
ÉTICA EN EL ARBITRAJE DE CONTRATACION PÚBLICA: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

*“Así que escúchame; te voy a dar un consejo y que Dios esté contigo. Sé tú el representante del pueblo delante de Dios y lleva ante Dios sus asuntos. Instrúyete en los preceptos y las leyes, enséñale el camino que debe seguir y las obras que ha de practicar. Pero elige de entre el pueblo **hombres capaces, temerosos de Dios, hombres honrados e incorruptibles**, y ponlos al frente del pueblo como jefes de mil, de ciento, de cincuenta y de diez. **Que ellos administren justicia al pueblo en todo momento; a ti te presentarán los asuntos más graves, pero en asuntos de menor importancia decidirán ellos. Así aligerarás tu carga, pues ellos la compartirán contigo**”.*

Éxodo 18: 19-22

Institución de los jueces

distingue la existencia de un cliente interno y un cliente externo, entendido el primero como la entidad que contrata y el segundo como la población a la cual le beneficia la obtención de la prestación contratada.

Esto pone de manifiesto el rol preponderante del interés público en este tipo de contratos, ya que siempre existirá de por medio la satisfacción de este interés cuando el Estado decide contratar.

I. Introducción: importancia del arbitraje de contratación pública

El arbitraje de contratación pública, establecido desde 1998 por las sucesivas Leyes de Contrataciones del Estado y sus Reglamentos, es una figura jurídica exclusiva del derecho peruano, a través de la cual se persigue una solución de controversias especializada y rápida sobre las controversias de ejecución contractual de los denominados “public procurement contracts” o contratos de procura del Estado a través de los cuales el Estado se relaciona con los privados asumiendo un rol de comprador o consumidor de bienes, servicios y obras para de este modo lograr la satisfacción de un interés público.

En este sentido, en este tipo de contratos se

En este sentido, se puede afirmar que la contratación pública del Estado cumple un rol instrumental en favor del bien común, por lo que su correcta ejecución contractual es vital para la adecuada atención y satisfacción de las necesidades de la población.

Es por ello que el arbitraje de contratación pública representa un foro de solución de controversias de suma importancia para la adecuada satisfacción del interés público toda vez que a través de él se se revisan las actuaciones de la Administración referidas a la ejecución de los contratos estatales.

Por tanto, una resolución de estas controversias, acorde a derecho y en donde no existan otros intereses más que el intereses público es fundamental para que los contratos públicos cumplan con finalidad primordial.

¹Abogado y Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²Magíster en Derecho de la Empresa y Abogado por la PUCP con mención summa cum laude, cuenta además con: Diplomado de Especialización en Contratación Pública (ESAN), Diplomado de Especialización en Derecho Administrativo (ESAN), Diplomado de Especialización en Arbitraje (ESAN), Diplomado en Arbitraje Nacional e Internacional (Universidad del Pacífico), Diploma en Derecho de la Construcción (UPC). Es Investigador y Consultor de Derecho de Arbitraje en el Centro de Arbitraje de la PUCP, docente de arbitraje en el CARC-PUCP y ha sido profesor adjunto del Curso de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha realizado la investigación “Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública” para el CARC- PUCP los años 2013 y 2014 así como también participó en una investigación sobre arbitraje del Estado para el Banco Mundial el año 2010.

II. Panorama general del arbitraje de contratación pública

Decíamos que el arbitraje de contratación pública es un fenómeno exclusivo del derecho peruano toda vez que somos el único país que por regla general somete a arbitraje las controversias de sus contratos de bienes, servicios y obras.

A su turno, esta realidad tiene como consecuencia que exista una preocupación por conocer el panorama actual de este tipo de arbitraje, y que a lo largo del tiempo se desarrollen sendos estudios e investigaciones para conocer su desarrollo y particularidades, siendo que a la fecha los estudios más recientes son el estudio denominado “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013”⁴, elaborado por la Contraloría General de la República (en adelante CGR) y además el estudio denominado “Tendencias en el arbitraje de contratación pública: Análisis de Laudos”, elaborado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, CARC- PUCP).

A continuación desarrollaremos una breve comparación acerca de los resultados más relevantes de estos estudios.

2.1 Tipo de Contrato Sometido a arbitraje

Tipo de Contrato Sometido a arbitraje	Estudio CARC PUCP	Estudio CGR
Obra	59.5%	52%
Bien	18%	18%
Servicio	14%	30%
Consultoría de obra	8.5%	

Existen altas coincidencias sobre este punto, el tipo de contrato que es mayormente causante de arbitrajes es el contrato de obra, seguido por el de servicio y luego el de bienes. Al respecto, el Estudio CARC PUCP efectúa un desglose entre “Servicio” en general y un tipo específico de servicio compuesto por la “Consultoría de obra”, si sumamos ambos tenemos un 22.5% en el caso de “Servicios” en general. La conflictividad de los contratos de obra pública representa un desafío trascendental para el sistema, puesto que una solución de controversias eficiente en este rubro es fundamental para permitir la disminución de la brecha de infraestructura que adolece nuestro país. Por ello se debe apostar por medios de solución de controversias complementarios al arbitraje como las Juntas de Resolución de Disputas (JRD) (artículo 45.1° de la Ley N° 30225, en adelante LCE) que puedan prevenir el surgimiento de controversias o resolverlas en su mayoría durante el desarrollo de la obra.

Es también Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo (CCH) Es árbitro adscrito en la en la PUCP y en la CCH.

³Abogado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor de Derecho de Arbitraje en el Centro de Arbitraje de la PUCP. Consultor del Tribunal del Servicio Civil en resolución de conflictos.

2.2 Resultados de los arbitrajes para el Estado

Resultados de los arbitrajes para el Estado	Estudio PUCP	Estudio CGR
Desfavorable	63.6 %	70 %
Favorable	24.8 %	27 %
Pretensión declarativa	11.6 %	
Otros		3 %

Si bien a primera vista los resultados en cuanto al porcentaje de laudos “Desfavorables” para el Estado parece coincidir en ambos estudios, debemos precisar lo siguiente que parece ser que el Estudio de la Contraloría se basa solamente en considerar como “Desfavorable” los laudos que se declaran fundados o fundados en parte contra el Estado sin entrar a analizar sus alcances, lo cual hace que no se tenga un resultado acorde a la realidad.

El estudio CARC PUCP por su parte proporciona una lectura más amplia de la cifra “Desfavorable” puesto que interpreta hasta qué punto el laudo es desfavorable al Estado, ya que desglosa hasta qué punto el Estado es condenado al pago. Es así que arroja que de ese 63.6% el estado es condenado en el siguiente sentido:

Proporción de pagos del Estado	%
81 a 100%	35.4
61 a 80%	7.7
41 a 60%	7.7
21 a 40%	6.0
1 a 20%	6.8
TOTAL	63.6

Esto significa que los laudos verdaderamente “Desfavorables” para el Estado son solo 35.4% puesto que paga casi la totalidad de lo que se le demanda. En el resto de casos posee un porcentaje muy bajo de orden de pago como para considerarse a esos laudos como desfavorables al Estado. Más aun, nuestro estudio revela que de S/. 10 soles que se le demandan al estado, los laudos arbitrales solo ordenan el pago de S/. 4.7, lo que quiere decir que existe una suerte de “empate técnico” entre lo que el contratista recibe y lo que finalmente no recibe, que es lo mismo a decir que el Estado evita pagar casi lo mismo que finalmente paga a través de los laudos. En este sentido, se demuestra que las veces que el Estado pierde, la tendencia es que se le ordene a pagar menos de la mitad de lo pretendido por el contratista. Esto admite una lectura positiva y una negativa. La positiva se refiere a que la defensa del Estado hace un gran esfuerzo para sacar adelante los arbitrajes y que contrariamente a lo que se cree, el arbitraje no es un sistema “procontratista”. Sin embargo, respecto de la lectura negativa, no debemos cegarnos ante la realidad de que algunos contratistas “inflen” el monto de sus pretensiones sin ningún sustento, lo que quizás explique en alguna medida parte de este resultado.

2.3 Origen de las Controversias.

Si bien el estudio de la CGR no detalla las

⁴El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013. En: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

causas de las controversias como si lo hace el estudio CARC PUCP, es importante señalar que la CGR es consciente de las ineficiencias y falencias del Estado en el origen de los arbitrajes, en tal sentido se señala lo siguiente: *“Los resultados que se muestran podrían generar diversas opiniones frente a la aplicación del arbitraje como medio de solución de controversias. Sin embargo, no es que el sistema arbitral sea perverso o que sea el responsable de los resultados negativos que tiene el Estado en cuanto a la gestión de sus procesos arbitrales, sino que hay diversos factores que dan lugar a dicha situación.*

Sobre el tema, Mariella Guerinoni Romero, panelista en el Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 201245, señala que las causas que originan controversias por las que el Estado tiene procesos arbitrales están relacionadas a las siguientes situaciones:

- *Errores del área usuaria al formular sus requerimientos, sobre todo los expedientes técnicos para obras que son mal elaborados con especificaciones técnicas equivocadas y programaciones irrealistas.*
- *Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual.*
- *Deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección.*
- *Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades, oficina logística o*

administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses.

- *Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público, que si bien con el Decreto Legislativo N° 106846 se le ha otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo*

- *La crisis de valores éticos de todas las partes involucradas, incluidos los árbitros, las partes, los abogados, etc. Al respecto, la revisión y análisis de los 2 796 laudos arbitrales, permite corroborar algunas de las causas antes señaladas, como es el caso de la falta de seguimiento de la ejecución del contrato por parte de los funcionarios y servidores responsables de dicha función. Esto no solo afecta en el cumplimiento del objeto y condiciones contractuales pactadas con el privado, sino que genera inconvenientes que pueden ser aprovechados por los agentes privados para recurrir a la vía arbitral. A ello podemos agregar la existencia de una débil organización en las dependencias logísticas de las entidades del aparato estatal, sobre todo a nivel de los gobiernos sub nacionales, que no cuentan o cuentan con pocos profesionales especializados en contratación pública, y que no se abastecen para atender oportunamente las diversas situaciones y contingencias que se presentan en la etapa de ejecución de los contratos que la entidad tiene suscritos con el privado.*

⁵Guzmán- Barrón, César y Zúñiga Maravi, Rigoberto. Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del CARC-PUCP “Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales”. En: Revista Arbitraje PUCP N° 04, PUCP, Lima, 2014. pp. 79-97

⁶Reglamento LCE: Artículo 222°.- Designación

En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.

Un ejemplo de esta situación es cuando la entidad resuelve un contrato debido a que los plazos establecidos por ley se han vencido y pese a ello implementa el procedimiento de resolución contractual. Sin duda una acción como esta afecta no solo la defensa del Estado en el arbitraje, sino trae como consecuencia que el tribunal declare nula la resolución que dio por resuelto el contrato y además disponga el pago de una indemnización a favor del proveedor o el contratista, cuando así lo haya solicitado y el tribunal ampare dicha pretensión.

Con relación a la defensa del Estado en el proceso arbitral, la deficiente o nula coordinación interna entre las áreas involucradas de la entidad hace que este no cuente con una adecuada defensa técnica y legal de sus intereses que le permita revertir o por lo menos disminuir los efectos de las pretensiones del agente privado, quien premunido de una oportuna y eficiente defensa legal obtiene por lo general resultados favorables como se evidencia en las cifras que hemos mostrado.

Muchos de los casos que llegan al arbitraje, llegan con problemas que son de responsabilidad de la Entidad. Estos van desde la formulación de los requerimientos, pasando por el proceso de selección hasta llegar a la etapa de ejecución contractual. En un escenario como este es poco probable que el Estado obtenga resultados favorables,

estando obligado a orientar su defensa a disminuir los alcances de las pretensiones del privado, porque el problema no radica en el número de arbitrajes en los que el Estado esté involucrado sino en los resultados que obtiene.

Las causas identificadas permiten señalar que existe la necesidad de fortalecer a las entidades del aparato estatal en la administración de los contratos durante su ejecución, pues este aspecto constituye una de las principales debilidades en la administración pública. Estas capacidades deben ser fortalecidas de modo que, cuando el Estado enfrente un proceso arbitral, éste no obtenga un porcentaje tan alto de resultados desfavorables.” (pág. 75-77)

Al ser que la CGR refiere estos problemas en la gestión contractual del Estado, consideramos importante hacerle llegar nuestros hallazgos acerca de las verdaderas causas de los arbitrajes, las cuales conforme nuestro estudio, son las siguientes:

- Por contradicción de resolución administrativa emitida: 25,2%
- Por incumplimiento contractual – formalidad-demora requisitos para obra: 5.8%
- Por ausencia de manifestación (silencio administrativo): 10,8%
- Ampliación sin gastos generales: 9.5%
- Por incumplimiento en el pago: 27,0%

2. Para el caso de tres (3) árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) árbitros designarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación.

3. Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer árbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

La resolución de designación se notificará a las partes a través de su publicación en el SEACE y será comunicada, de manera personal, al árbitro designado.

Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE se realizarán de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.

- Por otorgar ampliación sin gastos generales: 9.5%
- Por no acatar en liquidación ampliación de plazo concedida laudo anterior: 1.2%
- Demora en aprobación/ cuestionamiento/ absolución: 7.5%
- Indebida resolución contractual: 8,5%
- Deficiencia en expediente técnico: 4.5%

Esto significa que los arbitrajes en su gran mayoría poseen causas sobre las cuales el Estado tiene algún grado de responsabilidad, por lo que estas deberían corregirse en la gestión de los contratos y no llegar a arbitrase, pues no son verdaderas controversias.

2.4 Tipo de Arbitraje

Tipo de arbitraje	Estudio CARC PUCP	Estudio CGR
Ad hoc	71.8	62
Institucional	16.5	37.6
SNA	11.7	
Otros	-	0.4

En este punto también existen coincidencias altas entre ambos estudios, el arbitraje ad hoc es abrumadoramente usado frente al institucional. Cabe señalar que el estudio CARC PUCP efectúa un desglose en el caso del “Arbitraje institucional”, en donde divide entre arbitraje institucional privado (16.5%) y el SNA- OSCE (11.7%). Si sumamos ambos tenemos que el “Arbitraje institucional” constituye el 28.2%. El estudio de la CGR por su parte identifica un 0.4 de laudos en donde no ha sido posible identificar el tipo de arbitraje.

Es importante señalar que el estudio de la CGR aboga a favor del arbitraje institucional para la contratación pública, sobre el particular refiere: “El estudio también ha permitido identificar que existen deficiencias en la publicación de los laudos arbitrales, siendo éstas mayores el caso de arbitrajes ad hoc, pues en este tipo de arbitraje, el o los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral no pertenecen a ninguna institución arbitral, lo que dificulta el acceso a la información de la mayoría de este tipo de laudos arbitrales. (pág. 15)”

“Al analizar la evolución del empleo de los tipos de arbitraje para el periodo 2003-2013, se observa que si bien el arbitraje ad hoc a nivel acumulado es el que concentra el mayor porcentaje de los laudos (62%), el arbitraje institucional a partir del año 2010 hasta el año 2013 muestra un crecimiento sostenido, siendo la tasa de crecimiento promedio anual de 46%. De 110 arbitrajes en el año 2010 pasaron a registrar 340 arbitrajes en el año 2013. (pág. 102)”

“Si se tiene en cuenta que las partes de la relación contractual son las que determinan en el convenio arbitral el tipo de arbitraje al cual someterán, el crecimiento significativo del arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc, podría explicarse por el hecho de que el arbitraje institucional constituye un mecanismo más confiable, que cuenta con procedimientos establecidos y previamente

⁷Reglamento LCE: Artículo 222^o.- Gastos arbitrales

En los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación Arbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de lo establecido por la tabla de gastos arbitrales SNA- OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto será definitiva e inimpugnable.

⁸Artículo 45.6 NLCE.

(...)Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior

definidos a los cuales las partes aceptan someterse. Además, está a cargo de instituciones especializadas con árbitros calificados. Estos factores, entre otros, serían los que definirían la decisión de las partes de la relación contractual de recurrir a este tipo de arbitraje asegurando al mismo tiempo la calidad de los laudos y su ejecución, disminuyendo las posibilidades de que el laudo arbitral sea recurrido en nulidad. (pág. 103)”

En anteriores ocasiones ya hemos resaltado las ventajas del arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc, básicamente porque aquel tiende de modo más claro u natural hacia el principio de transparencia conforme manda el artículo 45.12 de la LCE. Esto básicamente debido al rol de acompañamiento y supervisión que desempeñan las Instituciones Arbitrales sobre las actuaciones arbitrales, pero sobre todo debido a la existencia de reglas que preexisten a las controversias sometidas a arbitrajes y a la existencia de órganos colegiados para resolución de los incidentes del arbitraje así como de la imposición de sanciones éticas. Asimismo, en anteriores ocasiones también hemos manifestado que apreciamos que la Ley N° 30225 reafirma una tendencia dada por “institucionalizar el arbitraje ad hoc”, importando hacia el determinados rasgos propios y naturales del arbitraje institucional: “En efecto, la nueva Ley de Contrataciones del Estado, no realiza un esfuerzo por privilegiar el arbitraje institucional, sin

embargo debemos señalar que el arbitraje ad hoc al que se refiere la nueva ley e incluso la Ley vigente y su Reglamento tiene muchos rasgos “institucionales”, tales como:

- Designación residual de árbitros y decisiones sobre recusaciones a cargo del SNA-OSCE⁶
- Tarifario aplicable para honorarios de árbitros ad hoc⁷
- Registro de Árbitros de inscripción automática⁸
- Registro de secretarios arbitrales⁹
- Código de Ética y Órgano colegiado para la imposición de sanciones, es decir el Consejo de Ética¹⁰
- Custodia de expedientes arbitrales¹¹

Todos estos rasgos del arbitraje ad hoc regulado por la LCE y también por la NLCE provienen claramente del arbitraje institucional, entonces la gran pregunta es ¿No sería más fácil recurrir de forma preminente o incluso exclusiva al arbitraje institucional antes que “institucionalizar” el arbitraje ad hoc?.”

A ello hay que añadir que, a día de hoy, según pasaremos a explicar en las próximas líneas, creemos que la apuesta hacia el arbitraje institucional es necesaria puesto que brinda mejores herramientas para prevenir, detectar y sancionar malas prácticas acaecidas durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Actualmente, la regulación del arbitraje de contratación pública presenta el siguiente

⁹Artículo 45.7 NLCE.

Para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto.

¹⁰Artículo 45.10 NLCE.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable. (...)La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas.

escenario para el arbitraje institucional:

- **En la LCE:**

Se establece en su artículo 45.5 que “el arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto.” Esta disposición demuestra la importancia de institucionalización del arbitraje de contratación pública y asimismo busca garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de arbitraje institucional

- **En el Reglamento de la LCE:**

Por su parte el Reglamento de la LCE establece lo siguiente acerca del arbitraje institucional:

-Requisitos de acreditación:
Artículo 204° Instituciones Arbitrales

El OSCE publica el listado de las instituciones arbitrales acreditadas en materia de contrataciones del Estado. Mediante Directiva se establecen los requisitos y procedimientos para obtener y mantener tal acreditación, entre los cuales se considera la experiencia en la administración de arbitrajes o el respaldo de una institución académica universitaria, cámara de comercio o colegio profesional, la existencia de un plantel de profesionales que le brinda soporte y la infraestructura mínima indispensable; así como las facultades del OSCE para efectuar

las acciones de supervisión y monitoreo. Dichas instituciones arbitrales deberán contar con un Reglamento de Arbitraje, Código de Ética, Tabla de honorarios y gastos arbitrales, nómina de árbitros, portal web institucional, entre otros aspectos conforme a lo dispuesto en la Directiva.

Sobre el particular se aprecia que las instituciones arbitrales pueden acreditarse vía experiencia o vía respaldo institucional, lo cual no es lo más acertado, toda vez que el arbitraje institucional no puede concebirse sin respaldo institucional, no basta la experiencia a estos efectos. El arbitraje institucional se basa en que el Centro de Arbitraje se parte de una institución con permanencia en el tiempo, por ello es un error concebir un arbitraje institucional verdadero sin este requisito. Somos de la idea que los requisitos debieron ser conjuntivos, es decir que los centros de arbitraje que operen en arbitrajes de contratación pública deberían tener no solo este precitado respaldo institucional, sino además una determinada experiencia en término de años para así brindar mayor seguridad al interés público, asegurando transparencia y eficiencia en el desarrollo de los arbitrajes.

-Se salvaguarda la elección del arbitraje institucional:

En el artículo 185° del Reglamento encontramos que se dispone lo siguiente:

“En caso el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional y no se

¹¹Artículo 45.12 NLCE

Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por un plazo no menor de diez (10) años desde la terminación de las mismas.

¹²Ezcurra, Huáscar, “Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses” en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/14817/15373>, página 235 - 236.

haga referencia a una institución arbitral determinada, o se refiera a una institución arbitral no acreditada, el proceso arbitral debe ser iniciado por la parte interesada en cualquier institución arbitral.” En este sentido, y a diferencia de lo dispuesto por el artículo 7.3° de la Ley de Arbitraje, se establece que el pacto de arbitraje institucional prevalece y en caso que no se haya elegido una determina institución en el convenio arbitral, el arbitraje se podrá iniciar en cualquier institución arbitral acreditada en vez de remitirse a un arbitraje ad hoc. Sin embargo, el esfuerzo y novedad de esta fórmula se ve menoscabada cuando en su quinto párrafo este mismo artículo señala que: “Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional o no se designa a una institución arbitral determinada, o no se incorpore el convenio arbitral en el contrato, la controversia se resuelve mediante un arbitraje ad hoc, aplicándose las reglas previstas para este tipo de arbitraje.”

Es decir, se da a la misma situación una distinta salida por la cual el arbitraje se convertirá en ad hoc. Ante esta disyuntiva somos de la idea que este quinto párrafo sea de aplicación solamente cuando no se precisa el tipo de arbitraje o no se incluye un convenio arbitral. Por tanto el “o no se designa a una institución arbitral determinada” debe ser entendido como parte del supuesto en donde no se

precisa tipo de arbitraje. Es decir, no se trata de una disyunción sino una conjunción.

- **En la Directiva 001-2016 (Sobre bases estandarizadas)**

Esta Directiva tiene como principal virtud permitir por primera vez la convivencia del arbitraje institucional y del ad hoc en las bases estandarizadas, anteriormente las cláusulas de las bases estandarizadas siempre eran ad hoc y solo gracias a que los funcionarios encargados las modificaban en cada entidad para cada contrato se tenían contratos con convenios arbitrales institucionales. Esto quizás sea uno de los factores más importantes para poder explicar la gran cantidad de arbitrajes ad hoc a día de hoy. A través de esta Directiva, por ejemplo las **BASES ESTÁNDAR DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA CONTRATACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS**, poseen la siguiente cláusula arbitral:

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 177, 178, 179 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de

Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo [INDICAR INSTITUCIONAL O AD HOC]. La entidad debe proponer el tipo de arbitraje mediante el cual resolverá las posibles controversias que surjan durante la ejecución del contrato.

La lógica parece ser que se otorgue a la entidad la facultad de escoger el tipo de arbitraje (ad hoc o institucional) de forma expresa, de modo tal que se busca dar un trato equitativo a ambos arbitrajes para revertir la supremacía del ad hoc. Sin embargo, nos hacemos la siguiente pregunta, ¿No sería mejor optar directamente por el institucional como antes de optar por el ad hoc?

De todo lo expuesto sobre la situación actual del arbitraje institucional podemos concluir que si bien es cierto que el arbitraje institucional es puesto en relieve por la Ley N° 30225 y su Reglamento todavía no hay una decidida acción por parte del Estado por recurrir a él en forma mayoritaria o exclusiva, a pesar de que la propia CGR ya ha reconocido sus ventajas.

III. Deficiencias éticas en el arbitraje de contratación pública

Previamente a iniciar el análisis de las malas prácticas detectadas en el ámbito arbitral, es preciso tener en consideración la magnitud del costo económico que representan los arbitrajes en contratación

pública para el Estado. Para ello, también resulta ilustrativo el estudio realizado por la Contraloría General de la República durante el periodo 2003 al 2013, sobre estos asuntos.

En dicho estudio, se analizó solo una parte de los procesos desarrollados en ese periodo, centrándose, únicamente, en 2,796 arbitrajes. Sumando los petitorios de todos esos casos, los agentes privados pretendieron que el Estado pague un total de S/. 2'307'188,236.00, de los cuales, los árbitros dispusieron un desembolso de las arcas públicas ascendente a S/. 1'128'280,981 a favor de los privados, amparando pedidos como pago por contraprestaciones, pago de mayores gastos generales, enriquecimiento sin causa, penalidades, indemnizaciones, entre otros (página 9). Ahora bien, teniendo un panorama de la importancia económica que tienen los arbitrajes de contratación pública en nuestro país, pasamos a identificar las prácticas antiéticas que fueron comentadas en el **"Seminario: Ética vs. Corrupción en el Arbitraje"**. Sobre el particular, debemos tener en cuenta que no hay mucha información sobre este tipo de prácticas, ya que los agentes se encargan de que no exista evidencia o registros que los vinculen. Sin perjuicio de ello, algunos autores que forman parte de la comunidad arbitral han comentado estos hechos de forma general, en base a las experiencias que les ha tocado vivir. En ese sentido, para una primera aproximación, resulta pertinente

citar lo señalado por un reconocido árbitro del medio local Huáscar Ezcurre Rivero en su artículo “Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses” , en el cual identificó lo siguiente:

1. *El árbitro preferido, aquel que la parte nombrada las veces que se pueda y para todos los casos posibles, porque siempre apoyará a que el cliente gane todos los arbitrajes.*

2. *El árbitro puertas abiertas, con quien la parte que lo designó puede reunirse y conversar cada vez que sea necesario. Es aquel que dará su opinión antes y con la finalidad de ser designado, así como el informante de cómo va el caso, brindando consejos para una mejor defensa a quien lo nombró.*

3. *El árbitro que acepta o solicita sobornos, por lo general una combinación de los dos anteriores, aquel a quien se le designa con la única finalidad de que sea parcial a favor de la parte que lo nombró.*

4. *El árbitro que es abogado oculto, quien prepara los escritos y arma la defensa de la parte que lo designó como árbitro en el mismo caso.*

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos advertir que estos cuatro tipos de árbitros coinciden en que han perdido la imparcialidad y tienen como finalidad favorecer a una de las partes, siempre y cuando obtengan un beneficio de ello. Esta situación encuadra

perfectamente con la definición brindada por el jurista Yvan Montoya Vivanco , al momento de analizar el fenómeno de corrupción en el Perú, centrándose en la administración pública:

“La corrupción es el abuso de un poder encomendado para obtener beneficios particulares (económicos o no) que viola norma en perjuicio de intereses generales o del interés público”.

Llevando la definición al tema bajo análisis y conforme ya hemos señalado, tenemos que los árbitros en contratación pública tienen la última palabra sobre cuestiones de vital importancia para toda la población, tales como carreteras, puentes, túneles, colegios, hidroeléctricas, plantas de tratamiento de agua, caminos, presas, alumbrado público, calles, etc. En ese sentido, los árbitros son los llamados a determinar el derecho en los contratos públicos, debiendo procurar en cada una de sus decisiones, que cada parte reciba el beneficio que pactó, siendo para el contratista un pago justo y para el Estado bienes o servicios acordes a lo solicitado y en este modo coadyuvar a la correcta satisfacción del interés público.

Ahora bien, si un árbitro no actúa correctamente deja de importarle el interés público y las consecuencias que va a tener su decisión en la población en general, ya que lo más importante para este árbitro es utilizar el poder obtenido con la designación para

¹³Montoya Vivanco, Yvan, “Manual sobre delitos contra la administración pública” en “Arbitraje Internacional”, IDEHPUCP, 2015, página 18.

su beneficio propio. Entonces, la decisión final sobre aquel contrato público sometido a su discreción será la que más rentabilidad le dé al árbitro, o la que le consiga futuras designaciones, o la que le consiga favores en otros ámbitos. Esta situación puede generar perjuicios, como que el contratista reciba más de lo pactado (pagado con recursos públicos) o que, por ejemplo, aquella planta de tratamiento de agua sea inservible para la comunidad que la necesita.

En este sentido, es importante reiterar y enfatizar que el correcto desarrollo del arbitraje de contratación pública es transcendental para nuestra sociedad, ya que en los laudos se determinan si las carreteras, puentes o cualquier otra infraestructura de relevancia pública fueron correctamente ejecutadas y si el precio pagado por el Estado fue equitativo al servicio prestado por los privados. Por lo que, se vuelve fundamental velar por el correcto comportamiento de las personas que son llamadas para resolver estas controversias.

Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta también, que en contratación pública buena parte de los beneficios indebidos se originan de las transacciones irregulares entre servidores públicos y proveedores, de las cuales los árbitros no participan necesariamente.

Ahora bien, teniendo una aproximación general de la importancia de los arbitrajes en contratación pública, así como las malas

prácticas en este ámbito, resulta pertinente citar, de forma textual, lo comentado por algunos ponentes que participaron en el “Seminario: Ética vs. Corrupción en el Arbitraje” desarrollado el día 13 de julio de 2016 y que fuera organizado conjuntamente por las 3 instituciones arbitrales más importantes del país: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la Unidad de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

La finalidad de este evento fue esclarecer la gravedad del impacto de la corrupción en el buen devenir del arbitraje, con énfasis en el arbitraje de contratación pública, en donde voces autorizadas del medio arbitral se encargaron de hacer visibles los mayores problemas que aquejan al arbitraje en nuestro país y así citamos textualmente lo que mencionaron:

Ponencia del Dr. Alfredo Bullard:

...” El nombramiento frecuente puede ser indicador de muchas cosas, uno primero, el mejor, que buen árbitro es lo nombran siempre no ... sin embargo, eso parece tener un límite, el nombramiento frecuente genera varios problemas, en primer lugar, ..., los árbitros ... cobran, en consecuencia nombramiento frecuente significa un flujo de dinero que el árbitro está recibiendo ... eso puede ser leído como indicador de que está perdiendo imparcialidad, porque está dependiendo, y si parte importante de los ingresos dependen de los nombramientos que hace una sola parte ... posiblemente la imparcialidad se vea afectada y claro conozco casos de personas nombradas 72 veces por la misma parte ... además puede ser un indicador

de que el árbitro esté “encamisetado”, es decir, que se nombra siempre, porque siempre empuja para que le den la razón o se las ajusta para dar la razón, ... por eso los nombramientos frecuentes deben tratarse de evitarse o ponerse un límite a ellos, no solo respecto a la salud del arbitraje, sino a la salud del prestigio del árbitro como árbitro, porque tarde o temprano eso se agota.

(...)

El caso de más nombramientos con el mismo estudio que yo conozco son “veinte tantos”

(...)

la declaración tiene que ser específica, cuando digo específica significa que tiene que poner el número, porque así se mide con el número, y son muy comunes las declaraciones que dicen he sido nombrado en algunas ocasiones ... entonces cuando viene la ampliación aparecen los números de 16, entonces uno tiene que decir he sido nombrado 16 veces y, posiblemente, lo van a recusar, porque 16... ya muestra que es demasiado... al llegar a los dos dígitos ya la cosa se empieza a complicar y hay muchos casos donde hay dos dígitos, muchísimos, varios, esto qué significa, que el árbitro debe declarar”

(...)

yo creo en general, que si ha sido nombrado ... pero un número cercano a 10, uno ya debería abstenerse, simplemente ha sido nombrado demasiadas veces ... yo tengo por política inhibirme, cuando me recusan o me cuestionan, salvo que claramente identifique la recusación algo de mala fe ... yo creo que la regla debe ser que las partes se sientan cómodas con el árbitro.

la designación reiterada como presidente por otros árbitros, eso también puede ser un problema, me refiero a unas prácticas que yo creo que no son las más adecuadas y yo creo que deberían proscribirse por propia práctica es el famoso “carrusel”, el “carrusel”

es la práctica, que dos veces me la han ofrecido, dicho sea de paso no he aceptado, ... dice mira nosotros tenemos una lista de un número de árbitros, somos un club, entonces tenemos la siguiente regla, cuando te nombran árbitro de parte tu llamas a quien maneja la lista y le dices a quién le toca y a ese le toca y son listas, relativamente, pequeñas de 10 o 12 personas, en mi opinión esa es una conducta no adecuada, y porqué no es adecuada, porque el deber fiduciario del árbitro, incluso teniendo en cuenta la parte que lo designó y la contraparte que no lo designó, pero con el que también se tiene un deber fiduciario, es elegir un presidente que sea adecuado para resolver la controversia y no elegir al presidente que le toca ... el “carrusel” rompe todas las reglas, porque no tiene nada que ver con la confianza de las partes, no tiene nada que ver con la capacidad de la persona para resolver la controversia en concreto, tiene que ver con un arreglo que en el fondo es un arreglo comercial entre los árbitros, eso de ahí en mi opinión no es adecuado y no debe ser la regla.

Ponencia del Dr. Fernando Cantuarias

la gente sabe cuándo actúan antiéticamente ... en materia de arbitraje privado el tema no es tan grave ... la gente cuando maneja su plata la cuida, entonces van a un centro de arbitraje donde hay mayor control ... mayor preocupación por el caso, el problema está cuando la plata es pública ... los arbitrajes ad hoc “simpaticones” en la punta del cerro con millones de soles de mis impuestos, ese es el problema ... las reglas de la IBA no están pensadas para esto, debemos crear las reglas peruanas y discutir cosas serias ..., recuerdo el último caso que me tocó con dos coleguitas que el caso era obvio, había un peritaje a favor de una parte y el presidente hace un laudo en contra y le digo señor presidente esto no se condice con la prueba y el sinvergüenza me contestó, “bueno es que tu parte..”, es decir todos somos ladrones pues, entonces haz tu voto para “tu parte”, no es cierto, yo ya compré al otro árbitro para ser mayoría, eso es lo que tenemos

que discutir, eso lo veo yo esencialmente en el ámbito público, puede haber casos privados, pero en general el gran problema es el público, cómo hacemos para atacar este problema público, esa es la gran discusión ... no hay día que yo no vuelvo a provincia y me encuentro con mis coleguitas ... y usted de donde viene, de hablar con el procurador, ¿A qué ha ido a hablar con el procurador, a negociar pues, no es cierto? ... y ese señor a cobrar un dinero que jamás hubiera cobrado en su vida porque nadie lo hubiera contratado como abogado, pero el procurador lo contrata como árbitro y él le da una parte ... es un ingreso adicional para el procurador, ese es el problema que hay ... mis coleguitas, como los llamo, no los veo en el arbitraje privado, porque cuando la gente tiene que usar su dinero no nombra a cualquiera y por eso el número de árbitros en privado es 200, 250 o 300 personas que se repiten y en el arbitraje público 5,000 a 6,000 personas, esa es la realidad, supuestamente gente ética, inteligente, decente, yo me acuerdo la vez pasada conversando con mis queridísimos procuradores ... les dije ustedes nombrarían a alguno de los impresentables que nombran ustedes en sus arbitrajes si fuera su dinero y todos me contestaron no, uno por uno, bueno y por qué los nombran, bueno porque es plata de todos los peruanos, la inclusión ... ese problema incluso de la antiética ... esa inclusión malsana, como atacarla ... hay gravísimos problemas de corrupción ... el gran problema es el arbitraje público, mientras el Perú siga creciendo va a haber muchísimos arbitraje y más plata de por medio y por tanto muchos intereses.

Ponencia Dr. Roger Rubio

Por alguno u otra razón en nuestro medio local no todos hacen buenas declaraciones, yo diría que la gran mayoría no hace buenas revelaciones, todo el mundo sabe que hay que ser éticos, que hay que revelar, después de veinte años de arbitraje, obviamente todo el mundo sabe que hay que revelar los conflictos de intereses, pero la pregunta es ¿por qué no lo hacen? ¿Qué estamos haciendo las instituciones arbitrales? Obviamente hemos aprendido de nuestra propia experiencia, de la experiencia internacional, del soft

law, de los instrumentos internacionales, por lo menos hemos intentado orientar a que los árbitros hagan buenas declaraciones, los árbitros que no tienen experiencia, los árbitros que de alguna manera quieren escaparse de esos estándares que todos deberíamos cumplir, esos altos estándares internacionales que todos tienen en el mundo, es cierto que el Perú tiene una particularidad el arbitraje de contratación pública que lo hace muy masivo, que hace que haya mucho arbitraje por todos lados, por todo el Perú y eso rompe un poco los estándares ... las reglas de las IBA están pensadas para arbitrajes internacionales y no son masivos.

Tres requisitos que debe tener una declaración, que no todos lo cumplen, debe ser oportuna, cuando digo oportuna no solo me refiero al momento de la revelación cuando uno lo designa, cualquier situación de conflicto de interés o que pueda poner en duda la independencia o imparcialidad de los árbitros durante el desarrollo del arbitraje debe ser revelado. En nuestros casos el 90% de las declaraciones son solamente con la aceptación y casi nadie revela si ha ocurrido alguna situación durante el desarrollo del arbitraje y cuando eso ocurre, normalmente las recusaciones tienden a ser fundadas ... segundo dato importante debe estar completa ... nosotros perseguimos de manera muy estricta y exigente a los árbitros y algunos árbitros o no lo entienden, o se molestan o son evasivos o no les interesa revelar, nosotros en la Cámara de Comercio de Lima hacemos cinco preguntas que atraviesan todas las reglas IBA, pero vienen las preguntas evasivas ... cuando uno le pregunta a un árbitro revele cuántas veces ha sido designado no menos de cinco arbitrajes, no menos de diez arbitrajes, comparto varios arbitrajes con tal árbitro o comparto varios arbitrajes con tal abogado, eso es una declaración tendenciosa, maliciosa porque la pregunta es bien concreta ... le preguntamos cuántas veces ha sido designado por la parte incluya a los representantes, considere los bufetes de abogados, indique las fechas, todo eso le preguntamos y siempre estamos insistiendo nuevamente al árbitro, ya sea por teléfono, mandándole una carta, cumpla por favor con

¹⁴González de Cossío, Francisco, "El Árbitro" en <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>, página 1.

precisar y responder la pregunta, lamentablemente las declaraciones no son en todos los casos buenas. Y por último, debe ser específica ... si voy a revelar algo no puedo dar una información vaga, imprecisa, porque precisamente la revelación es para que la parte pueda ejercer su derecho de evaluar y sopesar esa información y pedir aclaraciones, pedir ampliaciones o, eventualmente, recusar a un árbitro.

En un caso concreto un abogado que ha tramontado varios estudios ... no informa pero nosotros lo tenemos identificado ... estuvo en tres o cuatro estudios en tres o cinco años, pero solo informa sobre el estudio de abogados al que pertenece ahora, pero ese mismo abogado, cuando uno hace cruce de información, resulta que designó a ese mismo árbitro cuando estaba en el estudio anterior y en el otro anterior y no lo reveló. Otro caso, le preguntamos a los árbitros en cuántos arbitrajes estás participando con los abogados de una u otra manera como coárbitro y también como compartes tribunales con ellos, a veces esa información puede no ser relevante, pero a veces sí.

En el caso de la Cámara se ha presentado, concretamente, casos de cuarenta, cincuenta, sesenta casos designados y la parte no recusa

Lo que es objetivo para una institución arbitral es que hay una designación de cuarenta, de veinte, de sesenta, de ochenta de una parte hacia una misma persona, por qué sucede eso, cómo sucede eso, qué hay detrás de eso, nosotros no podemos saber no podemos entrar ahí, pero el dato objetivo que hay una designación frecuente exagerada sí es relevante.

Creo que hay problemas ... siguen siendo malas declaraciones, falta de información, designaciones frecuentes y los famosos grupos de árbitros, nosotros los detectamos, todos sabemos los que estamos metidos en el mercado donde están esos problemas, pero llegar a establecer un vínculo, una prueba, algo que acredite ya es algo mucho más complicado.

A todas luces, de estas ponencias se desprende que existe un serio problema de malas prácticas en el arbitraje de contratación pública, a través de designaciones reiteradas, grupos de árbitros, decisiones compradas, omisión de información relevante, lo que genera que gran parte de los contratos públicos sean resueltos por personas parcializadas, en lugar, de personas capaces y especializadas en estos temas.

Si bien, los ponentes han coincidido con que el crecimiento económico del Perú y la proliferación de contratos públicos han vuelto al arbitraje en este sector masivo, al punto que la demanda de árbitros desborde la oferta de profesionales capacitados y éticos con la que contamos, esto no puede ser una circunstancia que permita el ingreso de cualquier persona a resolver controversias que involucren intereses de toda la población.

En este punto, cabe tener en consideración la importancia de la calidad personal con la que debe contar un árbitro, para ello es preciso citar lo señalado por autor Francisco Gonzáles de Cossío en la introducción de su artículo “El árbitro”¹⁴

“Un axioma frecuentemente citado dicta que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.

“Tanto vale el arbitraje como el árbitro” advertía Frederic Eisenman, quien fuera Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional. Como lo expone atractivamente J.H. Carter:

Los tres temas más importantes en el arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros los árbitros. [The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators.]”

A su turno, Thomas Clay, en su tesis doctoral sobre este tema, dice:

“Probablemente nada es más importante que la elección del árbitro... ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales”.

Entonces, considerando que lo más importante para un arbitraje es la persona que se desempeña como árbitro, todo aquel que ejerza esa función debe ser totalmente imparcial e independiente, y no juez y parte.

Todo ello se refuerza con lo establecido en la Ley de Arbitraje peruana, en la cual se ha considerado como causal de abstención o recusación, es decir, un impedimento para ser o permanecer como árbitro, a la falta de independencia o imparcialidad:

“Artículo 28°.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”.

Sobre independencia se tiene lo señalado por Joao Bosco Lee, ésta “...prohibiría las relaciones entre el árbitro y una de las partes en el procedimiento arbitral. Así como en todas las misiones jurisdiccionales, la del árbitro también implica que él no esté conectado a una de las partes y no tenga interés en el resultado del litigio. De esa forma la independencia del árbitro se analiza en relación con los participantes en el procedimiento, sean las partes, los abogados, los demás árbitros, los peritos o los testigos.”¹⁵

Respecto de la imparcialidad el autor Horacio Grigera Naón (citado por la doctora Katherine Gonzalez Arrocha), afirmó que “se espera que un árbitro imparcial esté guiado por un espíritu equitativo y sin prejuicios, con un fuerte componente moral, que lo hagan tratar a las partes de manera igualitaria en circunstancias similares; que le permitan conducir el arbitraje y la resolución de la disputa desde una perspectiva equidistante y dar a las partes oportunidad suficiente para defender su caso.”¹⁶

Entonces, independientemente de la capacidad

¹⁵ Joao Bosco Lee y María Claudia de Assis Procopiak, “La Obligación de revelación: ¿está matizada por aspectos culturales o existe un verdadero estándar universal?” en “Arbitraje Internacional”, Coordinador Fernando Mantilla-Serrano, Editorial Legis, 2007, página 257.

¹⁶ Katherine Gonzalez Arrocha, “La Constitución del tribunal arbitral. Independencia e imparcialidad” en “El Contrato de Arbitraje”, Editores Generales: Eduardo Silva y Fabricio Mantilla, 2008, Legis – Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, página 531.

profesional del árbitro, lo fundamental es que se mantenga imparcial y trate a ambas partes con equidad, ya que si esto se ve afectado, cualesquiera que sean los motivos o razones, no puede ejercer o continuar en el cargo.

Todas las conductas comentadas por los ponentes y autores del medio son modalidades que implican una parcialidad, que en el caso de las contrataciones con el Estado, involucran recursos públicos, lo cual ha devenido en una situación seria en nuestro medio que debiera ser erradicada.

Habiendo detectado la gravedad de esta situación en el arbitraje, la cual está íntimamente relacionada con la calidad personal de los árbitros, esto es corroborado por la exposición del Dr. Ricardo Salazar, quien participó en el panel 3 del "Seminario: Ética vs. Corrupción en el Arbitraje":

Ponencia Dr. Ricardo Salazar

"...el problema mayor (referencia a una controversia de contratación públicas) es en la comunidad, porque los pueblos sin agua, pueblos sin luz, niños sin comida, enfermos sin curarse, es decir el problema mayor afecta la comunidad. El arbitraje finalmente va a tener como impacto disminuir el costo negativo que implica el conflicto, pero no lo va a solucionar, porque el problema ya está dado, es decir el costo ya ha sido alto ... toda medida que lleve al perfeccionamiento de este medio de solución de controversias bienvenido porque el efecto ya se produjo cuando el conflicto ha surgido ... en tema de modelos en régimen contractual, el Perú ha incorporado y ensayado los modelos más recomendados del mundo ... ustedes revisan todo lo

que dicen Banco Mundial, BID, especialistas sobre qué cosas debe tener un régimen contractual, todo lo tiene el Perú, entonces por qué no funciona ahí viene el rubro personas. En el tema de personas dos temas críticos: capacidades, formación, entrenamiento, proveedores, funcionarios, gente de control, gente de supervisión, todos tenemos que hablar el mismo lenguaje, tenemos que saber qué significa contratar, a qué se enfrenta el que contrata, sea proveedor, sea funcionario público, en qué ambiente se da y hay que capacitar mucho. El otro tema en personas el área de prevención y lucha contra la corrupción en la cual uno tiene que ser muy claro, aquí algo fundamental, el escenario de la contratación pública no es un escenario teórico, es un escenario real ... en el sector público y en el sector privado es fácil distinguir tres actitudes muy claras, la gente honesta, funcionarios honestos, servidores honestos, contratistas honestos los hay, son la mayor parte son aliados naturales de un sistema eficiente, transparente, con riesgos controlados respecto a los conflictos. El segundo bloque es la de los dudosos ... robo o no robo, esos también los hay, ellos ya son zonas de riesgo para el sistema contractual con ellos hay que trabajar con medios persuasivos y disuasivos, persuasivos que trabajen sobre la base de valores, sobre temas éticos, etc. y disuasivos me publicas todo, me informas todo, quiero ver todo, aquí no tiene por qué haber secreto, en contratación pública es un tema público nada tiene que ser secreto así de simple, eso es para los dudosos. Pero hay un tercera actitud, ellos si son ladrones son personas que han entrado al Estado a robar y son contratistas que trabajan con el Estado para robar ... ese es el escenario real que se tiene para la contratación pública y ese es el escenario en todos los aspectos, incluida la solución de controversias. En el ámbito de solución de controversias también encuentras estas actitudes de todos los actores y tú puedes distinguir, más o menos quién es quién y por donde va cada cual. Si ese es el escenario realista, entonces el diseño de un mecanismo de solución de controversia no puede ignorar ese factor. No puede ser un diseño teórico, tiene que ser un diseño muy realista,

sabiendo que estas trabajando en el Perú del 2016, con las características que tiene y eso es fundamental y creo que una de las omisiones que tenemos es no trabajar de manera decidida en ese aspecto estableciendo los mecanismos que sean convenientes para ello”.

En este sentido, de lo expresado por los ponentes, podemos detectar que los mayores problemas éticos del arbitraje de contratación pública se centran en las siguientes manifestaciones:

- Designación reiterativa de árbitros por una misma parte.
- Distorsiones o incumplimiento del deber de revelación
- Grupos de árbitros que rotan en diversos tribunales en diversos casos.
- Probable beneficio económico de la parte que designa al árbitro al cobrar un porcentaje de esa designación.

IV. Posibles soluciones ante este problema

Una vez descrito el panorama actual del arbitraje de contratación pública así como los problemas éticos que lo aquejan, reafirmamos lo dicho preliminarmente acerca de que arbitraje institucional es el tipo de arbitraje que permite hacer frente de mejor manera a estas malas prácticas que pueden devenir en corrupción conforme se explicará a continuación:

4.1 PREMISA: Arbitraje institucional como regla general.

Conforme ya hemos señalado, el arbitraje de contratación pública se basa en el principio de transparencia, así lo exige la propia Ley de Contrataciones del Estado en vista del interés público que subyace a este tipo de arbitraje toda vez que las obligaciones de los contratos sometidos a arbitraje y el pago de lo ordenado en los laudos respecto de ellas se financian con recursos públicos.

En este sentido, el arbitraje institucional tiende mucho más a la transparencia que el ad hoc, básicamente por que posee reglas preexistentes a la controversia y es ejercido por instituciones con permanencia en el tiempo que supervisan el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

El arbitraje ad hoc al carecer de estas características es menos transparente y susceptible a malas prácticas, lo cual ya ha sido corroborado por la propia CGR.

El interés público que está detrás de éste tipo de arbitraje hace necesario fomentar el arbitraje institucional decididamente. Ello debido a que a través del arbitraje institucional se puede contar con las siguientes herramientas para prevenir y hacer frente a las prácticas de corrupción:

4.2 Regular la designación de árbitros:

El Presidente y el árbitro único deben ser designados por el Centro de Arbitraje encargado de organizar y administrar el arbitraje.

La designación de los árbitros es crucial para asegurar la calidad del arbitraje, tanto en el plano cognoscitivo como en el plano ético. Actualmente, conforme ya hemos comentado, existe una preocupante problemática acerca de que las designaciones de árbitros efectuadas por las partes a veces pueden responder a sus propios intereses y no a las de una justa solución de la controversia.

Asimismo se ha detectado la práctica de los grupos en donde unos determinados árbitros se designan entre sí reiteradamente solo en base a intereses personales.

Por ello es importante que para combatir estos problemas los centros de arbitraje estén empoderados normativamente para designar en todos los casos al Presidente del Tribunal Arbitral o al árbitro único. Cabe resaltar que esta práctica ya ha sido efectuada por algunas entidades de vasta experiencia arbitral a través de sus convenios arbitrales para combatir estos defectos del sistema. Y es que la designación de árbitros por parte de las Instituciones Arbitrales tiene como objetivo que éstas designen

al árbitro idóneo para ejercer función arbitral en una controversia determinada.

Para cumplir con esta determinación de idoneidad no basta guiarse por la especialidad del árbitro, sino, que intervienen además una serie de criterios adicionales de orden subjetivo tales como: la naturaleza de la controversia, la complejidad de ésta y lo más importante, si el candidato a ser designado tiene conflictos de interés para así asegurar una conducta ética en el desempeño de la función arbitral. Conforme se aprecia, estos criterios buscan determinar un profesional para un puesto estratégico, por lo que tienden a elegir al que genera la mayor confianza de estar en mejores condiciones para desempeñar esa tarea.

4.3 Regular la designación de árbitros: Facultar a los Centros de Arbitraje para confirmar a los árbitros designados por las partes.

Para hacer frente al fenómeno de designación reiterada, en donde una parte designa repetitivamente a un mismo árbitro lo cual pone en seria duda su independencia e imparcialidad, es importante que los centros cuenten con la facultad de confirmar a los árbitros designados por las partes a efectos de tener algún medio para hacer frente a estos casos puesto que incluso ocurre que la otra parte no recusa al árbitro de su contraparte pues también cae en la mala

práctica de realizar designaciones reiteradas.

Consideramos que los Centros de Arbitraje deben tutelar la independencia e imparcialidad del arbitraje como valores esenciales del sistema arbitral, por tanto, ante un determinado número de designaciones reiteradas en un determinado lapso de tiempo, los centros de arbitraje deben estar facultados legislativamente para poder confirmar a los árbitros en caso de designaciones reiteradas, toda vez que si esta práctica no se combate, se distorsionan las finalidades del sistema.

Debemos precisar que la figura de confirmación de árbitros se encuentra muy arraigada a la práctica mundial del arbitraje institucional. Como ejemplo de lo afirmado, citamos lo establecido por la Cámara de Comercio Internacional de París, la Institución Arbitral más importante del arbitraje comercial internacional, en su reglamento acerca del modo en la cual procede cuando debe designar a un árbitro de forma residual:

13. Nombramiento y confirmación de árbitros

1 Al nombrar o confirmar a los árbitros, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho arbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento. De la misma manera procederá el Secretario

General cuando le corresponda confirmar un árbitro según lo previsto en el Artículo 13(2)¹⁷.

De similar redacción es el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, Institución Arbitral perteneciente a la Cámara de Comercio de Madrid y la más importante Institución Arbitral de España:

13. Confirmación o nombramiento por la Corte

1. Al nombrar o confirmar un árbitro, la Corte deberá tener en cuenta la naturaleza y circunstancias de la controversia, la nacionalidad, localización e idioma de las partes, así como la disponibilidad y aptitud de esa persona para llevar el arbitraje de conformidad con el Reglamento.¹⁸

4.4 Regular la designación de árbitros por los Centros de Arbitraje

En la medida que se le otorgue a los Centros la facultad de designar tanto al presidente como al árbitro único, es indispensable blindar a los Centros respecto de sus facultades para administrar sus listas de árbitros pues es en base a ellas que se efectuarán estas designaciones. Por tanto, en la de confección y administración de las listas de árbitros de los Centros se debe incentivar la libertad de los mismos en la medida de que existe un mercado de servicios de arbitraje institucional, en donde los privados deben poder competir con plena libertad para que de este modo, sea el mercado quien opte por una institución u otra.

¹⁷ Artículo 13° Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

¹⁸ Artículo 13° Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid.

¹⁹ Artículo 12° del CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS

²⁰ Artículo 14° del CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS

²¹ Artículo 1.19° de los REGLAMENTOS CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

A estos efectos es importante resaltar que en este mercado de servicios de arbitraje institucional los consumidores no son los árbitros sino las partes que se someten voluntariamente a las instituciones arbitrales. Es por ello que a mayor libertad otorgada a las instituciones arbitrales quienes se benefician son las partes de los arbitrajes al encontrar diversas regulaciones lo cual se condice con la flexibilidad inherente al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.

La confección y administración de las listas de árbitros está reconocida en la práctica arbitral mundial como un asunto que responde a la confianza que generan los candidatos a integrar sus nóminas de árbitros. Conforme se acredita a continuación, la confección de las listas de árbitros en base a criterios de confianza es una práctica reconocida y extendida en el derecho de arbitraje a nivel mundial.

INSTITUCIÓN ARBITRAL	CRITERIO DE INCORPORACIÓN A LA LISTA DE ÁRBITROS
CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE INVERSIONES (CIADI)	<p>La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.¹⁹</p> <p>Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros.²⁰</p>
CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ	<p>Las listas oficiales del Centro contarán con un número de integrantes que permita atender de una manera ágil y eficaz la prestación del servicio. Para pertenecer a dichas listas deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, por los reglamentos vigentes y aquellos definidos por el Centro que estén publicados en la página web del Centro.²¹</p>

²²REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA.

²³Artículo 1.22° de los REGLAMENTOS CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

²⁴Artículo 15° de los ESTATUTOS CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE SANTIAGO.

²⁵Artículo 1° de los ESTATUTOS DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID.

	<p>Para pertenecer a esta lista el aspirante debe acreditar las calidades requeridas para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, por lo que adicionalmente a los requisitos arriba establecidos el aspirante que desee pertenecer a esta lista debe haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.²²</p>
	<p>Las listas de árbitros y secretarios serán revisadas por la Corte de Arbitraje y se renovarán cada dos (2) años. Las demás listas se renovarán, según lo establecido en cada reglamento. Para el efecto, el Centro enviará una comunicación solicitando los documentos pertinentes para llevar a cabo la renovación, para lo cual se dará un término de 30 días calendario, una vez superados por el integrante los demás procesos de evaluación establecidos. Cuando el árbitro o el secretario no cumplan con los anteriores requisitos, sin causa justificada, será excluido de la respectiva lista.²³</p>
<p>CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE SANTIAGO</p>	<p>Las personas integrantes de la nómina de Árbitros constituyen el cuerpo arbitral del Centro. En su conformación, el Consejo deberá tener especialmente en consideración la capacidad y experiencia profesional, prestigio y solvencia moral de sus integrantes. La duración del período de los miembros del cuerpo arbitral será de tres años, contados desde la ceremonia de juramento y, al cabo de los cuales podrá renovarse en forma sucesiva. En caso de que al vencimiento del plazo, el Árbitro esté conociendo de un juicio, su permanencia se entenderá automáticamente prorrogada hasta la conclusión del proceso. Sin perjuicio de las exigencias que para el cumplimiento de lo anterior pueda establecer el Consejo, serán requisitos necesarios para integrar el cuerpo arbitral:</p> <p>a) Contar con una experiencia profesional no inferior a diez años, o bien, detentar una trayectoria empresarial de reconocida competencia y probidad. b) No encontrarse afecto a alguna circunstancia o causal que los inhabilite para ejercer sus derechos civiles o políticos. c) No haber sido objeto de sanciones por faltas a la ética profesional. ²Quienes formando parte del cuerpo arbitral incurran en falta sobreviniente de alguno de los requisitos precedentes, quedarán marginados de la nómina, bastando para ello de una resolución del Consejo, adoptada por simple mayoría. La exclusión no obstará a la conclusión de los juicios que esté actualmente conociendo el Árbitro excluido.</p>

<p>CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE SANTIAGO</p>	<p>Las personas integrantes de la nómina de Árbitros constituyen el cuerpo arbitral del Centro. En su conformación, el Consejo deberá tener especialmente en consideración la capacidad y experiencia profesional, prestigio y solvencia moral de sus integrantes. La duración del período de los miembros del cuerpo arbitral será de tres años, contados desde la ceremonia de juramento y, al cabo de los cuales podrá renovarse en forma sucesiva. En caso de que al vencimiento del plazo, el Árbitro esté conociendo de un juicio, su permanencia se entenderá automáticamente prorrogada hasta la conclusión del proceso. Sin perjuicio de las exigencias que para el cumplimiento de lo anterior pueda establecer el Consejo, serán requisitos necesarios para integrar el cuerpo arbitral: a. b. c. Contar con una experiencia profesional no inferior a diez años, o bien, detentar una trayectoria empresarial de reconocida competencia y probidad. No encontrarse afecto a alguna circunstancia o causal que los inhabilite para ejercer sus derechos civiles o políticos. No haber sido objeto de sanciones por faltas a la ética profesional.²⁴</p>
	<p>Para la remoción del cuerpo arbitral de uno o más Árbitros por parte del Consejo, por razones ajenas a las dispuestas en el artículo anterior, se requerirá del concurso de los dos tercios de sus miembros presentes en la respectiva sesión. Los afectados tendrán derecho a ser oídos por el Consejo en la misma reunión en que se debata la medida. Asimismo, el Consejo podrá adoptar las medidas que estime pertinentes con el fin de cautelar lo dispuesto en el artículo dieciocho de estos Estatutos.</p>
<p>CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID</p>	<p>La Corte tendrá a su cargo las siguientes funciones: (...) La elaboración y actualización de una lista de árbitros orientativa (la "Lista"), en la que se incluirán los nombres de árbitros que, por su capacidad y experiencia, puedan actuar en el marco de la Corte, sin perjuicio del derecho de las partes a designar a aquellos que consideren convenientes, de acuerdo con el Reglamento. La citada Lista será revisada siempre que la Corte lo estime conveniente. La Lista y sus respectivas actualizaciones serán públicas.²⁵</p>