

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



“EL ARBITRAJE EN APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: A PROPÓSITO DE SU OBLIGATORIEDAD EN LOS CONTRATOS DOMÉSTICOS DEL ESTADO CON PRIVADOS”

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO DE LA EMPRESA

AUTOR

Pablo Antonio Iglesias Palza

ASESOR

Edison Paul Tabra Ochoa

Lima, Perú

Mayo, 2020

RESUMEN EJECUTIVO

La Ley de Contrataciones del Estado vigente en el Perú, reconoce como mecanismo heterocompositivo de solución de controversias obligatorio, salvo excepciones, al arbitraje. Al estipular al arbitraje como obligatorio, se desnaturaliza la figura de esta institución jurídica como mecanismo adecuado de solución de controversias, dado que éste es esencialmente voluntario. Bajo este orden de ideas, a partir de la identificación, comparación y análisis de un supuesto normativo que es real en el Perú: la obligatoriedad del arbitraje en los contratos de los que forma parte el Estado bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE); se postula, en aras de la coherencia que debe imperar en nuestro Sistema Jurídico, devolverle la voluntariedad como carácter esencial, proponiendo soluciones que a la vez de significar modificaciones legislativas que guardan coherencia con nuestra Constitución y la Ley que norma el Arbitraje, suponen un verdadero entendimiento de la institución arbitral y una coherente utilización de éste como mecanismo de solución de controversias, garantizando la Autonomía de la Voluntad, la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el respeto de los derechos de los contratantes en los contratos públicos en el ámbito de la LCE, bajo un marco de Legalidad.

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo	01
Índice	02
Introducción	04
CAPÍTULO 1	
EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	07
1.1 El Arbitraje como medio voluntario de solución de controversias fuera del sistema estatal	07
1.2 Consideraciones respecto de la Naturaleza Jurídica del Arbitraje	09
1.3 Hacia una Definición de Arbitraje	12
1.4 El Arbitraje en el Perú	12
1.4.1 El Arbitraje en la Constitución Política del Perú	13
1.4.2 El Arbitraje en la Ley General de Arbitraje	15
1.4.3 El Arbitraje como medio de solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado	18
CAPÍTULO 2	
¿POR QUÉ SE INCLUYE UN ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LA LCE?	21
2.1 La Contratación con el Estado y el Arbitraje	21
2.2 El Arbitraje obligatorio en contrataciones del Estado en el Derecho Comparado Latinoamericano	24
2.3 Fundamentos por los cuales el Arbitraje es obligatorio en la LCE	27

CAPÍTULO 3

PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LOS CONTRATOS CON EL ESTADO

31

3.1	Principios y Derechos que se estarían afectando con la existencia del Arbitraje obligatorio en los contratos domésticos de privados con el Estado	33
3.1.1	La Autonomía de la Voluntad en los contratos con el Estado y el Arbitraje	34
3.1.2	El Principio de Legalidad en referencia al Arbitraje en los contratos con el Estado	39
3.1.3	La Tutela Jurisdiccional Efectiva, la libertad de concurrencia y el Arbitraje obligatorio en los contratos domésticos de los que forma parte el Estado	43
3.2	¿Cómo debe ser entendido el Arbitraje en el Ordenamiento Jurídico Nacional?	46
3.3	¿Qué significa solucionar adecuadamente una controversia en la que forma parte el Estado?	48
3.4	Se debe modificar la LCE en referencia al Arbitraje Obligatorio. Propuesta.	49
	Conclusiones	52
	Referencias Bibliográficas	57

INTRODUCCIÓN

La regulación y desarrollo de la contratación pública, ha introducido al arbitraje como herramienta para la solución de controversias que ocurren en su seno. Es decir, la contratación estatal, como fenómeno esencial del Derecho Público, en el Ordenamiento Nacional, incorpora al arbitraje - una figura jurídica proveniente del Derecho Comercial y típica de las relaciones económicas entre privados - como alternativa única para la solución eficiente de las controversias que pudieran surgir a partir de la celebración y ejecución de los contratos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado vigente, salvo las excepciones contenidas en esta misma norma y su Reglamento.

Así, se incorpora a la normatividad estatal en el campo específico de la solución de controversias, un arbitraje obligatorio. Es decir, en un rubro específico del Derecho Público, caracterizado por su sometimiento estricto al Principio de Legalidad y por las garantías propias de la defensa de los intereses de los diversos estamentos del Estado; se incorpora una figura que nace de la autonomía de la voluntad, acaso proveniente de las relaciones jurídicas que podemos considerar más propias del Derecho Privado, las comerciales, las eminentemente patrimoniales.

La motivación del legislador para la incorporación del Arbitraje como medio de solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado responde a la necesidad de hallar una solución justa, especializada y rápida a las controversias, que permita la fluidez y eficiencia de las transacciones comerciales en las que participe el Estado Peruano, contribuyendo de esta forma a garantizar y fomentar el desarrollo de las inversiones en nuestro país.

Esta figura, es introducida en nuestro Ordenamiento en la Constitución de 1979 y mantenida en la de 1993, teniendo como marco legal general a la Ley de Arbitraje.

El arbitraje, en opinión de la doctrina, presenta dos características que podemos decir esenciales, y que han permitido su desarrollo y aceptación en el mundo económico-jurídico: (i) La Voluntariedad, que supone la decisión de las partes de someter un conflicto a arbitraje y de designar a los árbitros que juzgarán su controversia; y, (ii) La Exclusión del control judicial para la solución de sus controversias.

Por lo que, si el arbitraje tiene como característica esencial su voluntariedad, ésta excluiría por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente.

Y esto no es todo, puesto que al igual que en muchos países del orbe, en el Perú, la vigente Ley de Arbitraje, consecuente con la esencialidad y desarrollo interno y comparado de esta institución, alberga la posibilidad de que el Estado arbitre.

Sin embargo, la Ley de Contrataciones del Estado, la misma que es desarrollada a través de su Reglamento y disposiciones complementarias, establece un proceso arbitral obligatorio.

En este escenario, cabe preguntarse si es jurídicamente válido, que una Ley como la LCE nos señale como derrotero obligado al arbitraje para solucionar controversias en los contratos domésticos de los que forma parte el Estado, regidos por ella; cabe cuestionarse si hacerlo no atenta contra los Principios de Tutela Jurisdiccional Efectiva, de Legalidad, y de Autonomía de la Voluntad.

Si tal como planteamos con nuestra hipótesis, la obligatoriedad del arbitraje estatal es inconstitucional e ineficiente como medio de solución de controversias en los contratos de los que forma parte el Estado; se hace necesario que los operadores del derecho tengan en claro cuál es la naturaleza del arbitraje, en el caso específico de esta investigación, cuál debe ser su tratamiento para la solución de las controversias en las que el Estado sea parte, para que a partir de ésta se identifique cuál debe ser el verdadero carácter del arbitraje, acercándolo a su esencia de medio de solución de controversias de sometimiento voluntario, tal como su origen comercial lo señala.

Para demostrar nuestra hipótesis en torno a la inconveniencia de un arbitraje obligatorio en el ámbito de la LCE, en la primera sección nos aproximamos a la génesis del arbitraje como medio de solución de controversias, exponiendo sus aspectos esenciales e identificando su naturaleza. Considerando su origen, aspectos esenciales y naturaleza, ensayamos una definición de arbitraje, como paso previo para introducimos en lo que es el arbitraje en el Perú, principalmente analizando su tratamiento en la Constitución Política del Estado, la Ley de Arbitraje y en la sección de solución de controversias de la LCE.

En la segunda sección, intentamos responder a la pregunta de ¿Por qué se incluye un arbitraje obligatorio en la LCE?. Para ello, analizamos algunos conceptos propios de la contratación pública en relación al arbitraje, así como recurrimos al derecho comparado latinoamericano, con el objeto de reconocer la realidad existente en materia de arbitraje estatal en algunos de estos países, para, a partir de su realidad y experiencia, poder compararla con la nuestra en aras de encontrar una respuesta satisfactoria al problema que nos planteamos. Por ello, en esta misma sección, concluimos analizando las motivaciones que han impulsado a nuestros legisladores a incluir un arbitraje obligatorio en la LCE.

Finalmente, la tercera sección, pretende ser un aporte para la solución del problema del arbitraje estatal obligatorio. En esta sección analizamos el por qué de su inconveniencia, y nos ocupamos de exponer cuáles son los Principios y Derechos que se estarían conculcando al mantenerlo, así como las consecuencias jurídicas de la vigencia de esta estipulación. Asimismo, identificamos ineficiencias económicas que causa la vigencia de la citada norma, postulando ideas fundamentales acerca de cómo debe ser entendido el arbitraje en el Ordenamiento Jurídico Nacional, y qué significa solucionar adecuadamente una controversia en la que forma parte el Estado. Concluimos, proponiendo lo que a nuestro criterio, debe ser un tratamiento adecuado por parte de la LCE, de su sección destinada a la solución de controversias, y en específico, del arbitraje en la contratación estatal.

CAPÍTULO 1: EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1.1 El Arbitraje como medio voluntario de solución de controversias fuera del sistema estatal

La génesis del Arbitraje, no lo identifica como una institución jurídica. Tal como señala Mario Castillo Freyre, el arbitraje tiene un origen histórico muy remoto. En la época pre romana, las relaciones entre particulares estaban regidas por la costumbre, la cual remitía ante un supuesto de conflicto, a que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes (2004, p. 1). El árbitro. Así, BRISEÑO cita el caso por el hurto de unos ídolos entre Jacob y Labán que encontramos en la Biblia, o las controversias entre aspirantes al trono de Persia. Los griegos tampoco fueron ajenos a esta figura, y ya en Atenas las leyes de Solón reconocían el carácter irrecurrible de los laudos (citado en Castillo Freyre, 2004, p. 1).

En la época romana, el arbitraje a través de los distintos periodos del Derecho romano, se configura como sistema organizado para impartir justicia entre particulares, donde estos designaban un tercero que decida justicia entre ellos. Los romanos, perfilan el arbitraje como una institución para dirimir justicia entre privados y voluntaria. En un inicio, los conflictos privados son propios del derecho de las familias, y es el Pater Familias quien lo soluciona. Luego será un tercero distinto a los magistrados del Estado que se rigen por la Lex, quien decida en controversias de carácter privado, elegido por las partes de manera voluntaria (Castillo Freyre, 2004, p. 2 – 9).

En la edad media, en un inicio, eran comerciantes y artesanos, burgueses, los que, en contraposición a la justicia del rey, recurrían a sus cámaras o a sus gremios para buscar la solución a sus conflictos; siendo quienes resolvían normalmente ellos mismos, sin considerar cuestiones de Derecho sino más bien de hecho, basados en las prácticas y los usos y costumbres comerciales. En palabras de Alfredo Bullard, " (...) esto dio origen a una rama hoy conocida por todos como el Derecho Mercantil (lex

mercatoria), que no fue creado por los abogados, sino básicamente por los árbitros comerciales que no eran abogados” (2008, p. 58) .

Para ejecutar los laudos, no se recurría a jueces ni procesos legales, ni se embargaba o se procedía a la ejecución forzada. Bullard señala también que, quien incumplía un laudo, era apartado de la Cámara y nadie comerciaba con él, quedando fuera del círculo de quienes hacían negocios entre sí (2008, p. 58).

En principio, la fuente de Derecho fue la costumbre mercantil, antes que la ley. El arbitraje no estaba sujeto a reglas o procedimientos definidos. Su ductibilidad y pragmatismo buscaba un tratamiento justo y equitativo de las partes en conflicto. Y a partir de esto, el arribo a una solución justa que fuera aceptada por las partes.

Luego, en plena Revolución Francesa la Asamblea Constituyente en 1790 reconoció por Ley al arbitraje como mecanismo válido para solucionar controversias entre privados, y el derecho de estos a designar al árbitro. Asimismo, en coincidencia con la Revolución Industrial, desde fines del siglo XIX, hasta lo que va del siglo XXI, el arbitraje ha ido avanzando en diversos ámbitos. El Arbitraje Comercial Internacional, se ha consolidado como un medio eficiente de resolución de conflictos en los negocios internacionales, contribuyendo al desarrollo de la *lex mercatoria*. Ha dado pie al Arbitraje de Inversiones. Las controversias sometidas a arbitraje ya no sólo son entre particulares, sino entre particulares y Estados, o entre Estados, renunciando estos a su *ius Imperium* con el afán de resolver sus controversias a través de este medio alternativo a las cortes nacionales.

Este desarrollo aunado a fenómenos propios de los sistemas jurídicos nacionales, como la saturación, lentitud, corrupción o falta de especialización de los operadores del aparato estatal de solución de conflictos, han influenciado las legislaciones internas (nacionales), difundándose el Arbitraje de manera veloz y sorprendente también a este nivel.

Así, el Arbitraje, nace como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, acaso proveniente de las relaciones jurídicas que podemos considerar más propias del Derecho Privado, las comerciales, las eminentemente patrimoniales, las que versan sobre derechos disponibles.

De esta primera aproximación del Arbitraje, podemos manifestar que existen dos características que podemos decir esenciales, y que han permitido su desarrollo y aceptación en el mundo económico-jurídico: (i) La Voluntariedad, que supone la decisión de las partes de someter un conflicto a Arbitraje y de designar a los árbitros que juzgarán su controversia; y, (ii) La Exclusión del control judicial para la solución de sus controversias.

1.2 Consideraciones respecto de la Naturaleza Jurídica del Arbitraje

La distinción tradicional que realiza la doctrina cuando se refiere a medios de solución de controversias, nos remite a diferenciar los “autocompositivos” de los “heterocompositivos”, siendo que en los primeros las propias partes son quienes negocian y resuelven su controversia, y en los segundos las partes recurren a un tercero para hallar dicha solución. El Arbitraje, está dentro del segundo grupo.

Si bien se reconoce el carácter heterocompositivo del Arbitraje, en la doctrina y legislación comparada existen proposiciones diversas respecto de su definición. Rubén Santos Belandro reconoce al arbitraje como un modo de solucionar los litigios sobre la base del respeto del derecho, recurriendo a jueces – personas privadas – que son elegidos por las partes para dictar una decisión jurídicamente vinculante (2002, p. 20).

El artículo 2º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobado en el seno del MERCOSUR, define al Arbitraje como “un medio privado – institucional o ad hoc – para la solución de controversias”.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.), establece que “a los efectos de la presente ley: a) arbitraje significa cualquier arbitraje, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente que haya de ejercitarlo”.

En el Perú, ni la anterior Ley General de Arbitraje N° 26572, ni la Ley actualmente vigente, Decreto Legislativo N° 1071, lo definen, confirmando la tendencia de la legislación comparada de no entrar en el campo de las definiciones, acaso por el riesgo de que a los ojos de los operadores del Derecho, cualquier definición resulte incompleta o inadecuada, generando controversias.

Al tratar de determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, encontramos dificultades debido principalmente a dos factores: (i) Son distintas las opiniones respecto de cuáles son los elementos esenciales de éste, (ii) La institución arbitral está en frecuente combinación con otras instituciones que hacen que la determinación de su naturaleza jurídica sea compleja.

En este sentido, hasta la fecha, en la doctrina no se ha encontrado una determinación de esta naturaleza que sea unánimemente aceptada. Si bien, para efectos del objeto de nuestra hipótesis en el presente trabajo, asumiremos una definición de arbitraje, debemos tener en cuenta que para los operadores del Derecho, su naturaleza jurídica, y sus consecuencias jurídicas y prácticas, vienen determinadas en gran parte por las teorías a las que estos se adhieran.

Así, legislaciones internacionales y nacionales, autores y juzgadores, abogados litigantes, entre otros, considerarán la naturaleza del arbitraje, a partir de la teoría que desde su punto de vista permita que éste logre sus objetivos, los mismos que más allá de consideraciones políticas y modelos socio-económicos, como toda institución del Derecho, en sentido lato, deberán estar orientados hacia la solución eficaz de controversias y la paz social.

Los partidarios de la Teoría de la Jurisdicción, considerarán que el arbitraje corresponde a un ámbito público, en el sentido que es la ley quien reconoce jurisdicción a los árbitros, dándoles poder para solucionar controversias y estableciendo los mecanismos y procedimientos para su aplicación. Aquí, los árbitros son jueces y ejercen la jurisdicción del Estado, siendo que el laudo que emitan será considerado como una sentencia. Quienes sostienen la vigencia de esta teoría, usualmente señalan que ésta permite blindar al arbitraje frente a la intervención estatal, y otorga tanto a las partes litigantes como a los árbitros, garantías propias del debido proceso, y de independencia y protección en su actuación juzgadora.

Quienes postulan la Teoría Contractual, inciden en la naturaleza privada del arbitraje, el mismo cuya esencia radica en el acuerdo de voluntades entre las partes. Bajo esta teoría, los árbitros son particulares cuyo poder deriva de las partes. No son jueces. En este sentido, estos no ejercen jurisdicción, sino simplemente cumplen un mandato estipulado por las partes en un contrato. Así, el vínculo entre las partes, y entre las partes y el o los árbitros será contractual, debiendo estos, aplicar la ley pactada entre las partes.

La Teoría Mixta, postula esencialmente, que son las partes quienes determinan el arbitraje a través del acuerdo de voluntades al que arriban que se encuentra expresado en un convenio arbitral, pero que la decisión (el laudo) que el o los árbitros emitirán, tiene consecuencias jurisdiccionales. En este sentido, los partidarios de esta teoría señalan que todo lo que se da antes del laudo (expresiones, actuaciones, autos, resoluciones, diligencias, entre otros) es privado, mientras que el laudo no lo es, dado su carácter vinculante.

La Teoría Autónoma, considera al arbitraje como una especialidad sobre la base de los principios de Autonomía de la Voluntad y de Igualdad en el arbitraje. En este sentido, permite el diseño a la medida de "Arbitrajes" para determinados ámbitos. Bajo esta teoría, pueden existir competencias especializadas arbitrales independientes entre sí. En palabras de Franz Kundmuller Caminiti, para esta teoría "el arbitraje es una burbuja. Una vez que se genera, no se debe a nada ni a nadie" (05 de mayo del 2008. Apuntes de la clase de Arbitraje Comercial e Internacional dictada en la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

1.3 Hacia una Definición de Arbitraje

A partir de las consideraciones expuestas en el numeral precedente, creemos pertinente, para efectos de éste trabajo, postular una definición de arbitraje, la misma que deberá ser asumida cuando en la presente obra, se mencione o se haga referencia al arbitraje. Esta definición si bien está inspirada en la propuesta por el autor francés Charles Jarrosson, difiere de ella. En este sentido, definimos al arbitraje como una institución por la cual un tercero, distinto al Órgano Jurisdiccional Estatal, resuelve con carácter de cosa juzgada, una controversia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión que le ha sido encargada por ellos.

1.4 El Arbitraje en el Perú

Con el Decreto Legislativo N° 1071, de fecha 28 de junio del 2008, se han reformulado las reglas del Arbitraje en el Perú, siguiendo el camino trazado por la Ley General de Arbitraje N° 26572, vigente hasta el 31 de agosto del 2008; en nuestra opinión, corrigiendo y aumentando esta última, con el afán de hacer a la institución arbitral más eficiente como medio de solución de controversias.

Nuestra legislación arbitral, sigue el modelo de la Ley de UNCITRAL, siendo que el tratamiento legal dado a la institución a partir de la Ley N° 26572, constituye un nuevo capítulo en la regulación y la práctica del arbitraje en nuestro país.

Jorge Santistevan de Noriega señala que:

De hecho así ha ocurrido. Los arbitrajes se han multiplicado, los centros arbitrales han crecido y el propio Estado ha adoptado, por Constitución y por ley, la posibilidad de someter controversias que le afectan a tribunales arbitrales y, más aún, de anticipar su voluntad de resolver toda controversia

que se suscite en el sistema de compras de bienes y servicios del sector público en el marco del sistema arbitral (2006, p. 23).

1.4.1 El Arbitraje en la Constitución Política del Perú

Tal como señala Santistevan, desde que la Carta Magna de 1979 consagró la jurisdicción arbitral, el Arbitraje en el Perú, “quedó constitucionalmente marcado por su relación con la jurisdicción” (2006, p. 28 – 29). Este tratamiento, es el mismo en la Constitución vigente de 1993, tal como se aprecia de su artículo 139°.

Asimismo, el artículo 62° de la Carta Fundamental preceptúa: “los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la vía judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley”. De igual manera, refiriéndose al propio Estado, en la parte final del artículo 63° dispone 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 disponga la ley”.

Como podemos apreciar, la Constitución garantiza el acceso a la justicia estatal ordinaria, a la vez que permite a los particulares y al Estado, apartarse de ese mecanismo y recurrir a una justicia alternativa.

El arbitraje en la Constitución, está incluido dentro de la parte de los Principios Generales del Régimen Económico; y es reconocido como jurisdicción en la parte de la estructura del Estado referida al Poder Judicial.

Este último hecho, es el que ha generado una serie de discusiones, confusiones y malentendidos entre diversos autores. Si a la consideración del arbitraje como jurisdicción, le sumamos la dificultad de los operadores del Derecho, de desprenderse

de sus paradigmas legales, y la mala utilización de recursos procesales por los abogados, aprovechando esta supuesta asimilación con otros procesos como el civil; tenemos que a la fecha, algunos propugnan la jurisdiccionalidad del arbitraje en el entendido de que se trata de otro proceso más que debe estar dotado de todas las garantías del debido proceso, sujetándolo de esta manera a excesos de forma y contribuyendo a su rigidez.

Sin embargo, si bien debemos partir de la realidad de que el arbitraje es considerado una jurisdicción en nuestra Constitución, en nuestra opinión, debemos entender que éste no deja de ser una institución con características propias que lo diferencian de la jurisdicción estatal. En ese sentido, no le son aplicables todas las garantías del debido proceso, sino sólo aquellas que no desvirtúan su naturaleza, y le permiten servir de medio de solución de controversias eficaz, priorizando el objetivo de lograr resolver una controversia con rapidez, al menor costo y con justicia. Esto le otorga un papel secundario a las exigencias de forma y a fórmulas garantistas propias de sistemas procesales estatales.

Así, trayendo a colación una vez más lo señalado por Santistevan, el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC), supremo intérprete de la Ley Fundamental, considera al arbitraje como una expresión de la jurisdicción fuera del ámbito del Poder Judicial, coincidiendo en este punto con lo pretendido por la Carta Magna, mas parece excederse al señalar refiriéndose a las jurisdicciones distintas a la estatal: “siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva” (2006, p. 30 – 31).

De esta manera, la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el expediente N.º 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero del 2006, descarta para nuestro Ordenamiento las teorías que no consideran al arbitraje la naturaleza de jurisdicción, al sostener que no sólo la justicia estatal puede ejercer esta atribución, dado que los ciudadanos también pueden recurrir - cuando se trata de materias consideradas de libre disposición - a una jurisdicción alternativa, la arbitral. Por lo tanto, el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad (establecido en el artículo 2º, inciso 24 – a de la Constitución) es, junto con el principio y derecho de la función jurisdiccional

(artículo 139º inciso 1 de la Constitución), el sustento constitucional para hablar de una jurisdicción privada.

Así, el TC blinda al arbitraje frente al peligro de intervencionismo estatal en su desarrollo, y le otorga elementos de un debido proceso. Lo reconoce como jurisdicción, sin que esto signifique que desplace ni sustituya al Poder Judicial. Aclara que el arbitraje es una jurisdicción privada sometida al orden público constitucional, y en este sentido no admite intervenciones sino una vez culminado el proceso arbitral, reconociendo su independencia (Santistevan, 2006, p. 60 – 64).

Por otro lado, la alusión a que estas jurisdicciones deben darle a los justiciables todas las garantías vinculadas a un debido proceso y a la tutela judicial efectiva, hace proclive a la jurisprudencia constitucional, de ser utilizada sobretodo por los abogados, para asimilar el arbitraje a los procesos estatales, pretendiendo imbuirlos de una formalidad y rigidez que contribuye a su desnaturalización.

Sin embargo, consideramos, que no se puede aplicar al arbitraje de manera mecánica los estándares del contenido de la tutela procesal efectiva o del debido proceso. Sí es pertinente considerar que en el arbitraje deben estar presentes algunos elementos del debido proceso, los mismos que deben aplicarse en un marco en el que la autonomía de la voluntad, y el derecho a la libre contratación que privilegia la eficacia, la flexibilidad y la menor rigidez legislativa y procesal, sean sus características esenciales.

1.4.2 El Arbitraje en la Ley que norma el Arbitraje

El Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, fue publicado con fecha 28 de junio del 2008, y mediante su única Disposición Derogatoria, entre otras normas, derogó la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Dicho cuerpo legal, vigente desde el 01 de setiembre del 2008, se dio como expresión de la voluntad del Estado de legislar en determinadas materias a fin de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, más conocido como TLC Perú - USA. Tal como señala Kundmuller, la citada norma busca precisamente cumplir con lo establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, mejorando la regulación sobre el convenio arbitral y la ejecución de laudos arbitrales, ajustándose a los estándares internacionales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975” (23 de junio del 2008. Apuntes de la clase de Arbitraje Comercial e Internacional dictada en la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú) .

En este sentido, el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, D.L.1071), responde a una intención política de facilitar el comercio y promover la inversión privada. Para este objetivo, el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, juega un rol muy importante por cuanto sin su presencia, las relaciones comerciales pueden verse reducidas. Esto, por cuanto la intención y justificación del legislador, tanto con la anterior Ley 26572, como en los años que lleva aplicándose la actual, radica en el argumento, en general, de que tenemos un mecanismo de solución de controversias más rápido, especializado y eficiente en el que las partes pueden controlar mejor la independencia e imparcialidad de los árbitros, y las reglas del proceso; lo que debe redundar en una mayor predictibilidad en las decisiones. El arbitraje así, resuelve conflictos en un entorno eficiente, con una mayor autonomía privada y descargando al sistema judicial de causas que en él, serían procesos larguísimos y con gran incertidumbre jurídica.

Bajo este orden de ideas, nuestra Ley, propugna reducir el costo y sobre todo el tiempo para la solución de las controversias sobre derechos de libre disposición, y contribuir a disminuir significativamente los costos de transacción en la economía. Busca en líneas generales, el fomento de la actividad comercial y las inversiones, pretendiendo generar mayor seguridad a los inversionistas y agentes económicos y siendo una alternativa de escape al sistema judicial para la solución de controversias sobre derechos disponibles.

El D.L. 1071, pretende adaptar nuestro sistema arbitral a los últimos avances y estándares internacionalmente aceptados, lo que hace al contenido de esta norma, reconocible y comprensible para los inversionistas y comerciantes, nacionales y extranjeros, y contribuye al aumento de su confianza en el Perú.

Nuestra actual Ley, también busca aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, así como que se consolide una cultura arbitral entre sus operadores.

Con la entrada en vigencia de la actual Ley, se adopta una legislación arbitral monista; es decir, básicamente las mismas reglas tanto para arbitrajes nacionales como internacionales, salvo y sobretodo en el caso de estos últimos, algunas disposiciones particulares que se requieren por su propia naturaleza.

La experiencia arbitral nacional e internacional acumulada en los últimos años ha sido considerada por el legislador peruano, al momento de establecer el contenido de nuestra actual Ley de Arbitraje. Así, para su elaboración, así como de la Ley anterior, se han tomado en cuenta, entre otras, las legislaciones arbitrales de España, Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza, Holanda, Francia y Estados Unidos y los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y, de manera especial, se ha considerado la versión 2006 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL en sus siglas en Inglés) así como los documentos de trabajo sobre la revisión de su Reglamento de Arbitraje. Asimismo se ha tenido en cuenta la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) y la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convención de Washington) (Roger Rubio, 2006, p. 9- 10).

Existe también una intención de masificar el arbitraje a través del “Arbitraje Popular” a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), y el arbitraje de Consumo.

Respecto del asunto objeto de la presente tesina, la Ley de Arbitraje nos dice que es de aplicación para todo arbitraje sea nacional o internacional que se desarrolle en territorio peruano; el arbitraje recae sobre derechos de libre disposición, o los que disponga la ley o tratados internacionales; el Estado no puede utilizar sus prerrogativas para sustraerse de las obligaciones asumidas en un convenio arbitral; estipula principios y derechos de la función arbitral; especifica a qué se refiere cuando en un arbitraje se habla del Estado Peruano; protege al arbitraje contra el intervencionismo estatal, sobretodo el judicial; resuelve el problema de la representación necesaria para someterse y participar en arbitraje; se ponen límites para la validez y vigencia del convenio arbitral, se dice no a la preponderancia de la interpretación literal del convenio; en cuanto a la designación de árbitros y el proceso de recusación, se refuerza la autonomía privada y la no intervención estatal; la idea de la libertad de actuación de los árbitros; se reconocen garantías del debido proceso; se amplía el tratamiento del principio Kompetenz-Kompetenz como facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia; se regula especialmente las medidas cautelares; se determinan las reglas de confidencialidad a ser cumplidas por los operadores del arbitraje; se adhiere a la moderna doctrina y legislación comparada que reconoce en las partes y, en su defecto, en los árbitros, la facultad de indicar las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia; se introducen cambios para los recursos de anulación; en el tratamiento de los costos arbitrales; en el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y laudos extranjeros; entre otros.

1.4.3 El Arbitraje como medio de solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “LCE”), fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio del 2014 y se encuentra vigente desde enero del 2016. Actualmente, se han integrado las sucesivas modificaciones que ha tenido desde su promulgación, por T.U.O. de fecha 12 de marzo del 2019. De igual manera, se

encuentra vigente el Reglamento de la LCE aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF de fecha 29 de diciembre del 2018, cuya dación, obedeció también a la intención del legislador que vio necesario dictar uno nuevo, luego de modificar la LCE por Decreto Legislativo N°1444.

La LCE considera al arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los conflictos en que forma parte el Estado. Siendo más específicos, señala que para el caso de controversias surgidas entre las partes respecto de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, éstas deberán ser resueltas mediante conciliación o arbitraje. Y en algunos casos específicos referidos a la ejecución de los contratos de obra, las controversias pueden ser también resueltas por una Junta de Resolución de Disputas (en adelante, JRD).

La LCE, al igual que sus dos antecesoras, sigue considerando como mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias al arbitraje. Podríamos decir que existe en la actual Ley una excepción al arbitraje: la participación de una JRD en el caso de controversias surgidas en la ejecución de un contrato de obra cuya cuantía es mayor a S/. 5,000,000.00. La actuación de las JRD, son para casos específicos y determinados en la Ley y su Reglamento. Y debemos tomar en consideración que ante supuestos de disconformidad de una o todas las partes, también termina sometida la decisión de una JRD a arbitraje. Bajo este orden de ideas podemos decir que, salvo la excepción señalada, la regla general es que cuando surge una controversia en la etapa de ejecución contractual de un contrato bajo el ámbito de la LCE, el único mecanismo heterocompositivo al que se puede recurrir es el arbitraje.

Es decir, reafirma (y continúa) la intención del Estado de privilegiar la solución de controversias a través del procedimiento de arbitraje, estableciendo la obligatoriedad de incluirlo en todo contrato en el que intervenga el sector público, a través de una cláusula o convenio arbitral.

La inclusión del arbitraje, como medio de solución de controversias obligatorio en la contratación pública, implica una auto exigencia para los organismos que se encuentran bajo la LCE, y es una demostración de una política de Estado que da

preferencia a mecanismos de solución de controversias distintos al Poder Judicial. Por lo tanto, todo aquel que quiera contratar con el Estado a través de cualquiera de sus niveles deberá aceptar la condición de suscribir una cláusula arbitral como solución contractual de controversias ante el fracaso o la no contratación del mecanismo autocompositivo de la conciliación.

Más adelante nos referiremos con mayor profundidad a la obligatoriedad del arbitraje en los contratos del Estado, anticipando solamente que en el cuestionamiento de ésta, se encuentran referencias a la afectación del Principio de Autonomía de la Voluntad de las partes, a la afectación a un Principio de Legalidad, a la afectación del Debido Proceso, de la Libertad de Contratación y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Por lo demás, la LCE mantiene la disposición de que los arbitrajes en que intervenga el Estado sean de Derecho, establece que se privilegie la aplicación de normas de Derecho Público sobre las de Derecho Privado. Otro aspecto importante es que la LCE, si bien determina que los arbitrajes serán de Derecho, permite que, a excepción del árbitro único y el presidente de un tribunal arbitral, puedan ser árbitros profesionales o expertos no abogados. Asimismo, dispone que el laudo arbitral de derecho es obligatorio, definitivo e inapelable para las partes desde el momento de su notificación, y debe ser remitido por el árbitro único o tribunal arbitral al OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) a efectos de su publicidad en aplicación del Principio de Transparencia.

CAPÍTULO 2: ¿POR QUÉ SE INCLUYE UN ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LA LCE?

2.1 La Contratación con el Estado y el Arbitraje

Tal como señalamos en la sección primera, la LCE incluye al arbitraje, como medio de solución de controversias al que hay que recurrir obligatoriamente. Al respecto, es preciso que vinculemos, algunos conceptos e ideas de la contratación pública en el ámbito de la LCE y su Reglamento, con el arbitraje; puesto que es necesario tomarlos en cuenta para identificar y analizar las motivaciones por las que el legislador peruano ha considerado su obligatoriedad.

En primer lugar, debemos señalar que existen determinados principios y características en la contratación con el Estado, que constituyen su especialidad y la diferencian de la contratación privada.

Así, en los contratos con el Estado, existe una limitación de la libertad de las partes, más propiamente dicha, una limitación de la autonomía de la voluntad de las partes. Por el lado del privado, esta limitación viene dada por el sometimiento que éste debe tener respecto de las leyes especiales que rigen la contratación, así como respecto de los requisitos que la entidad contratante requiere. Por el lado de la Administración, consideramos que más que una limitación de su autonomía de la voluntad o de una autonomía de la voluntad limitada, debemos hablar de una ausencia de ésta. Sustentamos esta afirmación en el hecho de que la actuación de la Administración Pública, siempre debe desarrollarse tomando en cuenta el interés público y el Principio de Legalidad. Ambos, impiden que la Administración, al momento de contratar, elija libremente, a su cocontratante, y mucho menos la forma en la que debe concertar el contrato.

Y es que la Administración, es considerada como la encargada de velar por el interés público cuando participa como parte en una relación jurídico contractual; de hecho,

normalmente al contratar, aporta en el contrato, bienes jurídicos considerados parte del patrimonio y/o presupuesto del Estado. Este aspecto trascendente, nos lleva a otra de las características propias de los contratos con el Estado, la situación de desigualdad jurídica que se da entre las partes, a partir de la sujeción del contratante particular frente a la entidad pública, en la medida que esta última, es depositaria de los intereses públicos, y estos, van a tener preeminencia sobre los de los particulares.

Esta situación de preeminencia de la Administración al interior de la relación jurídico contractual establecida, es reconocida legalmente, pactada normalmente en los contratos, y le permite a ésta, mutar las condiciones del contrato de manera unilateral, de esto ser necesario y conveniente para la satisfacción de los intereses públicos cuyo objeto busca la Administración al contratar. Esta facultad de la Administración, lleva a lo que en doctrina se conoce como las cláusulas exorbitantes, que no son más que las condiciones que deben ser incluidas de manera obligatoria en los contratos que celebra la entidad pública, que son admitidas por ley, y que le otorgan prerrogativas a ésta sobre los particulares en la relación contractual.

Tomando en consideración lo desarrollado en este numeral, cabe preguntarse si la obligatoriedad del arbitraje en los contratos de los privados con el Estado bajo el régimen de la LCE y su Reglamento, necesita ser dispuesta por mandato legal, o debe ser dejada, como una facultad de la Administración, a través de la entidad por la que esté actuando en el contrato, como expresión de su atribución de incluir cláusulas exorbitantes en los contratos; o como una facultad para el contratista bajo determinados supuestos. Más adelante, y sobre todo en la Sección Tercera, volveremos sobre esta última afirmación.

Otro concepto fundamental, vinculado también a los señalados en los párrafos precedentes, es el de la libertad de concurrencia. Este es uno de los principios tradicionales que deben estar presentes en la contratación con el Estado. En nuestro Ordenamiento, lo encontramos en el artículo 2° inciso a) de la LCE, y persigue esencialmente una doble finalidad: (i) Proteger los intereses económicos de la Administración a través de que se genere la máxima competencia posible en cada procedimiento contractual, y (ii) Garantizar el acceso de los particulares a la contratación con la Administración.

Aquí también cabe preguntarse, si la inclusión del Arbitraje obligatorio atenta o no contra este principio, intentaremos absolver esta inquietud, en la siguiente sección.

Yendo al tema específico de solución de controversias en la contratación con el Estado, tal como señala Kündmuller:

(...) existe una línea divisoria en materia de solución de controversias. Por un lado están los medios que se aplican en la etapa selectiva, donde la vía es la administrativa y eventualmente la judicial, ante la posibilidad de iniciar una acción contencioso administrativa e incluso una acción de amparo. Por otro lado están los medios de solución de las controversias suscitadas en la etapa de ejecución contractual, aplicables desde la suscripción del contrato y hasta que quede consentida la liquidación correspondiente. (2003a, p. 222 – 223).

El objeto de este trabajo, se sitúa en esta segunda etapa de la contratación con el Estado, la de ejecución contractual, la misma que de acuerdo a la LCE vigente, admite a la conciliación y al arbitraje como medios de solución de controversias. La LCE en el numeral 45.10 de su artículo 45°, otorga preeminencia a ésta y su reglamento, sobre la Ley de Arbitraje, como corresponde a una norma de carácter especial; siendo a su vez una disposición imperativa para las partes contratantes que actúen bajo su manto normativo, al emanar de una norma de Derecho Público.

Así, la LCE dispone como obligatorio al arbitraje, ante un supuesto en que sea necesario solucionar una o más controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato. En este sentido, torna en obligatoria la inclusión, y bajo responsabilidad, entre otras cláusulas, de una de solución de controversias que recurra a la conciliación extrajudicial y/o al arbitraje ante un supuesto de litigio en la celebración o ejecución del contrato, existiendo excepciones como las JRD, como ya señalamos.

Kündmuller, considera a la solución de controversias dentro de la LCE, como parte de una “santísima trinidad” que no puede faltar en los contratos con el Estado, que también la conforman las cláusulas de garantía y las de resolución del contrato por incumplimiento, que también encontramos en la referida Ley (2003, p. 34). Acto seguido, al igual que varios autores en la doctrina nacional y comparada, concluye que al ser esta “santísima trinidad” de público conocimiento para los futuros cocontratantes del Estado (en nuestro caso: los particulares), no se puede decir que éstas le son impuestas de manera obligatoria, por cuanto, al igual que en un contrato privado de adhesión, los cocontratantes, están en la libertad de contratar o no, de participar o no, en los procedimientos correspondientes. Santistevan, es de la misma conclusión (2010, p. 26) .

Discrepamos con esta posición en el caso específico del Arbitraje. En la siguiente sección, sustentaremos por qué.

2.2 El Arbitraje obligatorio en contrataciones del Estado en el Derecho Comparado Latinoamericano

En Latinoamérica, hasta hace poco más de dieciocho años, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él, por el solo hecho de ser el Estado, escenarios de privilegio al momento de afrontar una controversia, sin comprometer su soberanía ni sus poderes en el caso concreto.

En la actualidad, acaso por la influencia de los tratados que la mayoría de nuestros países viene celebrando en materia comercial, y por el fenómeno de la globalización que los impulsa a encontrar mayores y mejores escenarios que propicien la fluidez del tráfico económico; aunque aún de manera relativa, se vienen creando y propiciando escenarios en que los Estados dejan de cobijarse bajo principios como el de Soberanía y *lus Imperium*, para ponerse a la par de los particulares, y de esta manera encontrar escenarios de vinculación contractual más eficientes.

Es así que los Estados en general, vienen aplicando políticas que propician el acceso de mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje, en determinados ámbitos como el de la contratación pública, el cual se presenta como una alternativa novedosa y eficiente ante supuestos de controversia.

Este escenario propicio, se viene dando en nuestros países en mayor o menor medida. A continuación, citando a Rafael Bernal, damos un repaso sintético de las distintas realidades presentes en algunos Estados latinoamericanos:

Entre los países sin regulación particular, encontramos a Argentina, que si bien no posee una norma específica respecto del Arbitraje en los Contratos con el Estado, en su ámbito doméstico – el 2018 promulgó una Ley de Arbitraje Internacional -, tanto a través de tratados internacionales que someten al Estado y sus particulares, como en la práctica en su Derecho interno, recurre al Arbitraje, sin que la ausencia de regulación específica signifique algún tipo de reticencia, cuestionamiento o duda en sus operadores del derecho, respecto de su utilización (2004, p. 124).

En este último ámbito, el interno, en el país del Río de la Plata, para arbitrar con el Estado, no es necesaria la presencia de una ley específica. La posibilidad de arbitrar, se deja a la voluntad de las partes, lo que guarda coherencia con el espíritu originario del arbitraje, cuál es, que sea voluntario. En palabras del autor argentino Roque Caivano, la posibilidad de arbitrar en Argentina, es una “cuestión de conveniencia” (Citado por Bernal, 2004, p. 126).

En Uruguay, tampoco encontramos norma expresa que regule el Arbitraje en la contratación con el Estado. Similar que en Argentina, es su Código de Procedimiento Civil el cual en su capítulo referido a la regulación del Arbitraje abre la puerta a su utilización en toda contienda individual o colectiva.

Situación parecida se presenta en México, país que si bien tiene una norma que regula el arbitraje inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL (CNUDMI), por la cual se admite el arbitraje en contratos con el Estado, no posee una legislación específica referida a éste.

Entre el grupo de países con regulación particular, destacamos a Costa Rica, donde el Decreto Legislativo 7727, del 26 de noviembre de 1997, publicado el 14 de enero de 1998, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, señala de manera específica en el inciso 2 de su artículo 18 que “Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3 del artículo 27 de la Ley de la Administración Pública” .

Así las cosas, es claro que en Costa Rica, su régimen legal permite claramente someter a arbitraje las controversias de las que forme parte el Estado, sin reticencia alguna. De igual manera, lo permite específicamente legislaciones de otros países centroamericanos como Guatemala, Honduras y Panamá.

Volviendo a Sudamérica, además del Perú, países como Bolivia, Paraguay, Brasil y Ecuador presentan leyes específicas en la materia. Sin embargo, el tratamiento específico respecto de la posibilidad de que el Estado participe en arbitrajes en el Derecho interno, no se da a partir de una norma de derecho público (como lo es nuestra LCE), sino a partir de normas civiles y comerciales que regulan en general el arbitraje, y señalan taxativamente la posibilidad de que el Estado arbitre.

Tal como se aprecia del repaso sintético que hemos realizado, podemos decir que en Latinoamérica actualmente existe un movimiento de reforma y actualización legislativa, que denota una voluntad de involucrar al Estado y los entes públicos en la utilización del arbitraje. A pesar de la diversidad de tratamientos en cada uno de los países, en prácticamente todos los Ordenamientos se habla de la posibilidad de que el Estado arbitre. Es de esperar en este contexto, que el arbitraje siga madurando, extendiéndose y consolidándose a nivel interno, en las controversias en que participa el Estado.

2.3 Fundamentos por los cuales el Arbitraje es obligatorio en la LCE

La utilización del arbitraje en el Perú, sobre todo en los más de 20 años transcurridos desde la entrada en vigencia de la Ley N° 26572, que fuera reemplazada por el actual Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, presenta en muchas ocasiones, problemas derivados de una falta de tradición y cultura arbitral. Sin embargo, simultáneamente, tenemos una demanda creciente de arbitrajes, las instituciones arbitrales que se vienen consolidando y la conformación de un mercado arbitral importante que nos muestra que el arbitraje en nuestro medio, es una realidad que parece haber llegado para quedarse.

A esto último ha contribuido, no sólo la Ley de Arbitraje, sino también la apertura económica como política estatal, la predisposición del Estado a arbitrar como expresión de esta política, y, como ya señalamos, la aparición de instituciones arbitrales que se han venido consolidando en el tiempo. Si bien, falta camino por recorrer a efectos de que se consolide una tradición y cultura arbitral, sobretodo entre los operadores del arbitraje ya encontramos una conciencia creciente respecto de que esta institución es diferente a otras, y que en este sentido es un mecanismo de solución de controversias cuyo proceso presenta diferencias importantes con las reglas del Derecho Procesal Civil.

De hecho, la inclusión del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la LCE, es una clara demostración de la voluntad del Estado de “gozar” de los beneficios de arbitrar. Con esto, busca que sus litigios se resuelvan más rápido y de manera adecuada bajo la perspectiva de una justicia privada y especializada, una mayor predictibilidad en las decisiones, descargar al Poder Judicial liberando recursos y tiempo para atender otras materias como Derecho de Familia, Derecho Penal o ejecuciones, entre otras ventajas y aportes.

Si queremos resumir cuáles son los fundamentos para incluir en la LCE al Arbitraje obligatorio, debemos señalar los siguientes:

- (i) Su presencia como generador de confianza en los inversionistas. Corresponde a la idea de una justicia privada alternativa al lento, muchas veces corrupto y falto de especialidad sistema estatal. Asimismo, supone que el Estado pasa a litigar en igualdad de condiciones procesales que el privado con quien contrata, con reglas claras y predictibilidad.
- (ii) Que un arbitraje se resuelve en menor tiempo en comparación con lo que demoraría un proceso por la misma materia en el Poder Judicial. Esto permite una justicia rápida, eficiente y oportuna, o sea, una verdadera justicia.
- (iii) Que en un arbitraje los que resuelven son especialistas, lo que garantiza una mejor calidad de los laudos y por lo tanto una mayor posibilidad de una decisión justa y de acuerdo a lo que requiere la controversia.

Pero, ¿cómo es que el arbitraje es admitido en nuestro Ordenamiento como mecanismo de solución de controversias obligatorio en los litigios en los que participa el Estado?

En primer lugar debemos señalar que el último párrafo del artículo 62° de la Constitución de 1993, dispone que “el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

En palabras de Fernando Cantuarias, “El texto constitucional habilita que sea una ley la que determine la actuación del Estado en arbitrajes comerciales” (s/f, recuperado de: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeestado.php>). Así, el artículo 4° de la actual Ley de Arbitraje señala:

Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, 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.

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.”

Tal como señalamos en el numeral 2.1, citando a Kündmuller (Ver Supra páginas 23 y 24), el marco normativo de la LCE distingue dos momentos: 1) Una etapa previa que va desde la convocatoria hasta antes de la suscripción del respectivo contrato; y, 2) Una etapa posterior a partir de la firma del contrato.

Respecto de este tratamiento, coincidimos con Cantuarias, en señalar que la LCE no solo habilita la posibilidad de acudir al Arbitraje, sino que la considera como la única vía (fuera de la conciliación y la JRD en casos determinados) para la solución de las controversias.

Y va más allá, señala que el procedimiento de sometimiento, el proceso arbitral y la designación de él o los árbitros, deberá seguir lo estipulado por su Reglamento, que en la actualidad, es el Decreto Supremo 344-2018-EF de fecha 29 de Diciembre del 2018, (en adelante, El Reglamento).

Así, el artículo 45 de la LCE incluye una disposición que señala al arbitraje como obligatorio en las contrataciones con el Estado bajo el régimen de ésta, y que en este

sentido todo contrato bajo su ámbito deberá incorporar una cláusula de solución de controversias con arbitraje.

En síntesis, detrás de la decisión del Estado peruano de arbitrar está la idea de que es teniendo como medio de solución de controversias obligatorio al arbitraje, que el Estado puede mejorar sus condiciones de contratación para la provisión de las obras, bienes y servicios que requiere, o para vender aquellos que produce o provee.

Asimismo, existe el convencimiento de que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, afectaría los procedimientos de oferta de los bienes y servicios que vende y consume, puesto que estaría latente, el alto riesgo que en la actualidad supone someterse al Poder Judicial para la solución de controversias. Este riesgo, incrementaría los costos de la contratación, puesto que el riesgo de someterse a una instancia que lamentablemente ha demostrado ser ineficiente, incrementaría los precios, afectando en general, las condiciones del intercambio económico. Este razonamiento es compartido por Cantuarias (Citado en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeestado.php>).

Sin embargo, en nuestra opinión, esto no es una generalidad. Existen determinados supuestos en los que el intercambio económico se ve más bien afectado por el hecho jurídico que significa la exclusividad del arbitraje para la solución de controversias. De hecho, existen supuestos en los cuales a ciertos operadores del Derecho, ante la inminencia de tener que recurrir a un mecanismo de solución de controversias, les conviene más optar, además, en aplicación del Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, por el órgano juzgador estatal. (Ver Infra 3.1.3 página 43)

En la siguiente sección, desarrollaremos estas y otras ideas discrepantes con aquellas esgrimidas por la mayoría de la doctrina autorizada nacional.

CAPÍTULO 3: PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LOS CONTRATOS CON EL ESTADO

Hemos visto hasta aquí, que el arbitraje en general, tiene una génesis comercial y privada, alejada del Derecho, y en el que la voluntad, tanto para someterse a él como para determinar las reglas del mismo, así como lo vinculante de su fallo (del laudo), constituye un factor esencial, que, entre otros más o menos importantes, lo diferencia, de estructuras rígidas y formales en las que, sobretodo en países de tradición romano – germánica como el nuestro, los abogados estamos acostumbrados a operar. Así, el arbitraje, va más allá de las formalidades y exigencias del derecho procesal civil tradicional, o de cualquier otra disciplina del Derecho. Constituye una institución autónoma, con sus propios códigos y reglas, que como ya lo señalamos, privilegia la expresión de voluntad de las partes, y enarbola, la posibilidad cierta y real, de acudir a una solución de controversias válida, más allá del control judicial.

Si asumimos como ciertas las ideas que acabamos de señalar, podemos inferir que la existencia de un arbitraje obligatorio, sea a nivel privado o público, ya es una situación por decir lo menos sui generis, que en principio, atenta contra la esencia misma del Arbitraje.

Muchas veces hemos escuchado comentarios de personas neófitas en Derecho, que al referirse a los abogados señalan, que estos suelen ser especialistas en complicar situaciones que a la luz de los hechos resultan simples, o en utilizar términos, establecer definiciones o llegar a conclusiones, que no hacen más que poner en duda las deducciones lógicas a las que cualquier ciudadano común podría llegar a partir de un análisis serio de determinadas situaciones de hecho, y poner en peligro el funcionamiento de determinadas Instituciones y Sistemas.

En nuestra opinión, esto pasa en el caso objeto del presente trabajo. Para la realización del mismo, hemos tenido oportunidad de revisar muchos textos sobretodo de autores nacionales, reconocidos juristas, que, o niegan que en nuestro país se

presenta un arbitraje obligatorio para la solución de controversias en los contratos en que participa el Estado, o señalan que la posibilidad de que exista, es totalmente válida desde el punto de vista jurídico y sistémico, puesto que esta obligatoriedad es posible a través de una prerrogativa que la propia Constitución otorga, o porque el tratamiento de la cláusula de solución de controversias en los contratos con el Estado, debe ser considerada tal como lo son las cláusulas de los contratos de adhesión.

Pues, tomando en cuenta todo lo desarrollado hasta aquí, en primer lugar debemos afirmar categóricamente que somos de la opinión que en el Perú, existe un arbitraje obligatorio para los supuestos de controversia suscitados en la etapa de ejecución de los contratos domésticos de los que forma parte el Estado bajo la aplicación de la LCE.

En este sentido y como ya señalamos, discrepamos con quienes niegan esta realidad, o admiten su posibilidad. Dentro de los argumentos más utilizados para defender la legalidad del arbitraje obligatorio, está aquel que señala que al igual que en los contratos de adhesión, quienes contratan con el Estado, ya saben de antemano las “reglas del juego”, y que en este sentido, son libres de contratar o no, estableciendo una relación jurídica con el Estado.

Consideramos errónea la asimilación que se realiza de los contratos de adhesión con los contratos con el Estado. Los primeros, se elaboran, y en algunos casos se someten a aprobación de la autoridad administrativa, bajo supuestos de hecho que nos remiten a una posibilidad de contratación masiva y en el ámbito privado. Por el contrario, cuando hablamos de contratar con el Estado, por lo menos bajo la LCE, nos movemos en un escenario en donde se aplican las reglas de Derecho Público, donde hay un alto componente que nos remite a la defensa del interés público y al Principio de Legalidad; y sobretodo, donde a diferencia de los supuestos de contratación masiva, cada contrato en el que participa el Estado, suele tener su particularidad, su especificidad, sucediendo que en cada una de estas relaciones jurídicas contractuales, se presentan peculiaridades que hacen necesario que las condiciones del contrato a celebrarse, correspondan a los requerimientos de la situación o situaciones jurídicas particulares que motivan su suscripción.

Ahora bien, tal como ya hemos señalado, es cierto que en el caso particular del Perú, el arbitraje obligatorio en los contratos del Estado, viene propiciado por la realidad de un sistema judicial lento, corrupto y falto de capacidad, no sólo en cuestiones eminentemente técnicas, sino también al momento de análisis básicos que cualquier operador del Derecho debería dominar. A esto, hay que sumarle la falta de tradición arbitral de un Ordenamiento como el nuestro que recién estos últimos años comienza a informarse y cerciorarse de la existencia y validez de la institución arbitral; así como, la existencia de paradigmas legales en los operadores del Derecho, que tratan de “colocar” al arbitraje bajo algún “corsé” ya existente (como puede ser el proceso judicial civil).

Si bien es cierto que el arbitraje ha tenido un gran desarrollo estos últimos veinte años, extendiéndose a muchos ámbitos de nuestro Ordenamiento Jurídico (civil, laboral, tributario, hasta penal), lo señalado en el párrafo anterior, dificulta la autonomía y consolidación de la institución arbitral. Y es que en nuestro país, sobretodo en el caso específico de las controversias en los contratos con el Estado, dado el pobre desempeño de nuestro sistema judicial, y la necesidad de dotar de fluidez al tráfico jurídico – económico, bajo el halo de una economía social de mercado reconocida en la propia Constitución, se ha tomado la decisión legislativa de elegir al arbitraje como la opción que permita la solución eficiente de controversias. Para esto, se ha determinado que sea obligatorio, y se le ha blindado frente a la posibilidad de la intervención estatal, dejando el control judicial, prácticamente como una facultad limitada y ex post.

En nuestra opinión, nos parece coherente y apropiado para el desarrollo del arbitraje, su blindaje frente al control estatal, sobretodo en etapas anteriores a la emisión del laudo, sin embargo, no entendemos el por qué de la necesidad de establecer un arbitraje como obligatorio en la LCE, cuando en nuestra opinión, esto, además de no ser acorde a nuestro Derecho, no es necesario. Explicaremos por qué.

3.1 Principios y Derechos que se estarían afectando con la existencia del Arbitraje obligatorio en los contratos domésticos de privados con el Estado

3.1.1 La Autonomía de la Voluntad en los contratos con el Estado y el Arbitraje

La Autonomía de la Voluntad, es un Principio General del Derecho de gran relevancia dentro de la Teoría General de los Contratos, ya que, una de sus consecuencias más importantes radica en permitir que los privados celebren pactos de cualquier tipo, aunque estos no tengan una reglamentación específica determinada por ley; y la otra, es que este principio no se limita solamente a permitir que las partes celebren contratos, sino también a la libertad que tienen los que contratan para determinar el contenido de los contratos, es decir, la libertad para establecer las obligaciones que de estos emanan, una de ellas, la manera de solucionar sus controversias.

En un escenario en el cual se presenta una controversia, debe determinarse en primer lugar, si las partes enfrentadas pueden elegir libremente o no un mecanismo para su solución. En el ámbito privado, las partes contrincantes, actúan con la autonomía que el marco legal les permite. Así, con la libertad que la ley les permite, las partes pueden elegir voluntariamente el camino para la solución de sus diferencias. Usualmente recurren al poder estatal, siendo el arbitraje una opción que requiere del consenso entre ellas, el mismo que puede darse antes de la ocurrencia de la controversia, normalmente con la cláusula contractual de solución de controversias, o luego de ella.

Entonces, este Principio de Autonomía de la Voluntad, también les permite determinar quiénes juzgarán ante un supuesto de controversia, y las reglas de este proceso.

Ahora, es preciso establecer, si es que en los contratos domésticos de privados con el Estado, podemos hablar de la existencia de una autonomía de la voluntad.

En principio, autonomía de la voluntad, supone la capacidad de elegir con quien contratar, y las reglas de la contratación. Por lo tanto, si en una relación jurídica entre partes contratantes, no existe la libertad de elegir con quien se contrata, ni las

condiciones bajo las cuales se contrata, no podemos hablar de la existencia de una autonomía de la voluntad.

Esto es lo que en nuestra opinión, sucede en los contratos con el Estado. En principio, no existe supuesto donde el Estado a través de cualquiera de sus expresiones, actúe con libertad, con autonomía. Y esto, simple y llanamente porque cualquier actuación del Estado como parte contractual, supone la obligación fundamental de su representante de observar el interés público y un respeto irrestricto al Principio de Legalidad. Y esto se presenta también en el ámbito de la solución de controversias

Desde el punto de vista del privado que contrata con el Estado, digamos que existe una autonomía de la voluntad parcial, por cuanto si bien el privado puede elegir contratar o no con el Estado a través de alguna de sus expresiones, no puede elegir las reglas de la contratación, que normalmente vienen pre definidas por la entidad. En el caso de la solución de controversias, esto también es así, la LCE dispone que para las controversias bajo su ámbito el mecanismo de resolución de conflictos sea el Arbitraje. Es decir, no se le da al privado, la posibilidad de elegir el medio heterocompositivo de solución de conflictos que considere más conveniente.

Por lo tanto, no se puede hablar de la existencia de autonomía de la voluntad en los contratos en los que forma parte el Estado, por lo menos en aquellos regidos por la LCE. En estos contratos, el Estado no es libre de elegir con quien contratar, ni tampoco es libre de elegir las condiciones del contrato. El Estado contrata, en cumplimiento de disposiciones normativas, que le señalan el derrotero de la contratación, desde con quienes debe contratar, hasta las condiciones del contrato. El privado, puede elegir si contrata o no, y en este sentido con quien, pero no puede elegir las reglas de la contratación. Tampoco el mecanismo de solución de controversias.

En este sentido, es lógico concluir que el Estado, actuando como parte contractual, si no es libre de contratar y de establecer las reglas de contratación, tampoco lo es de elegir el mecanismo de solución de controversias y sus reglas. Tendríamos que concluir, al igual que en referencia a los contratos, que el mecanismo de solución de

controversias en los contratos con el Estado, se determina a partir de un marco legal que observa fundamentalmente el interés público.

Por lo tanto, uno de los sustentos para considerar al arbitraje como un mecanismo obligatorio de solución de controversias en los contratos con el Estado regidos por la LCE, es el interés público, y necesita de una norma legal que lo sancione. Sin embargo, en nuestra opinión, el hecho que se requiera de una ley para que se admita el arbitraje en la contratación con el Estado, no significa necesariamente que ésta lo haga obligatorio, negando la posibilidad de acudir a otros mecanismos, como el estatal.

De hecho, opinamos que lo más pertinente es no tener una norma que considere obligatorio el arbitraje en la contratación pública como lo hace la LCE. Al igual que en Argentina, Uruguay o México, consideramos que no es necesario tener una norma de estas en nuestra LCE. Si la Constitución y la Ley de Arbitraje dotan de marco legal y admiten la posibilidad de arbitrar en la contratación pública, cuál es la necesidad de una norma que lo torne en obligatorio y de esta manera limite aún más la autonomía de la voluntad del público y del privado?

Perfectamente podemos tener vigente una LCE que garantice el referido principio de autonomía y que, en todo caso, junto a su Reglamento, determine el camino, los procedimientos a seguir para la elección del mecanismo para solucionar las controversias (como en parte lo hace la actual Ley y su Reglamento).

Ahora, somos conscientes que este escenario ideal es muy difícil de que se aplique en el Perú, porque en la actualidad precisamente vivimos el sentido opuesto del camino, cual es pretender regular por escrito y establecer controles y candados a cada procedimiento, sobre todo cuando una de las partes es el Estado. Y esto, tiene sentido por las experiencias de los últimos años. Y es que el arbitraje que se presentaba como una solución eficiente, célere, especialista y honesta, en muchos casos ha caído también en supuestos de irregularidades y corrupción.

Entonces, aquellos que defendían al arbitraje aun forzando argumentos hasta filosóficos para defender su obligatoriedad, en vez de permitir que éste se aplique de manera natural, ahora callan frente al esfuerzo del legislador actual por encorsetar aún más los procedimientos y reforzar las regulaciones alrededor del arbitraje en contratación pública.

Parece ser que existe una justificación de parte de la mayoría de autores reconocidos: el arbitraje no es perfecto pero es mejor que ir al Poder Judicial. Debemos ser coherentes jurídicamente y admitir su voluntariedad, aún en el marco de la LCE, pero es más seguro, dada nuestra realidad, violar la Constitución y los Tratados Internacionales y mantenerlo obligatorio.

Pues, no se puede ir contra la naturaleza de las cosas. Y ser consecuentes con la naturaleza del arbitraje, en realidad, no va a afectar el sistema. Reconocemos que ante los probados y conocidos supuestos de ineficiencia y corrupción que también se han producido en el arbitraje, como por ejemplo los arbitrajes del mediático caso Lava Jato, y otros que no son públicos pero que también se vienen presentando en nuestro Sistema; en estos momentos empezar a levantar la bandera de virar a una legislación que simplemente considere posible y no obligatorio el arbitraje, o presentar un proyecto de ley que lo torne voluntario en el ámbito de la LCE, podría ser impopular. Además, consideramos que en la coyuntura que vivimos no sería adecuado.

Como ya señalamos, seguimos creyendo que el mecanismo más eficiente de solución de controversias que existe en nuestro Ordenamiento es el arbitraje. Pero también, creemos que su aplicación no es perfecta tanto en forma como en fondo. Pensamos que debe producirse ese viraje, pero que no sólo nuestro Ordenamiento Jurídico, sino nuestra sociedad, no están preparados para esto. El cambio, proponemos, debe ser paulatino.

Y es que la crisis generalizada que hoy vemos en todos los ámbitos del Estado, tanto a nivel horizontal como vertical, identificamos que esencialmente se debe a dos factores: (i) falta de capacidad (por defectos de formación y falta de experiencia necesaria), y (ii) falta de valores (que corresponde a una cultura de la corrupción

generalizada, que se encuentra presente en nuestra comunidad desde hace siglos, y por lo tanto es muy difícil de vencer a corto plazo).

En este contexto, virar hacia la voluntariedad absoluta en los arbitrajes bajo el ámbito de la LCE, requiere de un trabajo que va más allá de lo normativo. Supone un esfuerzo educativo tanto en los aspectos técnicos como en valores, que no se da de la noche a la mañana. Sin embargo, el hecho de que existan malos operadores del Derecho o una Institución imperfecta – que ninguna lo es – no significa que no procedamos acorde a Derecho. Si nuestro Ordenamiento, repetimos, puede propugnar que por lo menos del lado del privado, se garantice, o se vaya garantizando su autonomía de la voluntad, se debe proceder en este sentido.

Trayendo a colación estadísticas del estudio realizado por César Guzmán Barrón para el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP, al 2012, el 94.8% de arbitrajes con el Estado los inicia el contratista, es decir, el particular (2014, p. 95). Normalmente, para decirlo en términos simples, los arbitrajes en su gran mayoría se inician porque el contratista considera que la entidad le debe pagar por algún tipo de concepto. Es decir, se inician, teniendo al contratista, al particular, como sujeto activo del proceso. El particular quiere cobrarle al Estado. Entonces, por qué la LCE limita la autonomía de la voluntad del particular obligándolo a recurrir al arbitraje?

Tal como podemos apreciar de los ejemplos consignados en el acápite 3.1.3 (Ver Infra página 45), existen supuestos en los cuales, puede resultar para el particular más eficiente ir al Poder Judicial que al arbitraje. Por supuesto que coincidimos en que el arbitraje suele ser más rápido que un proceso judicial, el contratista también lo sabe, pero cada caso tiene una particularidad, y puede resultar más oneroso jurídica y/o económicamente, en determinadas circunstancias, que el particular recurra al arbitraje.

Dicho esto, podrá decirse que admitir lo hasta aquí postulado, signifique el peligro para el Sistema de que empiecen a aumentar los procesos judiciales interminables y engorrosos que terminarán dañando el Sistema. No creemos que esto sea así. Y esto porque estamos convencidos que los operadores del Sistema buscarán los escenarios más eficientes. En este sentido, los particulares buscarán los caminos más eficientes

desde el punto de vista económico y jurídico, para satisfacer los intereses que postulen al proceso.

Sin embargo, como ya dijimos, consideramos que el viraje a un arbitraje potestativo debe ser paulatino, hasta que se logre modificar muchos defectos estructurales del Sistema Estatal, del arbitraje y de nuestra sociedad; y en este sentido se debe empezar a aperturar hacia este camino a nuestra LCE, acaso en un primer paso, permitiendo que del lado de los particulares, y ante supuestos, sobretodo de reconocimiento de obligaciones de dar suma de dinero, y de cobro de dinero adeudado, se permita que el contratista opte por el mecanismo de solución de controversias al que quiera recurrir.

3.1.2 El Principio de Legalidad en referencia al Arbitraje en los contratos con el Estado

Tal como señalamos en el numeral 1.4 del Capítulo N° 1 del presente trabajo, el arbitraje en el Perú, está reconocido en nuestra Constitución como mecanismo de solución de controversias cuya resolución final consentida es cosa juzgada. Este mecanismo, a su vez, se encuentra desarrollado en una Ley General, la misma que sirve de marco para su utilización práctica en nuestro medio, y se encuentra, tal cual es la tendencia en la legislación comparada, inspirada en la Ley Modelo de CNUDMI (Ver Supra 1.4, segundo párrafo).

Este marco normativo, admite al arbitraje, como mecanismo de solución de controversias ante supuestos de conflicto en contratos de los que forma parte el Estado.

De igual manera, en el Derecho comparado, sobretodo en el Latinoamericano, afín al nuestro, se admite la posibilidad de que el Estado arbitre, siendo que existen en su mayoría, ordenamientos que a partir del reconocimiento constitucional del arbitraje, lo

admiten, utilizándolo a partir de sus normas procesales civiles, o de Leyes Generales de Arbitraje (Ver Supra 2.2).

Toda esta realidad normativa, que regula y viene permitiendo en mayor o menor medida el desarrollo del arbitraje en nuestra región, conserva las dos características fundamentales, que, tal como señalamos en el Capítulo N° 1, conlleva el arbitraje: voluntariedad, y, resolver controversias fuera del Sistema Estatal.

Y es que, como ya señalamos, la institución arbitral responde a una génesis y desarrollo distinto a otras ramas del Derecho, observando sus propias características, que propician su utilización adecuada para la solución de controversias.

En este sentido, si pretendemos asimilarla a otras ramas (como la procesal civil) o le añadimos características que no le son propias, como la obligatoriedad, no hacemos más que desnaturalizar la institución.

En nuestra opinión, no justifica la desnaturalización de la institución arbitral, el hecho de que el Sistema Judicial Estatal no funcione eficientemente. No podemos alterar la existencia y sentido del arbitraje, porque el mecanismo estatal de solución de conflictos no funcione adecuadamente. Al final, lo único que se consigue, es tener dos mecanismos ineficientes, uno, el arbitral, porque se altera su esencialidad y de este modo se contribuye a asimilarlo a instituciones procesales formalistas (a colocarle un “corsé”) que no hacen más que atentar contra su eficiencia, puesto que tienden a olvidar que lo importante es solucionar la controversia y no perder el tiempo en cuestiones excesivamente formales; el otro, el estatal, que ya viene ineficiente, por factores, los más importantes ya expuestos en el presente trabajo (Ver Capítulo N° 2), el cual seguirá así, mientras no exista decisión política real de mejorarlo; y en cuanto a sus operadores, nos ocupemos de formarlos en valores y capacitarlos mejor.

Pues, en nuestra opinión, nuestros legisladores, frente al problema de la ineficiencia del Sistema Judicial, y la necesidad de dotar de fluidez al tráfico económico – jurídico,

y así fomentar la inversión; toman el camino más fácil, dejar de lado el mecanismo que no les resulta (el estatal) y disponer que se adopte uno nuevo (el arbitral). Y lo hacen obligatorio.

El problema es que esta solución, atenta contra el Principio de Legalidad. Si uno analiza tanto la Constitución como la Ley de Arbitraje inspirada en la Ley Modelo de CNUDMI, en ninguna norma se señala que el Arbitraje tenga que ser obligatorio.

Y atenta contra este principio, porque la Constitución considera al arbitraje tanto en el ámbito privado como en el público, como una posibilidad; nunca habla de hacerlo obligatorio frente a ningún supuesto. Sin contrariar este sentido, la Ley de Arbitraje también admite la posibilidad de que el Estado arbitre. No señala que el arbitraje sea obligatorio.

De hecho, las normas citadas, permiten que se arbitre en los contratos con el Estado, pero no señalan a éste como obligatorio. ¿Por qué entonces, una ley de inferior rango a la Constitución como la LCE dispone que el arbitraje sea obligatorio?, ¿por qué si el arbitraje es en esencia voluntario, meterlo en el “problema” de hacerlo obligatorio?

Trayendo a colación nuevamente el Derecho Comparado Latinoamericano (Ver Supra 2.2), tampoco en éste se determina como obligatorio al Arbitraje en los contratos con el Estado.

En Europa, más precisamente en España, su Tribunal Constitucional a través de su Sentencia 352/2006 del 14 de diciembre del 2006, consideró inconstitucional el primer párrafo del artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, porque incorporaba a todo contrato bajo su regulación, un convenio arbitral salvo pacto en contrario; lo que en la práctica suponía la obligación de acudir a la vía arbitral. En palabras de este Tribunal

(...) la autonomía de la voluntad de las partes – de todas las partes – constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuando que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandando a los efectos del mismo. Quebranta por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella.

De igual manera, la Corte Constitucional Italiana también se ha manifestado en contra de la constitucionalidad del arbitraje obligatorio, especialmente a partir de la Sentencia 127/1977 del 14 de julio de 1977.

Por otro lado, nuestra Constitución no habla de arbitraje obligatorio. El artículo 139° inciso 1 de nuestra Carta Magna lo admite como jurisdicción. Y esto consideramos que debe interpretarse como la admisión expresa de la constitucionalidad del arbitraje, en tanto implica, en los casos en que lo pacten las partes, una exclusión del control judicial para resolver determinados supuestos. Pero en ninguna parte de la Constitución se señala que el arbitraje deba ser obligatorio en algún ámbito. Se abre la posibilidad de su utilización como mecanismo de solución de controversias, se refiere a él como jurisdicción, pero no se señala la obligatoriedad de recurrir a él ni de manera general ni en supuestos determinados.

Bajo esta misma idea, la vigente Ley que norma el Arbitraje, también habla de la posibilidad que tiene el Estado de arbitrar.

Por lo expuesto consideramos, que en el Perú, tanto la Constitución como la Ley de Arbitraje vigentes, bastan como marco normativo para que el Estado a través de cualquiera de sus expresiones pueda arbitrar. Consideramos innecesaria e inconstitucional, la inclusión en la norma de solución de controversias de la LCE, de términos que suponen que el arbitraje sea obligatorio. Lo que encontramos en nuestro

sistema de solución de controversias en contratación pública, es una manifestación de la exacerbación del principio de legalidad, que es un fenómeno que también se da en otros ámbitos de nuestro Sistema Jurídico, y que en este caso supone la imposición legal de una obligatoriedad de recurrir al arbitraje.

3.1.3 La Tutela Jurisdiccional Efectiva, la libertad de concurrencia y el Arbitraje obligatorio en los contratos domésticos de los que forma parte el Estado

La Tutela Jurisdiccional Efectiva (en adelante, "TJE") es un elemento esencial del debido proceso, y una garantía fundamental constitucionalmente reconocida, que tienen todos los ciudadanos de acceder a un órgano juzgador para la dilucidación de una controversia que los involucra.

En efecto, el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece que uno de los principios que inspiran la función jurisdiccional es la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Esto significa, que el acceso a la justicia debe encontrarse garantizado, y que no se debe poner ninguna traba innecesaria o irrazonable, o que suponga un aprovechamiento indebido por parte de la persona o personas a la que se le pueda oponer la controversia, o inclusive de parte del órgano jurisdiccional correspondiente, respetándose siempre el principio "pro actione".

Es decir, desde el punto de vista de los privados que contratan con el Estado, el cumplimiento de este principio constitucional, supone que ante un supuesto de controversia, les sea garantizado el acceso a la justicia. La cuestión es si la disposición que establece un arbitraje obligatorio garantiza este acceso. Creemos que no.

Aquellos que defienden la viabilidad del arbitraje obligatorio en los contratos con el Estado, "santifican" la disposición relativa a la solución de controversias en la LCE (Ver Supra págs 23 – 24) junto a las cláusulas de garantía y las de resolución del contrato

por incumplimiento, y señalan que nunca deben faltar en los contratos con el Estado. Sin embargo, una cláusula de solución de controversias, a diferencia de una de garantía o una de resolución del contrato por incumplimiento, no constituye un remedio contractual. Digamos que, ante un supuesto de riesgo de incumplimiento o de incumplimiento, la existencia de garantías contractuales o la estipulación explícita de supuestos consensuados por las partes como el de resolución, pueden ayudar a inhibir una conducta de incumplimiento o a compensar el perjuicio ocasionado, si se produce éste, propiciando uno u otro la eficacia del contrato. Es decir, que se cumpla con su objeto y que los contratantes vean satisfechos sus intereses puestos en juego.

En cambio la cláusula de solución de controversias, nos ubica en un escenario en el que el propio contrato es incapaz de continuarse ejecutando a través de sus cláusulas, sea parcial o totalmente. Por ello es que consideramos, que no puede colocarse esta cláusula a la par de las otras dos. Las otras dos, observan disposiciones propias de cualquier contrato, en los que es usual establecer garantías de cumplimiento y supuestos de resolución como parte de deberes jurídicos y derechos subjetivos propios de las relaciones contractuales, que no importan colisión con derecho constitucional alguno, sino por el contrario, constituyen junto a las demás cláusulas del contrato, la expresión de viabilidad de las transacciones con contenido patrimonial, las mismas que a su vez son reconocidas y fomentadas por nuestra Carta Magna.

Bajo este orden de ideas, una cláusula de solución de controversias que circunscribe la posibilidad de los contratantes a una vía obligatoria, atenta precisamente contra el derecho constitucional de cualquier parte contractual, de acudir a una TJE.

Existe la idea también, de señalar que no se afecta la TJE por cuanto, previamente a elegir contratar con el Estado, se sabe que hay una Ley que dispone como obligatorio al arbitraje, que esta disposición va a ser incorporada en el contrato y que si el privado no está de acuerdo, es libre de contratar o no con el Estado. Este argumento no nos parece válido, no sólo por los argumentos ya expresados en esta misma sección (Ver Supra 3.1 y 3.1.1), sino porque admitirlo significaría también reconocer como válidas situaciones de “discriminación contractual”. Para ponerlo en términos legales, de acuerdo al artículo 2º de la LCE, admitir este argumento sería colisionar con el Principio de Libertad de Concurrencia sancionado en el inciso a) de la norma

señalada, el mismo cuya inclusión si bien por un lado busca proteger los intereses económicos de la Administración a través de la competencia que se debe dar en los procedimientos contractuales, por otro lado, debe garantizar el acceso de los particulares a la contratación con la Administración. (Ver Supra pág. 22).

Traigo a colación un caso que llegó a arbitraje, entre un particular y una entidad del Estado por una controversia en un contrato de menor cuantía. Para ser exactos, el conflicto se suscitó por cuanto el contratista consideraba que el monto a pagarle como liquidación final de obra ascendía a S/. 21,000.00 (Veintiún mil y 00/100 Nuevos Soles), mientras que la entidad estatal consideraba que lo que debía pagar por el citado concepto era S/. 16,000.00 (Dieciséis mil y 00/100 Nuevos Soles). Puesto que no hubo acuerdo conciliatorio, la única alternativa para el contratista era irse a arbitraje, en donde el monto que debía pagar por concepto de honorarios arbitrales, gastos administrativos del proceso y abogados, era más alto que la expectativa de poder cobrar esos S/. 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 Nuevos Soles) más, que consideraba le correspondía¹.

En otro caso, que también llegó a arbitraje, una empresa nacional subcontratista de una empresa transnacional que ganó la buena pro para construir determinado número de obras en un proyecto de una entidad estatal, reclamó a la señalada empresa transnacional que le pagara por unas obras que realizó, un dinero que la transnacional a su vez le había cobrado a la entidad estatal. La transnacional se negó a pagarle a la subcontratista, lo que generó una situación de quiebra en la empresa por la imposibilidad de cumplir con las obligaciones que había asumido para ejecutar una obra que contó con la aprobación de la transnacional. Fracasada la etapa conciliatoria, la empresa subcontratista afectada, no tenía ni para pagar el costo del arbitraje².

¹ Esta situación corresponde a un caso real del cual, atendiendo al Deber de Confidencialidad asumido por los árbitros, y a que no se cuenta con la autorización de los involucrados para que su caso sea mencionado en este trabajo, no se consignan los nombres de las partes ni los montos exactos que corresponden.

² Esta situación corresponde a un caso real del cual, atendiendo al Deber de Confidencialidad asumido por los árbitros, a que no se busca cuestionar ni a las personas ni a las instituciones que estuvieron involucradas, ni se cuenta con la autorización de éstas para que su caso sea mencionado en este trabajo, no se consignan los nombres de las partes ni los montos exactos que corresponden.

Estos son dos ejemplos que demuestran que el arbitraje, no es idóneo en algunos casos, y que su obligatoriedad, puede llegar a constituir una afectación real al derecho a la TJE.

Por lo tanto, consideramos que estipular un arbitraje obligatorio, responde a una concepción errada de la contratación con el Estado, pues no se puede considerar a unos contratos cuya esencia se encuentra en el interés público, a unos contratos en los que se está poniendo en juego el peculio de todos los ciudadanos, como si fueran contratos en masa, contratos de adhesión. Esto debido a la particularidad que suelen presentar cada uno de los contratos de los que forma parte el Estado y en los que están en juego intereses y patrimonio públicos.

De igual manera, consideramos un error la obligación de utilizar sólo una vía específica de solución de controversias, por cuanto, al no poderse asimilar uniformemente todos los contratos con el Estado, no constituye necesariamente el arbitraje, un medio idóneo y de acceso a la justicia que responda adecuadamente a todos los supuestos de controversia presentados en los contratos de los que forma parte el Estado. Asu vez, esta única vía atenta contra la TJE a la que debe tener acceso todo particular, y al final, también contra la posibilidad de concurrir por parte de los particulares, a los procedimientos de contratación.

Por lo que existen determinadas situaciones en las que sería más eficiente acudir a otros mecanismos de solución de controversias, acaso, el estatal. En este sentido la Constitución y la Ley de Arbitraje permiten perfectamente utilizar tanto al arbitraje como al Poder Judicial como mecanismos de solución de controversias. Ante ello una vez más nos preguntamos, ¿era necesario entonces poner como obligatorio al arbitraje en los contratos con el Estado? Una vez más nos respondemos: no.

3.2 ¿Cómo debe ser entendido el Arbitraje en el Ordenamiento Jurídico Nacional?

En nuestra opinión, el arbitraje doméstico en los contratos con el Estado bajo la LCE, debe ser considerado como una posibilidad tal cual lo señala la Ley de Arbitraje y la Constitución Política del Estado. Nos parece innecesaria su inclusión como obligatorio en la LCE, además de inconstitucional y propiciadora de afectaciones de otros derechos y principios.

Consideramos que el hecho de que el arbitraje no sea considerado como obligatorio en los contratos con el Estado, no atentará contra la eficiencia de este tipo de contratos, ni contra la fluidez del tráfico económico – jurídico. Por el contrario, quitarle el “corsé” de la obligatoriedad, permitirá adaptar la cláusula de solución de controversias a incorporarse, a las necesidades particulares del contrato a celebrarse, de tal manera que el mecanismo elegido sea el más eficiente frente a las situaciones jurídicas contractuales propias del mismo.

Si partimos del hecho de que el Estado a través de las distintas expresiones que lo representan en las relaciones contractuales, carece de autonomía de la voluntad para elegir con quien contratar y las reglas a aplicarse en sus contratos; constituye un mínimo de garantía para los particulares contratistas, quienes en este tipo de contratación tienen una autonomía de la voluntad muy limitada, el hecho de aspirar a un mecanismo de solución de controversias adecuado a la necesidad que el objeto del contrato requiere. Pero en el caso del privado que contrata con el Estado, por qué no dejar a su conveniencia elegir el mecanismo de solución de controversias, sobre todo en los casos que supongan su participación como sujeto activo procesal a efectos de que proceda un cobro, reconocimiento de obligación o entrega de bien por parte de la entidad?. En este sentido, por ejemplo, podría incluirse tranquilamente, cláusulas de solución de controversias distintas a la arbitral, o que planteen una alternativa judicial al arbitraje a elección del contratista, lo que de seguro disminuirá el riesgo para éste respecto del contrato, y contribuirá también a garantizar el acceso a la contratación, fomentar la competencia, y a la postre hacer económicamente más eficiente la contratación.

Asimismo, bajo la idea ya desarrollada en este trabajo que la autonomía de la voluntad del Estado está limitada por el Interés Público y el Principio de Legalidad, podemos admitir que en el caso del Estado actuando como parte contractual a través de alguna

de sus expresiones, ya venga predeterminado su sometimiento a arbitraje en supuestos de controversia como política de contratación. En este sentido, no será necesario que el arbitraje sea considerado como obligatorio en la LCE para que en las bases de un concurso, o en los requisitos de una contratación, éste sea considerado como mecanismo de solución de controversias. Desde el punto de vista del contratista, sí consideramos que debe dejarse abierta la posibilidad de elegir, a través de la facultad de optar por lo que más le convenga ante un supuesto de controversia por el que tenga que emplazar a la entidad. Esto le permitirá elegir el mecanismo que considere le va a resultar más eficiente a la luz del objeto y características específicas de un contrato.

Esto, además de permitirle al contratista recuperar su acreencia asumiendo un costo razonable, eliminará también las dudas, respecto de principios y derechos reconocidos en nuestro Ordenamiento que se puedan estar conculcando. Por el contrario, garantizará la TJE de los particulares y su libre concurrencia a la contratación.

3.3 ¿Qué significa solucionar adecuadamente una controversia en la que forma parte el Estado?

Desde la posición del Estado, una solución idónea de una controversia, es aquella que en su resolución definitiva no afecta el interés público puesto en juego a través de las prestaciones debidas por la entidad estatal así como por las prestaciones que se requiere del privado. Es preciso señalar que el hecho de que el Estado pueda perder un juicio, no significa necesariamente que se esté afectando el interés público. De hecho, en principio, no debe significar esto, si consideramos que se llega a una solución justa y acorde a Derecho, sea en la vía judicial o en la vía arbitral. En este sentido si el juzgador dispone que el Estado pague, será porque es lo que corresponde como contraprestación contractual debida, o como compensación por un perjuicio causado por un incumplimiento.

Al igual que para un particular, una solución adecuada de una controversia para la Administración, pasa también porque ésta suponga un costo en tiempo y dinero que

constituya una carga razonablemente llevadera frente al objetivo de justicia esperado con la resolución final.

Desde el punto de vista del particular, lo dicho en el párrafo anterior también está presente, pero es importante además, el hecho de que la solución adecuada de una controversia en la contratación con el Estado, pasa además por ver garantizado el uso de la limitada autonomía de la voluntad que presenta, por tener la posibilidad de una TJE acorde con los intereses jurídicos en juego en el contrato, por el cumplimiento de la ley como seguridad jurídica de que existen reglas claras que se van a respetar.

En el caso objeto de este trabajo, que es el que nos convoca, es necesario para la solución adecuada de controversias en los contratos de particulares con el Estado, un adecuado uso del sistema normativo que tenemos. Esto pasa por entender, identificar y diferenciar a la institución arbitral de otras presentes en el Derecho. En la actualidad, el arbitraje es reconocido como mecanismo de solución de controversias en la Constitución, siendo que al Estado se le permite arbitrar en determinados supuestos, tal como lo señala la Ley de Arbitraje, y como debería limitarse a señalar la LCE, en concordancia con los dos cuerpos normativos antes señalados. En este sentido, no necesitamos una norma que nos diga que el arbitraje es obligatorio.

3.4 Se debe modificar la LCE en referencia al Arbitraje Obligatorio. Propuesta.

Como ya hemos señalado (Ver Supra 2.1), y concluido en el presente Capítulo, la LCE considera obligatoriamente al Arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

De igual manera, hemos concluido que esta disposición es ilegal e innecesaria, y afecta, además de determinados derechos de los contratantes, la eficiencia económico – jurídica de la contratación con el Estado, en determinados casos.

Hemos señalado también (Ver Supra 3.1.1) que lo más coherente desde el punto de vista jurídico sería que, al igual que en otros países que hemos referido en el presente

trabajo, simplemente se obvие de la LCE y su Reglamento, la obligatoriedad del arbitraje. Sin embargo, nos mantenemos en la postura de que esta vuelta a la esencialidad del arbitraje debe ser paulatina. Que en la coyuntura en la que estamos, de crisis institucional y casos de mega corrupción que también han tocado a la Institución Arbitral a nivel de la Contratación Pública, no sería aún pertinente hacer un cambio tan radical.

Bajo este orden de ideas, y, tomando en consideración todo lo hasta aquí desarrollado, consideramos pertinente proponer una modificación a la LCE, de tal manera que guarde coherencia con la Constitución y la Ley que norma el Arbitraje, y, sobretodo, corresponda a mantener la esencialidad del arbitraje, contribuyendo al desarrollo de esta institución.

De la revisión que hemos realizado de dicho cuerpo legal, consideramos que sería necesario modificar el artículo 45° numeral 1 de la LCE.

En este sentido, nuestra propuesta es que el citado dispositivo legal quede redactado de la siguiente manera:

Artículo 45°.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes; **siendo posible la utilización de otros mecanismos de solución de controversias distintos, siempre y cuando las bases o el contrato lo determinen tomando en cuenta el acuerdo entre las partes, y dejando a salvo las excepciones estipuladas en los numerales de este artículo.** En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. **Las controversias sobre reconocimiento y/o incumplimiento de pago final que tengan a un particular como sujeto activo, podrán ser sometidas, a elección de éste, al Poder Judicial o arbitraje.**

(El añadido se encuentra en negritas y es nuestra propuesta concreta)

De esta manera la citada norma, guardará mayor coherencia con la Constitución, la Ley que norma el Arbitraje y la esencia de éste. Es preciso señalar, que estamos de acuerdo con que la LCE considere al arbitraje como el mecanismo de solución de controversias por excelencia, como el que en principio debe utilizarse, dado que consideramos que se encuentra - pese a sus defectos y problemas que hoy vemos a través de los medios -en mejor posición de proteger el interés público frente a otros mecanismos como el estatal. Lo que no significa que consideremos su obligatoriedad.

Asimismo, consideramos que debería ser modificado también, el artículo 223° del Reglamento, el mismo que quedaría redactado de la siguiente manera:

Artículo 223. Disposiciones generales

223.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas, arbitraje institucional **o ante el Poder Judicial**, según corresponda, de acuerdo a la Ley, este Reglamento, y por acuerdo de las partes.

223.2. Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación, arbitraje **o ante el Poder Judicial**.

(El añadido se encuentra en negritas y es nuestra propuesta concreta)

Estas son en suma, las modificaciones legales que propondríamos, que contribuirían a la idoneidad de la utilización del arbitraje en los contratos domésticos con el Estado, en congruencia con la Constitución, la Ley que norma el Arbitraje, y el desarrollo nacional y comparado de esta institución. Facilitarían una armonía técnico – legal en respeto con su esencia, fortaleciendo y mejorando aún más el escenario para su desarrollo en el Perú.

CONCLUSIONES

1. El Arbitraje, es una institución autónoma, con sus propios códigos y reglas. El carácter voluntario del arbitraje, está presente tanto para someterse a él, como para determinar sus reglas, así como por lo vinculante de su fallo (del laudo); lo que constituye un factor esencial, que, entre otros más o menos importantes, lo diferencia, de estructuras rígidas y formales existentes en nuestro Sistema Jurídico.

2. La existencia de un arbitraje obligatorio, sea a nivel privado o público, es una situación sui generis, que en principio, atenta contra la esencia misma del arbitraje. En el Perú, existe un arbitraje obligatorio para los supuestos de controversia suscitados en la etapa de ejecución de los contratos domésticos de los que forma parte el Estado bajo la aplicación de la LCE.

3. Es errónea la asimilación que se realiza de los contratos de adhesión con los contratos con el Estado. Cuando hablamos de contratar con el Estado, por lo menos bajo la LCE, nos movemos en un escenario en donde se aplican las reglas de Derecho Público, donde hay un alto componente que nos remite a la defensa del interés público y al Principio de Legalidad; y sobre todo; donde a diferencia de los supuestos de contratación masiva como el contrato de adhesión, cada contrato en el que participa el Estado, suele tener su particularidad, su especificidad, sucediendo que en cada una de estas relaciones jurídicas contractuales, se presentan peculiaridades que hacen necesario que las condiciones del contrato a celebrarse, correspondan a los requerimientos de la situación o situaciones jurídicas particulares que motivan su suscripción.

4. En el caso particular del Perú, el arbitraje obligatorio en los contratos del Estado, encuentra su justificación en la realidad de un sistema judicial lento, corrupto y falto de capacidad. A esto, hay que sumarle la falta de tradición arbitral de un Ordenamiento como el nuestro que recién estos últimos años comienza a informarse y cerciorarse de la existencia y validez de la institución arbitral; así como, la existencia de paradigmas legales en los operadores del Derecho, que tratan de “colocar” al arbitraje bajo algún “corsé” ya existente (como puede ser el proceso judicial civil). Esto, dificulta la

autonomía y consolidación de la institución arbitral. En el caso específico de las controversias en los contratos con el Estado, dada la pobre performance de nuestro sistema judicial, y con el argumento de que existe la necesidad de dotar de fluidez al tráfico jurídico – económico, fomentando la inversión, se ha tomado la decisión legislativa de elegir al arbitraje como la opción que permita la solución eficiente de controversias.

5. El Estado, no actúa con autonomía de la voluntad cuando participa a través de algunas de sus expresiones, en contratos con privados. Respecto de los privados que contratan con el Estado, se puede decir que su autonomía de la voluntad es bastante limitada, y que en el caso específico de la solución de controversias, existe una autonomía de la voluntad parcial, por cuanto la ley los obliga a arbitrar.

6. El arbitraje en el Perú como mecanismo de solución de controversias ante conflictos en contratos de los que forma parte el Estado, está reconocido en nuestra Constitución y su resolución final consentida tiene carácter de cosa juzgada. Este mecanismo, a su vez, se encuentra desarrollado en una Ley General, la misma que sirve de marco para su utilización práctica en nuestro medio, y se encuentra, tal cual es la tendencia en la legislación comparada, inspirada en la Ley Modelo de CNUDMI.

7. Si pretendemos asimilar al arbitraje a otras ramas (como la procesal civil) o le añadimos características que no le son propias, como la obligatoriedad, no hacemos más que desnaturalizar la institución. Y esta desnaturalización, no se justifica por el hecho de que el Sistema Judicial Estatal no funcione eficientemente. No podemos alterar la existencia y sentido del arbitraje, porque el mecanismo estatal de solución de conflictos no funciona. Sin embargo, nuestros legisladores han tomado el camino más fácil, dejar de lado el mecanismo que no les resulta (el estatal) y disponer que se adopte uno nuevo (el arbitral). Al final, lo único que se consigue, es tener dos mecanismos ineficientes, uno, el arbitral, porque se altera su esencialidad y de este modo se contribuye a asimilarlo a instituciones procesales formalistas que no hacen más que atentar contra su eficiencia, puesto que tienden a olvidar que lo importante es solucionar la controversia y no perder el tiempo en cuestiones excesivamente formales; el otro, el estatal, que ya viene ineficiente, por razones ya expuestas, y con

el que, teniendo al arbitraje como alternativa, no se propiciará una voluntad política real de mejorarlo, si pensamos en ir poco a poco apartándonos de él.

8. El arbitraje obligatorio atenta contra el Principio de Legalidad, porque la Constitución considera al Arbitraje tanto en el ámbito privado como en el público, como una posibilidad; nunca habla de hacerlo obligatorio frente a ningún supuesto. Sin contrariar este sentido, la Ley de Arbitraje también admite la posibilidad de que el Estado arbitre. No señala que el arbitraje sea obligatorio.

9. En el Perú, tanto la Constitución como la Ley de Arbitraje vigentes, bastan como marco normativo para que el Estado a través de cualquiera de sus expresiones pueda arbitrar. Consideramos innecesaria e inconstitucional, la inclusión en los artículos de solución de controversias de la LCE, de términos que suponen que el Arbitraje sea obligatorio. Para los privados que contratan con el Estado, una cláusula de solución de controversias, que circunscribe la posibilidad de los contratantes a una vía obligatoria, atenta contra el derecho constitucional de cualquier parte contractual, de acudir a una TJE, por cuanto no garantiza el acceso de estos a la justicia.

10. El arbitraje obligatorio, también afecta la TJE de los privados, así sepan, previamente a elegir contratar con el Estado, que hay una Ley que dispone como obligatorio al arbitraje, y que una cláusula arbitral va a ser incorporada en el contrato; puesto que admitirlo significa reconocer como válidas situaciones de “discriminación contractual”. En efecto, admitir este argumento es colisionar con el Principio de Libertad de Concurrencia sancionado en la misma LCE, en su extremo referido al deber de garantizar el acceso de los particulares a la contratación con la Administración.

11. La obligación de utilizar sólo una vía específica de solución de controversias es errada, por cuanto, al no poderse asimilar uniformemente todos los contratos con el Estado, no constituye el arbitraje, un medio idóneo y de acceso a la justicia que responda adecuadamente a todos los supuestos de controversia presentados en los contratos de los que forma parte el Estado bajo el ámbito de la LCE.

12. Existen determinadas situaciones, en las que sería más eficiente acudir a otros mecanismos de solución de controversias, como el estatal. La Constitución y la Ley de Arbitraje, permiten perfectamente utilizar tanto al Arbitraje como al Poder Judicial como mecanismos de solución de controversias en los contratos con el Estado. En este sentido, en los contratos públicos, podrían incluirse tranquilamente, cláusulas de solución de controversias distintas a la arbitral, o de recurrencia alternativa a éste o al Poder Judicial, lo que de seguro disminuiría el riesgo para el contratista respecto del contrato, y contribuiría también a garantizar el acceso a la contratación, fomentar la competencia, y a la postre hacer económicamente más eficiente la contratación.

13. No es necesario que el arbitraje sea considerado como obligatorio en la LCE para que en las bases de un concurso, o en los requisitos de una contratación, éste sea considerado como mecanismo de solución de controversias. El arbitraje debe ser utilizado en la medida que resulte eficiente a la luz del objeto y características específicas de un contrato. Al igual que la remisión al Poder Judicial en otros supuestos que sean pertinentes. Esto, además de ser eficiente desde el punto de vista jurídico - económico, eliminará también las dudas, respecto de principios y derechos reconocidos en nuestro Ordenamiento que se puedan estar conculcando. Por el contrario, garantizará la TJE de los particulares y propiciará su libre concurrencia a la contratación.

14. Es necesario para la solución adecuada de controversias en los contratos de particulares con el Estado, un adecuado uso del sistema normativo que tenemos. Esto pasa por entender, identificar y diferenciar a la institución arbitral de otras presentes en el Derecho. En la actualidad, el arbitraje es reconocido como mecanismo de solución de controversias en la Constitución, siendo que al Estado se le permite arbitrar en determinados supuestos, tal como lo señala la Ley que norma al Arbitraje, y como debería limitarse a señalar la LCE, en concordancia con los dos cuerpos normativos antes señalados.

15. Es pertinente, modificar la nueva LCE de tal manera que guarde mayor coherencia con la Constitución, la Ley de Arbitraje y la esencia de éste. En este sentido, la LCE

debe considerar al arbitraje como el mecanismo de solución de controversias por excelencia, dadas las probadas ventajas que presenta frente a otros mecanismos como el estatal. Lo que no es lo mismo que considerarlo obligatorio.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ariño, G. (2002). *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editora Comares S.L.
2. Baca, V. (2006). Los Medios Alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo Peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado). *Revista Lima Arbitration* (1), 221-248. Http: www.limaarbitration.net/victorsebastianbacaoneto.pdf
3. Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Desalma.
4. Bernal, R. (2004). El Arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica. *Revista Internacional de Arbitraje*, (1), 123 – 154.
5. Bernales. E. (1996). *La Constitución 1993. Análisis Comparado*. Lima: ICS Editores.
6. Briseño, H. (1963). *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria.
7. Bullard, A. (2006). Enemigos Íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje* (2), 125 – 225.
8. Bullard, A. *¿Es un arbitraje un juicio?* Recuperado de: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2019/07/3.-Es-un-arbitraje-un-juicio-alfedo-bullard-gonzales.pdf>
9. Cantuarias, F. (1995). *El convenio arbitral en la nueva Ley General de Arbitraje, Ley 26572*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (49), 237-261.
10. Cantuarias, F. (2007). *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

11. Cantuarias, F. *Participación del Estado Peruano en Arbitrajes Comerciales*. Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeestado.html>
12. Cassagne, J. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
13. Cassina, E. (2003). *Contrataciones y Licitaciones Públicas*. Lima: Imprenta del Ejército.
14. Castillo Freyre, M. (2004). *Orígenes del Arbitraje*. Recuperado de www.castillofreyre.com
15. Castillo Freyre, M. & Vásquez, R. (2010). *La política internacional sobre legislación arbitral: La Ley Modelo Uncitral/Cnumudi*. Revista Foro Jurídico (11), 81-89.
16. Castillo Freyre, M. & Sabroso, R. (2011). *El arbitraje del Estado Peruano*. Revista Ius Et Veritas (43), 140-149.
17. Correa, S., Peña C. & Vargas, J. *¿Es la justicia un bien público?* Recuperado de www.udp.cl/DERECHO/publicaciones/judicialmercado.pdf
18. Diez Canseco, J. (Compilador). (2002). *Comisión Investigadora de los delitos económicos y financieros cometidos entre 1990-2001. Balance de la Inversión Privada y Privatización 1990-2001*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
19. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (2008). *Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje*. Recuperado de: <http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/Exposicionmotivosrefpar.pdf>
20. García Calderón, G. (2001). *Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Revista Ius Et Praxis (32), 142 – 149.
21. Gonzales de Cossio, F. (2007). *La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balance químico*. Revista Lima Arbitration (2), 200-214. Recuperado de: www.limaarbitration.net/LAR2/franciscogonzalesdecossio.pdf

22. Guerinoni, P. (2014). Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley N° 30225: Nueva Ley de Contrataciones del estado. *Revista de Arbitraje PUCP*, 147-157.
23. Guzmán Barrón, César & Zúñiga, R. (2014). Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de conflictos - PUCP "Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales". *Revista de Arbitraje PUCP*, 83-102.
24. Huaquisto, S. & Castillo, E. (2016). Características del arbitraje de obras públicas en el Estado Peruano periodo 2010 al 2014. *Revista de Investigaciones Altoandinas - Journal of High Andean Research*, 18, (3), 311-318.
25. Jarrosson, C. (1987). *La Notion D'Arbitrage*. París: Biblioteca de Derecho Privado, Librería General de Derecho y Jurisprudencia de París.
26. Jequier, E. (2011). El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). *Estudios Constitucionales*, Año 9, (2), 453 – 498.
27. Kundmüller, F. (1999). Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. *Revista Themis*, (39), 213 - 221.
28. Kundmüller, F. (2003a). El Arbitraje de Derecho Administrativo. *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, Tomo 119.
29. Kundmüller, F. (2003b). Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho. *Revista Ius et Praxis*, (34), 67 – 79.
30. Kundmüller, F. (2008). Apuntes de la clase de Arbitraje Comercial e Internacional dictada en la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ciclo 2008 – I.
31. Kundmüller, F. (2015). El Arbitraje en Contratación Pública: (Des) confianza y Aporía. Breves Comentarios al Proyecto de Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Revista Derecho & Sociedad*, (44), 257-270.

32. La Rosa, J. (2016). Comentario a la STC recaída en el expediente N.º 6167-2005-PHC/TC. *Justicia Viva*. Recuperada de: <http://www.justiciaviva.org.pe>
33. Landa, C. (2007). El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Themis* (53), 29-42.
34. Linares, M. (2002). *El Contrato Estatal*. Lima, Grijley.
35. Materiales de enseñanza del curso de Contratación Pública de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, dictado por el Doctor Jorge Santistevan de Noriega en el Semestre 2006-II.
36. Mac Lean, R. (2005). ¿Es viable y práctico privatizar la justicia? : Exploración preliminar sobre el caso de los litigios financieros. *Ius et Veritas*, (30), 210-218. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11801>
37. Muñoz, S. (2003). Los límites constitucionales de la Libertad de Empresa. *Estudios de Derecho Económico*, 139 – 164.
38. Peña, C. (1997). Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año II, N° 1 y 2, 109 – 132. Recuperada de https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf
39. Quispe, A. (2002). *La Constitución Económica*. Lima, Horizonte.
40. Roque, D. (2003). *Manual Económico Jurídico de la Empresa y las Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires, Ad hoc.
41. Rubio, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
42. Rubio, R. (2001). Globalidad, integración y arbitraje (Entrevista a Alejandro M. Garro). *THĒMIS-Revista De Derecho*, (42), 213-220. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/1163024>

43. Rubio, R. (Editor). (2006). Lima Arbitration, N° 1. *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*. Recuperada de: <http://www.limaarbitration.net/LAR1/presentacion.pdf>
44. Rubio, R. (2007). Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (53), 7-28. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/884546>.
45. Santistevan, J. (2006). Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje*, (2), 15 – 66.
46. Santistevan, J. (2008). Inevitabilidad del Arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071). *Separata Especial de la Revista Peruana de Arbitraje* N° 7.
47. Santistevan, J. (2010). El Arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado. *Separata Especial de la Revista Actualidad Jurídica*.
48. Santos Belandro, R. (2002). *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.