

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Marco A. Rodríguez Flores
mrodriguez@corabogados.com

Abogado por la Universidad de Lima, (Perú) y Magister en Derecho Empresarial por la misma Universidad, Agente de Aduana titulado. Actualmente actúa como Árbitro único e integrando Tribunales Arbitrales en asuntos comerciales y de contratación estatal. Integra la nómina de Árbitros del OSCE (antes Consucode), del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje del Ministerio de Justicia, Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recibido: 20 de junio de 2014

Aceptado: 30 de junio de 2014

SUMARIO

Introducción.

El arbitraje en las contrataciones con el estado

Controversias que derivan en arbitraje

El inicio del arbitraje en la contratación estatal

La experiencia de las entidades en el arbitraje sobre contratación estatal

Algunas conclusiones

Bibliografía

RESUMEN

En el Perú se ha observado un notable crecimiento de los arbitrajes en la última década, y en especial los vinculados a contratación estatal. La legislación actual sobre el particular está colaborado al desarrollo del mismo, el presente texto pretende dar a conocer una aproximación a la mecánica del arbitraje en contratación del estado, su funcionamiento, que tipos de controversias son las que resuelven y algunas estadísticas sobre lo que viene ocurriendo en materia arbitral sobre la especialidad.

ABSTRACT

In Peru, there has been a remarkable growth of arbitration in the last decade, and especially those related to government contracting. Current legislation on the matter is worked to its development, this paper tries to present an approach to the mechanics of arbitration in state contracting, operation, what types of disputes that are resolved and some statistics on what comes regarding arbitration happening on the field.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje - Conflictos - Convenio Arbitral - Contratación Estatal - Institucional.

KEYWORDS

Arbitration - Dispute - Arbitration Agreement - State Contracts - Institutional. .

INTRODUCCIÓN

En los últimos años el arbitraje se ha convertido en una alternativa de gran acogida a la hora de solucionar controversias derivadas de actos jurídicos en los que las partes maximizan su autonomía de la voluntad. A diferencia de la justicia ordinaria (poder judicial) una de las ventajas relativas del arbitraje es la menor duración en su tramitación y la flexibilidad con la que se desarrollan sus actuaciones, lo que contrasta con la demora que generan los procesos judiciales y la rigidez de sus formalidades.

La actual Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), vigente desde el 01 de setiembre de 2008, y su predecesora (Ley 26572) han contribuido en gran medida a proporcionar el marco normativo idóneo para el desarrollo del arbitraje. Una contribución que merece ser resaltada es la disposición que determina que el convenio arbitral tiene vida propia en relación con lo regulado en el documento que lo contiene. Por lo general, dicho convenio se encuentra inserto dentro de un contrato (civil, comercial, administrativo) y supone que aun cuando dicho acto jurídico sea nulo o no surta efecto, el convenio, o la también llamada cláusula arbitral, subsiste y no se ve afectada por tal nulidad o ineficacia.

Es entonces, el denominado principio de separabilidad conjuntamente con el de Kompetenz Kompetenz,¹ uno de los puntos de más apoyo para el desarrollo del arbitraje de los últimos años.

De otro lado, no hay que olvidar que el arbitraje nace de la propia voluntad de las partes, es decir, del acuerdo de ambas de solucionar las controversias existentes o futuras que tengan con ocasión del negocio jurídico que las vincula. El mencionado acuerdo supone, al mismo tiempo, la exclusión de los jueces comunes de intervenir en la solución de las eventuales controversias que surjan.

El artículo 2 de la vigente Ley de Arbitraje dispone que son susceptibles de someter a arbitraje aquellas controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados internacionales lo autoricen. En consecuencia no es suficiente que el acuerdo de las partes sea el punto de partida del arbitraje sino también que las controversias que se sometan a este medio de solución de disputas, sean de libre disponibilidad. Por tanto aquellas controversias que, por ejemplo, versen sobre la capacidad civil de las personas, las

¹ Por este principio (en español competencia de la competencia) los árbitros se encuentran facultados a decidir sobre su propia competencia y así evitar que se cuestionen sus actuaciones con el propósito que las controversias se deriven a la justicia ordinaria.

derivadas del derecho de familia o de ilícitos penales, no podrán ser resueltas mediante arbitraje, aun cuando las partes involucradas estén de acuerdo, salvo que una ley (en sentido formal) lo autorice.

Efectivamente, si una ley o un tratado internacional autorizan que las materias antes mencionadas podrán ser resueltas por arbitraje, no habrá forma de cuestionar que no lo son por tratarse de materias del que las partes no pueden disponer. De esta forma, cada estado tiene facultad suficiente para determinar que es o que no es arbitrable.

Claros ejemplos de leyes y tratados internacionales que permiten el arbitraje son el Decreto Legislativo 757 (Ley marco de la inversión privada) que faculta a las instituciones públicas a someter a arbitraje aquellas controversias derivadas de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de origen contractual. Así también los diferentes acuerdos de promoción comercial (TLC) con países como los Estados Unidos de América, Unión Europea, entre otros.

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Actualmente, todas las controversias que se originen en la etapa de ejecución contractual derivadas de los diversos procesos de selección convocados en el marco del Decreto Legislativo 1017, se resuelven o por conciliación o por arbitraje.² Lo importante de esta disposición es que determina que no es posible recurrir a los tribunales de justicia ordinarios para que tales disputas se resuelvan. Si esto ocurriese, es decir la parte interesada demanda a su contraparte ante el poder judicial, cabría dos supuestos para que el arbitraje se active imperiosamente. El primero de ellos es que la parte demandada deduzca la excepción de convenio arbitral y esta se declare fundada como corresponde. El segundo supuesto, que implica que no se haya deducido la excepción antes señalada, es que el juez de la demanda se declare incompetente por razón de la materia.

De esta manera y por mandato legal el arbitraje constituye la forma en que las disputas sobre contratación estatal se resolverán cuando éstas provengan de la contratación para la adquisición de bienes, servicios y obras.

El arbitraje en este ámbito, debe ser de derecho³ y con la intervención de árbitro único o de un tribunal integrado por tres miembros, elegidos por las partes o en su defecto por las instituciones arbitrales (entre estas el Organismo Supervisor de las Compras Estatales - OSCE) a solicitud de la parte interesada.

² Artículo 52: "Las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje según el acuerdo de las partes. La Conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia"

³ Es decir que los árbitros deben resolver las disputas en base al ordenamiento jurídico vigente a la fecha de firma del contrato administrativo que celebran la entidad y el contratista.

En vista que la contratación estatal supone una especialidad profesional vinculada, por cierto, al ámbito administrativo, la ley de contratación estatal (Decreto Legislativo 1071) exige que los árbitros encargados de resolver las controversias cuenten con probada especialización en derecho administrativo, contratación con el estado y arbitraje (como método heterocompositivo de resolución de disputas)

Por su parte, la norma señala que el árbitro único como el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados,⁴ permitiendo así, que otros profesionales intervengan como árbitros pero sólo si son designados por las partes y se trate de un tribunal colegiado. Cabe indicar que el presidente de un tribunal es designado por los árbitros de parte y a falta de acuerdo, la designación corresponderá al OSCE u otro centro de arbitraje, según corresponda.

Por otro lado, otra de las cuestiones relevantes del arbitraje en contratación estatal es conocer si este deber ser ad hoc o institucional. La principal diferencia entre los dos tipos antes mencionados radica en que en el ad hoc son las propias partes y en su defecto los árbitros designados quienes establecen las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales, encargándose también de la organización del mismo y su administración. La prestación del servicio secretarial debe recaer en personas que también sean designadas por las partes o en su defecto por los árbitros.

Por su lado, en el arbitraje institucional, las partes delegan en un centro de arbitraje plenamente identificado, la organización de todo el arbitraje y se someten al reglamento arbitral del propio centro ya mencionado. Así, es el centro quien, por ejemplo, designa a los árbitros (si es que esta facultad la encargan a dicha institución), aplica la tabla de honorarios para establecer el que corresponde a los árbitros y al de los secretarios, efectúa las notificaciones a las partes, resuelve las recusaciones⁵ entre otros aspectos.

Otra diferencia entre ambos tipos de arbitraje, radica en la certeza de los gastos que originará el arbitraje. Así, en el institucional, las partes están en posición de conocer con anterioridad al inicio del mismo, cuál será el honorario de los árbitros y cual el que demande el servicio secretarial. En el arbitraje ad hoc la incertidumbre de conocer el monto de los gastos arbitrales se disipa recién y no antes, en la denominada audiencia de instalación de los árbitros, es decir una vez que se ha iniciado el proceso.

⁴ No es necesario que los abogados que arbitren estén colegiados o si lo están tampoco es necesario que se encuentren al día en el pago de sus cuotas gremiales. Esta flexibilidad normativa permite la participación de árbitros extranjeros.

⁵ La recusación es el cuestionamiento que hacen una o ambas partes a la imparcialidad e independencia de los árbitros y cuya finalidad es que, si es amparada, los árbitros recusados sean reemplazados por otros que teóricamente ofrezcan las atribuciones de la que debe gozar todo árbitro.

Cierto es también, que en la práctica, los árbitros que intervienen en un arbitraje ad hoc, toman como referencia la tabla de aranceles de la dirección de arbitraje del OSCE,⁶ a fin de fijar sus honorarios y la del secretario.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, el cambio normativo en materia de contratación estatal y vigente desde el mes de setiembre de 2012, señala que en los arbitrajes ad hoc⁷ los árbitros no podrán superar, como honorarios, los establecidos precisamente en la tabla de aranceles del sistema nacional de arbitraje del OSCE.⁸

Por tanto, existen claras diferencias entre uno y otro tipo de arbitraje, pero no por ello, se puede afirmar que uno más conveniente que el otro, sino que son diferentes. Si bien a la fecha existe una tendencia a que las controversias en contratación estatal se resuelvan mediante arbitraje institucional, lo cierto es que existe un gran número de arbitrajes que son ad hoc.

Pues bien, ¿De qué dependerá que un arbitraje sea institucional o ad hoc? No cabe otra respuesta que del acuerdo de las partes. Aun así, si no se establece en el convenio arbitral que clase de arbitraje se desarrollará, se entenderá que el mismo será ad hoc⁹.

En consecuencia si tanto la entidad como el contratista apuestan por un arbitraje institucional, deberán manifestarlo con toda claridad en el convenio arbitral.

Otro aspecto que las partes enfrentan, una vez que se acordó que el arbitraje será administrado¹⁰, es determinar qué centro arbitral será el encargado de organizarlo y administrarlo.

Una vez más, la elección de la institución arbitral, dependerá de lo que acuerden las partes. De esta manera podrán elegir aquella que les resulte la más idónea para dicha tarea¹¹

Asimismo, cabe mencionar que si el convenio arbitral señala que el arbitraje será institucional y sin embargo se omite designar el centro arbitral que lo organizará, se entenderá que el mismo estará a cargo

⁶ O de otras instituciones arbitrales.

⁷ En los que antes de la modificación, los árbitros tenían plena libertad para establecer sus honorarios.

⁸ Artículo 230° del Decreto Supremo N° 138-2012-EF (Modificatoria del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)

⁹ Artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contratación Estatal (D.S. 184-2008-EF)

¹⁰ Denominación con la que también se le conoce al arbitraje institucional.

¹¹ En la práctica, los principales centros de arbitrajes que tramitan arbitrajes en contratación estatal son el de la Cámara de Comercio de Lima, el de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), el del Colegio de ingenieros del Perú (Sede Lima) y desde luego la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

de los órganos del sistema nacional de arbitraje (SNA) del OSCE y sus reglamentos¹²

Asimismo, si por alguna circunstancia, el contrato que celebren las entidades con las empresas ganadoras de las buena pro de los diferente concursos y licitaciones públicas, no incluye la cláusula de solución de controversias¹³ se entenderá incorporada de pleno derecho, la cláusula modelo siguiente: “Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren 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”

En consecuencia, resulta importante que las partes establezcan si el futuro arbitraje que los convoque, será institucional o no, y si es el primero, nombrar al centro que lo administrará.

Actualmente, las bases integradas de los diversos concursos públicos que convocan las entidades para proveerse de bienes, de algún servicio o contratar la ejecución de una obra, contienen, en un gran número, un modelo de contrato que a su vez incluye una cláusula de solución de controversias que deriva en un arbitraje ad hoc, descartando así uno institucional.

Ese es el motivo por el cual aun cuando se apueste por los arbitrajes institucionales, subsisten los ad hoc.

En este punto conviene resaltar la formula legislativa¹⁴ por la que, en casos concretos, el arbitraje institucional puede derivar en uno ad hoc. Es decir, aun si existe acuerdo de las partes en que el potencial arbitraje sea como el primero de los mencionados, éste podría convertirse en el segundo.

El primer supuesto, se presenta cuando el convenio arbitral designa a más de un centro de arbitraje.

El segundo supuesto se presenta cuando el convenio arbitral designa un centro que no existe o que habiendo existido, no se encuentra prestando servicios en la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

¹² Artículo 52.10 de La Ley de Contratación Estatal (Decreto Legislativo 1017)

¹³ Por mandato del inciso b del artículo 40 de la Ley de Contratación Estatal (Decreto Legislativo 1017) los contratos regulados por la referida norma deben incluir necesariamente disposiciones relativas a la solución de controversias mediante conciliación y/o arbitraje.

¹⁴ Inciso 3 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje.

El último supuesto se presenta cuando el convenio arbitral si bien designa a un centro en funcionamiento, éste se rehúsa a aceptar el encargo de las partes

De otro lado, cabe destacar que si bien el postor ganador de la buena pro, puede negociar una cláusula arbitral diferente a la que aparece en el modelo de contrato, en la práctica no lo hace,¹⁵ lo que permite concluir que el contratista ganador se adhiere sin mayor reparo al contenido de dicho contrato y desde luego al convenio arbitral contenido en él.

A manera de ejemplo, una de las desventajas de adherirse sin mayor cuestionamiento a la cláusula arbitral tipo de las entidades aparece precisamente cuando las controversias surgen y no queda otro camino que activar el arbitraje. Así, cuando se ven vinculadas contractualmente entidades y contratistas domiciliadas en ciudades de provincia, el convenio arbitral no menciona, en la mayoría de los casos, donde se desarrollará el arbitraje.

Este hecho motiva que la falta de acuerdo de las partes origine que los árbitros sean los que señalen¹⁶ que ciudad será la sede del arbitraje y el de sus actuaciones. Y como un elevado número de árbitros tienen su práctica arbitral y profesional en la ciudad de Lima¹⁷ puede ocurrir que entidades y contratistas de una región distinta a Lima, con obligaciones a ejecutarse en sus regiones, tengan que trasladarse a esta ciudad para afrontar el arbitraje, lo que muchas veces encarece los gastos del mismo.

Este hecho podría evitarse si el contratista domiciliado en provincia acuerda con la entidad que en la cláusula arbitral del contrato a firmarse se especifique que, de surgir un arbitraje, este se tramitará en su respectiva provincia, motivando de esta manera que los árbitros designados en este caso, sean los que se trasladen a la ciudad donde residen las partes involucradas.

CONTROVERSIAS QUE DERIVAN EN ARBITRAJE

La propia Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento señalan que las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje son todas aquellas que se deriven del contrato administrativo. De esta manera, para el caso de contratación para la adquisición de bienes y servicios, las controversias que, en forma recurrente, se discuten en sede arbitral, son: i) el pago de prestaciones ejecutadas y no honradas en su oportunidad por las entidades; ii) la resolución

¹⁵ No lo hace muchas veces por desconocimiento y en otras porque considera improbable que surja alguna controversia en la etapa de ejecución contractual.

¹⁶ Artículo 35° inciso 1 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071)

¹⁷ Para mayor ilustración puede consultarse el siguiente link: <http://www.osce.gob.pe/consultas-en-linea/arbitraje/buscarextranet.asp>

del contrato por inejecución de obligaciones esenciales ya sea por parte de la entidad o por la empresa contratista; iii) ampliaciones de plazo contractual; iv) recepción y conformidad de prestaciones.

Cuando se trata de obras, las controversias son además, de las ya mencionadas: i) pago de valorizaciones o metrados; ii) liquidación de contrato y pago.

Es importante señalar que un gran porcentaje de las demandas arbitrales que se tramitan, solicitan, además de las pretensiones ya mencionadas, el pago de una indemnización por daños y perjuicios, que en muchos casos es desestimada por los árbitros, ante la carente fundamentación y probanza, de quien la solicita.

Otro aspecto relevante de las materias que se someten a arbitraje es la que se origina en las denominadas prestaciones adicionales, tanto en los bienes y servicios, como en las obras. Si bien la propia Ley de Contrataciones expone que éstas podrán ser pagadas directamente por la entidad hasta en un 25% del monto total contratado, para el primer caso, y hasta en un 15% para el segundo, dicho pago requiere la autorización del titular de la entidad y en su caso el de la Contraloría General de la República, decisión, que por cierto, no es pasible de ser arbitrada.

Sin embargo, la realidad muestra que las empresas contratistas que se ven en este supuesto, ha ideado la forma de superar tal impedimento¹⁸ al crear lo que se denomina arbitraje por enriquecimiento sin causa. Es decir que por este mecanismo, los contratistas solicitan el pago de los costos irrogados como consecuencia de haber ejecutado prestaciones adicionales que no fueron autorizadas.

Esta práctica ha originado que exista debate entre los mismos árbitros que resuelven las controversias, ya que algunos apuestan por declararse competentes y en consecuencia se pronuncian al respecto; mientras que otros asumen la posición contraria. En cualquier caso este tema resulta, a la fecha, controvertido, el mismo que podría llegar a su fin si un próximo cambio normativo prohíbe o autoriza expresamente que el pago de las prestaciones adicionales no autorizadas son o no susceptibles de someterse a arbitraje.

EL INICIO DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Es relevante indicar que el interesado en iniciar el arbitraje, deba cuidar que su solicitud de arbitraje o su demanda sea dirigida a su contraparte (cuando se trate de arbitraje ad hoc) o la institución encargada de su organización (cuando se trate de arbitraje institucional) dentro de los plazos de caducidad señalados en el artículo 52.2 de la Ley de Contratación Estatal.

¹⁸ Forma cuestionada por algunos profesionales como ilegal y manifiesto fraude a la Ley.

De esta manera la regla general dispone que si las controversias versan sobre nulidad o resolución de contrato, ampliaciones de plazo, recepción y conformidad de prestaciones, valorizaciones o metrados, liquidación de contrato y pago, el arbitraje debe iniciarse dentro de los 15 días hábiles posteriores al surgimiento de las controversias.

Para otras distintas de la arriba mencionadas, el arbitraje debe solicitarse en cualquier momento antes de la fecha de culminación del contrato.¹⁹ Un ejemplo de estos casos son las disputas derivadas por la imposición de penalidades contractuales por la entidad en perjuicio de los contratistas.

A menos que el arbitraje sea institucional, la solicitud de arbitraje debe contener como principales aspectos, la identificación plena del destinatario, un resumen de los hechos que originan las disputas, su cuantía, la base legal que sustenta su petición, así como la designación del árbitro de parte, si corresponde conforme al convenio arbitral.

Con la respuesta o no a dicha petición, y tras la aceptación de los árbitros designados, el interesado deberá solicitar al OSCE²⁰ que el tribunal o el árbitro único se instale en audiencia especial²¹ en la que deberán fijar las reglas con las que se desarrollarán las actuaciones

arbitrales complementando de esta manera el acuerdo contenido en el convenio arbitral.

Es importante resaltar que las actuaciones arbitrales no son iguales (ni tienen que serlo) a las actuaciones judiciales. Aquellas tienen su propia naturaleza y deben ser dirigidas por los árbitros, respetando lo dispuesto en el convenio arbitral, y garantizando a las partes el debido proceso, de tal forma que éstas tengan suficiente oportunidad para que expongan sus posiciones, puedan contradecir y/o replicar lo dicho por su contraparte y actúen la prueba relevante que ofrezcan.

Otro aspecto final que es importante señalar es que una vez iniciado el arbitraje, cualquier cuestionamiento al mismo, deberá hacerse, necesariamente, con posterioridad a la conclusión del mismo²² y sólo mediante el recurso de anulación de laudo.

¹⁹ De conformidad con el artículo 42° de la Ley de Contratación Estatal, los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

²⁰ O a la institución respectiva, conforme a la cláusula arbitral.

²¹ Debe entenderse que la denominada instalación arbitral, es un acto propio solo de los árbitros, de tal forma que pueden hacerlo válidamente sin presencia de las partes, sin embargo constituye una práctica arraigada que se invite a las mismas.

²² El arbitraje concluye con la emisión del laudo que pone fin a las controversias o en su defecto con las resoluciones que resuelven los pedidos de aclaración, rectificación, o integración presentados por las partes.

LA EXPERIENCIA DE LAS ENTIDADES EN EL ARBITRAJE SOBRE CONTRATACIÓN ESTATAL

Durante los últimos años, si bien el arbitraje sobre contratación estatal ha tenido un crecimiento sostenido, básicamente por la obligatoriedad legal que emana del Decreto Legislativo 1017, también ha sido cuestionado como tal. Por esta razón han existido, corrientes legislativas que han propuesto descartar el arbitraje como forma de solución de controversias en este ámbito, regresando dicha competencia a los jueces ordinarios.

Quizás una de las razones que han motivado tales propuestas, es la equivocada idea que el arbitraje no favorece a las entidades estatales, sino más bien a los contratistas. Es decir que el estado pierde o siempre pierde los arbitrajes, y frente a dicha realidad no convendría mantener vigente dicho mecanismo de solución de controversias.

Lo que sí es verdad, sin embargo es que un elevado porcentaje de los arbitrajes son iniciados por los contratistas²³ y en menor medida por las entidades como se indicará más adelante. Tampoco existía una estadística seria del resultado de dichos arbitrajes, lo que probablemente alimentó la falsa idea que el arbitraje no es favorable para el estado.

No obstante lo antes mencionado, el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú realizó un estudio reciente,²⁴ precisamente, para indagar de qué manera fallan los árbitros, a quién beneficia el resultado y a quienes perjudica, entre otros aspectos.

Sorprendentes fueron las conclusiones de dicha investigación, que tomó como muestra más de 400 laudos expedidos entre los años 2003 y 2012. La primera de ellas fue que en el 25% de los arbitrajes, se desestimó las pretensiones de los contratistas, lo que implica que las entidades “ganaron” el arbitraje.

En el 4.2 % los contratistas sólo obtuvieron el 20% de lo que solicitaron, lo que implica un punto más a favor de las entidades.

En el 7.2% los contratistas consiguieron hasta el 40% de lo que pidieron y en el 8.5% entre el 40 y 60% del monto solicitado. Solamente en el 38.5 % de los casos las entidades perdieron entre el 80 y 100% de los montos demandados. Otro dato importante es que el 11.5% de dichos arbitrajes, tuvo un laudo declarativo y no condenatorio.

²³ Lo hacen porque el arbitraje es el mecanismo de defensa diseñado para corregir las injusticias con las que se ve perjudicados, ya que las entidades tiene otros como por ejemplo, la imposición de penalidades, el cese de los pagos que deben hacer, la ejecución de las garantías presentadas por los contratistas, entre otros.

²⁴ Presentado durante el VII Congreso Internacional de Arbitraje celebrado en Lima en agosto de 2013.

Las cifras antes mencionadas, deben descartar la idea que el arbitraje es perjudicial para el estado. Por el contrario se puede concluir que los contratistas hacen una inversión en tiempo y dinero que al final, no rinde sus frutos.

En cuanto a la fuente de las controversias que se discuten en sede arbitral se determinó que el 65% provino de los contratos de obra, el 19.5% de los contratos para la compra de bienes y sólo el 11% para los servicios. En lo que respecta a consultoría de obras el porcentaje fue de 4.5. %

En cuanto al número de árbitros que participaron, se concluyó que el 33.5 % de los arbitrajes fue conducido por árbitro único, mientras que el 66.5% restante lo fue por tribunal colegiado. Esto debe llamar la atención ya que en definitiva, la participación de tres miembros resulta más onerosa que la intervención de uno solo.

Otro dato a tomar en cuenta esta referido a la duración de los arbitrajes,²⁵ así el 19.5% de los mismos no duró más de seis (6) meses. El 56.5% entre siete (7) y doce (12) meses. El 17% entre trece (13) y dieciocho (18) meses y un 5% solo duró más de veinticuatro (24) meses. Esto significa que más allá de los falsos cuestionamientos al arbitraje ya mencionados, el tiempo que toma un arbitraje es largamente inferior al que tomaría dilucidar la misma controversia ante el poder judicial. Esto debe motivar por seguir impulsando el arbitraje no sólo en materia de contratación estatal, sino en también en otras, como en lo civil, comercial, laboral, etc.

Un dato adicional que arroja la investigación realizada por la PUCP y que confirma lo ya mencionado en el sentido que a pesar que existen apuestas por los arbitrajes institucionales, siguen tramitándose arbitrajes ad hoc, es que el 76.5% fueron precisamente ad hoc, un 13.5% fueron institucionales y 10% lo fueron también pero administrados por OSCE.

Finalmente, en relación con los montos de las controversias que se someten a arbitraje, se verificó que el 34% de los casos comprenden cifras inferiores a S/. 100,000.00 Nuevos Soles, 28% hasta S/. 500,000.00 Nuevos Soles. 10.5% hasta S/. 1'000,000.00 Nuevos Soles y solo el 16% comprende monto superior al millón de nuevos soles.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Es importante destacar las principales ideas de lo expuesto anteriormente. De esta manera tenemos que:

²⁵ La duración de los arbitrajes debe verse no solo a la luz de las propias actuaciones, sino también a la firme decisión de terminarlo por parte de quien lo inició. Muchas veces la demora en el pago de los honorarios arbitrales (que puede tomar meses en no pocos casos) contribuye a la mayor duración del arbitraje.

- a.- El arbitraje en general y sobre todo el referido a la contratación estatal sigue en crecimiento, gracias al marco normativo en el que se desarrolla.
- b.- El arbitraje en contratación estatal es necesariamente de derecho y supone la intervención de un solo árbitro o de un tribunal colegiado integrado por tres miembros.
- c.- Los árbitros encargados de resolver las controversias derivadas de la ejecución de un contrato con el estado deben contar con especialización probada en arbitraje, contratación estatal y derecho administrativo.
- d.- El arbitraje en contratación estatal es mandatorio como mecanismo de solución de disputas, quedando descartada la intervención de los jueces ordinarios para dilucidar tales controversias.
- e.- El arbitraje en contratación estatal puede ser ad hoc o institucional. Optar por uno u otro dependerá de lo convenido por las partes, de no existir acuerdo se entenderá que será institucional.
- f.- El arbitraje institucional supone que la organización y administración estará a cargo de un centro arbitral que acepte el encargo y regule las actuaciones arbitrales por medio del reglamento de dicha institución.
- g.- El arbitraje d-hoc por su parte, supone que las propias partes o en su defecto los árbitros se encargarán de la organización y administración del mismo, así como de establecer las reglas que permitan su desarrollo.
- h.- Las principales controversias que resuelven en sede arbitral son las vinculadas al pago de sumas dinerarias; a la resolución de contrato por inejecución injustificada de obligaciones, a las ampliaciones de plazo contractual, a la aprobación de liquidaciones de obra; a la recepción y conformidad de prestaciones.
- i.- A la luz de los resultados de la investigación efectuada por el Centro de Análisis y Resolución de Disputas de la Pontificia Universidad Católica del Perú sobre los arbitrajes en contratación perjudicial para las entidades estatales peruanas.
- j.- Finalmente la investigación antes mencionada demuestra que cerca del 80% de los arbitrajes evaluados fueron ad hoc. Asimismo que un elevado número de laudos fueron expedidos por tribunales colegiados y que la duración promedio es de 7 a 12 meses.

BIBLIOGRAFÍA

Retamozo Linares, Alberto. (2013) Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. 9º Edición, Gaceta Jurídica.

Álvarez Pedroza, Alejandro (2010) Arbitraje ad hoc. 1º Edición, Instituto Pacífico S.A.C.

Orué Guerrero, Martín (2011) Jurisdicción arbitral. 1º Edición, Organización Peruana Empresarial y de Negocios S.A.C.