



Mario Castillo Freyre^(*) y Rita Sabroso Minaya^(**)

El arbitraje del Estado peruano

“ES NECESARIO SUBRAYAR QUE EL ARBITRAJE NO SÓLO ESTÁ CONTEMPLADO PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS ENTRE EL ESTADO Y SUS DEPENDENCIAS CON RESPECTO DE TERCEROS, ES DECIR, CON RESPECTO A UN PARTICULAR (SEA NACIONAL O EXTRANJERO DOMICILIO EN EL PERÚ), COMO LO ESTABLECE EL INCISO 3; SINO TAMBIÉN ENTRE LAS DEPENDENCIAS ESTATALES ENTRE SÍ. COMO SE PUEDE APRECIAR, EN LA LEY DE ARBITRAJE, EL ESTADO Y SUS ENTIDADES ESTÁN CONSIDERADOS EN UN PLANO DE IGUALDAD CON LAS PARTES EN VIRTUD DE UN CONVENIO ARBITRAL.”

1. Introducción

Uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, del año 1998,⁽¹⁾ que estableció (por primera vez) como una de las cláusulas obligatorias en los contratos que regula, la de solución de controversias, estableciendo que “cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes”.

(*) Magíster y Doctor en Derecho. Socio del Estudio Mario Castillo Freyre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* del Estudio Mario Castillo Freyre.

(**) Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre. Profesora de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual de la misma casa de estudios.

(1) Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento (29 de septiembre de 1998), Decreto Supremo 039-98-PCM, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley.

Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) y el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA), los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser sometidos a arbitraje. Al respecto, ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales*. En: Revista *Advocatus*, No. 7. Lima, 2002; pp. 180 y 181.

El arbitraje del Estado peruano

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo 12-2001-PCM, Decreto Supremo 13-2001-PCM, Decreto Supremo 83-2004-PCM, Decreto Supremo 84-2004-PCM, Decreto Legislativo 1017 y Decreto Supremo 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

Estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados a raíz de los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución y supervisión de obras. Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema⁽²⁾. El esquema que se implantó con la Ley 26850 ha tenido éxito, en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características en los últimos gobiernos que han regido en el Perú.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto Legislativo 1071 que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), establece lo siguiente:

“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”.

El citado precepto tiene sus antecedentes inmediatos en los artículos 2 y 92 de la derogada Ley 26572 - Ley General de Arbitraje.

Como se recuerda, el artículo 2 de la derogada Ley General de Arbitraje regulaba también lo relativo al arbitraje del Estado, estableciendo lo siguiente⁽³⁾:

(2) En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros. Sobre este y otros temas relacionados, véase: CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Arbitraje en la Contratación Pública*. Serie: *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre* No. 7. Lima: Palestra, 2009.

(3) Cabe señalar que este texto fue modificado por el artículo único de la Ley 26742, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 11 de enero de 1997.

El texto original del artículo 2 de la derogada Ley de Arbitraje era el siguiente:



Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya

“Artículo 2.- Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros, domiciliados en el país, inclusive las que se refieren a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí”.

Asimismo, el artículo 92 de la misma norma, señalaba lo siguiente:

“Artículo 92.- Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que refieren a sus bienes.

Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados.

Para los efectos de este artículo, el Estado Peruano comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país.

En todos los supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante

árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional”.

Tanto el artículo 2 como el artículo 92 de la derogada Ley General de Arbitraje iban de la mano con lo establecido por el artículo 63 de la Constitución Política, que contemplaba la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Precisamente ese será el primer punto a abordar en el presente artículo.

2. Marco constitucional

Antes de analizar el contenido del artículo 4 de la nueva Ley de Arbitraje, creemos necesario hacer una breve referencia al marco constitucional que la contempla y que constituye, qué duda cabe, el motor que la nueva carta política utilizó para modificar e impulsar la actividad económica en nuestro país durante la década pasada.

Así, el último párrafo del artículo 63 establece que:

“Artículo 63.- (...)

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

El precepto es bastante claro y no merece mayor desarrollo. Sin embargo, es necesario

Artículo 2.- Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Para los efectos de este Artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional.

El arbitraje del Estado peruano

señalar que, si bien es cierto que se puede someter a arbitraje con el Estado asuntos derivados de contratos, existen situaciones en que el arbitraje no se origina en una relación jurídica contractual; sino en las normas, a saber: el arbitraje que surge en un proceso de expropiación (esto, a través de la Ley 27117 - Ley General de Expropiaciones) y el arbitraje relativo a la ejecución de sentencias de tribunales internacionales que disponen indemnizaciones (contenido en la Ley 27775 - Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales).

Por otra parte, de una lectura sistemática de la propia Constitución, resulta importante citar el numeral 62, el cual señala lo siguiente:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

El citado numeral se presenta como una importante garantía que, al igual que el artículo 63, tiene como objeto impulsar el desarrollo económico e incentivar la contratación con y en el Estado.

3. Arbitraje del Estado en la actual Ley de Arbitraje

Ahora bien, Santistevan de Noriega⁽⁴⁾ aborda este tema señalando cinco reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a aquel; a saber:

- a) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales.

- b) Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicables al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido.
- c) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas.
- d) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?
- e) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado y arbitraje nacional e internacional.

En la primera y segunda reglas, el citado autor desarrolla los temas contenidos en el artículo 2, incisos 1 y 2, de la actual Ley de Arbitraje⁽⁵⁾. Las siguientes tres reglas son las que contienen los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de la Ley.

Por nuestra parte, debemos señalar que el artículo 4 de la nueva Ley de Arbitraje señala en su inciso 1 que, para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia al Estado peruano comprende al Gobierno Nacional, Gobierno Regional, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado, de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan posición estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.

(4) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Arbitraje del Estado Peruano*. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011; pp. 37 y ss.

(5) Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

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

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.



Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya

Dentro del concepto señalado en el inciso 1 del artículo 4, se comprende, pues, a todas las entidades que mantengan algún tipo de vínculo o que pertenezcan al Estado peruano. Sobre el particular, García-Calderón⁽⁶⁾ nos indica que se trata de asuntos en los que interviene el Estado en forma directa (llámese Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales) o por medio de una empresa estatal (empresas estatales de derecho público, mixto o privado), en la medida de que no actúen con *ius imperium*, sino con *ius gestionis*. El rechazo a que se arbitren materias referentes al Estado (*ius imperium*) es natural, ya que el arbitraje se aplica al derecho privado (*ius gestionis*) y no al público; es por ello que sólo se aplicará en los casos en que el Estado actúe como sujeto de derecho privado⁽⁷⁾. Como podemos apreciar, este primer inciso nos brinda un marco de aplicación a fin de que no quede duda sobre qué debemos entender cuando se ha referencia a Estado peruano.

Por otro lado, está claro que las controversias entre estas entidades y particulares, o entre estas entidades entre sí, son evidentemente susceptibles de arbitraje. Justamente el inciso 2 del artículo 4 de la Ley señala que las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden también someterse a arbitraje nacional. Es necesario subrayar que el arbitraje no sólo está contemplado para resolver las controversias entre el Estado y sus dependencias con respecto de terceros, es decir, con respecto a un particular (sea nacional o extranjero domicilio en el Perú), como lo establece el inciso 3; sino también entre las dependencias estatales entre sí. Como se puede apreciar, en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes en virtud de un convenio arbitral.

Por su parte, el inciso 4 contempla la posibilidad de que el Estado también pueda 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. Es decir, no se hace ninguna distinción a estos efectos para el sometimiento a arbitraje de las entidades estatales con nacionales o extranjeros no domiciliados en el Perú para el caso del arbitraje internacional. Esta disposición sigue la tendencia de una ley monista, ya que da una regulación uniforme tanto al arbitraje nacional como al arbitraje internacional en el caso de que una o ambas partes sean el Estado peruano o sus dependencias.

Finalmente, en el inciso 5 se menciona que en caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, incluso con extranjeros domiciliados en el Perú. Esto, en razón de las características que tienen las actividades financieras cuando, en muchos casos, las entidades estatales tienen que renunciar a seguir un arbitraje dentro del país, seguramente, por las cláusulas arbitrales contempladas en estos contratos (que, de hecho, no serán los únicos que celebren dichas entidades o el mismo Estado peruano en su conjunto con terceros) en donde se establezca que la sede del tribunal no estará en el Perú o que no se tratará de un arbitraje nacional.

4. Arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado

Como sabemos, el artículo 40 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado⁽⁸⁾, establece que los contratos regulados por dicha norma incluirán, necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas,

(6) GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: CECOSAMI, 2004; p. 88.

(7) *Ídem*; p. 89.

(8) Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de junio de 2008 y en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 1 del Decreto de Urgencia 14-2009, publicado el 31 de enero de 2009. Dicho artículo establecía lo siguiente: *El Decreto Legislativo 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, cuyo texto fue aprobado por el Decreto Supremo 006-2009-EF, entrarán en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009 (...).*

El arbitraje del Estado peruano

entre otras, a la solución de controversias. En efecto, el referido artículo 40 establece lo siguiente:

“Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos
Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:
(...)

c) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento. (...).”

En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia es que se trataría de un arbitraje obligatorio⁽⁹⁾, cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes. En efecto, debemos recordar que una posible clasificación del arbitraje es por su fuente; a saber: (i) arbitraje voluntario y (ii) arbitraje forzoso u obligatorio.

Es voluntario cuando son las partes en conflicto, actual o potencial, las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, la figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral implica que éste sea pactado voluntariamente por las partes, ya que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ello no implica que el convenio arbitral contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, una cláusula arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

Como bien señala García-Calderón⁽¹¹⁾, esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje⁽¹²⁾ y lo estuvo también en el Código Civil de 1984 y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú; es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

A entender de Baca⁽¹³⁾ el carácter voluntario del arbitraje, parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto

-
- (9) Cabe señalar que el Decreto Ley 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Sin embargo, la anterior Ley 26572 - Ley de Arbitraje, no dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*. En: *Themis 2da. época*. No. 39. Lima, 1999; p. 217.
- (10) PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime GRAY CHICCHÓN. *Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. No. 4. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008; p. 205.
- (11) GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. En: *Ius et Praxis*, No. 32. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001; p. 143.
- (12) García-Calderón hace referencia a la Ley 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje.
- (13) BACA ONETO, Víctor Sebastián. *Los medios 3 alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)*. En: *Lima Arbitration*, No. 1. Lima, 2006; p. 232. Disponible en web: http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf.



Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya

obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva⁽¹⁴⁾. Por el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria⁽¹⁵⁾.

Sobre este tema, Kundmüller⁽¹⁶⁾ nos dice que en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial.

Al respecto, Arrarte y Paniagua⁽¹⁷⁾ se cuestionan por qué, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales, vía originaria prevista en la Constitución Política del Perú. A entender de los citados autores, lo indicado tiene mayor sentido, si consideramos que detrás de la solución de conflictos

derivados de la ejecución de un contrato con el Estado, se encuentra la realización de un interés eminentemente público, mientras que en el arbitraje, el carácter privado y particular constituye su esencia, su razón de ser.

Por su parte, Trayter⁽¹⁸⁾ afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

Así, para Arrarte y Paniagua⁽¹⁹⁾, lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial. Esto ocurre en tanto, de manera expresa, se ha excluido dicha opción. Consecuentemente, en oposición a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral, si alguna de las partes, sea Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, este debe declararse incompetente, incluso de oficio, para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado. Respecto de ello, no cabe la posibilidad de que, como producto de

(14) El citado autor hace la precisión de que la situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.

(15) Sobre el particular, Donayre se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú.

A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje *no obligatorio*, por voluntad de las partes (cada entidad, cada contratista, cada contrato). DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. *Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas*. En: *ADR Resources. Arbitraje y Mediación*, 2006; p. 9. Disponible en web: http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32.

(16) KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho*. En: *Ius et Praxis*. No. 34. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2003; p. 72.

(17) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra*. En: *Advocatus*, No. 16. Lima, 2007; p. 181.

(18) Citado por: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra*. En: *Advocatus*, No. 16. Lima, 2007; p. 181.

(19) *Idem.*; pp. 185 y 186.

El arbitraje del Estado peruano

un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.

Para salvar esta severa incompatibilidad, tal como la catalogan Arrarte y Paniagua, hay quienes sostienen que el mandato de la Ley de Contrataciones del Estado es una autoexigencia para el Estado, el cual debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, sin que ello implique afectación a la voluntariedad del arbitraje.

En efecto, a entender de Cuevas⁽²⁰⁾, si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye o, mejor dicho, debe incluir, un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el cual es aceptado por estos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje como la forma de resolver las controversias con sus proveedores.

Sobre el particular, Santistevan de Noriega⁽²¹⁾ se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación bajo la fórmula de que el Estado (en la contratación regida por los términos de la Ley de Contrataciones del Estado) en realidad extiende una oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere. Asimismo, sostiene que se puede admitir que el Estado (que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias) lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar; es decir, la incluye como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Dicho autor prefiere asimilar este caso a una modalidad de contratación por adhesión.

Al respecto, Kundmüller⁽²²⁾ señala que es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado la existencia de esta cláusula obligatoria. De ahí que todo aquel que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado, y sea un mínimo diligente, sabe de la preexistencia de dicha cláusula obligatoria y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación. Concluye en que hay innegables similitudes entre la figura del derecho privado de los convenios arbitrales estándares previstos en la Ley General de Arbitraje y las estipulaciones obligatorias contenidas en los contratos regulados en la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado, en el marco del derecho público.

A entender nuestro, existe una diferencia importante entre lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y lo regulado en la Ley de Arbitraje en relación a las cláusulas generales estándares, ya que, en este último caso, es posible que, a pesar del convenio arbitral contemplado en las cláusulas generales, las partes acuerden recurrir al Poder Judicial, lo que obviamente no puede suceder en la contratación pública.

Por otro lado, encontramos a Cantuarias⁽²³⁾, quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones del Estado⁽²⁴⁾ no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado, al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios, está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta,

(20) CUEVAS MORALES, Carlos. *El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. En: *Cathedra*. No. 8. Lima; p. 203.

(21) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado*. En: *Actualidad Jurídica*. No. 177. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 27.

(22) KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Op.cit.*; p. 74.

(23) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op.cit.*; p. 182.



Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya

una de las cuales será el acceso al arbitraje. Si bien para dicho autor no estamos frente a un arbitraje obligatorio, pone de manifiesto que sí es inconveniente que el Estado no pueda ofertar a los particulares otras vías adicionales de solución de conflictos.

Finalmente, García-Calderón⁽²⁵⁾ sostiene que esta obligatoriedad del arbitraje es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean Gobiernos Locales, Gobiernos Regionales o Gobierno Central), quien debe, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral. Debido a ello, todo aquel que contrate con el Estado deberá aceptar dicha condición, en la medida en que quiera celebrar un contrato con las entidades mencionadas. A entender del autor, es una obligación que, sin duda, respeta la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se trata de una autoimposición para las empresas estatales; estamos en presencia de una exigencia interna, al incluir cláusulas obligatorias en los contratos, bajo responsabilidad del titular del pliego o de los responsables. Esta exigencia no atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes. Así, señala que esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial, entonces sí se trataría de una imposición forzosa o legal (no voluntaria), y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado.

Coincidimos con el citado autor en que es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad, en la medida en que se desee contratar; dado que se trata de una exigencia interna de éste, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. El Estado plasma sus políticas a través de normas jurídicas y en este caso no atenta contra el derecho de terceros.

Otro aspecto importante a destacar es la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral, en caso las partes no la hayan establecido. Así, el artículo 216 del Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento), establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho un texto que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.”

Al respecto, García-Calderón⁽²⁶⁾ tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho. El autor discute sobre la obligatoriedad de la norma para aquellos particulares que contraten con el Estado y que no hayan suscrito el convenio arbitral,

(24) Cabe precisar que el autor hace referencia al Decreto Supremo 012-2001-PCM, vigente al momento de la elaboración de su artículo. Sin embargo, sus apreciaciones son plenamente aplicables con la normativa hoy vigente.

(25) GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Óp.cit.*; p. 144.

(26) *Ídem.*; p. 144.

El arbitraje del Estado peruano

toda vez que la doctrina y la ley de arbitraje recogen el carácter voluntario (consensual) del arbitraje. Quiere decir entonces, que si por un error administrativo no se incluyó el convenio arbitral en el contrato, no se puede incorporar el arbitraje sin el consentimiento de la otra parte, tal como equivocadamente lo señala el reglamento. En tal sentido, la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso. De esta manera, el citado autor entiende esta incorporación como una limitación ilegal por parte del Estado a la jurisdicción ordinaria, que no debe ser aceptada en caso se presente alguna controversia si no se ha suscrito el convenio arbitral.

Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

Como bien señala Kundmüller⁽²⁷⁾, la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha *obligatoriedad* existe y cuáles son sus consecuencias respecto del

arbitraje, especialmente en lo relativo a las atribuciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

A nuestro entender, el considerar incorporado de pleno derecho dicho convenio arbitral permitirá garantizar la plena vigencia del arbitraje en las contrataciones con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el contrato. Es decir, nos encontramos ante una cláusula arbitral que podríamos denominar como residual.

5. Conclusiones

Como hemos visto, la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850, estableció por primera vez como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias. Y ello implicó un gran cambio en la administración de justicia en el país.

Asimismo, cabe resaltar que el arbitraje del Estado no solo ha tenido y tiene un respaldo legal, sino también constitucional, dado que nuestra Constitución contempla la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometan a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Ello en la medida de que, como sabemos, el Estado puede intervenir en relaciones contractuales en forma directa (gobierno central, gobiernos regionales o gobiernos locales) o por medio de una empresa estatal y siempre que no actúen con *ius imperium* sino con *ius gestionis*.

Dentro de tal orden de ideas, entre los países que contienen normas particulares sobre la participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos, encontramos al Perú con una completa legislación sobre la materia. (14)

(27) KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*. En: *Themis 2da época*. No. 39. Lima, 1999; pp. 217 y 218.