, son ya derecho vigente en nuestro país las leyes que impusieron la conciliación como instancia obligatoria prejudicial en los asuntos civiles, comerciales y laborales, estableciendo la necesidad de intentar la autocomposición del conflicto, como requisito de admisibilidad de las demandas judiciales.

Es necesario reconocer que en los últimos años, y particularmente

desde la dación de esas leyes, se ha producido en nuestro país un fenomenal cambio de mentalidad en virtud del cual se va comprendiendo que no sólo el Estado, a través de su tribunal puede resolver los conflictos.

Esta transformación cultural también hace ver que, siempre que sea posible, resulta más eficaz en términos de pacificación social que las partes solucionen sus problemas mediante acuerdos. De allí que, cuando la exigencia de una sentencia no es necesaria, la tradicional noción de vencedor-perdedor, inherente a los sistemas adversariales, debe dejar paso a nuevas formas en las que ambas partes puedan ganar. El resultado impuesto judicialmente por lo general es insatisfactorio; aún el "*vencedor*" a veces nunca obtiene lo que necesita; en el momento que lo necesita.

En los casos en que un acuerdo no es posible, cuando el método más eficaz de solucionar el conflicto es el recurrir a un tercero para que mediante un acto de autoridad resuelva la disputa, el arbitraje emerge como un ecuánime medio. A diferencia de la conciliación, el arbitraje es un método adversarial y adjudicativo, en el cual el tercero neutral no subviene a las partes para que éstas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, de efectos similares a una sentencia judicial.

A través de este método es posible obtener una sentencia con mayor celeridad, sencillez y economía que los que puede brindar hoy el sistema estatal de administración de justicia: con

procedimientos más sencillos, despojados de las solemnidades propias del procedimiento judicial, escogiendo a los árbitros y pudiendo pactar las normas de fondo y de forma aplicables, con economía de tiempo y de recursos y con la posibilidad de adaptar el sistema a los requerimientos específicos que justifique la naturaleza de las cuestiones litigiosas.

En el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas por así decirlo.

Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un juicio. El papel o desempeño del árbitro es similar al del juez, es decir, las partes exhiben el caso, demuestran los hechos y sobre esa procedencia decide o deciden a quien corresponde el derecho sobre la controversia. No obstante, sus semejanzas, el arbitraje mantiene disparidad con el sistema judicial: la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes, utilizando un procedimiento también disponible pensado para resolver el conflicto con mínimas interferencias formales.

En este sentido, vemos como un claro ejemplo de la función que desempeña el arbitraje dentro del contexto de la administración de justicia, se ha dicho que "acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país, revele con más hondo significado, el sentido que el Derecho ocupa en su vida

social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir, con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos e intereses, el Derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapelable del poder público, idea una serie de mecanismos de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del panorama general de las instituciones jurídicas".<sup>5</sup>

Es claro que debemos simpatizar, esencialmente, a la participación cercana e inmediata de los jueces y las partes en los actos procesales fundamentales, de mismo modo a la concentración de la actividad procesal, a la supresión de recursos no fundados en garantías constitucionales, a la amplitud de poderes y deberes de los jueces en la actividad procesal, a la oralidad como medio de comunicación en todos aquellos casos en que sea posible conforme la naturaleza de los actos, así como a garantizar el acceso a la jurisdicción a quienes tuvieren interés en ello.

---

5 Exposición de motivos de la ley española de arbitraje del 22 de diciembre de 1953.

Siendo éstos algunos de los principios básicos que el sistema arbitral viene empleando desde antes, el arbitraje podrá convertirse en un modelo que habrá de ser tomado en cuenta para profundizar las reformas del procedimiento judicial. El arbitraje tiene algunas ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal, que son precisamente las que lo colocan hoy como alternativa válida: celeridad, confidencialidad, especialización en el tema a decidir, economía de recursos materiales y humanos, menos grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso, e intermediación entre éstas y el árbitro. Por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro; por otro lado, es más informal, más participativo, más confidencial, más flexible, más rápido, más inmediato y puede tener menores costos en función del tiempo y dinero.

Es por este motivo, que sostenemos que la contribución que podría obtenerse del arbitraje como institución socialmente valiosa, apunta a un doble sentido: por un lado, como un efecto directo y más inmediato, descongestionando los tribunales ordinarios de un sinnúmero de cuestiones que podrían resolverse satisfactoriamente a través de procedimientos más sencillos y económicos.

## **1.6 El crecimiento del arbitraje**

Actualmente en nuestro país nos lleva a afirmar que el arbitraje se ha expandido en los últimos tiempos. Es decir, existen indicios que denotan que el arbitraje está pasando de la etapa de difusión teórica a la de su concreta puesta en práctica, aunque por cierto de manera lenta y gradual, sin llegar todavía a niveles plausibles.

En efecto, esto se traduce en la incorporación de cláusulas arbitrales en los contratos, que se incrementa en la medida que se advierte que el arbitraje resulta un sistema potencialmente idóneo para lograr una reducción en los costos de resolver los conflictos empresariales. Ha comenzado a ser más frecuente que los contratos contengan cláusulas de sometimiento a árbitros. Y éste incremento en la "demanda potencial" de arbitrajes ha generado otro movimiento en la "oferta", ya que en previsión del crecimiento que se espera tendrá en los próximos tiempos, la creación de tribunales arbitrales ha sido incesante. Además de las tradicionales, numerosas entidades se han sumado a la oferta de servicios de arbitraje, bajo las más diversas formas. Paralelamente, es también notorio el incremento que ha tenido la oferta de capacitación en el tema, coincidente con el creciente interés de los abogados en conocer estos nuevos modos de solucionar disputas.

Desde el punto de vista empresarial y comercial, la tendencia por el arbitraje se produce muchas veces a raíz de la preocupación

por el exorbitante costo del litigio judicial y de lo duradero de sus procesos. También en el ámbito de los conflictos relacionados con consumidores, la proyección de este método puede ser de enorme importancia, al hacer efectivo el derecho a la justa reparación de daños y dar cauce adecuado a las reclamaciones mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos en el tiempo.

Una característica común a todos los casos es que el arbitraje está paulatinamente comenzando a ser visto como una posibilidad cierta para resolver los conflictos interpersonales con mayor celeridad, sencillez y economía que los que hoy puede brindar el sistema estatal de administración de justicia. Al mismo tiempo, ese avance del arbitraje se corresponde, en una relación inversamente proporcional, con un retroceso del nivel de credibilidad del Poder Judicial y con una disminución de su capacidad de dar respuestas satisfactorias a la sociedad.

Si hubiéramos de explicar a qué obedece este movimiento, sin dejar de reconocer que puede haber múltiples factores, nos inclinamos por atribuir las principales razones del cambio a una combinación de dos circunstancias: la idea de que la crisis judicial no tiene visos de solución, y la situación económica del país. Veamos con más detalle cada una de ellas.

En primer lugar, la irrupción del arbitraje coincide con la pérdida de las esperanzas de hallar una salida para el estado de colapso de

la justicia estatal en el mediano plazo. Como sabemos, el deterioro del sistema oficial no es nuevo, pero hasta no hace demasiado existía cierta tolerancia o resignación basada sobre la creencia de que con algunas medidas correctivas el servicio podría mejorarse. Mientras se pensaba que había posibilidades de revertir la tendencia declinante que ya se observaba, la implementación de medios alternativos de solución de disputas no era considerada una opción seria. Recién cuando se hizo evidente que en el sentido en que se estaba marchando la crisis sería irreversible, se empezó a volver la mirada hacia otros sistemas que pudieran funcionar como alternativas.

El otro aspecto que en nuestra modesta opinión fue decisivo para operar el giro hacia el arbitraje fue el cambio en la situación económica general del país, a partir de la estabilidad del signo monetario y el severo ajuste que obligó a revisar los costos de resolver los conflictos en la forma tradicional, esto es, litigando en la justicia ordinaria.

Uno de los tantos efectos perniciosos de la inflación fue el de generar en muchísimos casos la conveniencia de dilatar el cumplimiento de las obligaciones, porque en última instancia la condena sobrevendría recién varios años después y los mecanismos utilizados judicialmente para revalorizar el capital eran inferiores al rendimiento de ese mismo dinero en los circuitos financieros.

No cabe duda, pues, que la crisis que vive hoy el sistema estatal de administración de justicia es uno de los motivos por los que el arbitraje ha despertado del letargo en el que se lo sumió durante mucho tiempo.

Estimulados por la imposibilidad de acceder a términos razonables en la resolución de los conflictos por parte de la justicia estatal y sin los beneficios económicos que esa demora generaba, abogados y litigantes se han lanzado a la búsqueda de nuevas herramientas que les permitan obtener respuestas más adecuadas a sus necesidades.

### **1.7 El arbitraje en la contratación pública peruana**

El arbitraje en la Contratación Pública, es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos derivados de los contratos en obras, bienes, servicios, entre un particular y el Estado y que se circunscriben a la decisión de un tercero, denominado Árbitro, también llamado Juez Privado por los civilistas, y cuya decisión es denominada Laudo Arbitral.<sup>6</sup>

Encontramos métodos adversariales o heterocompositivos<sup>7</sup>, en los cuales existe una decisión de un tercero que zanja la disputa. No son ya las mismas partes que a través de un acuerdo eliminan el diferendo, sino que aparece la figura de un tercero que desde

---

<sup>6</sup> Artículo 4° de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071 (la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho *privado* o de *economía mixta* y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado, etc.).

una posición de neutralidad determina en qué medida corresponden a cada parte los derechos en disputa.

Cuando la autocomposición no es viable, si se observa la necesidad de recurrir a un tercero que resuelva, se abren a los litigantes al menos dos disyunciones: escoger la vía de la actuación jurisdiccional pública, ejecutada por el Estado a través de los Órganos del Poder Judicial; o subyugarse a la jurisdicción arbitral, en cualquiera de sus variedades.

En consecuencia, el arbitraje aparece así como un sistema alternativo, a través del cual pueden ser disipados determinados conflictos de intereses, con excepción total o parcial de los órganos judiciales.

En esa línea, el Estado no solo consiente la asunción de facultades jurisdiccionales por los particulares a través del arbitraje, sino que le ofrece además un reconocimiento terminante al otorgar a sus decisiones la fuerza de cosa juzgada y poner a su práctica la fuerza coercitiva estatal estableciendo el trámite de ejecución de los laudos con el dispuesto para las sentencias judiciales. (Caivano, 2008, p. 21).

### **1.7.1 Convenio Arbitral**

En todo contrato celebrado entre un particular o denominado

---

<sup>7</sup> *Es Heterocompositivo: porque a diferencia de otros métodos aquí ninguna de las partes en litigio soluciona el conflicto, sino que lo hace un tercero y a diferencia de la conciliación y mediación, en las que el tercero se limita a aproximar a las partes, aquí el tercero es quien impone la solución al conflicto, también se diferencia del proceso en que el árbitro no ostenta potestad jurisdiccional, ya que su nombramiento no proviene de la soberanía popular sino de la voluntad de las partes en conflicto.*

Contratista, y el Estado o denominado Entidad, existe la cláusula denominada solución de controversias, llamada cláusula arbitral al igual que convenio arbitral, que viene a hacer el núcleo o el origen para iniciar o activar el arbitraje, por cuanto de su contenido o redacción podemos determinar si estamos ante un arbitraje Ad-Hoc o un arbitraje institucional, para tal efecto, la legislación, Decreto Legislativo N° 1017-Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, actualmente modificados por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF respectivamente, al igual que el Decreto Legislativo N°1071-Ley de Arbitraje, establecen el procedimiento para cada uno de ellos.

En efecto, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece cuando estamos ante una controversia y en qué situación se da inicio o se activa el arbitraje, es decir, cuando hay un conflicto o una controversia que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, y a su vez el procedimiento lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a partir del artículo 214° y siguientes.

Decimos que estamos ante un arbitraje Ad Hoc, cuando en la cláusula arbitral o cláusula de solución de controversias del contrato, las partes no precisan que el arbitraje es institucional, en tal caso, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a

la otra parte por escrito.<sup>8</sup>

En cambio, estamos ante un arbitraje institucional, cuando en la cláusula arbitral del contrato, se ha establecido la realización de un arbitraje institucional y, para tal efecto, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional, tal como lo establece el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; las partes pueden encargar la administración del proceso arbitral a un Centro Arbitral, verbigracia, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Gestión de Controversias S.A.C., el Centro de Arbitraje de resolución de conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, Corte Peruana en Contrataciones con el Estado, Civil y Comercial, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque, entre otros, etc.

### **1.7.2 Las Partes**

Las partes en conflicto, de una parte podría ser una persona natural, una persona jurídica<sup>9</sup>, o representado a través de un Consorcio<sup>10</sup>, a quienes nosotros les denominados “El Contratista” y de la otra parte necesariamente es el Estado<sup>11</sup> a través de sus órganos o dependencias, como pueden ser los Ministerios, los

---

<sup>8</sup> Artículo 218° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D. S N° 184-2008-EF, actualmente modificado por D. S. N° 138-2012-EF.

Gobiernos Regionales, los Gobiernos locales, los Organismos Descentralizados, en pocas palabras toda institución pública que maneja fondos públicos; en donde el Estado es el principal agente comercial en la economía local o nacional, debido a la considerada demanda de bienes, servicios y obras, que requiere para el mantenimiento de las instituciones públicas o mixtas, en las que participa.

Tal como expresa, mi amigo, Carlos Matheus (2009), al decir que “El proceso arbitral, al igual que aquel jurisdiccional, importa un mecanismo heterocompositivo vertical de resolución de conflictos conformado por una relación subjetiva trilateral integrada por las partes y el órgano arbitral, donde las partes pueden estar conformadas tanto por personas naturales como jurídicas, en tanto que el órgano arbitral-singular o colegiado requiere de la personalidad natural, siendo ambos elementos subjetivos necesarios para la existencia y desarrollo del proceso arbitral”. (p. 140).

Es pertinente recalcar que el origen del arbitraje se encuentra en la cláusula arbitral, en tal sentido, puede ser suscrito tanto por una

---

<sup>9</sup> Artículo 10° inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071, establece: “Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente a una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales”. (...)

<sup>10</sup> Artículo 36° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>11</sup> Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1071, “(...) la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación concesión o autorización del Estado”.

persona física o natural y/o jurídica, en razón que la Ley de Arbitraje de modo general, se refiere a “las partes”, no haciendo distingo entre persona jurídica y persona natural.

### **1.7.3 Los Árbitros**

El artículo 19° de la Ley de Arbitraje, refiere que las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. Ahora bien, el artículo 220° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF, refiere que el arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único. Y por último, refiere que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados.

Ahora bien, nuestra doctrina sobre el particular menciona desde: i) Número de árbitros, ii) Capacidad, iii) Incompatibilidad, iv) Nombramiento de los árbitros, v) Libertad de procedimiento de nombramiento, vi) Incumplimiento del encargo, vii) Nombramiento por las Cámaras de Comercio, viii) Designación por el OSCE, ix) Privilegio en el nombramiento, x) Aceptación de los árbitros, etc.

La finalidad de este artículo no es ser extenso, sólo es dar algunas pinceladas de cuáles son las partes más importantes en el arbitraje, seguramente en otra oportunidad, tendremos mayor tiempo para lograr plasmar el procedimiento lato o restringido que

tiene cada parte del arbitraje en las contrataciones públicas, desde como empieza el arbitraje en un procedimiento Ad Hoc o Institucional, hasta la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial, pero por el momento trataré de ceñirme a lo estrictamente requerido.

La composición del Tribunal Arbitral, está recogida en su artículo 548° de la Ley N° 1510, que promulga el Código de Procedimientos Civiles, que establecía que toda controversia, sea o no materia de un juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. A su turno, el artículo 1918 del Código Civil de 1984 ratificó, en su primer párrafo, dicho criterio, al establecer: *“Los árbitros deben ser designados por las partes en número impar. Si son tres o más formarán tribunal, presidido por el que ellos elijan”*.

De igual forma, se encuentra en el primer párrafo del artículo 19° del Decreto Legislativo N° 25935, y también en el artículo 24° de la Ley General del Arbitraje, Ley N° 26572.

Finalmente, Amprimo (2011), es de la opinión de contar con tribunales colegiados sustentando esta opción en la necesidad de que exista una responsabilidad compartida y mayores posibilidades de acierto en la solución del problema, sobre todo en aquellos arbitrajes que entrañan problemas complejos.

#### **1.7.4 La Recusación**

Sabiendo que los árbitros son personas naturales, la recusación es el medio de control que tienen las partes sobre los árbitros, a fin

de salvaguardar la **transparencia e integridad del proceso arbitral**; para tal efecto, la legislación (***Ley de Contrataciones del Estado: Ley N° 29873 y su Reglamento: D. S. N° 138-2012-EF; Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado; Ley de Arbitraje: D. L. N° 1071***); han señalado las causales por la que pueden ser recusados los árbitros.

En líneas generales, el arbitraje se ha mantenido incólume y consolidado hasta la actualidad, por el actuar correcto de los árbitros quienes se han guiado bajo los pilares de la ***independencia, imparcialidad y el deber de información***. Sin embargo, lo cierto es que debe tratarse de supuestos que afecten la confianza de las partes en los árbitros para resolver el conflicto de intereses.

Por lo tanto, la relación de los árbitros con las partes o cualquier predominio de las mismas sobre aquél, que puedan enturbiar la imagen del árbitro, creando dudas sobre su imparcialidad o independencia, podrán constituir causal de recusación. También el motivo de donde inciden la capacidad de desempeñar adecuadamente su función del árbitro.

Igualmente, el artículo 29° de la ley de arbitraje permite que las partes puedan pactar un procedimiento de recusación de árbitros o que se sometan al previsto en un reglamento arbitral. Sin embargo, si no existiera esto se aplicaría el procedimiento establecido en la norma.

La ley de arbitraje sitúa que la recusación debe formularse una vez que sea conocida la causal que la motiva. Esto se conviene con la buena fe y lealtad procesal, y se justifica en que la recusación responda a una efectiva percepción de la afectación a la independencia e imparcialidad del árbitro por la parte recusante, lo que ocasiona que dicha parte no pueda tolerar su presencia en el proceso desde el momento que conoció la causal. De esta manera, luego de conocida la causal y antes de formular la recusación, la parte recurrente no deberá haber formulado ningún pedido en el proceso respecto del cual el árbitro cuestionado pueda tomar alguna decisión.

En igual sentido, el inciso 3 del mencionado artículo constituye, que salvo pacto en contrario, iniciado el plazo para laudar no procede recusación alguna, con lo cual en esta etapa del proceso arbitral las partes, a pesar de conocer de alguna circunstancia que afecte la imparcialidad o independencia del árbitro, no pueden solicitar que éste sea apartado del proceso por la vía de la recusación.

### **1.7.5 Procedimiento Arbitral**

El inicio del proceso arbitral se condiciona, en todo caso, a lo que las partes hayan convenido sobre el momento de su iniciación, aplicándose así una vez el principio de autonomía de voluntad de las partes. Pero, en caso que las partes no hayan convenido nada sobre el inicio del Arbitraje, se entiende que es un proceso Ad Hoc

y que su regulación está amparada en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, y las directivas que dicta el OSCE, sobre el particular, por lo general existe un modelo de Acta que es utilizada como las reglas del procedimiento arbitral, que fue aprobada la Directiva N° 003-2005/CONSUCODE/PRE.

En caso de que las partes hayan acordado que el proceso arbitral sea conocida por un Centro Arbitral o Centro de Arbitraje, se regula en primer término por el Reglamento del Centro de Arbitraje, así se tiene por ejemplo, que la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, tiene su reglamento aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE.

Es pertinente precisar, que en la ciudad de Lima, hay varios Centros de Arbitraje, en primer lugar se encuentra la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, que es la institución que más arbitra en Contrataciones Públicas, luego se encuentra la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Colegio de Ingenieros del Perú, AMCHAM, el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados del Perú, Centro de Arbitraje - Arbitra Perú, Centro de Arbitraje de CAPECO, etc.

### **1.7.6 El Laudo**

El Laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin a la

controversia o litigio. Tiene fuerza vinculante y es obligatorio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes tenían. Constituye la expresión más acabada de la jurisdicción que ejercen los árbitros, al imponer a las partes una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que finalmente tuvieron en mira las partes al pactar el arbitraje como medio de resolución de sus conflictos.

El dictado del laudo es así, la forma en que los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal. El procedimiento que previamente han seguido y las resoluciones intermedias que van impulsándolo, no son sino actos a través de los cuales se va preparando el acto decisorio, objetivo final del arbitraje cuando se conviene someter ciertas disputas a arbitraje, lo que se pretende es que los árbitros las resuelvan definitivamente. Lo demás es solamente el camino que lógicamente debe recorrerse para arribar a esa decisión.

El laudo es, desde otro ángulo, el acto con el concluye la intervención de los árbitros. Su emisión implica dejar agotado su cometido y su jurisdicción, lo que determina otra diferencia importante entre las atribuciones de árbitros y jueces.

Veamos una comparación. Los jueces estatales están revestidos de una jurisdicción que por provenir de la organización misma del Estado, tiene carácter permanente y genérica, si bien acotada por las limitaciones derivadas de su competencia territorial y

funcional, y no se agota con el dictado de la sentencia definitiva. El juez conserva su potestad para ejecutarla, y aun para ejercer facultades ordenadoras y correctivas, con el límite que impone, por razones de seguridad jurídica, el principio de la cosa juzgada.

Por el contrario, los árbitros, tienen una jurisdicción nacida de fuente convencional y por lo tanto limitada al caso. Son las mismas partes en virtud de que el Estado lo admite con carácter general, quienes crean la instancia específica y otorgan a los árbitros el carácter de jueces. Y al hacerlo, tienen un objetivo primordial: encomendarles la resolución de un caso concreto. Se deriva de ello, que una vez producido el resultado previsto, desaparecen sus facultades.

Con las aclaraciones precedentes, podemos decir que el laudo es el equivalente a una sentencia judicial. Es considerado una sentencia, una resolución que los árbitros expiden como consecuencia del ejercicio de la autoridad o poder de juzgar que las partes les dieron. Esta asimilación es la resultante de atribuir naturaleza jurisdiccional al arbitraje.

Comentando el artículo 52° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1017, correspondiente a la Adopción de decisiones el cual nos ilustra que:

1. El Tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no

hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

El numeral 1 del artículo 52°, se refiere al funcionamiento del tribunal y la concurrencia de los árbitros a las actuaciones, indicando que el tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. La finalidad de la ley de arbitraje, en este caso, es que el proceso no se interrumpa debido a la inconcurrencia de un árbitro. En ese supuesto, tratándose de un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros, si dos árbitros asisten, hacen mayoría y no habría inconveniente para que el proceso continúe en ese sentido, el tribunal puede deliberar con la concurrencia de la mayoría de los árbitros.

### **1.7.7 La Anulación del Laudo**

Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. Cuando se interponga recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá cumplir

con comunicar y acreditar ante el árbitro único o tribunal arbitral la interposición de este recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes de vencido el plazo correspondiente; en caso contrario, se entenderá que el laudo ha quedado consentido en sede arbitral.

Asimismo, las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación, deberán ser remitidas al OSCE por la parte interesada en el plazo de diez días hábiles de notificadas para su registro y publicación. Los representantes de las partes deberán cumplir con dicha obligación bajo responsabilidad.

Al analizar esta norma que contra el laudo únicamente puede plantearse el recurso de anulación, está descartando expresamente el recurso de apelación que contemplaba los artículos 60°, 62°, 63° y siguientes de la Ley N° 26572 (LGA). En este aspecto como en muchos otros, la nueva Ley de Arbitraje (LA) sigue la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual en su artículo 34° se refiere “a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”.

Collantes, explica con sutileza que es consustancial al arbitraje, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad entendida en términos de disponibilidad como precisa la

exposición de motivos de la Ley y de la regularidad del procedimiento de arbitraje.

## Capítulo II

### EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO Y SU DESCENTRALIZACIÓN

#### 2.1 La descentralización como un factor clave del desarrollo nacional

Todavía en la actualidad no se ha podido superar la pobreza recurrente, ni establecer suficientes bases institucionales que refuercen la democracia ciudadana, ni integrar económicamente el territorio, tampoco impulsar las plataformas productivas locales capaces de generar bienes y empleos decentes. Revertir esta situación es, sin duda, un mandato histórico predominante en el cual la descentralización tiene un rol fundamental. La descentralización, por su naturaleza incluyente, es una condición ineludible para satisfacer los objetivos propios del enfoque del desarrollo humano. Debe ser también uno de los fundamentos de un deseable Proyecto Nacional consensuado entre las diferentes fuerzas políticas, económicas y sociales. En consecuencia, es razonable que la descentralización tenga una posición privilegiada en las agendas del Gobierno Nacional y de los gobiernos regionales y locales; así como de los partidos políticos y de la cooperación técnica nacional e internacional.

Los procesos descentralistas madurarán más consistentemente a partir de esfuerzos generados desde los niveles locales; que

apunten finalmente al reparto más equitativo del poder tanto en términos sociales como espaciales. De otro lado, la descentralización será más exitosa si se respalda por objetivos de desarrollo al nivel nacional; que al mismo tiempo admita las particulares vocaciones, ventajas comparativas y desafíos de cada distrito, provincia y departamento. Ajustes puntuales en las políticas sectoriales y en las estructuras organizacionales regionales o municipales, aparte de algunos casos “exitosos”, no tienen mayores perspectivas si no se acompañan de transformaciones sustantivas también en el aparato económico y administrativo central.

## **2.2 La descentralización como escenario importante para el progreso nacional.**

La finalidad de la descentralización es formar un modelo de desarrollo territorial que satisfaga las legítimas expectativas de inclusión, prosperidad y acceso a mejores oportunidades para el ejercicio de derechos. La transferencia de capacidades y recursos hacia las regiones y localidades aspecto central de la descentralización tiene, pues, el propósito de crear condiciones apropiadas para la competitividad y la equidad. Así mismo, para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en cada uno de los niveles de gobierno; superando de esta manera el centralismo que ha caracterizado históricamente al Estado peruano. Se trata, en consecuencia, de un proyecto de gran envergadura que

cuestiona la distribución del poder y de la riqueza en el Perú. Por esa misma razón, es un proceso inevitablemente complejo y conflictivo que se proyecta en el mediano y largo plazo. (GestioPolis, 2006)

### **2.3 Marco fundamental de la descentralización**

El artículo 188° de la Constitución Política del Estado Peruano, reformado por la Ley N° 27680, establece que:

“La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley”.

En definitiva, es una forma de organización territorial del poder estatal. En rigor de verdad, la doctrina ha distinguido tres tipos de Estado según la caracterización centralizada o descentralizada del ejercicio de su poder: el Estado unitario, el Estado federal y el regional.

Vale decir, que el carácter unitario del Estado supone la existencia

de un único sistema de órganos de gobierno que actúan sus poderes para todo el territorio nacional, además de un único ordenamiento jurídico. De otro lado, el carácter descentralizado hace referencia a que los órganos centrales o nacionales no ejercen en exclusividad la totalidad del poder estatal, sino que lo hacen de manera conjunta o simultánea con organizaciones territoriales como los estados federados, regiones y municipios, dotadas de autonomía y con capacidad para la autodeterminación de sus propios intereses.

También debemos precisar, que el Tribunal Constitucional ha efectuado algunas estricteces conceptuales referidas a la correlación existente entre el Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional, así como los alcances del gobierno centralizado y del descentralizado en el Estado unitario que, en líneas generales, plantean que el sistema federal resultaría incompatible con los presupuestos del Estado unitario. Del mismo modo, que lo unitario no conduce necesariamente a lo centralizado y más bien lo unitario y lo descentralizado si pueden concurrir. (Zas, 2009, P. 11)

## **2.4 Cumplimiento de los actores involucrados en los versátiles escenarios**

Actualmente, los liderazgos corporativos y sus formas de actuar en el proceso hacia la descentralización y en la conducción de los gobiernos regionales y municipales son tantos o más

determinantes que la normatividad formal. En consecuencia, delinear ya sea de manera reducida e incua el comportamiento de las entidades involucradas en este proceso, permite establecer con mayor acierto las estrategias o acciones pendientes para avanzar en el camino.

En consecuencia, después de esta ubicación, es oportuno recordar que una efectiva descentralización se sellará en función de dos factores. El primero, por la construcción de un Estado activo, que sobrepase la valla de un esquema liberal que lo coloca como un simple prestador de servicios sociales básicos, de garante de la estabilidad monetaria, de árbitro episódico de conflictos puntuales o de manejador de daños generados por eventos climáticos agudos.

En segundo plano, por el envite de una plataforma económica sustentada en el mejor aprovechamiento de las potencialidades competitivas de nuestros recursos, que atiendan tanto las demandas internas como las externas en un mercado cada vez más abierto pero también riesgoso dado el dominio de los países o corporaciones transnacionales. Ambas iniciativas definen el comportamiento de los diferentes actores sociales, económicos y políticos involucrados en el proceso.

Partimos, de que el perfil de las instituciones involucradas en los procesos descentralistas y en el manejo de las regiones y municipios hasta el 2000 ha cambiado particularmente a causa de

los compromisos que se tomaron en las campañas electorales del 2002 y del 2006 consecutivamente. En líneas generales, los diferentes compromisos asumidos no es fácil de desarrollar considerando las inadecuadas u obsoletas organizaciones económicas y políticas administrativas heredadas y a los enormes frenos para revertirlas en función de los objetivos más resaltantes del desarrollo humano.

Igualmente se pretende disponer de organizaciones civiles representativas fuertes para otorgarle al proceso un sentido participativo. Resumidamente, lograr avances descentralistas de fondo y mayor eficiencia y transparencia en la gestión de los gobiernos regionales y municipales, supone asumir nuevas formas de entender las respectivas “misiones o vocaciones” institucionales y modificar funcionalmente todas las instancias sectoriales y territoriales del Estado.

Con respecto al sector economía, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico en primer orden y los Ministerios de la Producción y los Gobiernos Descentralizados en segundo orden, deberían aprovechar las oportunidades que ofrecen las elevadas tasas de crecimiento del PBI en los últimos años y de sus expectativas del 2012 (6% del PBI)<sup>12</sup>. Esta opción implica mejorar los niveles de captación (base tributaria) y distribuir los ingresos públicos en función de inversiones que propicien cadenas productivas desconcentradas

e infraestructuras capaces de impulsar nuevos y más dinámicos mercados.

En consecuencia, la estrategia inducida debe considerar que el crecimiento económico es selectivo (minería, pesca, agroindustria, finanzas), que puede ser efímero y que los tributos y rentas empresariales obtenidos no circulan suficientemente hacia los grupos históricamente desposeídos. (Lizárraga, 2007, p. 21).

## **2.5 Instauración de un Estado personalizado, eficaz y descentralizado**

Resulta claro, en mencionar que una eficaz transformación del Estado debería considerar a las instancias regionales y locales de Gobierno como actores claves; coincidiendo la predominancia de esas instancias en el manejo directo de los proyectos de inversión que aludan a sus esferas de mando.

Relativamente, el Gobierno Nacional mantendría la responsabilidad de establecer las políticas macro económicas y macro sociales, dirigir la Defensa Nacional y las relaciones exteriores; y asumir proyectos de envergadura supra regional.

De modo alguno, que la reforma debería superar los enfoques liberales extremos que arrinconan al Estado en funciones relacionadas solo con la dotación de servicios sociales, la administración fiscal o la resolución de conflictos extremos;

abstrayéndolo de atribuciones reguladoras y promotoras de la producción material y del empleo digno. Es decir, un nuevo Estado configurado bajo la sombra del desarrollo humano, tendrá que zanjar, en representación de las mayorías, los desequilibrios económicos, sociales y territoriales que el mercado no ha podido resolver.

En líneas generales, coincidimos con lo expresado por el economista y especialista en descentralización (Lizárraga et al., 2007, p. 30), un nuevo Estado democrático y promotor efectivo del desarrollo tendría que reforzar sus aportes y responsabilidades a favor de las colectividades muy pobres y alejadas de los centros urbanos emergentes. Debería revertir el escenario actual donde el Estado es un gran ausente; o quizá apenas representado por un Juez de Paz bastante desprotegido de las instancias superiores de la Judicatura, de un maestro mal pagado que atiende varios grados escolares a la vez (multigrado) y carente de materiales educativos apropiados; así como eventualmente de una enfermera o de una obstetra de la propia localidad.

Finalmente, es necesario que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, incorpore elementos muy precisos sobre los alcances o atribuciones de cada nivel de Gobierno (Nacional, Regional, Municipal Provincial, Municipal Distrital); a fin de evitar trámites burocráticos, duplicaciones y costosas contradicciones y más bien, incentivar con la descentralización a la agilidad de los procesos institucionales.

## **2.6 Tácticas descentralistas selectas**

Un proceso descentralizador sostenido implica derruir mitos y conductas centralistas enquistados tan profundamente que solo cambios estructurales, en la economía y en el Estado, podrían impulsarlo.

Sería injusto desconocer que desde el 2002 ha habido avances en torno a este proceso; y ha existido un debate prolífico sobre este angustiante asunto. Empero, estos son insuficientes. En consecuencia, es importante dejar en claro algunos lineamientos estratégicos que pudieran afianzar el proceso descentralista y en consecuencia una mejor gestión de los gobiernos regionales y locales, como una la de una decisión política y de consenso, como requisitos de partida; del mismo modo, y de establecimiento de un Estado representativo, eficiente y descentralizado; y por último y no menos importante la formulación de un Plan Nacional de Descentralización y de un Plan Nacional de Ordenamiento Territorial.<sup>13</sup>

## **2.7 Aplicación del derecho empresarial a la actividad regional**

Debemos partir, que como disciplina que integran los cursos o la especialidad del derecho comercial, mercantil o derecho empresarial, tenemos al derecho de arbitraje, negociación y medios alternativos para solución de conflictos, cuyo objetivo,

coincidiendo con el jurista nacional Beaumont Callirgos, es la utilización de medios para la solución de conflictos primordiales en el área materia de estudio, debido a que toda aquel que contrata con el Estado, está inmerso en leyes especiales, por ejemplo la Empresa A que contrata con una municipalidad o cualquier otra entidad está obligada a resolver su conflicto a través del arbitraje de derecho, que es el medio dinámico y eficaz para la solución de controversias que pudieran presentarse dentro del ámbito de las contrataciones del Estado. Por lo tanto, es necesaria la activación funcional de sus oficinas desconcentradas puestas a lo largo de nuestra nación para un rápido y eficaz trabajo institucional que ayude a los actores involucrados en controversias de administración pública, en una pronta solución sin mayores trámites burocráticos.

## **2.8 Importancia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para las Pymes.**

En un primer momento, se trató de Impulsar el arbitraje con el cometido de lograr la administración de justicia descentralizada y al alcance de todos, fue el compromiso de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio del interior del país asociadas a PERUCÁMARAS. En ese tiempo, funcionarios de las Cámaras de Comercio de Lima y PERUCÁMARAS impulsaron este compromiso.

Del mismo modo, los funcionarios de los Centros de Arbitraje de

las Cámaras de Comercio afirmaron que el arbitraje se constituye en un importante mecanismo de solución de controversias para la pequeña y mediana empresa, por cuanto este tipo de unidades productivas son el motor comercial y económico de las regiones a las cuales debe servir este medio alternativo.<sup>14</sup>

El uso del arbitraje está cobrando mayor fuerza en el interior del país gracias a las ventajas que ofrece como tecnicismo, imparcialidad, confidencialidad y celeridad, lo que lo hace más económico para las pequeñas y medianas empresas.

Halley López Zaldívar, secretario general de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo, expone que el arbitraje no es elitista, sino por el contrario es versátil y puede utilizarse para controversias por montos pequeños o grandes. En el contexto de los montos pequeños, es importante incentivar la implementación de tribunales arbitrales especiales para controversias de menor cuantía, es decir, menores a las cinco unidades impositivas tributarias, el cual coincidentemente ha sido tema de investigación del recurrente. Siguiendo con el tema de estudio, uno de los fines principales del arbitraje es que ayuda a aliviar la carga procesal del sistema ordinario; no compite con el Poder Judicial, sino que por el contrario, contribuye a complementar la administración de justicia a través del sistema privado.

Ya existen casos en provincias, como por ejemplo, la Corte de

Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo cuenta con 8 casos por casi S/. 5 millones, cifra que aumentaría a 11 millones en un corto tiempo. Existe confianza en las Cámaras de Comercios por ser instituciones transparentes, neutrales e independientes en la solución de conflictos.

En la misma línea, Rosa Silva, Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, afirma que el arbitraje es una importante alternativa para las pequeñas empresas, debido a que, por las características que posee, concede al recurrente celeridad, eficacia y transparencia, y además, es menos oneroso.

En tanto, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque está elaborando un plan estratégico de difusión con la meta de llevar el arbitraje al sector de la micro y pequeña empresa. El objetivo es servir realmente a la solución de conflictos que perjudican indudablemente a los ciudadanos cuando no se resuelven oportunamente.

Susana Seminario, Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Piura, también manifestó que están difundiendo el mecanismo del arbitraje entre las pequeñas empresas asociadas y no asociadas por ser de suma importancia. Similar opinión mostró Jorge Campos, Raffo, secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tacna, quien refirió que si bien su centro tiene poco

tiempo de creada, las expectativas son auspiciosas entre la pequeña y mediana empresa, considerando el importante movimiento de este sector en el sur del país.

Del mismo modo, hay que señalar que el arbitraje va cobrando más fuerza en el interior del país, gracias a un acuerdo de cooperación entre el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y PERUCÁMARAS. Así se puede comprobar en los ocho Centros de Arbitraje constituidos en las Cámaras de Comercio de Cajamarca, Huancayo, Ica, Lambayeque, Loreto, Piura, Ucayali y Tacna, donde el número de casos que ingresan va en aumento.

En general, constantemente expertos del Centro de Arbitraje de la CCL, organizado por PERUCÁMARAS, brindan un apoyo permanente para facilitar la descentralización del arbitraje en el Perú a través de asesorías, pasantías, entre otros, y acuden al interior del país a dictar Cursos de Formación y Capacitación en Arbitraje Comercial, ya sea en las Cámaras de Comercio que ya cuentan con sus respectivos Centros de Arbitraje o las que están en proceso de constituirlos.

La formación de centros de arbitraje descentralizados es una tarea que se continuará realizando hasta alcanzar la meta de contar con centros de arbitraje en todas las provincias del país, en donde haya una Cámara de Comercio al servicio del empresariado y, en general, de la población civil de su jurisdicción.

De esta forma, la misión prioritaria de estas instituciones es el de coadyuvar al éxito del proceso de descentralización productiva, el que pasa también por una administración de justicia descentralizada, eficiente y al alcance de todos, pues tiene el firme convencimiento de que sólo así podemos aspirar al desarrollo del Perú, con justicia, paz social y bienestar para todos los peruanos. También es muy importante, no dejar de lado las controversias que seguidamente se forman en las contrataciones públicas, en las diferentes dependencias del Estado, las cuales para efectos administrativos deben necesariamente que viajar a la capital, específicamente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, para efectuar los trámites correspondientes.

## **2.9 El contrato en la administración pública**

La Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la Función Administrativa del Poder, tiene la necesidad de valerse de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Verbigracia, vemos que en el ámbito municipal, cuando las municipalidades ejercen función administrativa aprovechan diversos instrumentos o medios de gestión que les pone a disposición el ordenamiento jurídico.

Entre los posibles instrumentos o medios de que se vale la Administración Pública destacan la regulación normativa, la

participación directa en las actividades económicas (a través de empresas del Estado), la ejecución de su presupuesto por medios propios (conocida básicamente como modalidad de administración directa) y la colaboración de terceros (en este caso están comprendidos los contratos de la administración pública, que son de diverso objeto).

Por lo tanto, el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental. Su existencia se justifica como medio para el cumplimiento de los objetivos y metas de la Administración Pública.

Dentro del ámbito jurídico, el Contrato de la Administración Pública se ubica como forma jurídica administrativa. En tal sentido, constituye uno de los medios por los que se expresa la Función Administrativa (otros medios son el reglamento, el acto administrativo, el acto de administración interna y las actuaciones materiales administrativas). Las municipalidades tienen la ventaja de actuar como organismos capaces de ejercer funciones legislativas (cuando emiten ordenanzas) y administrativa (dentro de la cual se ubican los contratos de la Administración Pública).

## **2.10 Formas jurídicas administrativas**

Debemos precisar los conceptos básicos acerca de las formas jurídicas administrativas, pues estas son figuras que de manera sucesiva integran el itinerario contractual administrativo. Cada mecanismo de tal itinerario puede estar constituido por una de las

figuras señaladas o por la concurrencia de dos o más de ellas siendo esta segunda posibilidad la más usual y entre todas ellas existe una relación de implicancia.

Asimismo, es necesario referirnos a otras figuras jurídicas que están presentes en el trayecto contractual administrativo, sea de manera concomitante o separada de las formas jurídicas administrativas, pero que tienen justificada su presencia en el propósito global de preparar, celebrar o ejecutar un contrato.

Los aspectos más relevantes de cada una de las formas jurídicas administrativas, las describiremos a continuación:

### **2.10.1 Reglamento**

Siendo una fuente formal del Derecho Administrativo y su efecto es incorporar materialmente, en el orden jurídico, normas jurídicas cuya finalidad es viabilizar de manera ágil y menos burocráticas mandatos contenidos en normas con naturaleza de ley, así como llenar de contenido a conceptos que las normas con naturaleza de ley expresan de modo genérico.

Del mismo modo, cada reglamento, formalmente, consiste en una declaración unilateral emitida por una entidad de la Administración Pública y, materialmente, es la norma jurídica que surge como consecuencia de la mencionada declaración, caracterizada dicha norma jurídica por producir efectos jurídicos generales, por cuanto afecta circunstancias jurídicas colectivas; aunque ciñendo su contenido a la viabilización de mandatos establecidos por normas

con naturaleza de ley o llenando de contenido a conceptos que ésta última expresa de manera genérica.

Estando situado en el ámbito de las concreciones, la actividad reglamentaria es una de las manifestaciones de la función administrativa.

Coincidimos con el Doctor Ricardo Salazar (2009), al acotar que existen diferentes tipos de reglamentos en sentido formal (fuente del Derecho Administrativo), según sea la entidad emisora y criterios de competencia como la materia, el territorio, el tiempo y, en determinados casos, la cuantía (no es aplicable el criterio de grado, por ser propio de los procedimientos que dan lugar a actos administrativos). (p. 24.).

Sin embargo, en todos los casos, estas fuentes formales conllevan al surgimiento de normas jurídicas las cuales se incorporan al orden jurídico, ubicándose dentro de un criterio jerárquico en un plano sumiso al plano de las normas con naturaleza y rango de ley y, perceptiblemente también supeditado al plano de las normas de naturaleza y rango constitucional. Estas normas incorporadas son las normas con naturaleza y rango reglamentario.

En materia de impugnación, la normativa prevé que los reglamentos pueden ser impugnados vía el proceso de naturaleza jurisdiccional denominado Acción Popular.<sup>15</sup>

En forma resumida, podemos señalar como características de la forma jurídica administrativa denominada reglamento, las siguientes:

A) Se emite unilateralmente desde la entidad hacia afuera de ella. Existen casos en que la formalidad del reglamento es utilizada para emitir disposiciones al interior de la Entidad es decir; para sí misma que, en realidad constituye otra figura como es el acto de administración interna (podría ser el caso del Reglamento Interno de Trabajo de una entidad).

B) La norma jurídica reglamentaria produce efectos jurídicos generales, pues, afecta situaciones jurídicas colectivas (debemos tener en cuenta que una situación jurídica colectiva es el conjunto de derechos y obligaciones que una categoría de personas naturales y/o jurídicas tiene en un momento determinado).

C) La validez de las actuaciones que la preceden, así como del Reglamento mismo, pueden ser discutidas en la vía jurisdiccional, mediante el proceso denominado Acción Popular.

### **2.10.2 Acto Administrativo**

La Ley N° 27444, publicada el 10 de abril del año 2001, en el gobierno del Ex-Presidente Doctor Valentín Paniagua Corazao, sobre Procedimiento Administrativo integra seccionalmente y orgánicamente todas las reglas anteriores sobre la materia que, desde la década de los años sesenta se fueron sucediendo en el país D.S. N° 006-67-SC; Ley de Simplificación Administrativa y su

Reglamento; Decreto Legislativo N° 757, Título IV y su Reglamento; Decreto Ley N° 26111 y otras normas adicionales); e incorpora conceptos, figuras jurídicas administrativas y estructuras de procedimiento que, si bien existían en regímenes especiales, no existían en el régimen general de los procedimientos administrativos.

En la referida Ley se define el concepto de Acto administrativo, para lo cual es necesario concordar los artículos 1°, inciso 1.1, 5°, inciso 5.1 y 29°, de cuya lectura integral se ultima que la noción de acto administrativo es la de ser éste una declaración unilateral (con diferente contenido posible, tales como declaración de voluntad, declaración de haber tomado conocimiento o participado de un suceso, o declaración de derecho) emitida por la Administración Pública y que produce efectos jurídicos individuales o individualizables de manera directa.

En definitiva, el acto administrativo tiene como requisitos de validez la competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular. El incumplimiento de uno o más de los mencionados requisitos, ocasionará la invalidez total o parcial del acto administrativo; habiéndose previsto como soluciones, según sea el caso, la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad o la conservación de acto.

De igual forma, tenemos que dentro de un procedimiento administrativo, los actos administrativos se pueden clasificar en

actos que no agotan la vía administrativa y actos que agotan la vía administrativa. En un procedimiento de única instancia, el acto administrativo emitido al concluir dicho procedimiento, así como el que se emita como consecuencia de la posible interposición del Recurso de Reconsideración, agota la vía. En el procedimiento de dos instancias, el primer acto administrativo y el que eventualmente se emita como consecuencia de un recurso de reconsideración, no agota la vía administrativa, mientras que el de segunda instancia sí. Y, en un procedimiento de tres instancias, el primer acto administrativo, el que eventualmente se emita como consecuencia de un recurso de reconsideración, así como el de segunda instancia, no agota la vía administrativa, mientras que el de tercera instancia sí la agota. (Salazar et al., 2009, p. 25)

En esa línea, debemos expresar que la Ley N° 27444, instaura expresamente una estructura flexible para el procedimiento administrativo, lo cual, debidamente concertado con los principios del procedimiento administrativo, permite marcar una clara diferencia con el proceso judicial.

Dicha ley, además, adiciona al régimen general bilateral de procedimientos administrativos a solicitud del administrado, dos estructuras de procedimientos generales que nombra especiales, en este caso tenemos el procedimiento trilateral y el procedimiento administrativo sancionador.

Resulta claro marcar que en las legislaciones especiales de

procedimientos, desde hace muchos años han existido las tres modalidades de procedimientos, pero nuestro régimen general sólo había desarrollado el procedimiento bilateral a solicitud del administrado, lo cual era una gran limitación para los casos en que en defecto de normas en algún régimen especial se debía recurrir al régimen general, pues en muchos casos no había una solución satisfactoria.

De igual forma, podemos señalar como características de la forma jurídica administrativa denominada “acto administrativo”, las siguientes:

- A) Es emitido unilateralmente desde la Entidad hacia afuera de ella. Al respecto, existen casos borde, pero la regla casi absoluta que nos interesa resaltar es la rotulada.
- B) Produce efectos jurídicos individuales o individualizables, pues, afecta situaciones jurídicas individuales (debemos tener en cuenta que una situación jurídica individual es el conjunto de derechos y obligaciones que una persona natural o jurídica tiene en un momento determinado).
- C) La validez de las actuaciones que lo preceden y del acto administrativo mismo, pueden ser cuestionados, según sea el caso, en vía administrativa o en vía jurisdiccional a través de la Acción Contencioso - Administrativa. En el primer caso, la declaración de invalidez puede ser declarada de oficio o como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo;

mientras que en el segundo caso, la declaración de invalidez corresponde a la interposición de una demanda contencioso - administrativa, sea por iniciativa del administrado o, en los supuestos previstos en la normativa, por iniciativa de la entidad administrativa.

### **2.10.3 Actos de administración interna**

Se entiende como actos de administración al conjunto de decisiones y actuaciones cuyo impacto inmediato es hacia el interior de las entidades de la Administración Pública y que tienen como propósito que dichas entidades alcancen niveles adecuados de eficiencia y eficacia, de modo que estén en condiciones de ejercer apropiadamente su rol.

Los actos de administración interna están agrupados según el criterio de sistemas administrativos, cada uno de los cuales cumple finalidades específicas, pero en conjunto deben expresar un modelo integrado de sistemas y cuya resultante de actuación debe ser la actuación eficiente y eficaz en todos sus aspectos de cada entidad y de la Administración Pública en general.

Es propio de los actos de administración interna corresponder o ámbitos de gestión interna, en materias como planificación, presupuesto, contabilidad, tesorería, abastecimiento, personal, informática, entre los más difundidos.

Así también, podemos señalar que son características de la forma jurídica administrativa denominada “acto de administración

interna”, las siguientes:

A) Es emitido unilateralmente desde la entidad hacia el interior de ella; es decir, hacia sí misma.

B) En unos casos afecta situaciones jurídicas individuales (tal el caso de la decisión y acto de rotación de una persona de un área a otra dentro de la entidad, asumiendo que dicha rotación es legalmente posible) y en otros afecta situaciones jurídicas colectivas (como es el caso de la disposición sobre horario de ingreso o sobre tiempo de refrigerio).

C) En principio, las actuaciones previas y el mismo acto de administración interna no son impugnables, especialmente en cuanto al sentido de la decisión adoptada y expresada a través de él; sin embargo, no queda excluida, como excepción, la posibilidad de invalidarlos o pedir su invalidación por trasgresión a normas jurídicas.

#### **2.10.4 Contratos de la Administración Pública**

La noción de contrato, como categoría jurídica general que se extiende en más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Dicha noción general adquiere peculiaridades, según sea el ámbito del orden jurídico dentro de la cual se manifiesta, debido a que en cada caso la relación contractual involucra a actores que expresan intereses de distinta naturaleza y dentro del desarrollo de actividades de interacción respecto de las cuales el orden jurídico prevé la aplicación de

principios y normas también diferenciados.

En el ámbito del Derecho Público, la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, aunque en este caso se presentan dos posibilidades:

a) Uno de ellos ejerce poder (específicamente función administrativa del poder) y el otro su libertad.

b) Uno de los sujetos ejerce poder y el otro sujeto también ejerce poder.

En tal sentido, la relación subyacente a los contratos de la Administración Pública es la de poder con libertad o la de poder con poder; de lo cual se deriva que la construcción del régimen contractual público debe girar en torno a dichas posibilidades de vinculación, estableciendo los principios y normas que garanticen las facultades, deberes, derecho y obligaciones involucrados en tales relaciones.

La relación entre la categoría contrato y la de contrato de la administración pública es una de género a especie; en virtud de la cual la figura contrato como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de afectos patrimoniales, subyace a la noción de contrato de la Administración Pública, sin embargo, en este último concepto la nota característica es que por lo menos una de las partes que celebra el contrato es una entidad de la Administración Pública.

El poder se manifiesta a través de las funciones legislativa, jurisdiccional, administrativa y especiales, la función administrativa del poder, cuya naturaleza es la de concretar los fines del poder tiene, a su vez, cinco maneras básicas de manifestarse como son la emisión de normas jurídicas con naturaleza del reglamento material, a través de la forma jurídica reglamento; la emisión de declaraciones de efectos jurídicos individuales, a través de la forma jurídica acto administrativo; lo organización interna de las entidades de la administración administrativa, a través de la forma jurídica acto de administración interna; la contratación administrativa, a través de la forma jurídica contrato de la administración pública; y la ejecución material, configurando la forma jurídica de hecho administrativo.

Como puede apreciarse, el contrato de la administración pública, dentro del fenómeno del poder, se ubica como la forma jurídica administrativa que corresponde a una de las manifestaciones de la función administrativa, que es la contratación administrativa. En ese sentido, cuando se produce la contratación administrativa en dicho suceso está presente el poder a través de la función administrativa de éste; lo cual lógicamente implica que será de aplicación directa un conjunto de principios y normas de Derecho Administrativo para regular el conjunto de relaciones a que da lugar la referida contratación.

Asimismo, el contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental, es uno de los medios de que se vale la

Administración Pública para el cumplimiento de sus fines.

El concepto de contrato de la Administración Pública es el siguiente: "Acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública".

El contrato de la Administración Pública comprende como elemento subyacente la noción genérica de contrato, pero tiene como componente distintivo el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública, es decir, una entidad que, ejerciendo función administrativa en una de sus modalidades (acción de contratar administrativamente) establece un vínculo contractual con una o más personas privadas y/o con una o más entidades de la Administración Pública.

Es necesario precisar, además, que el factor distintivo del contrato de la Administración Pública no es el hecho de que la entidad administrativa que celebra el contrato tenga prerrogativas especiales a su favor, sino que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública.

En nuestro país como sucede en muchos otros en el mundo la contratación administrativa tiene respaldo en norma constitucional expresa.

La contratación administrativa implica la celebración de contratos sobre cuanto objeto contractual sea necesario para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, sin limitación alguna, pues son múltiples los propósitos específicos cuando ella ejerce la función administrativa. sin embargo; en la práctica la Administración Pública celebra contratos dentro de un conjunto de objetos contractuales que son los más frecuentes, como son los siguientes: adquisición de bienes (sustantivamente es la compra venta); contratación de servicios generales (sustantivamente es la locación de servicios en cuyas prestaciones prevalecen actividades manuales); contratación de servicios de consultoría (sustantivamente es la locación de servicios en cuyas prestaciones prevalecen actividades intelectuales) y este objeto contractual, a su vez, se desdobra en otros objetos contractuales como la consultoría propiamente, la asesoría, la realización de estudios, el gerenciamiento, entre otros; contratación para la ejecución de obras (sustantivamente es la locación de obra); contrato de disposición de bienes del Estado y este objeto contractual, a su vez, se desdobra en otros como la venta (sustantivamente es compra venta), arrendamiento, afectaciones en uso y otras modalidades afines, sobre disposición de bienes del Estado; contrato de Endeudamiento Externo; contrato de Endeudamiento Interno; contrato de Concesión de Servicios Públicos; contrato de Concesión de Infraestructura; contratos de alianza Público

Privadas; contratos de Estabilidad Jurídica; contratos de Personal (respecto de éstos podría ser más apropiado considerarlos dentro de los contratos de Derecho Social, dada la notoria presencia de elementos de Derecho Laboral).<sup>16</sup>

Cada objeto contractual o grupos de objetos contractuales son regulados por distintos grupos de Leyes y reglamentos. Para efectos del presente artículo nos interesan los objetos contractuales vinculados a bienes, servicios y obras regulados por la Ley de Contrataciones del Estado.

Es necesario adoptar el régimen contractual al nuevo contexto económico, político y social caracterizado por el acercamiento acelerado de las economías en el mundo, la expansión acelerada y abaratamiento de las tecnologías de la información y la presencia en nuestro régimen legal administrativo de los principios y normas de simplificación administrativa, que plantearon nuevos retos a la gestión pública en su rol promotor, su capacidad de respuesta y el acompañamiento oportuno a los fenómenos políticos, económicos y sociales que le corresponde.

La estrategia debe incluir a todos los actores directamente involucrados en la contratación estatal, así como el desarrollo simultáneo de las líneas de actividad que la hagan posible.

Los actores con interés directo en la contratación administrativa que se identificaron son los siguientes:

a) Cada entidad contratante, cuyo interés se centra en el cumplimiento de sus respectivas metas públicas.

b) El proveedor, cuyo interés principal es acceder en condiciones justas al mercado de la contratación estatal y aprovechar una oportunidad de negocio.

c) Las entidades estatales responsables de la modernización de la gestión pública, interesadas en definir políticas de contratación estatal que impulsen la eficiencia, eficacia y transparencia en los contratos públicos.

d) Los gremios y entidades representativas del sector privado, cuyo interés se centra en procurar que la contratación estatal también impulse el desarrollo de la actividad privada.

e) Las entidades estatales de promoción, supervisión y control de la contratación estatal, interesadas en impulsar el mejoramiento constante del régimen y de las prácticas contractuales del Estado, así como en la generación de los contrapesos necesarios a través de las acciones de supervisión y control durante la formación y ejecución de los contratos públicos.

f) El destinatario directo de los bienes, servicios u obras que son objeto de la contratación, cuyo interés central es la satisfacción de sus necesidades.

g) La Sociedad en general, cada vez más interesada en que el Estado sea eficiente y transparente.

h) La Comunidad Internacional, que hoy es consciente que la Contratación Estatal es uno de los temas trascendentes en los procesos de vinculación e integración de las economías, mostrando interés en asegurar reglas equitativas de contratación y condiciones de transparencia.

Entre las líneas de acción simultánea, cabe señalar las siguientes:

1) El desarrollo de la doctrina sobre contratación administrativa, considerando la naturaleza especial de la figura contractual administrativa y su condición de instrumento de gestión pública.

2) La vinculación de la demanda del Estado con la oferta de los proveedores, en un ambiente seguro, confiable y transparente.

3) Fomentar el trato equitativo a los proveedores para su acceso al mercado de la contratación estatal, fomentando fórmulas de equidad entre proveedores nacionales y extranjeros, entre proveedores privados y estatales, así como entre proveedores grandes, medianos, pequeños empresarios.

4) Impulsar el fortalecimiento y protección del sistema de contratación pública, estableciendo redes, así como compartiendo liderazgo y responsabilidades entre el estado, las empresas y la sociedad civil.

5) Impulsar que la contratación pública tenga un solo régimen normativo y de principios.

6) Consolidar a la contratación pública como instrumento de gestión pública que acompañe eficientemente las políticas públicas.

7) Fomentar la participación de la sociedad civil en la supervisión de la contratación pública.

8) Evaluar periódicamente la normativa de contratación pública, de modo que se transforme en función al nuevo contexto, consolidando sus fortalezas y corrigiendo sus debilidades.

9) Participen en el desarrollo de la agenda sobre contratación pública, dentro de los procesos de integración internacional.

10) Consolidar la cultura de transparencia en la contratación estatal, impulsando los diversos mecanismos que sean pertinentes para ello.

Nuestro régimen contractual público sobre bienes, servicios y obras, está compuesto por dos grandes bloques normativos que son:

a) Modalidad clásica de contratación.

b) Nuevas modalidades de contratación.

El bloque de la modalidad clásica de contratación incorpora un conjunto de procedimientos cuya estructura es la misma en sus aspectos centrales. El segundo bloque normativo sobre nuevas modalidades de contratación fue incorporado como consecuencia de la acción promovida desde 2001 por CONSUCODE, con el

propósito de adaptar el régimen contractual sobre bienes, servicios y obras, al nuevo contexto, lográndose la incorporación de nuevas modalidades de contratación como son la subasta inversa (en sus modalidades presencial y electrónica), el convenio marco (en sus modalidades presencial y electrónica) y la compra corporativa, así como normativa legislativa y reglamentaria expresa sobre el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado.

La tarea pendiente consiste en acelerar e incrementar sostenidamente la aplicación de las nuevas modalidades de contratación y de la contratación electrónica, sin perjuicio de las necesarias modificaciones al sistema clásico y a sus derivaciones.

Cabe mencionar el gran impacto beneficioso que produce el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado en las condiciones de eficiencia y transparencia de la contratación estatal y en el fomento de la participación de los proveedores, con sus módulos de información y de transacciones.

La contratación pública tiene tres grandes fases, que son las siguientes: fase de programación y actos preparatorios; fase de proceso de selección (tales como clásico, subasta inversa, convenio marco); y, fase de ejecución contractual y Liquidación.

Cada fase, a su vez, está compuesta por una sucesión de formas jurídicas administrativas y otras figuras jurídicas, que se implican unas a otras.

Asimismo, especialmente en la segunda y tercera fase, se pueden presentar conflictos cuyas vías de solución administrativa, jurisdiccional, conciliatoria o arbitral, se prevé normativamente, según sea el caso.

Debemos señalar que son características de la forma jurídica administrativa denominada contrato de la administración pública, las siguientes:

A) Es un acuerdo de voluntades, de efecto patrimonial.

B) Afecta las situaciones jurídicas individuales de las partes que celebran el contrato.

C) La invalidez de las actuaciones precedentes a la formación del contrato, del contrato mismo o de las actuaciones o actos posteriores a la celebración de dicho contrato, puede ser planeada, según sea el caso, en vía administrativa, jurisdiccional (especialmente contencioso - administrativo), conciliatoria o arbitral.

### **2.10.5 Hechos Administrativos**

Los hechos administrativos o también denominados actuaciones materiales son manifestaciones físicas realizadas en ejercicio de función administrativa.

Son de gran diversidad, estando algunas de ellas regidas por normas de ejecución. Tienen una vinculación muy estrecha y por lo general apoyan la generación o cumplimiento de otras formas

jurídicas administrativas o figuras jurídicas.

En este caso podemos señalar que son características de la forma jurídica administrativa denominada hecho administrativo, las siguientes: (Salazar et al., 2009, p. 29)

A) Es una actuación física en ejercicio de función administrativa, es decir, está presente dicha función del poder.

B) Puede afectar situaciones jurídicas individuales o colectivas, siendo lo normal que ello no suceda.

C) Su validez puede ser cuestionada en vía administrativa o contencioso administrativa.

## **2. 10.6 Precisión necesaria**

Existen sucesos cuya calificación es la de figura jurídica especial, por no encajar íntegramente en una de las figuras señaladas como figuras básicas, verbigracia, que no encaje íntegramente en una de las formas jurídicas administrativas de reglamento, acto administrativo, acto de administración interna, contrato de la administración pública o hecho administrativo). En estos casos, para su calificación, debe seguir uno de los siguientes criterios:

a) En unos casos se aplicará el método de absorción, según el cual, por prevalecer determinados elementos sustantivos de una figura próxima, es asimilable o equiparable a ésta, aplicándosele las consecuencias de esta figura, en lo que fuere pertinente.

b) En otros casos, tendrá una doble calificación, asignando cada una de tales calificaciones según sea el escenario en que se evalúe la figura; tal el caso por ejemplo de la adjudicación de la buena pro, cuya formalidad utilizada permite calificarla como un acto administrativo, pero cuyo contenido es la aceptación de la oferta (propuesta) presentada por el proveedor ganador.



## **Capítulo III**

### **FORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

En este apéndice realizaremos una calificación básica de las figuras jurídicas presentes en las tres grandes fases de la Contratación Administrativa, consideradas en nuestro ordenamiento jurídico, el cual se encuentra regido por la Ley de Contrataciones del Estado.

La ventaja de distinguir cada figura jurídica es que permite al operador determinar con acierto el régimen jurídico específico aplicable a las situaciones que se le presenten, cualquiera fuera el rol que cumpla tal operador, es decir, cualquiera fuere el tipo de actor que participa en la contratación administrativa. Las calificaciones de figuras que se presentan a continuación no agotan todos los supuestos, pero abordan las figuras cuya presencia es más frecuente o que son consideradas como más relevantes en los itinerarios contractuales administrativos sobre bienes, servicios y obras.

#### **3.1 Fase de programación y actos preparatorios**

Esta fase tiene los siguientes componentes básicos:

##### **3.1.1 Plan Anual Institucional**

El plan anual institucional es una forma jurídica administrativa,

específicamente un acto de administración interna. En la actividad contractual administrativa se presenta como figura autónoma dentro de la fase de programación y actos preparatorios.

Para la elaboración del plan anual institucional se sigue un procedimiento de administración interna en materia de planificación, compuesto por sus respectivas actuaciones y el plan institucional como punto culminante del procedimiento. Cada una de las actuaciones de dicho procedimiento, a su vez, por lo general consiste en otros actos de administración interna con sus respectivas actuaciones (por ejemplo, remisión de memorandos, reuniones de trabajo, elaboración del proyecto de plan, entre otras).

Como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos (por ejemplo, ingreso de información, traslado físico de documentos, llamadas telefónicas, transcripción de documentos, remisión de correos electrónicos, entre otros). (Salazar et al., 2009, p. 31).

### **3.1.2 Presupuesto Institucional**

El Presupuesto Institucional es una forma jurídica administrativa, específicamente un acto de administración interna. En la actividad contractual administrativa se presenta como figura autónoma dentro de la fase de programación y actos preparatorios.

Para la elaboración del Presupuesto institucional se sigue un procedimiento de administración interna en materia de presupuesto, compuesto por sus respectivas actuaciones y el presupuesto institucional como punto culminante del procedimiento. Cada una de las actuaciones de dicho procedimiento, a su vez, por lo general consiste en otros actos de administración interna con sus respectivas actuaciones (por ejemplo, remisión de memorandos, reuniones de trabajo, elaboración del proyecto de presupuesto, entre otras).

Como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos (por ejemplo, ingreso de información, traslado físico de documentos, llamadas telefónicas, transcripción de documentos, remisión de correos electrónicos, entre otros).

### **3.1.3 Plan Anual de Contrataciones**

El plan anual de contrataciones es una forma jurídica administrativa, específicamente un acto de administración interna. En la actividad contractual administrativa se presenta como figura autónoma dentro de la fase de programación y actos preparatorios.

Para la elaboración del plan anual de contrataciones se sigue un procedimiento de administración interna en materia de planificación, compuesto por sus respectivas actuaciones y el plan anual de contrataciones como punto culminante del

procedimiento. Cada una de las actuaciones de dicho procedimiento, a su vez, por lo general consiste en otros actos de administración interna con sus respectivas actuaciones (por ejemplo, remisión de memorandos, reuniones de trabajo, integración de previsiones, elaboración del proyecto de plan, acto de aprobación, entre otras).

Como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos (por ejemplo, ingreso de información, traslado físico de documentos, llamadas telefónicas, transcripción de documentos, remisión de correos electrónicos, entre otros).

### **3.1.4 Determinación de necesidades**

La determinación de necesidades está constituida por un conjunto de actos de administración Interna que, a manera de actuaciones, se suceden unos a otros y que sirven de base para la configuración de otro acto de administración Interna, cuya manifestación es una declaración hacia el interior de la entidad, describiendo la necesidad a ser satisfecha mediante bienes o servicios u obras.

Como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos.

### **3.1.5 Designación del Comité Especial**

La designación del Comité Especial es un acto de administración interna, por cuanto tiene como propósito organizar internamente la entidad con el propósito de conducir un conjunto de actuaciones encaminadas a la formación de un contrato cuando se trata de un comité especial para una operación contractual o una pluralidad de contratos cuando se trata, por ejemplo, de un comité permanente. Como es lógico, dicho acto de administración interna está precedido de las actuaciones correspondientes, las mismas que, fundamentalmente están constituidas por otros actos de administración interna. (Salazar et al., 2009, p. 32).

Como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos.

### **3.1.6 Elaboración de Bases**

La elaboración de las Bases es un acto de administración interna, precedido por actuaciones que, a su vez, consisten fundamentalmente en otros actos de administración interna (tales como las vinculaciones que establece el Comité Especial con diferentes áreas de la entidad).

Como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos.

La aprobación de las Bases es una figura especial que, por absorción califica como la forma jurídica administrativa reglamento, cuando se trata de contratación abierta (es decir, en la que pueden participar distintos proveedores). Cuando se trata de contratación cerrada (en la que sólo participa un postor), la aprobación de Bases califica como un acto de administración interna cuyo contenido expresado se incorporará a las condiciones del futuro contrato.

### **3.2 Fase de Procedimiento de Selección**

Esta fase tiene los siguientes componentes básicos, según se trate del proceso (procedimiento) clásico, la subasta inversa o el convenio marco:

#### **3.2.1 Proceso (Procedimiento) Clásico:**

##### **A) Convocatoria**

La convocatoria es una figura especial que presenta dos posibilidades. Si se trata de una convocatoria pública (convocatoria abierta) es una figura que, por absorción (es decir, por presentar más elementos de una figura jurídica específica) es equiparada a la forma jurídica administrativa reglamento, por cuanto, impacta en una situación jurídica colectiva incorporando un conjunto de derechos y obligaciones dentro de la situación jurídica de una categoría de sujetos (los proveedores), los mismos que, desde que la convocatoria pública produce sus efectos (lo cual sucede luego de la publicación, sea en el SEACE

o, de ser el caso en un medio periodístico) tienen los derechos y obligaciones correspondientes para participar en la contratación objeto de la convocatoria.

Cuando la convocatoria es dirigida a un proveedor específico, con exclusión de los otros (denominada comúnmente como convocatoria privada) es una figura que, por absorción (es decir, por presentar más elementos de una figura jurídica específica) es equiparada a la forma jurídica administrativa acto administrativo, por cuanto impacta en una situación jurídica individual, incorporando un conjunto de derechos y obligaciones dentro de la situación jurídica individual de una persona natural o jurídica específica, la misma que, desde que la convocatoria pública produce sus efectos (lo cual sucede luego de la notificación) tienen los derechos y obligaciones correspondientes para participaren la contratación objeto de la convocatoria.

Es necesario precisar que, por tratarse de una figura especial que, por absorción, se está equiparando, según sea el caso, a una u otra forma jurídica administrativa, le será de aplicación, en lo que fuere pertinente, el régimen de las figuras que se utilizan en la referida calificación (por ejemplo, para efectos de una posible invalidación, tendrá que evaluarse si le son aplicables normas especiales o las generales).

Asimismo, cabe precisar que la convocatoria está precedida de un conjunto de actuaciones, las mismas que consisten,

fundamentalmente, en actos de administración interna.

Además, como factor que facilita la configuración de las actuaciones y del acto de administración interna señalados, se produce un conjunto de hechos administrativos.

### **B)Presentación de consultas**

La presentación de consultas califica como una figura general denominada petición administrativa, en virtud de la cual el proveedor participante solicita que el Comité Especial (generalmente éste es un órgano de la entidad contratante) emita una declaración cuyo contenido es aclarar las reglas por las que se conduce la contratación.(Salazar et al., 2009, p. 33)

### **C)Presentación de observaciones**

La presentación de observaciones califico como una figura jurídica general denominada petición administrativa, bajo la modalidad específica de impugnación (la misma que en este caso tiene carácter especial y que, por tanto, no puede ser confundida con el recurso de reconsideración o apelación, no obstante su proximidad), en virtud de la cual el proveedor participante solicita que el Comité Especial (generalmente éste es un órgano de la entidad contratante) emita una declaración cuyo contenido es invalidar determinadas reglas por las que se conduce la contratación, corrigiéndolas o sustituyéndolas por otras.

El pronunciamiento del Comité Especial respecto de la

presentación de observaciones es una figura especial con doble calificación, por un lado, es la respuesta a una petición formulada por cada proveedor observante y, por otro si acoge alguna observación es una figura asimilable a lo forma jurídica administrativa reglamento, cuando se trata de contratación abierta (es decir, en la que pueden participar distintos proveedores). Cuando se trata de contratación cerrada (en la que sólo participa un postor), la modificación de bases califica como un acto de administración interna cuyo contenido expresado se incorporará a las condiciones del futuro contrato.

A lo anterior expresado se puede incluir las actuaciones respectivas, que fundamentalmente consisten en actos de administración interna.

Además, se agregan diversos hechos administrativos como factor facilitante.

#### **D)Presentación de propuestas**

La presentación de propuestas es un acto jurídico realizado por cada postor, el mismo que, desde el aspecto del proceso de formación del contrato, consiste en la oferta.

#### **E)Evaluación de propuestas**

La evaluación de propuestas es una actuación dentro del procedimiento de contratación, la misma que está compuesta, a su vez, por un conjunto de hechos administrativos de deliberación

y, de ser el caso, de asignación de puntajes a cada propuesta (cada oferta).

## **F) Adjudicación de la Buena Pro**

La adjudicación de la buena pro es una figura especial que tiene una doble calificación, según sea el escenario en que se evalúa dicha figura.

Por la formalidad utilizada es un acto administrativo, por cuanto es una declaración de la Administración Pública (el Comité Especial ejerce función administrativa) de efectos jurídicos individuales el pronunciamiento afecta la situación jurídica individual del postor ganador).

Y, en cuanto al contenido de lo manifestado mediante la adjudicación de la buena pro, ésta es la aceptación de la oferta (propuesta) presentada por el proveedor ganador; es decir, para efectos contractuales es la aceptación.

A lo señalado se agregan las actuaciones respectivas, que fundamentalmente consisten en actos de administración interna.

Además, se agregan diversos hechos administrativos como factor facilitante.

## **G) Perfeccionamiento del Contrato**

El perfeccionamiento del contrato es una figura jurídica general, típicamente contractual, conocida con el término genérico suscripción del contrato. Es ese sentido, en principio implica que

la entidad y el respectivo proveedor realizarán un acto jurídico de suscripción de un documento contractual; lo cual ocurre en diversos casos previstos expresamente por la normativa o cuando ello resulte de la naturaleza de las cosas.

Sin embargo, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de que no se realice específicamente un acto de suscripción de un documento contractual, sino que dicho acto sea sustituido por la simple emisión de una orden de compra o una orden de servicio, en cuyo caso, estamos ante una ficción legal, conforme a la cual, la notificación de una declaración de la entidad de una Administración Pública (la entidad contratante) produce el efecto jurídico de perfeccionar el contrato.

A lo señalado se agregan las actuaciones respectivas, que fundamentalmente consisten en actos de administración interna.

Además, se agregan diversos hechos administrativos como factor facilitante.

### **3.2.2 Subasta Inversa:**

#### **A) Convocatoria**

La convocatoria es una figura especial que, en este caso de la subasta inversa, por ser una convocatoria pública (convocatoria abierta) es una figura que, por absorción (es decir, por presentar más elementos de una figura jurídica específica) es equiparada a la forma jurídica administrativa reglamento, por cuanto impacto en

una situación jurídica colectiva, incorporando un conjunto de derechos y obligaciones dentro de la situación jurídica de una categoría de sujetos (los proveedores), los mismos que, desde que la convocatoria pública produce sus efectos (lo cual sucede luego de la publicación en el SEACE) tienen los derechos y obligaciones correspondientes para participar en la contratación objeto de la convocatoria.

### **B) Presentación de las propuestas**

La presentación de propuestas es un acto jurídico realizado por cada postor, el mismo que, desde el aspecto del proceso de formación del contrato, consiste en la oferta.

### **C) Adjudicación de la Buena Pro**

La adjudicación de la Buena Pro es una figura especial que tiene una doble calificación, según sea el escenario en que se evalúa dicha figura.

Por la formalidad utilizada es un acto administrativo, por cuanto es una declaración de la Administración Pública (el Comité Especial ejerce función administrativa) de efectos jurídicos individuales (el pronunciamiento afecta la situación jurídica individual del postor ganador). Y, en cuanto al contenido de lo manifestado mediante la adjudicación de la buena pro, ésta es la aceptación de la oferta (propuesta) presentada por el proveedor ganador (en subasta inversa, corresponde al proveedor que hizo el lance económico

más bajo); es decir, para efectos contractuales es la aceptación.

A lo señalado, se agregan las actuaciones respectivas, que fundamentalmente consisten en actos de administración interna. Además, se agregan diversos hechos administrativos como factor facilitante. (Salazar et al., 2009, p. 34).

#### **D) Perfeccionamiento del Contrato**

El perfeccionamiento del contrato es una figura jurídica general, típicamente contractual, conocida con el término genérico suscripción del contrato. Es ese sentido, en principio implica que la Entidad y el respectivo proveedor realizarán un acto jurídico de suscripción de un documento contractual; lo cual ocurre en los casos previstos expresamente por la normativa o cuando ello resulte de la naturaleza de las cosas. En el caso de subasta inversa puede suscribirse un documento contractual.

Sin embargo, como se señaló, la normativa de Contrataciones del Estado prevé la posibilidad de que no se realice específicamente un acto de suscripción de un documento contractual, sino que dicho acto sea sustituido por la simple emisión de una orden de compra o una orden de servicio, en cuyo caso, estamos ante una ficción legal, conforme a la cual, la notificación de una declaración de la entidad de una Administración Pública (la entidad contratante) produce el efecto jurídico de perfeccionar el contrato. Esta posibilidad en la práctica será frecuente tratándose de subaste inversa electrónica.

### **3.2.3 Convenio Marco:**

#### **A) Adjudicación de la Buena Pro**

La adjudicación de la Buena Pro es una figura especial que tiene una doble calificación, según sea el escenario en que se evalúa dicha figura.

Por la formalidad utilizada es un Acto Administrativo, por, cuanto es una declaración de la Administración Pública (el Comité Especial ejerce función administrativa) de efectos jurídicos individuales (el pronunciamiento afecta la situación jurídica individual de postor ganador). Y, en cuanto al contenido de lo manifestado mediante la Adjudicación de la Buena Pro, ésta es la aceptación de la oferta (propuesta presentada por el proveedor ganador; es decir, para efectos contractuales es la aceptación).

En el caso del convenio marco el contenido de pronunciamiento de la adjudicación de la Buena Pro, incorpora en la situación jurídica individual de cada postor ganador, los derechos y obligaciones que les confiere el orden normativo contractual para la exhibición de los bienes o servicios que estará en la posibilidad de comerciar, durante el tiempo que se les otorga para el efecto y en las condiciones: acordadas.

#### **B) Perfeccionamiento del Contrato**

En el caso de convenio marco cada entidad contratante, por separado adjudica la Buena Pro y luego perfecciona el contrato,

sea mediante la suscripción, de un documento contractual o mediante la remisión de orden de compra u orden de servicio, Sea ésta por vía física o por vía electrónica, según el caso.

También en este caso, el perfeccionamiento del contrato es una figura jurídica general, típicamente contractual, conocida con el término genérico suscripción del contrato. Es ese sentido, en principio implica que la Entidad y el respetivo proveedor realizarán un acto jurídico de suscripción de un documento contractual; lo cual ocurre en diversos casos previstos expresamente por la normativa o cuando ello resulte de la naturaleza de las cosas.

Como se señalado en este estudio, la normativa de Contrataciones del Estado prevé la posibilidad de que no se realice específicamente un acto de suscripción de un documento contractual, sino que dicho acto sea sustituido por la simple emisión de una orden de compra o una orden de servicio, en cuyo caso, estamos ante una ficción legal, conforme a la cual, la notificación de una declaración de la entidad de una Administración Pública (la entidad contratante) produce el efecto jurídico de perfeccionar el contrato.

### **3.3 Fase de ejecución contractual y liquidación**

Esta fase tiene los siguientes componentes básicos:

#### **3.3.1 Ejecución de prestaciones**

La ejecución de prestaciones es una figura general, típicamente

contractual. En el caso del contratista, está constituida por un conjunto de actos jurídicos y, como factor facilitante, la realización de diversas peticiones administrativas.

En el caso de la Entidad, la ejecución de prestaciones está constituida por un conjunto de actos de administración interna, hechos administrativos y determinados actos jurídicos que integran las prestaciones que debe realizar a favor del contratista o de terceros.

### **3.3.2 Declaración de conformidad o de inconformidad**

La declaración de conformidad o de inconformidad, califica como acto administrativo, por cuanto constituye una declaración unilateral de la entidad contratante (una entidad de la administración pública) que produce efectos jurídicos en la situación individual del contratista, lógicamente el mencionado acto administrativo está precedido de actuaciones que fundamentalmente son actos de administración interna.

Cabe resaltar que, conforme a nuestra normativa vigente sobre bienes, servicios y obras, la impugnación de la declaración de inconformidad no tiene como vía la administrativa, debido a que norma expreso la considera como discrepancia que deberá ser resuelta vía conciliación o arbitraje. (Salazar et al., 2009, p. 35).

### **3.3.3 Liquidación**

La liquidación es una figura general, típicamente contractual que implica la participación de la entidad y del contratista.

Para el contratista implica la realización de un conjunto de actos jurídicos y peticiones administrativas. Para la entidad, está precedida de un conjunto de actos de administración interna, a lo cual se agregan diversos hechos administrativos como factor facilitante.

Como puede apreciarse de todo lo señalado, la contratación administrativa implica la presencia de un conjunto diverso de figuras jurídicas generales y de formas jurídicas administrativas, las mismas que van integrando una secuencia cuyos elementos son separables, pero vinculados entre sí, fundamentalmente en una relación de implicancia mutua.

La utilidad de esta perspectiva de aproximación al fenómeno contractual administrativo es que permite, a cualquiera de los actores que tienen involucrado su interés en esta materia, determinar con mayor exactitud, el régimen normativo aplicable a cada situación. La invitación es a continuar la desagregación de los itinerarios contractuales administrativos, a efectos de evaluarla consistencia y razonabilidad de la manera cómo se ha organizado nuestro régimen contractual y, de ser el caso, formular propuestas para su evolución ordenada y técnicamente sustentada.

### **3.4 Descentralización del arbitraje en contrataciones públicas en las regiones del Perú.**

Como abogado, dedicado al Arbitraje en las Contrataciones

Públicas, uno de mis anhelos es precisamente la descentralización de los procesos arbitrales, y ello, no es tan complicado, sólo falta la decisión de las Autoridades en permitir que el arbitraje se tramite en las provincias, o en la sede de cada región dónde actualmente el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, tiene sus oficinas desconcentradas, vale decir, que las partes no estén obligadas a recurrir a la capital (Lima), para instalar un Tribunal Arbitral, solicitar la designación de un Árbitro, segundo árbitro o presidente de Tribunal Arbitral, ante la falta de acuerdo de las partes, o la recusación de un árbitro o Tribunal Arbitral, o la administración del proceso arbitral, sea este Ad Hoc o Institucional.

Por otro lado, el OSCE, debe extender sus fronteras de capacitación para la formación de Árbitros e incluirlos en el registro de Árbitros del OSCE, y con ello, lograríamos que muchos procesos arbitrales sean resueltos oportunamente, sin encarecer el proceso arbitral, permitiendo que los profesionales del derecho de provincias o de cada región participen activamente en la solución de conflictos derivados de los contratos que celebran de una parte el Estado y los Contratistas.

Es pertinente, tomar en cuenta las últimas cifras manejadas por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, en la que se tiene que, el 76% de solicitudes de designación de Árbitro, son de provincias, y el 22% de Lima, así también, en arbitrajes Ad Hoc 52% son de provincia y 48 % de provincia, igual forma en arbitrajes

institucionales (administrados por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE), el 61% son procesos arbitrales de provincias y el 39 % de Lima, y en general la cifra de procedimientos administrativos de Arbitraje es 58% de provincias y 42% de Lima, por tanto, es justo y necesario que el OSCE, permita que se incluya en el registro de Árbitros a abogados de provincias y esto se logrará sí solamente se permitiera la capacitación y descentralización del Arbitraje en el Perú.



## Referencias Bibliográficas:

1. **Acuña, E. (2006)** *Estadística*. San José: Universidad de Puerto Rico.
2. **Alvarado, A. (1964)** *Guía de doctrina procesal*. Rosario: Centro de Estudios Procesales.
3. **Amprimo, N. (2009)** *Arbitraje institucional o arbitraje ad hoc*. Revista Peruana de Arbitraje, 43-54.
4. **Amprimo, N. (2011)** *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje (1), p. 288.
5. **Aylwin, P. & E. Picand (2007)** *Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje Al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago: Jurídica de Chile.
6. **Bernal Gutiérrez, R (2004)**. *El Arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica*. Revista Internacional de Arbitraje Legis, 123-124.
7. **Bielsa, R. (1960)** *La abogacía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
8. **Caivano, R. (2008)** *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
9. **Cantuarias, F. (2002)** *Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales*. Revista Advocatus editada por alumnos de

la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, (7), 180-181.

**10. Castillo, M. (2009).** *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Lima: Palestra.

**11.** Centro de Capacitación Especializado en Contrataciones del Estado, Aula Virtual del OSCE.

**12. Córdova, J. (2009)** *La Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Estudio Sistemático*. Lima: Caballero Bustamante S.A.C.

**13. Cueto, J. (1994, 22 de diciembre)** *La hora del arbitraje y la mediación*. Diario La Nación, p. 312.

**14. Del Águila, P. (2005)** *Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?* Revista Peruana de Arbitraje, (1), 235-236.

**15. Fucito, F. (1990)** *Servicios de Justicia: ¿reforma o revolución?* Buenos Aires: JA.

**16. Gestio Polis (2006)** *La Descentralización Peruana. Una Agenda para Relanzar un Proceso Impostergable*. Grupo Propuesta Ciudadana – Participa Perú. Disponible en: <http://www.gestipolis.com/canales5/eco/consorcio/ey59/59-la-descentralizacion-en-el-peru.htm>.

**17. Iglesias, J. (1983)** *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Ariel.

**18.** Ley Peruana de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071.

- 19. Lizárraga, R. (2007)** *Descentralización y desarrollo regional: Contexto, avances y retos pendientes*. Lima: Red Perú de Iniciativas de Concertación para el Desarrollo Local.
- 20. Marrone, M. (1999)** *Sobre el Arbitraje Privado en la Experiencia Jurídica Romana*. Revista de Diritto Dell'integrazione e Unificazione in Europa y América Latina. 57 y ss.
- 21. Morello, A. (1990)** *Contrato y proceso (Aperturas)*. La Plata: Edit. Abeledo-Perrot.
- 22. Moreno V.; Cortés V.; Guimeno V. (1995)** *Introducción al Derecho Procesal*. 2° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 23. Petit, E. (1982)** *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Selectas.
- 24. Pisfil, J. (2011)** *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas y la Descentralización Regional*. Revista del Foro del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, (2), 15-18.
- 25. Pisfil, J. (2012)** *La consolidación del arbitraje en el Perú: Su condición de país amigable como sede de arbitraje internacional*. Revista de Análisis Jurídico de Arbitraje GACETA JURÍDICA, (219), 139-144.
- 26. Ramírez, R. (2010)** Proyecto de Investigación. Como se hace una tesis. Lima: Fondo Editorial AMADP.
- 27.** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - D. S. N° 184-2008-EF.

- 28. Robert, J. (1975)** *El arbitraje en los países de la comunidad europea*. Memoria Segundo Simposio sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- 29. Roque, C. (2008)** *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L.
- 30. Salazar, R. (2009)** *Contratación Estatal y Régimen de Concesiones*. Revista de Derecho Administrativo por el Círculo de Derecho Administrativo. (7), 24-35.
- 31. Vidal, F. (2006)** *Jurisdiccionalidad del Arbitraje*. Revista Peruana de Arbitraje, (3), 59-60.
- 32. Zas, J. y otros (2009)** *Gestión Pública Regional y Municipal*. Lima: Caballero Bustamante.

## Definición de Términos:

- **DERECHO:**  
Este vocablo proviene de la voz latina *directum*, que es el participio pasivo del verbo *dirigere*, dirigir. Para expresar la noción contenida en la palabra castellana “derecho”, los romanos emplearon el término latino *ius*.
- **PODER JUDICIAL:**  
A él corresponde, como un cuerpo unitario, ejercer la potestad de administrar justicia, que emana del pueblo. Esta función se cumple con las garantías previstas en la Constitución y las leyes, estipuladas en los artículos 138° y 139° de nuestra Carta Magna.
- **ARBITRAJE:**  
Método de resolver extrajudicialmente controversias en virtud del cual las partes acuerdan mediante el convenio arbitral someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellos respecto de una determinada relación jurídica, a la decisión impregnada en el laudo arbitral de uno o varios terceros, llamados árbitros, ajenos a las partes y no integrado en un órgano judicial estatal.
- **ARBITRAJE DE CONCIENCIA:**  
Llamado arbitraje de conciencia o equidad, es cuando la

solución del conflicto sometido es resuelta por el árbitro conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Es decir, la solución que se considere más justa.

- **ARBITRAJE DE DERECHO:**  
En este caso, se llama arbitraje de derecho, cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida de conformidad con las leyes vigentes. Verbigracia, Ley Peruana de Arbitraje, Ley de Contrataciones del Estado, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, etc.
- **ARBITRAJE AD HOC:**  
Es aquel proceso cuya administración y desarrollo no ha sido encomendado a una institución arbitral, sino que es conducido a voluntad de las partes, quienes en concurrencia de los árbitros, fijan sus propias reglas.
- **ARBITRAJE INSTITUCIONAL:**  
Llamado también por la comunidad jurídica arbitraje administrado, cuando las partes encargan a una institución arbitral el apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros.
- **JURISDICCIONALIDAD ARBITRAL:**  
La institución arbitral es una realidad jurídicamente compuesta. Está integrada por el convenio de sumisión al arbitraje, el contrato de arbitraje y el arbitraje en sentido estricto. Estos son los únicos elementos que deben ser tenidos en cuenta para calificarla jurídicamente.

- **ARBITRO:**  
El árbitro, en Derecho, es la persona que resuelve un conflicto o controversia sometido a su decisión por las partes interesadas para que ella sea quien resuelva el conflicto. Es decir, es la persona que, desde un punto de vista imparcial, decide a través de un laudo la solución al conflicto, pronunciándose de acuerdo a las normas que las partes hayan acordado.
- **SECRETARIO ARBITRAL:**  
Las funciones y responsabilidades del secretario arbitral están normadas estrictamente por el reglamento de cada institución o centro de arbitraje al que pertenece. En las actuaciones arbitrales ad hoc el Tribunal Arbitral encarga la secretaría a una persona determinada que por lo general es de profesión abogado.  
  
El secretario ad hoc y el institucional tiene por función coordinar todas las acciones propias del arbitraje a partir de la audiencia de instalación, hasta la emisión del laudo, y su actuación se rige de acuerdo a las normas establecidas en el acta de instalación.
- **ARBITRO ÚNICO:**  
Se designa a un árbitro único cuando las partes así lo acuerden.
- **TRIBUNAL ARBITRAL:**  
El tribunal arbitral está compuesto varios árbitros los

cuales dictan una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Si optan por un tribunal compuesto por tres árbitros, cada parte selecciona a uno de los árbitros y éstos seleccionarán a su vez a un tercer árbitro que ejercerá las funciones de árbitro presidente. De igual forma, otra posibilidad es que el Centro proponga árbitros especializados en la materia en cuestión o nombre directamente a miembros del tribunal arbitral.

- **LAUDO:**  
Un laudo arbitral, es la resolución que fija un árbitro entre dos partes en conflicto. Esta figura resolutive, independiente del poder Judicial, tiene presencia en casi todas las civilizaciones con alcances que van más allá del propio funcionamiento económico y mercantil. El mecanismo que articula la consecución de un laudo arbitral se regula mediante el arbitraje.
- **ARBITRAJE INTERNACIONAL:**  
Según el art. 3, 1 de la Ley de Arbitraje, el arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que, en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la

controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; y por último, que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

- **CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:**

El Contrato de la Administración Pública es una especie dentro del género Contrato y puede ser definido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública que actúa en ejercicio de función administrativa.

- **OSCE:**

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es la entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas en las adquisiciones públicas del Estado peruano. Tiene competencia en el ámbito nacional, y supervisa los procesos de contratación de bienes, servicios y obras que realizan las entidades estatales.

Es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personalidad jurídica de derecho público, con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. El personal del OSCE está sujeto al régimen laboral de

actividad privada.

- **DESCENTRALIZACIÓN:**

Consiste en el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que correspondan a la población radicada en una determinada circunscripción territorial. Esta modalidad de la descentralización se adapta de una manera más efectiva a las aspiraciones democráticas, y además, desde el punto de vista de la administración, significa la posibilidad de una gestión más eficaz de los servidores públicos, y por lo mismo, una realización más adecuada de las atribuciones que al Estado corresponden. Los organismos descentralizados por región son aquellos que atienden y satisfacen las necesidades públicas de una región.

- **DESCONCENTRACIÓN:**

La desconcentración es aquel principio jurídico de organización administrativa en virtud del cual se confiere con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa, pero sin ocupar la cúspide de la misma.

- **LEY PERUANA DE ARBITRAJE:**

Publicada en el Perú el 28 de junio de 2008 con el Decreto Legislativo N° 1071, y entró en vigor el 1 de setiembre de 2008. La referida norma ha derogado íntegramente la anterior Ley General de Arbitraje de 1996 (Ley N°

26572). Esta nueva ley arbitral representa un texto de mayor calidad normativa respecto de la anterior ley. En tal sentido, recoge las reformas realizadas a la Ley Modelo UNCITRAL del año 2006; los avances de las legislaciones arbitrales de España, Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza y Estados Unidos de Norteamérica; la experiencia arbitral peruana de la última década, con el respectivo desarrollo doctrinario local, y lo que ha resultado de la mayor trascendencia en nuestro país los precedentes del Tribunal Constitucional que han reconocido la jurisdicción del arbitraje y la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, así como el rechazo a la indebida interferencia de autoridades judiciales o administrativas.

- **LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO:**  
A través del Decreto Legislativo N° 1017, se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, actualmente modificado por Ley N° 29873, el cual estableció las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras que realicen.
- **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO:**  
Este reglamento consta de seis títulos, doscientos noventa

y ocho artículos, cinco disposiciones complementarias finales, ocho disposiciones complementarias transitorias y un Anexo.

Aprobado por Decreto Supremo N° 183-2008-EF, refrendado por el Ministro de Economía y finanzas, publicado el 1 de enero de 2009, en el diario oficial El Peruano, actualmente modificado por el Decreto Supremo N° 139-2012-EF, al igual que la Ley N° 29873 vigentes a partir del 20 de septiembre de 2012.