

# **EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO**

***Franz Kundmüller Caminiti***

## **SUMARIO**

1. *Marco Jurídico.*
2. *La Especialidad y Especificidad en el Arbitraje Administrativo en Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la Interpretación Sistemática de la Normativa Pertinente.*
3. *Obligatoriedad de la Cláusula Arbitral Administrativa por Mandato Legal, Similitud con las Cláusulas Generales de Contratación de los Contratos Pertinentes al Ámbito Privado.*
4. *Relevancia del Reglamento Administrativo, el Arbitraje Administrativo y la Designación de Árbitros en el Marco Normativo Sub Análisis.*
5. *Número, Competencia y Responsabilidades de los Árbitros como parte del Núcleo de Carácter Público del Arbitraje Administrativo.*
6. *Materia Controvertida Conforme el Marco Jurídico Sub Análisis y Libertad para Establecer el Tipo de Arbitraje.*
7. *Conclusiones.*

## ***I. MARCO JURÍDICO.***

*Las contrataciones y adquisiciones del Estado peruano se encuentran reguladas desde el año 1998 por un régimen jurídico uniforme, recogido en la Ley 26850, además de las respectivas normas modificatorias y complementarias. Quedó entonces constituido desde el año 1998 el marco*

*normativo correspondiente. Dentro de este marco normativo de Derecho Público y, por ende, de Derecho Administrativo, las vías arbitral y conciliatoria, han sido instauradas legalmente, como vías necesarias para la solución de controversias suscitadas en la etapa de ejecución de los contratos.*

*La conciliación o el arbitraje sustituyen o excluyen por mandato legal a las vías administrativa y judicial. Estas se encuentran reservadas solamente para la etapa selectiva<sup>1</sup> y para resolver las controversias que en esta etapa se generen. El Artículo 53 de Ley de Contrataciones y Adquisiciones; en adelante: la ley, establece a partir de su segundo párrafo que:*

*“Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.*

*El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento.*

*El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.*

*Asimismo se comunicará de inmediato al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes.*

*Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia”.*

*En consecuencia, actualmente existe una clara línea divisoria en materia de solución de controversias en esta Ley Administrativa.<sup>2</sup> Por un lado están los medios que se aplican en la etapa selectiva, donde la vía de solución de controversias es la administrativa y eventualmente la judicial, existiendo 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*

---

<sup>1</sup> Para un análisis jurídico detallado de las etapas y demás características del contrato y su formación, conviene revisar: DROMI, Roberto (1985); *La Licitación Pública*; Editorial Astra, Buenos Aires. Una versión reciente de la misma obra puede encontrarse en Editorial Ciudad Argentina (1999).

<sup>2</sup> El concepto doctrinario de Ley Administrativa se encuentra explicado con precisión por MARIA DIEZ, quien lo hace con base en el principio de especialidad y tomando en cuenta que las leyes administrativas se deben de clasificar por su contenido y atendiendo a que el bien jurídico que estas leyes tutelan es el interés público. Cfr. MARIA DIEZ, Manuel ( 1985) *Derecho Administrativo*; Editorial Plus Ultra, Buenos Aires – Argentina; p. 317 y ss.

*desde la suscripción del contrato y hasta que quede consentida la liquidación correspondiente, en cumplimiento de las reglas de conclusión del contrato.*

*En este último caso, el marco normativo administrativo de contrataciones y adquisiciones; en adelante: marco normativo o marco normativo sub análisis, otorga cabida a la conciliación y al arbitraje administrativo en materia de contrataciones y adquisiciones, siendo este último medio de solución de controversias al que nos referiremos a partir de ahora, nominándolo simplemente como arbitraje administrativo y analizándolo en el contexto del ámbito de acción de las Administraciones Públicas. Para nuestra sustentación, en lo referente al ámbito público y sus implicancias, recogemos ab initio lo que precisan García de Enterría y Fernandez:*

*“Por lo pronto, hay que decir que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre, tales relaciones afectan sólo a contados y excepcionales sujetos), es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público del Estado por excelencia.”<sup>3</sup>*

*Procederemos a continuación al análisis, con la finalidad de aclarar los alcances del arbitraje administrativo y para demostrar que éste no colisiona con la concepción jurídica del arbitraje previsto en la Ley General de Arbitraje, Ley 26572 y más bien, armoniza perfectamente con ésta.<sup>4</sup>*

---

<sup>3</sup> GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás – Ramón (1986); *Curso de Derecho Administrativo 1*; Editorial Civitas S.A., Madrid; p. 38 – 39.

<sup>4</sup> Como motivo de necesaria y elocuente reflexión respecto de los alcances de las instituciones jurídicas, su interrelación, evolución y características, conviene citar a De Trazegnies: “No porque la necesidad de viviendas haya existido siempre podemos decir que los rascacielos han existido también siempre, mediante el recurso retórico de considerarlos como meras variantes verticales de las cavernas prehistóricas. El cronista Juan de Matienzo, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerándolas ovejas: “Llaman los naturales a las obexas, llamas... Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas ...”, pero, a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla, de “características especiales”. En Derecho hay muchas llamas que pasan por ovejas romanas.” En: DE TRAZEGNIES G., Fernando (1988); *La Responsabilidad*

*Esta armonía deriva principalmente de la vigencia de la especialidad y especificidad que supone el arbitraje administrativo, dado que se halla incardinado en el Derecho Público y, por ende, incorporado al Derecho Administrativo Peruano, tal como lo demuestra la evolución arbitral en el Perú; expandida fuertemente a partir de la segunda mitad de la década pasada.*<sup>5</sup>

*El marco normativo sub análisis, reiteramos, es de Derecho Público. Como tal, se refiere al Estado en sí y a las relaciones de éste con los particulares, lo que alienta la necesidad de comprender íntegramente su especial configuración, haciéndolo en consonancia con los fines e intereses públicos subyacentes. Abundando en lo expuesto, conviene citar acá a María Diez, cuando precisa que la Ley Administrativa puede ser de relación o de organización y acción administrativa:*

*“Las leyes administrativas se clasifican teniendo en cuenta su contenido. Hay normas de relación y normas de organización y acción administrativa. Las normas de relación son aquellas que se dictan para delimitar las esferas jurídicas subjetivas de la administración y de los particulares. Son leyes que atribuyen a veces poderes jurídicos y facultades a la administración pública, pero también son las que vienen a proteger directamente las situaciones jurídicas de los particulares, convirtiéndolas en derechos subjetivos oponibles frente al Estado. En lo que se refiere a las normas de organización y acción administrativa, son aquellas que determinan, por una parte, la estructura orgánica de la administración pública, y por otra, los fines propios que la administración ha de perseguir con su actuación y el modo y forma como esto debe realizarse. Estas normas no se dictan para garantía de los derechos subjetivos de los particulares, sino para la tutela del interés público.”*<sup>6</sup>

*En consecuencia, el marco normativo sub análisis se ajusta a lo que precisa la doctrina antes citada y regla los actos de las personas jurídicas o naturales, cuando se desenvuelven dentro del interés general.*

---

*Extracontractual, Tomo I; Biblioteca para leer el Código Civil Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; p. 28.*

<sup>5</sup> Cfr. Cita No. 20.

<sup>6</sup> *Ibid.* MARIA DIEZ, Manuel; pp. 317 – 318.

---

*De donde fluye la necesidad de plantear acá un enfático deslinde con el Derecho Privado,<sup>7</sup> atendiendo a la especialidad y especificidad<sup>8</sup> que suponen las normas del Derecho Administrativo Peruano, al igual que ocurre en todos los sistemas jurídicos del mundo, respecto de los alcances de las normas de Derecho Público y su contraste con las normas de Derecho Común. Como podemos apreciar, dicha especificidad también caracteriza a los contratos regulados por el marco normativo sub análisis. Como bien señala Dromi:*

*“(…) los contratos administrativos, en todas sus categorías, son una especie dentro del género contrato. Su especificidad viene dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos. Esto es, por su régimen jurídico, el que está determinado por características propias, que surgen: 1). Del objeto público; 2). De la participación de un sujeto público o “publicizado”; 3). De las prerrogativas públicas, 4). De la continuidad pública; 5). De la mutabilidad pública; 6). De la formalidad pública y 7). De la finalidad pública.”<sup>9</sup>*

*La especificidad determina entonces ciertas características propias de los contratos administrativos y, por ende, de los contratos regulados por el marco normativo sub análisis.<sup>10</sup> Ello no implica una conflagración con normas especializadas preexistentes, como la Ley General de Arbitraje, Ley 26572, distinguida ésta por su carácter general y por su aplicación preferente para regular el arbitraje comercial privado, nacional e internacional, en un ámbito diferente al público. En consecuencia y más allá del reconocido principio de separabilidad del convenio arbitral, no podemos*

---

<sup>7</sup> Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio; RECASENS S., Luis (1946); *Filosofía del Derecho*; Editorial UTEHA, México, Tomo 1; p. 137 – 148.

<sup>8</sup> Cfr. GARCIA de ENTERRIA, op. cit.; p. 41.

<sup>9</sup> DROMI Roberto (2001) *Las ecuaciones de los contratos públicos*; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires; p. 21.

<sup>10</sup> Una segunda y no menos importante faceta de la caracterización de los contratos administrativos, es la que fluye por sus cometidos y en orden de la generación contractual de que se trate. Es decir que existe la posibilidad de distinguir dentro de la caracterización general realizada, otra basada en un criterio de vinculación de la Administración con el contratista, de conformidad a las formas en que el interés público es satisfecho y a los cometidos que constituyen su objeto. Los contratos de primera generación son los contratos de colaboración o de “asistencia”. Se trata de los contratos de provisión, de locación, de compra-venta, de obra pública o de suministro. Los contratos de segunda generación, por su parte, son los contratos o tratados de integración, que se aplican al derecho y a la economía, más abarcativos que los anteriores, por comprender los contratos de la comunidad, o los del “Estado-región” o del “Estado-asociación”. Son contratos que se dan en el mercado de la integración económica regional. En: DROMI Roberto (2001) *Las ecuaciones de los contratos públicos*; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires; pp. 21 – 22.

*negar que el arbitraje administrativo también encuentra fundamento jurídico en la especialidad y especificidad administrativas antes referidas.*

*De otro lado y tal como veremos mas adelante, el marco normativo sub análisis propende legítimamente a la democratización de la solución de controversias, puntualmente en la etapa de ejecución de los contratos.<sup>11</sup> Esto denota un significativo avance respecto de regímenes anteriores ya derogados. En éstos, la legislación pertinente reservaba la solución de controversias exclusivamente a favor del órgano administrativo competente, extendiéndose esta situación incluso a la etapa de ejecución de los contratos y bajo una metodología que de hecho y de derecho, se apreciaba de menor evolución que la actual.*

*Pero en este punto tenemos que advertir que este proceso de democratización no debe confundirse con una presunta privatización de la aplicación de medios de solución para este tipo de controversias, pues esa es una falacia. Y es que en el fondo prevalecen las diferencias jurídicas que legítimamente existen entre los asuntos inherentes al ámbito público y aquellos inherentes al ámbito privado. Se trata entonces de atender a un conjunto de principios que caracterizan lo público y que deben ser preservados, sin generar detrimento en lo privado, por tratarse naturalmente de ámbitos jurídicos no equivalentes.*

*Sin perjuicio de lo expuesto y a mayor abundamiento ante el trasvase conceptual y jurídico que va del arbitraje previsto en Derecho Común al arbitraje administrativo, es conveniente reiterar acá que en todos los casos de utilización por la Administración (Pública) del Derecho Privado, siempre existe un último núcleo de carácter público que puede y debe separarse, para su más correcto tratamiento, del bloque del acto o del negocio privado en el que aparece mezclado.<sup>12</sup>*

*Precisamente, en el marco normativo sub análisis, el referido núcleo de carácter público no es estático<sup>13</sup> y tiende a ser conformado en el tiempo por*

---

<sup>11</sup> LATORRE B. Derik (2003); *El arbitraje en las contrataciones públicas*; Diario Oficial El Peruano, 31 de mayo de 2003, Sección DERECHO; p. 15.

<sup>12</sup> GARCIA de ENTERRIA, *op. cit.*; p. 53.

<sup>13</sup> Salvando naturales diferencias, las mismas características ofrece el análisis para determinar, por ejemplo, las diferencias entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. Del mismo modo ocurre cuando procedemos a un intento por precisar los alcances del Derecho Internacional Económico respecto del Derecho Internacional Público y así sucesivamente. En todo caso, debemos precisar que todos estos ámbitos jurídicos cuentan con características distintivas y comunes. Cfr. JACKSON, John (1998); *Global Economics and*

*diversas normas legales que se van incluyendo y sistematizando dentro del mismo marco normativo. Pero dicha sistematización, tal como veremos a continuación, se extiende también a otras normas que guardan relación con el ámbito normativo sub análisis y que entrañan a su vez una naturaleza pública que no debe ni puede ser soslayada.*

## **II. LA ESPECIALIDAD Y ESPECIFICIDAD EN EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA NORMATIVA PERTINENTE.**

*El artículo 53 de la ley y las consideraciones de Derecho Público antes referidas, deben tomarse en cuenta, pero sobre la base de lo establecido en el Artículo 4 de la misma ley, en lo concerniente al mandato de rango legal y de Derecho Público, que destaca con precisión la especialidad y especificidad como elementos preeminentes:*

*“La presente ley y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables”.*

*En consecuencia y para el asunto puntual de los medios de solución de controversias, en la etapa de ejecución de los contratos adscritos al marco normativo, este artículo dispone en forma expresa y con rango de ley, que la regulación sobre estas materias será de aplicación necesaria y preeminente, tanto en lo que concierne a la ley, como en lo que concierne al reglamento.*

*Desde el Derecho Público Peruano, no cabe duda que éste es un mandato imperativo e irrenunciable para las partes que se encuentren sujetas al marco normativo, salvo que un Juez, atendiendo a las eventuales particularidades de un caso específico, establezca alguna distinción o interpretación jurisprudencial, mas nunca podrá dicho Juez establecer lo contrario o decidir en forma que contravenga expresamente el marco normativo sub análisis, pues incurriría en prevaricato. Estando al tenor del artículo citado líneas arriba, también cabe verificar la imposibilidad que el Juez pueda preferir normas de Derecho Común, antes que aquellas articuladas en el marco normativo sub análisis.*

---

*International Economic Law; En: Journal of International Economic Law 1 – 24, en: <http://www3.oup.co.uk/jielaw/>*

---

*Tomando entonces en consideración que, en términos generales, el arbitraje administrativo en contrataciones y adquisiciones comprende un conjunto de normas de Derecho Público y, complementariamente, de Derecho Privado (Derecho Común, conforme el marco normativo sub análisis), estableciendo además dichas normas de Derecho Público los criterios mediante los cuales se define la aplicación de uno u otro cuerpo normativo; debemos liminarmente concluir que se debe llevar a cabo una interpretación sistemática de la normativa sub análisis, dándole significado, efecto y validez a sus normas, a partir del contexto conformado por el conjunto, sub-conjunto o grupo normativo.<sup>14</sup>*

*De donde fluye también la necesidad de tomar en consideración el valor de los reglamentos (administrativos) a partir de la Razón de Estado que los origina.<sup>15</sup>*

*En consecuencia, advertimos así la complejidad de la materia sub análisis. De ahí que, a efectos de llevar a cabo la interpretación sistemática antes mencionada, se deberán tomar en cuenta, además de la norma positiva y su jerarquía, la naturaleza jurídica de las normas, su vigencia en el tiempo, los principios, motivaciones, elementos constitutivos, conceptos y contenidos que forman parte de y explican la estructura normativa en la que las normas a interpretar están situadas.*

*Este conjunto de factores organiza actualmente los contenidos jurídicos del arbitraje administrativo en materia de contrataciones y adquisiciones del estado, pero el mismo conjunto de factores permite distinguir claramente la finalidad pública de la privada, que in fine también caracteriza a cada ámbito, pero sin negar la evidente interrelación que existe entre ambos.*

---

<sup>14</sup> Cfr. RUBIO, C. Marcial (1985) *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú; pp. 228 y ss.

<sup>15</sup> Sobre los antecedentes y origen de la razón de Estado o “raison d’etat”, como factor relevante en el ejercicio “moderno” del Poder Estatal: *From another perspective and considering that the evolution of the state harnessed the development of the idea of the State and the political practice; it is important to stand out that Machiavelli carried out a great innovation when introducing the concept of raison d’etat as a policy tool. The idea that the effective morals for the individual and its family environment is not necessarily applied to the states; justifying that behaviors like the use of lies, swindling and violence become necessary and normal for the states. These negative values began to already be part of the western political culture in the XVI century (Cooper)28, especially after “The Prince”.*

En: KUNDMÜLLER, Franz (2000); *The Future of the Nation – State: Nationalism and Indigenous Peoples Revival in the Americas*, en:

[http://www.robarts.yorku.ca/pdf/kundmuller\\_final.pdf](http://www.robarts.yorku.ca/pdf/kundmuller_final.pdf); p. 9



*Queda así establecido y debe entenderse claramente, que la aplicación supletoria a que se refiere el último párrafo del Artículo 53 de la ley, respecto de las leyes de conciliación y arbitraje, operará solamente para efectos de regular los supuestos no expresamente previstos o reglamentados en el marco normativo o mediante acuerdo de voluntades entre las partes. Siendo éstos y no otros, los factores de exclusión de aplicación del Derecho Común a que se refiere la misma norma. De otro lado, también debe tenerse en cuenta que dicho acuerdo de voluntades regirá solamente respecto de todo aquello que no vulnere las disposiciones (especiales y específicas) de Derecho Público contenidas en el marco normativo sub análisis.*

*Este criterio ya ha sido acertadamente recogido en una reciente jurisprudencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima,<sup>16</sup> la misma que quedó consentida y que precisó, en virtud del principio de especialidad y estando a lo establecido en la Ley General de Arbitraje, no constituye causal de anulación de los laudos arbitrales el que los tribunales arbitrales que actúen conforme el marco normativo se encuentren integrados por profesionales no abogados, con exclusión del presidente del tribunal arbitral.*

*Queda entonces claramente configurada la base legal general del arbitraje administrativo. Dicha base legal se integra plenamente a partir del principio universal de igualdad que debe prevalecer entre las partes, en lo que al arbitraje como medio de solución de conflictos se refiere. Conviene explicar que este principio pertenece al Derecho Arbitral. De donde dicha igualdad arbitral<sup>17</sup> deviene en una de las principales garantías axiológicas y jurídicas, para lograr soluciones que se encuentren en plena armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo, con su respectiva finalidad dentro del Derecho Público y con la finalidad de resolver la controversia dentro del Derecho Arbitral.*

*Precisemos también que nada tiene que ver este principio de igualdad realizado dentro del arbitraje, con la tradicional relación asimétrica que*

---

<sup>16</sup> En efecto, mediante Sentencia del 08.05.2003 recaída en el Expediente No. 1502-02 sobre nulidad de laudo arbitral, se precisa en el segundo considerando: (...)en el caso particular, es de aplicación el Artículo 53 del TUO de la Ley 26850 y el Artículo 189 de su Reglamento, por ser norma de carácter especial, mas no el Artículo 25 de la Ley 26572, por ser una norma de aplicación supletoria. Por tanto, de acuerdo a la norma especial es posible que un tribunal arbitral sea integrado por árbitros no abogados, a condición de que su presidente sea abogado.

<sup>17</sup> Cfr. KUNDMÜLLER, Franz (2003); Foros Internacionales de Arbitraje, en: Revista Peruana de Derecho de la Empresa No. 56, Año XVIII, Editorial Asesorandina S.R.L., Lima – Perú; pp. 187 y ss.

*supone la vinculación “exorbitante” entre el Estado y el administrado, en la concepción clásica del Derecho Administrativo.<sup>18</sup> El marco normativo sub análisis entraña entonces una democratización, con base en la “simetría arbitral”, en lo que concierne a la solución de controversias cuando el Estado es parte.*

*Esta novísima concepción (en la gestión de conflictos en la etapa de ejecución contractual) debería finalmente redundar en una más elocuente racionalidad económica de este naciente y valioso instituto de Derecho Público Peruano, aportando también en este aspecto una serie de ventajas propias de la práctica arbitral.*

*Constituye entonces la ley y su reglamento un hito para la democratización responsable y el logro de una mayor racionalidad económica en la gestión de conflictos suscitados en la etapa de ejecución de los contratos. Por cierto que la racionalidad y la democratización evolucionarán paulatinamente y en la medida que el proceso de desarrollo de las contrataciones también se vaya consolidando en el mercado y en la práctica contractual de las Administraciones Públicas.*

*Sin embargo, advertamos que esta línea evolutiva a favor de la democratización y mayor racionalidad económica en la solución de controversias, no está libre de amenazas; en particular, aquellas que radican en la intención de mantener modelos decimonónicos y dogmáticos, que lamentablemente contradicen las actuales tendencias, tanto en materia de gestión de conflictos, como en lo que concierne al estado actual de desarrollo del Derecho Administrativo Peruano.<sup>19</sup>*

---

<sup>18</sup> Cfr. LINARES, Mario (2002); *El Contrato Estatal*, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú; p.p. 1 a 16.

<sup>19</sup> Sólo a manera de ejemplo de lo dicho, baste con ver el preocupante e inconsulto cúmulo de proyectos de ley que existen actualmente en el Congreso de la República, en lo referente a la modificación del régimen arbitral en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado. De conformidad con la información que maneja el autor, se ha podido verificar que la gran mayoría de propuestas no se encuentra legitimada ni tampoco obedece a una adecuada evaluación técnica, salvo aquellas que han sido debidamente sustentadas en su oportunidad por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado CONSUCODE.

### **III. OBLIGATORIEDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL ADMINISTRATIVA POR MANDATO LEGAL, SIMILITUD CON LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN DE LOS CONTRATOS PERTENECIENTES AL ÁMBITO PRIVADO.**

*El Artículo 41 de la ley precisa en su inciso b), que los contratos incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:*

*“Solución de controversias; cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.”*

*Acá debemos tomar en consideración que lo previsto en los artículos de la ley, en materia de solución de controversias en la etapa de ejecución, es de carácter sustantivo. La ley establece así derechos y obligaciones de naturaleza administrativa. Esto deberá ser analizado entonces desde la perspectiva del Derecho Público, específicamente en lo que concierne al arbitraje administrativo que venimos comentando.*

*Este es el argumento principal para sostener que en este caso nos encontramos ante una forma o tipo puntual de arbitraje administrativo, que también supone la existencia de una competencia arbitral especializada.<sup>20</sup> Lo que en conjunto se distingue claramente del arbitraje comercial privado, pero también se ubica armónicamente entre la legislación contenida en el marco normativo de contrataciones y adquisiciones y en forma paralela a las cerca de sesenta normas legales sobre arbitraje que actualmente comprende el sistema jurídico peruano.<sup>21</sup>*

---

<sup>20</sup> Desde la promulgación de la Ley General de Arbitraje peruana, Ley 26572, se ha registrado en nuestro país la promulgación de cerca de sesenta normas legales de diverso rango, que regulan el arbitraje y la conciliación especializados en dieciséis sectores normativos tan diversos como transporte, salud, telecomunicaciones, saneamiento, formalización de la propiedad, bolsa de valores, bolsa de productos, energía, contrataciones y adquisiciones, etc. Para un análisis detallado, revisar: RUBIO GUERRERO, Roger; (2002) Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú. Lima, Tesis de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú; pp. 167 – 174.

<sup>21</sup> Conviene destacar que la proliferación de competencias arbitrales en el Perú registrada durante la segunda mitad de la década de los noventa, junto al fenómeno de promulgación de normas arbitrales de diverso rango, constituyen parte de las bases para argumentar con fundamento a favor de la necesidad de considerar al arbitraje como una institución jurídica autónoma, que tiene la particularidad de extenderse transversalmente a diversos ámbitos normativos y económicos, confirmando así una marcada tendencia hacia la sofisticación y especialización.

*Siguiendo con la referencia a las características establecidas en la ley, también el Artículo 41 precisa que son cláusulas de incorporación obligatoria al contrato, bajo responsabilidad, las cláusulas de garantías y de resolución de contrato por incumplimiento. Se completa así la terna de estipulaciones obligatorias e irrenunciables dentro del contrato, expresando taxativamente el interés público del Estado, en lo que concierne a la tutela legal de esta suerte de “trinidad administrativa”.<sup>22</sup> Esta trinidad es de público conocimiento para los futuros cocontratantes<sup>23</sup> del Estado.<sup>24</sup> Esto se extiende desde antes de participar en los procedimientos selectivos; en orden a que, como es evidente, el marco normativo es de público conocimiento, a la par que las consecuencias jurídicas que correspondan.*

*De donde deriva lógicamente que, bajo el ámbito normativo, todo aquél que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado y que sea mínimamente diligente, sabe de la preexistencia de esta “trinidad” y de sus consecuencias jurídicas, estando además en libertad de participar o no en los procedimientos administrativos correspondientes.*

*Así las cosas, podemos concluir que hay similitudes entre la figura de derecho privado de los convenios arbitrales estándares, previstos en la Ley General de Arbitraje y la “trinidad administrativa” de las estipulaciones obligatorias contenidas en los contratos regulados en la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado, en el marco del Derecho Público. La particularidad, en el caso del marco normativo sub análisis, radica en que la eventual no incorporación del convenio arbitral al contrato se tiene por no producida, dando lugar necesariamente a un arbitraje automático cuya configuración obedece en realidad a Razones de Estado.<sup>25</sup>*

*No obstante y como se ha precisado oportunamente, las similitudes jurídicas entre instituciones del ámbito público y privado, no determinan ni confirman la existencia de una equivalencia por el lado del valor jurídico de*

---

<sup>22</sup> KUNDMÜLLER, Franz (2003); *El Arbitraje de Derecho Administrativo*, en: *Actualidad Jurídica*, publicación mensual de la Gaceta Jurídica, Tomo 119; Lima, p. 34.

<sup>23</sup> *Ibid.* LINARES; p. 52.

<sup>24</sup> Cfr. DROMI, Roberto (1985); *La Licitación Pública*; Editorial Astra, Buenos Aires; p. 29.

<sup>25</sup> El Reglamento de la Ley de Contrataciones dispone en su Artículo 188 una regla que también forma parte del núcleo de carácter público, que conforman diversas disposiciones que han sido recogidas dentro del marco normativo sub análisis: En caso que no se incorpore en el contrato la cláusula de solución de controversias a que se refiere el inciso b) del Artículo 41 de la Ley, se considerará incorporada de pleno derecho la cláusula indicada en el Artículo 187, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 189 en cuanto a número de árbitro. En:

[http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/index\\_legislacion.asp?legislacion=http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/reglamento\\_ley/RegGen.htm](http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/index_legislacion.asp?legislacion=http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/reglamento_ley/RegGen.htm)

*las instituciones en mención. Esto se debe a que estas instituciones obedecen en cada caso a ámbitos jurídicos que se caracterizan por su naturaleza particular. En suma y como resulta evidente, más allá de la evidente interrelación jurídica que pudiera haber entre ámbitos, lo público no puede ser jurídicamente equivalente a lo privado y viceversa.*

*Contrario sensu y no obstante encontrarnos en los albores del Siglo 21, volveríamos a incurrir en errores de percepción similares a los del cronista Matienzo, quien involuntariamente o por desconocimiento, confundió a las llamas andinas con las ovejas romanas,<sup>26</sup> al momento de hacer la descripción correspondiente.*

#### **IV. RELEVANCIA DEL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO, EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO Y LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN EL MARCO NORMATIVO SUB ANÁLISIS.**

*Al citar el Artículo 53 de la ley, advertimos que éste señala taxativamente que el arbitraje se regirá por el reglamento correspondiente. Existe así una remisión legal expresa que opera desde una Ley Administrativa. Esta remisión se produce entonces desde una norma con rango de ley y de Derecho Público, hacia el reglamento, un Decreto Supremo, también de Derecho Público (acto de ejercicio de Poder).<sup>27</sup>*

*Nótese que, salvando las diferencias con lo que nos ofrece el marco normativo sub análisis, una remisión legal también puede producirse en sede privada. Esto ocurre, por ejemplo, cuando analizamos la relación que existe entre los reglamentos de las instituciones que organizan y administran arbitrajes, respecto de la Ley General de Arbitraje<sup>28</sup> y donde*

---

<sup>26</sup> Ver Cita No. 4.

<sup>27</sup> No lo hemos referido, pero conviene hacerlo como nota a pie de página. El mismo artículo señala con precisión en su tercer párrafo, que el laudo será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes. Esta es otra característica central del arbitraje administrativo, en el marco normativo sub análisis, ya que, junto a la incorporación automática del convenio arbitral, contrasta con la regulación que al respecto contiene la Ley General de Arbitraje. Esta regulación precisamente permite la apelación de los laudos de derecho, siempre que las partes lo hayan pactado en forma expresa y oportuna. En consecuencia, el párrafo tercero del citado artículo configura también una parte importante del núcleo de carácter público que regula el arbitraje administrativo en mención, lo que demuestra la vigencia de los principios de especialidad y especificidad ya analizados líneas arriba y expresados en la inapelabilidad del laudo arbitral y en la incorporación automática del convenio arbitral al contrato y por mandato del Reglamento.

<sup>28</sup> Cfr. ROCA MARTINEZ, José María (1992); Arbitraje e Instituciones Arbitrales; J.M. Bosch Editor. S.A. Barcelona; p. p. 109 – 110.

*destaca la relevancia de los referidos reglamentos y su correlación jurídica con el acuerdo de voluntades que supone el convenio arbitral celebrado entre las partes y que remite la solución de la controversia a tal o cual reglamento institucional.*

*La diferencia radica en que en la aplicación de determinado reglamento y en sede de arbitraje comercial privado, impera el acuerdo de voluntades. Dicho acuerdo confirma el negocio jurídico bilateral que, estando a la doctrina arbitral contemporánea, entraña a su vez el convenio arbitral.<sup>29</sup> Nótese también que en este caso nos encontramos exclusivamente en el ámbito del interés privado de las partes.*

*Este interés se satisface, por ejemplo, remitiendo la solución de sus controversias comerciales privadas, al ámbito de aplicación de un reglamento de arbitraje institucional, que perfectamente podría contener disposiciones que regulen lo que se entiende por arbitraje de derecho, precisando los requisitos mínimos y máximos para que dicho tipo de arbitraje quede configurado, donde perfectamente podría establecerse que el tribunal arbitral pueda estar conformado hasta por dos profesionales no abogados. Si las partes lo quieren así, ¿porqué no? <sup>30</sup>*

*Otro tema específico dentro del marco normativo sub análisis y que conforma jurídicamente un núcleo de carácter público, es el conjunto de normas que conciernen a la designación de los árbitros. En consecuencia, bajando al nivel de reglamento, pero por vía de remisión legal expresa y a partir de una Ley Administrativa, el Decreto Supremo 013-2001-PCM ha establecido los requisitos básicos para que dicho arbitraje se lleve a cabo, contando para ello con características taxativamente previstas en dicha normativa especializada.*

*Pero tomemos en cuenta que estas normas admiten variaciones que no atentan contra los principios básicos<sup>31</sup> del Derecho Arbitral, recogidos éstos*

---

<sup>29</sup> Cfr. LORCA NAVARRETE, Antonio M. (2002); Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del Arbitraje; en: Revista Advocatus No. 7, Universidad de Lima; p. 69.

<sup>30</sup> Y es que de conformidad con la Ley General de Arbitraje, es el presidente del Tribunal el que siempre lleva la "voz cantante", de donde deviene en obligatorio, en un arbitraje de derecho, que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral sean siempre abogados. Cfr. Cita No. 36.

<sup>31</sup> Estos principios básicos son de carácter universal y están recogidos con mayores o menores niveles de perfección en la legislación arbitral comparada. También cabe citar a los tratados internacionales, como la Convención de Nueva York de 1958 (sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales) como receptáculo de dichos principios, junto a la doctrina arbitral y, en particular, los instrumentos jurídicos de singular importancia, que tienen carácter

*a su vez en el sistema jurídico doméstico e internacional. Una de estas características distintivas del arbitraje administrativo regulado por el marco normativo sub análisis, es la obligación legal de que el arbitraje sea siempre de derecho, como precisa el Artículo 186 del Reglamento.*

*Agréguese a ello que el árbitro único así como el presidente del tribunal arbitral, de ser el caso, obligatoriamente serán abogados, como lo precisa el Artículo 189 del Reglamento; el mismo que, como precisa Dromi, por su carácter administrativo, produce efectos jurídicos generales en forma directa.<sup>32</sup>*

*La diferencia de esta delegación Ley a Reglamento Administrativo, respecto del supuesto de delegación privada antes descrito, radica en que acá el protagonista es el Estado, que actúa sobre la base de una Razón de Estado. En consecuencia, en lo que concierne al valor administrativo del Reglamento en mención y como manifestación unilateral de esa Razón de Estado, conviene regresar en este punto a la doctrina del Derecho Administrativo, que distingue entre los reglamentos ejecutivos, independientes, delegados y de necesidad.*

*Debemos destacar acá que el reglamento de ejecución, como el que es materia de análisis, es el que se promulga para completar la Ley Administrativa en la que tiene origen y con la finalidad de asegurar su ejecución, dentro de un ámbito jurídico específico.*

*En consecuencia, no cabe duda que el Reglamento es una manifestación jurídica unilateral del Poder Ejecutivo secundum legem, por lo que se le suele denominar legislación secundaria o complementaria. Es decir, reiteramos, es un acto de ejercicio de Poder que tiene su origen en una Razón de Estado. Los reglamentos complementan así la Ley Administrativa, regulando los detalles indispensables que aseguran su cumplimiento, con la finalidad de brindar tutela al interés público.<sup>33</sup> A mayor abundamiento, conviene citar a Dromi, cuando precisa:*

---

de soft law, como es el caso de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL y su reglamento. Cfr. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>32</sup> DROMI, ver Cita No. 34.

<sup>33</sup> Cfr. *Ibid.* MARIA DIEZ, sobre la distinción entre reglamentos administrativos ejecutivos, independientes, delegados y de necesidad; p. 342.

*“El reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.”<sup>34</sup>*

*En este punto y desde la perspectiva jurídica del Derecho Administrativo, resulta prioritario tener en cuenta que el carácter normativo atañe a la esencia misma del reglamento. Como tal, produce efectos jurídicos generales, generando derechos y obligaciones, sin consideración a las singularidades o subjetividades. En consecuencia, sus efectos se imponen como acto – regla, tanto a la Administración como a los administrados.<sup>35</sup>*

*De donde fluye que, en el marco normativo sub análisis y con las consideraciones de Derecho Público antes mencionadas, en virtud de los principios de especialidad y especificidad tutelados por este mismo marco normativo, así como sobre la base del principio de derecho que señala que en un mismo ámbito jurídico, no cabe distinguir donde la ley no distingue, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta por dos árbitros no abogados, configurando así un arbitraje de derecho, en la medida que se cumplan las formalidades legales administrativas, inherentes a este tipo de arbitraje administrativo.*

*Lo contrario; es decir, exigir que todos los árbitros sean abogados, implicaría soslayar una de las posibilidades vertebradas en la Razón de Estado que entraña el reglamento administrativo y, además de ello, se alentaría un injusto monopolio del ejercicio profesional a favor de los abogados y, lo que es peor, así se estaría afectando el núcleo de carácter público<sup>36</sup> a que se ha hecho referencia líneas arriba y que ha sido establecido con la finalidad de precisar los márgenes mínimos y máximos dentro de los cuales queda configurado este tipo de arbitraje administrativo.<sup>37</sup>*

---

<sup>34</sup> Cfr. DROMI, Roberto (2001); *Derecho Administrativo*, 9na Edición; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires; p. 323.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibid.*; p. 325.

<sup>36</sup> *Ibid.* GARCIA DE ENTERRIA.

<sup>37</sup> Conviene insistir acá que dichos márgenes otorgan estructura al núcleo de carácter público y están dados, entre otros factores, por el hecho que los presidentes de los tribunales arbitrales obligatoriamente tienen que ser abogados, así como el árbitro único. Queda entonces a discreción de las partes designar árbitros no abogados. De otro lado, acá también hay que tener en cuenta que dichos márgenes también comprenden el hecho que el convenio arbitral se incorpora automáticamente si dicha incorporación fue omitida, de otro lado, el laudo es definitivo, inapelable y de derecho, implicando ello que las normas de Derecho Público y la legislación administrativa peruana serán necesariamente tomadas en consideración por los árbitros al momento de resolver. Otros aspectos también regulados son los que conciernen al régimen de recusaciones, junto a las atribuciones arbitrales especiales del Consejo Superior de



*Evidentemente que esta afectación, en detrimento de árbitros no abogados, no forma parte del animus legis del marco normativo sub análisis. De otro lado, otro componente nuclear consiste en que el mismo marco mantiene una determinación jurídica a favor del arbitraje de derecho, en orden a que el actuar del Estado constituye una expresión del principio de legalidad<sup>38</sup> y, por ende, las contrataciones y las controversias derivadas de las mismas, se encuentran sujetas al marco normativo por exclusivas consideraciones de Derecho Público.<sup>39</sup>*

*Dichas consideraciones se encuentran contenidas en diversas normas que tienen relación con el marco normativo sub análisis, como es el caso de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444; la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004, Ley N° 28128; la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, entre otras.*

*Sin embargo, reiteramos, la presidencia del tribunal arbitral siempre debe ser ejercida por un abogado.<sup>40</sup> El marco normativo garantiza así que este*

---

*Contrataciones y Adquisiciones del Estado CONSUCODE, en lo que concierne a la recusación y nombramiento de árbitros así como en lo que concierne al apoyo administrativo que dicha institución puede brindar a los arbitrajes que se lleven a cabo dentro del marco normativo sub análisis.*

<sup>38</sup> *En cuanto a principios, Cfr. Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, así como los principios del reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado, que se encuentran contenidos en el Artículo 3 y cuyo último párrafo señala: servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la Ley y el presente Reglamento, como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la Ley y el presente Reglamento. Cfr. [http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/index\\_legislacion.asp?legislacion=http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/reglamento\\_ley/RegGen.htm](http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/index_legislacion.asp?legislacion=http://www.consucode.gob.pe/htmls/legislacion/reglamento_ley/RegGen.htm)*

<sup>39</sup> *Conviene comentar acá que no obstante la preeminencia del marco normativo de Derecho Público que determina la aplicación necesaria de la normativa sub análisis para la solución en sede arbitral, de las controversias derivadas de contratos, se registran casos en los que los árbitros (abogados inclusive) aplican en forma preferente normas de Derecho Común, precisamente en contravención del Artículo 4 de la Ley 26850. En la actualidad el CONSUCODE viene clasificando la información que ha ido recopilando, en forma de laudos y actas de instalación de tribunales arbitrales, para posteriormente proceder a la publicación de los mismos, en aplicación de las normas de transparencia que actualmente rigen en el país.*

<sup>40</sup> *Lo que concuerda plenamente con la Ley General de Arbitraje, en lo que concierne a las atribuciones del Presidente del Tribunal Arbitral: Artículo 47°.- Decisión del Presidente del Tribunal Arbitral y designación del dirimente.- Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, en los casos de empate dirime el voto del presidente del tribunal. Si no hubiere acuerdo mayoritario, decide el presidente. En todos los casos en que sea necesario designar a un árbitro dirimente, se seguirá el mismo procedimiento utilizado para la designación del tercer árbitro, salvo que las*

*tribunal produzca un laudo de derecho, cumpliendo en todos sus extremos con los requisitos de forma a que se refiere el Artículo 50 de la Ley General de Arbitraje y sin que ello implique la desnaturalización de la lógica labor deliberativa de los árbitros, con la finalidad de lograr la apropiada solución de la controversia.*

*Este mandato del reglamento promueve entonces la especialización en este tipo de arbitraje y armoniza a su vez en su integridad, con el Artículo 3 de la Ley General de Arbitraje, que señala que el arbitraje es de derecho, cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable y debiendo el laudo correspondiente adoptar in fine las formalidades legalmente establecidas.<sup>41</sup>*

*De otro lado, dada la remisión legal contenida en el Artículo 53 de la ley, norma de Derecho Público, cabe concluir que, en virtud de (entre otros) los principios de especialidad y especificidad que inspiran el Artículo 4 de la misma ley, el reglamento no se encuentra en colisión con el Artículo 25 de la Ley General de Arbitraje, cuando ésta regula lo concerniente a la calificación legal de los árbitros, pues en este aspecto, el marco normativo obedece principalmente a la ratio legis de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones (Ley Administrativa) y sólo secundariamente a la ratio legis de la Ley General de Arbitraje.*

*En el primer caso se introducen otros elementos para estructurar la calificación legal en mención y, además de ello, resalta la importancia de la finalidad pública que entraña el marco normativo sub análisis, mientras que en el segundo caso y en razón de la respectiva naturaleza normativa, el bien jurídico tutelado es de carácter privado y si las partes no pactan dentro de los márgenes que les concede la Ley General de Arbitraje, entonces ésta será de obligatorio cumplimiento.*

---

*reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido establezcan un procedimiento distinto. El árbitro dirimente deberá expedir su resolución dentro del plazo de veinte (20) días, gozando de las facultades reconocidas al árbitro presidente en el párrafo anterior. En:*

*[http://www.consucode.gob.pe/htmls/conciliacion/index\\_conciliacion.asp?conciliacion=normasconconciliacion.htm](http://www.consucode.gob.pe/htmls/conciliacion/index_conciliacion.asp?conciliacion=normasconconciliacion.htm)*

<sup>41</sup> *Atendiendo a lo desarrollado en lo que concierne a los mínimos previstos en la normativa sub análisis sobre el tema de la conformación de los tribunales arbitrales, es precisamente el árbitro abogado (presidente en los Tribunales Arbitrales híbridos), el que resulta responsable de la producción del laudo de derecho, en la forma prevista por la Ley General de Arbitraje. Ello convalida perfectamente con las atribuciones de los árbitros; en particular, del árbitro presidente, cuando se produce la deliberación y la necesidad de resolver mediante laudo “de derecho”.*

*Así los abogados, dentro de estos tribunales arbitrales establecidos de conformidad con el marco normativo en materia de contrataciones y adquisiciones, se encuentran en la obligación legal y moral de hacer cumplir la ley aplicable para la solución de la controversia, contando además con la ventaja de poder integrar, dentro del propio tribunal arbitral, a otros profesionales que aporten su criterio especializado. Ello implica preservar en la solución de la controversia, la vigencia de las normas especializadas y específicas de Derecho Público. De ahí el rol relevante de los árbitros abogados en este tipo de arbitraje administrativo.*

*En este punto también debe destacarse que de conformidad con el Derecho Arbitral comparado, la distinción entre arbitraje de derecho y de conciencia, se registra principalmente en países de tradición jurídica romano-germánica, por contraste con los países de tradición jurídica anglosajona, donde dicha distinción no existe o es irrelevante.<sup>42</sup>*

*En consecuencia, es imposible pretender la vigencia dogmática de esta distinción,<sup>43</sup> como si se tratara de una realidad universalmente aceptada por el Derecho Arbitral y menos aún puede ello servir de criterio válido para pretender que los arbitrajes de derecho, en el marco normativo de contrataciones y adquisiciones, necesariamente tengan que ser llevados a cabo por árbitros abogados, en el caso de los tribunales integrados por tres miembros, especialmente cuando es evidente que el marco normativo de Derecho Público que regula este tema, ha optado de manera expresa por la posibilidad que se adopte una fórmula híbrida en la conformación de los tribunales arbitrales, la misma que se impone con base en los principios de*

---

<sup>42</sup> Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURU YZAGA, Manuel Diego (1994); *El Arbitraje en el Perú (...)*; Fundación Manuel J Bustamante, Editorial Cultural Cuzco, Lima Perú; p. p. 364 – 367.

<sup>43</sup> Es de suyo desafortunada la denominación “laudo de conciencia” u “arbitraje de conciencia” en la Ley 26572, en orden a que induce a pensar que en el “arbitraje de derecho” se estaría, por contraste, resolviendo “sin conciencia” o “inconscientemente”. De otro lado, la “conciencia” es menos “medible” o “objetivizable” que la “equidad” que supone un laudo ex aequo et bono. Pero mas allá de estas consideraciones, hay que tener en cuenta que el Artículo 51 de la misma Ley, precisa que el laudo de “conciencia” requiere de una “motivación razonada”. En consecuencia, la “razonabilidad” de la decisión mediante la cual se pone fin a la controversia en el laudo, en realidad está mas cerca de la equidad que de la conciencia. Es decir, e incluso a partir de la idoneidad de la fundamentación adecuada del laudo llamado en la ley “de conciencia”, es más razonable resolver una controversia “en equidad”, antes que “en conciencia”, máxime cuando la conciencia refiere conceptualmente a la individualidad del árbitro, mientras que la equidad supone la interacción del árbitro con las partes, en la búsqueda de la Verdad y de lo Justo.

*especialidad, especificidad y legalidad, tal como ha quedado demostrado líneas arriba.<sup>44</sup>*

*En el negado supuesto de aceptar una hipótesis excluyente, que margine a los árbitros no abogados, estaríamos dejando de reconocer que los principios que nutren el mencionado marco normativo, consagran otras posibilidades igualmente válidas, como es el caso de los tribunales arbitrales integrados hasta por dos profesionales no abogados.*

*Esta rígida hipótesis de exclusión no es viable, porque el marco normativo sub análisis simplemente no ha regulado de esta manera el tema, ni tampoco ha establecido en forma taxativa la forma como estos tribunales estarían integrados, pues la lógica jurídica en la que se sustentan este y otros aspectos de este tipo de arbitraje administrativo, radica en los máximos y mínimos que, en tutela del interés público, recogen los principios y normas de Derecho Público, que conforman el marco normativo sub análisis.*

*En suma, la normativa sub análisis admite perfectamente una serie de combinaciones dentro de los márgenes en mención y para la correcta configuración del arbitraje administrativo; evidentemente, siempre que el núcleo de carácter público no sea afectado.*

## **V. NÚMERO, COMPETENCIA Y RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS COMO PARTE DEL NÚCLEO DE CARÁCTER PÚBLICO DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO.**

*El reglamento ha establecido la posibilidad que el arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral conformado por tres árbitros, según acuerdo de las partes. Nótese que en caso de tribunal colegiado, el número de árbitros se encuentra limitado a tres, no habiendo previsto la norma un número mayor de árbitros, a diferencia de los supuestos que al respecto contiene la Ley General de Arbitraje, que simplemente nos habla de número impar.*

*Ahora bien, a falta de acuerdo o en caso de duda, la norma establece criterios objetivos para definir el número de árbitros. Pero queda claro que el núcleo de carácter público en las reglas de arbitraje administrativo contenidas en el marco normativo sub análisis, ha excluido o eliminado la*

---

<sup>44</sup> *Ibid.* Citas No. 6, 9, 12 y 34.

*posibilidad que los tribunales arbitrales estén integrados por más de tres miembros.*

*Por ende, si se trata de licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas para obras y consultoría de obras, los árbitros serán tres. De otro lado, en caso de adjudicaciones directas diferentes a las indicadas así como en el caso de adjudicaciones de menor cuantía, el árbitro es único. Finalmente, en caso de exoneraciones, el número se determinará en función al proceso que correspondería convocar. Reiteramos, el marco normativo sólo exige que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral sean abogados.*

*Pretender entonces que todos los árbitros sean abogados, constituye una interpretación que excede al marco normativo a que nos estamos refiriendo y, con las diferencias del caso, equivale a pretender que en el marco jurídico sub análisis estarían permitidos los tribunales arbitrales con más de tres árbitros, porque la Ley General de Arbitraje así lo ha previsto.*

*En cuanto a la competencia y responsabilidad de los árbitros, la Ley General de Arbitraje (Artículo 18) precisa que los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.*

*Además de ello, los árbitros cuentan con atribuciones especiales<sup>45</sup> que hacen que el arbitraje sea, en gran medida, un medio “auto contenido”<sup>46</sup> de solución de controversias. En efecto y por ejemplo, siguiendo el estado actual de la técnica arbitral, la ley señala que los árbitros pueden fijar las reglas del arbitraje, a falta de acuerdo entre las partes.<sup>47</sup>*

*Los árbitros, en virtud del principio Kompetenz – Kompetenz,<sup>48</sup> también pueden decidir acerca de su propia competencia o pueden actuar pruebas*

---

<sup>45</sup> Cfr. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz (2001); Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje; En: Revista Advocatus Nueva Epoca; Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Mayo de 2001; p. p. 128 y s.s.

<sup>46</sup> Cfr. PLANTEY, Alain (1995); El Arbitraje Internacional en un Mundo en Cambio; En: Boletín de la Corte Internacional, Paris – Francia,

<sup>43</sup> Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (1996); Los árbitros en la Nueva Ley General de Arbitraje (Ley No. 26572); En: Ius et Veritas, Año VII, No. 12; p.p. 51-57.

<sup>48</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURU YZAGA, Manuel Diego; El Arbitraje en el Perú (...) p. p. 225 y s.s.

*de oficio o incluso dejar de actuar pruebas mediante resolución motivada. Sin embargo y de conformidad con la Ley General de Arbitraje, los árbitros están obligados a cumplir con el deber de declaración o información, respecto de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas respecto de su neutralidad e imparcialidad ante las partes, debiendo hacerlo antes de aceptar el encargo o incluso durante la secuela del arbitraje, si fuere el caso y para prevenir la recusación por causal sobreviniente.*

*Corresponde a la debida diligencia de las partes hacer que los árbitros cumplan con llevar a cabo el deber de declaración o información, conforme el Artículo 29 de la Ley General de Arbitraje, contando para ello con diversos medios legales que permiten a las partes hacer valer sus derechos, ante el eventual incumplimiento por parte de los árbitros de lo establecido en el Artículo 18 antes citado, prohibiendo además la recusación por causal que era manifiestamente conocida y que no fuera invocada oportunamente.*

*Ahora bien, sin perjuicio del derecho a ser remunerados por el servicio a prestar, el incumplimiento del encargo por parte de los árbitros, en lo que concierne a sus obligaciones dentro del arbitraje, como es, entre otras, el laudar dentro del plazo y el garantizar a las partes que no hay causal de recusación que inhabilite (al árbitro) para ejercer el cargo, dará lugar a la eventual responsabilidad civil a que se refieren los Artículos 29 y 18 de la Ley General de Arbitraje.*

*Sin embargo, la legislación peruana también ha regulado la eventual responsabilidad penal de los árbitros, mediante la Ley 26643, en los delitos de concusión y corrupción, eliminando la inmunidad<sup>49</sup> que inicialmente establecía la Ley General de Arbitraje y adscribiendo (desacertadamente) a los árbitros a la categoría de “funcionarios” en el Código Penal.*

*Ello se aprecia de la tipificación penal contenida en la Ley 26643, actualmente en vigencia. Cabe destacar que éstas son normas poco conocidas y utilizadas, que sin embargo deberían ser de conocimiento de los interesados en recurrir a un arbitraje y de los árbitros, pues finalmente permiten prevenir conductas irregulares y cautelar el “debido procedimiento arbitral”, tal como se deriva de una reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano,<sup>50</sup> que también conviene traer a colación.*

---

<sup>49</sup> Cfr. sobre inmunidad de los árbitros: METTLER, Andrea (1992); Inmunidad versus responsabilidad en el proceso arbitral; En: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones No. 147 – 148), mayo, agosto 1992; p.p. 355 - 378

<sup>50</sup> El tema ha sido analizado en los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No.189-99-AA/TC, que en el numeral 4 establece:

---

*Es por lo expuesto que cabe precisar que el sistema jurídico peruano cuenta con una variada gama de normas que le brindan diversos tipos de seguridad jurídica al arbitraje, incluyendo aquellas disposiciones que regulan las responsabilidades de los árbitros. De donde fluye que el tipo de arbitraje (derecho o conciencia) es solamente uno de los elementos en esta gama de seguridades.*

## **VI. MATERIA CONTROVERTIDA CONFORME EL MARCO JURÍDICO SUB ANÁLISIS Y LIBERTAD PARA ESTABLECER EL TIPO DE ARBITRAJE.**

*Los artículos 190 y 140 del reglamento precisan las materias que pueden someterse a arbitraje dentro del marco normativo sub análisis. El primer artículo refiere que es factible arbitrar sobre la validez, invalidez, rescisión, resolución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia. Mientras que en el segundo artículo citado, las indemnizaciones de daños y perjuicios por concepto de vicios ocultos, se encuentran excluidas de la sede arbitral.*

*Cabe destacar que llama la atención la “arbitrabilidad” de la rescisión del contrato. Al igual que en otros asuntos regulados en el marco normativo sub análisis, también en el caso de la materia controvertida, nos encontramos con disposiciones que conforman un núcleo de carácter público.*

---

*“Que en materia de procesos constitucionales, contra resoluciones de la jurisdicción común e incluso de la jurisdicción militar, existe un criterio desde hace mucho tiempo, que ha sido reafirmado en reiteradas oportunidades y que tiene su punto de partida en el texto original del inciso 2) del Artículo 6 de la Ley 23506, que a la letra dispone: “No proceden las acciones de garantía...contra resolución judicial emanada de procedimiento regular” (texto que, por cierto, ha sido modificado –en realidad complementado- por la Ley 27053, pero que no resulta pertinente invocarse en esta oportunidad, por haber sido expedida dicha norma con posterioridad al inicio del presente proceso). Bajo dicho contexto, ‘procedimiento regular’ –ya lo ha dicho este Tribunal- es aquél en el que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es ‘procedimiento irregular’ aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos, legitimando por ende su cuestionamiento constitucional. De manera que frente al primer caso y por referencia explícita a los laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares.” En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/0189-1999-AA.html>*

---

*En el caso extremo de la “arbitrabilidad” de la rescisión, nos encontramos ante la nulidad del contrato ab initio, en donde podemos apreciar que habría arbitraje automático, incluso en el caso de inexistencia formal del contrato, como deriva del supuesto contenido en la causal de rescisión contractual, aportando así una evidencia más a favor de la tesis de la especialidad que comporta este tipo de arbitraje así como de la “voluntad arbitral” del Estado Peruano, incluso ante un supuesto cuasi contrato.<sup>51</sup> También llama la atención la no “arbitrabilidad” del vicio oculto, pues sería coherente establecer que en estos casos también habría de resolverse la controversia en sede arbitral.*

*De otro lado y siempre que se respeten las normas de Derecho Público que tienen que ver con este arbitraje administrativo especializado, el convenio arbitral y las estipulaciones ahí contenidas, pueden asumir diversas formas o modalidades. Esto va desde la posibilidad que en el contrato se establezca un arbitraje ad hoc, que contenga estipulaciones específicas sobre el arbitraje, hasta la posibilidad de someter el arbitraje a la organización y administración<sup>52</sup> de una institución arbitral.*

*Cabe precisar que todos estos supuestos se encuentran previstos mediante diversas disposiciones dentro del marco normativo. Y, como ya se ha señalado, conforme el Derecho Público peruano, el número máximo de árbitros será tres, el arbitraje será de derecho y al menos el presidente del tribunal arbitral será abogado, al igual que en el caso del árbitro único. En realidad son éstas las condiciones “mínimas” que contiene el marco normativo sub análisis, al momento de definir al arbitraje administrativo, como un tipo especializado de arbitraje.*

## **VII. CONCLUSIONES.**

*a).- La aplicación de medios alternativos<sup>53</sup> y arbitraje tiende a la especialización e implica la democratización en la gestión de conflictos*

---

<sup>51</sup> CABANELLAS B. Y ALCALÁ Z. L. (1979) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Editorial Heliasta S.R.L., Bs.As; Tomo II, p.p. 427 – 428.

<sup>52</sup> ROCA MARTINEZ; *Ibid.*

<sup>53</sup> Sobre la denominación “medios” o “mecanismos alternativos” o “vías alternativas”, hacemos nuestro el criterio del Grupo de Trabajo II sobre Conciliación y Arbitraje, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuando precisa: *En la práctica todo procedimiento por el que las partes en una controversia se dejan ayudar en orden a su solución se suele designar por términos como los de conciliación, mediación u otros similares. Se utiliza la noción de “vías alternativas para la solución de una controversia” para referirse globalmente a diversas técnicas o métodos utilizados para la solución de una controversia que no dan lugar,*



*suscitados en la etapa de ejecución contractual dentro del marco jurídico sub análisis, propendiendo a lograr la eficiencia mediante este tipo de medios de solución de conflictos.*

*b).- Esta tendencia democratizadora es una de las fortalezas de esta iniciativa asimilada por el Derecho Público Peruano y donde adquiere relevancia la “simetría arbitral” para la solución de controversias, propiciando la correspondiente racionalidad económica y realizándose en armonía con el Derecho Arbitral, pero dando lugar a un tipo de arbitraje administrativo, que se caracteriza por los principios de especialidad y especificidad, en una época en la que el Sistema Jurídico Peruano tiende a la proliferación de competencias arbitrales.*

*c).- El proceso de desarrollo del arbitraje administrativo es dinámico y discursivo. Se encuentra en una etapa inicial y, por ende, cuenta con un desarrollo emergente, por lo que los incentivos para su consolidación están en pleno proceso de evolución y de donde la diversificación en los tipos de servicios de gestión de conflictos adquiere un carácter relevante, máxime dentro de la tipificación (expresa o tácita) contenida en las normas que regulan las contrataciones y adquisiciones del Estado.*

*d).- Constituye un reto sin precedentes para las partes en el contrato regulado por el marco normativo sub análisis, el contar con las capacidades necesarias para llevar a la práctica los medios alternativos y el arbitraje en forma competente; en particular, por la dimensión económica que ello entraña, así como por las características prospectivas a tomar en cuenta en cada caso en particular y en lo que concierne a la especialización y habilidad profesional requerida, máxime cuando el Estado canaliza anualmente aproximadamente 13 mil millones de soles bajo el ámbito de aplicación de los contratos regulados por el marco normativo sub análisis, en un volumen aproximado de 850 mil contratos anuales.*

*e).- Para el desarrollo y consolidación de dichas capacidades, resulta imprescindible llevar a cabo acciones institucionales sostenidas y estructuradas, pero también es necesario hacerlo desde una perspectiva pragmática y multidisciplinaria, desterrando toda visión ciclópea y rompiendo de una vez por todas los paradigmas que aún pretenden mantener como única opción válida, a los decimonónicos y trajinados “criterios estáticos” para la solución de controversias.*

---

como sucede con el arbitraje, a un fallo vinculante. En: UNCITRAL (2001); A/CN.9/WG.II/WP.116 ; En: <http://www.uncitral.org>

---

*f).- En el caso del arbitraje en contrataciones y adquisiciones nos encontramos ante un tipo especializado de arbitraje administrativo, que se lleva a cabo sobre la base del marco normativo correspondiente y que debe necesariamente entenderse con características propias, que comprenden la concurrencia armónica tanto del Derecho Arbitral como del Derecho Público. Pero dicha concurrencia armónica no presupone la confusión de los ámbitos jurídicos respectivos.*

*g).- Este arbitraje administrativo se regula sobre la base de unos márgenes mínimos y máximos establecidos como núcleo de carácter público en las normas de Derecho Administrativo; es decir, a partir de una Ley Administrativa (Ley 26850) y de su Reglamento, el mismo que produce efectos jurídicos generales en forma directa. Estas normas regulan lo que corresponde al número de árbitros, la materia o materias “arbitrables”, la inapelabilidad del laudo, el tipo de arbitraje (de derecho), los supuestos mínimos y máximos bajo los cuales dicho arbitraje de derecho se debe dar, las causales de recusación de árbitros, la designación residual de árbitros y el apoyo administrativo por parte de CONSUCODE, entre otras.*

*h).- Estando a los mínimos previstos para llevar a cabo un arbitraje administrativo de derecho, de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el marco normativo sub análisis, es entonces jurídicamente posible llevar a cabo un arbitraje de derecho, mediante la conformación de un tribunal arbitral que, por lo menos (y de forma obligatoria), cuente con un árbitro que presida el tribunal y que sea abogado.*