

GUSTAVO NILO RIVERA FERREYROS

# ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO





## Arbitraje en las contrataciones del Estado

### 1. A manera de introducción<sup>1</sup>

Existe una parábola que encontramos en el libro de los Reyes en la Biblia, en la cual se narra el conocido juicio de Salomón, el mismo que relata la solución dada por el famoso rey de Israel a una disputa entre dos mujeres por un niño, el cual a la letra señala:

#### Capítulo 3

[...]

<sup>16</sup> En aquel tiempo vinieron al rey dos mujeres ramera, y se presentaron delante de él.

<sup>17</sup> Y dijo una de ellas: ¡Ah, señor mío! Yo y esta mujer vivimos en la misma casa, y yo di a luz estando con ella en la casa.

<sup>18</sup> Y aconteció al tercer día después que yo di a luz, que esta dio a luz también, y estábamos juntas; ningún extraño estaba en casa, sino nosotras dos en la casa.

<sup>19</sup> Y una noche el hijo de esta mujer murió, porque ella se acostó sobre él.

<sup>20</sup> Y se levantó a medianoche, y tomó a mi hijo de junto a mí, mientras tu sierva estaba durmiendo, y lo puso a su lado, y puso a mi lado a su hijo muerto.

<sup>21</sup> Y cuando yo me levanté de madrugada para dar el pecho a mi hijo, he aquí que estaba muerto; pero lo observé por la mañana y vi que no era mi hijo, el que yo había dado a luz.

<sup>1</sup> Las alegorías empleadas en esta introducción han sido tomadas, complementadas con los libros originales y además usadas de diferente manera, del artículo "La bestia negra de toda teoría de la justicia" (RODRÍGUEZ, 2018).

<sup>22</sup> Entonces la otra mujer dijo: No, mi hijo es el que vive, y tu hijo es el muerto. Y la otra volvió a decir: No, tu hijo es el muerto, y mi hijo es el que vive. Así hablaban delante del rey.

<sup>23</sup> El rey entonces dijo: Esta dice: Mi hijo es el que vive, y tu hijo es el muerto; y la otra dice: No, el tuyo es el muerto, y mi hijo es el que vive.

<sup>24</sup> Y dijo el rey: Traedme una espada. Y trajeron al rey una espada.

<sup>25</sup> En seguida el rey dijo: Partid en dos al niño vivo, y dad la mitad a la una, y la otra mitad a la otra.

<sup>26</sup> Entonces la mujer de quien era el hijo vivo habló al rey (porque sus entrañas se conmovieron por su hijo), y dijo: ¡Ah, señor mío! Dad a esta el niño vivo, y no lo matéis. Pero la otra dijo: Ni a mí ni a ti; partílo.

<sup>27</sup> Entonces el rey respondió y dijo: Dad a aquella el hijo vivo, y no lo matéis; ella es su madre.

<sup>28</sup> Y todo Israel oyó aquel juicio que había dado el rey; y temieron al rey, porque vieron que había en él sabiduría de Dios para juzgar (2009, p. 568). [La cursiva es nuestra]

Relato que me hace recordar la falsa dicotomía entre quienes señalan que el arbitraje en estricto solamente existe y se desarrolla en el ámbito privado; en especial, el derecho comercial (a quienes llamaremos —reconozco de manera arbitraria— los *puristas*) y los que abogan que el arbitraje es posible aplicarlo en ámbitos del derecho distintos al privado o al derecho comercial, tal como de hecho sucede en diversas legislaciones en el mundo (a los que denominaremos —también arbitrariamente— los *inclusivos*); algunos de los *puristas* señalan que los *inclusivos* no representan al arbitraje y, en todo caso, se constituyen en otro tipo de método de solución de conflictos; incluso en ocasión de un evento académico escuché decir que el arbitraje estatal o administrativo debía llamarse de cualquier otra forma, pero que en estricto no era arbitraje, debido al supuesto “*rasgo obligatorio*” del convenio arbitral en el ámbito de las compras y obras públicas y la preeminencia de las normas públicas en su aplicación.

Siguiendo el relato de Salomón, los *puristas* probablemente preferirán “cortar al niño en dos” para que cada “parte” se desarrolle de manera diferenciada; así preferirán que ciertas peculiaridades del arbitraje estatal no termine “contaminando” el arbitraje comercial, mientras que los *inclusivos* quizá escojan “conservar completo al niño”, pues independientemente de ciertos rasgos especiales en el arbitraje estatal

(o los que se aplican en otros ámbitos jurídicos), cualquier modalidad arbitral tiene un rasgo en común: se trata de mecanismos de solución de controversias y a partir de ahí debiera emprenderse su desarrollo. FREUD, quien también aborda la parábola de Salomón para explicar el instinto gregario del individuo (1992, p. 115), señalaba que el sentimiento comunitario o social recién surge luego de que un niño se enfrenta con la que denomina “envidia original” al confrontarse con un recién llegado (entiéndase el hermano menor de la familia); al respecto señalaba: “por largo tiempo no se observa en el niño nada de un instinto gregario o sentimiento de masa. Este se forma únicamente cuando los niños son muchos en una misma casa, y a partir de su relación con los padres; y se forma, en verdad, como reacción frente a la envidia incipiente con que el niño mayor recibe al más pequeño. Aquel, por celos, querría sin duda desalojar (*Verdrängen*) al recién llegado, mantenerlo lejos de los padres y expropiarle todos sus derechos; pero en vista de que este niño —como todos los que vienen después— es amado por los padres de igual modo, y por la imposibilidad de perseverar en su actitud hostil sin perjudicarse, es compelido a identificarse con los otros niños, y así se forma en la cuadrilla infantil un sentimiento de masa o de comunidad [...]” (pp. 112 y 113).

En tal sentido, quizá la reacción de los puristas —siguiendo este análisis freudiano— se deba a ese rechazo inicial al recién llegado, pues finalmente advierten que —por lo menos en el caso del Perú— el arbitraje estatal es continuamente convocado para solucionar las controversias contractuales que tiene el Estado con sus proveedores de bienes, servicios y obras, mientras que los comerciales son menos requeridos (en comparación a los estatales) y vienen constituyéndose en un porcentaje menor en el “mercado de los arbitrajes”; pero también advierten que la mayor difusión de este mecanismo de solución de conflictos —a partir de la gran cantidad de arbitrajes estatales existentes actualmente— terminan fortaleciendo a esta figura, por lo que sería mejor convivir en buenos términos con el “recién llegado”, más bien procurando que se asimile —lo más posible— a la idea original que encerraba el arbitraje en sus inicios; pues comprenden finalmente que tendrán siempre el mismo rasgo común: son métodos de solución de controversias y tal rasgo debiera ser su indeleble vaso comunicante.

Ahora bien, el lector comprenderá que la idea de usar estas alegorías no es la de disociar ambas posiciones y mucho menos establecer cuál de ellas es la correcta y cuál no, pues reconozco que ambas posiciones tienen aspectos dignos de ser destacados (las cuales abordaremos en

este trabajo). No obstante, creo que lo importante de este abordaje alegórico radica en que los conceptos en derecho pueden ser o convertirse en multicomprendidos; considerándose que estos conceptos irán mutando con el paso del tiempo y los cambios sociales, y en las últimas décadas el arbitraje ha sido un campo fértil para ello.

Quizá como moraleja o conclusión de esta introducción podamos señalar que hoy, el arbitraje es una institución distinta al arbitraje histórico nacido en el mercado medieval (o en Roma, como señalan algunos autores), de ahí que se pueda afirmar, a su vez, la posibilidad de poder aplicarla en distintas áreas del derecho, casi de manera ilimitada.

## 2. *¿Quo vadis, arbitraje?... Difícil de ver el futuro es<sup>2</sup>... Desmontando fronteras en el arbitraje*

Quizá uno de los temas en el que la mayoría de abogados y juristas estarán de acuerdo, radica en que los conceptos e instituciones jurídicas no son inmutables, pues queda claro que las cuestiones en derecho no suponen un designio o verdad divina revelada o escrita en las estrellas. Al ser el derecho una herramienta social, solamente puede “moverse” en la medida de que la sociedad así lo quiera y siempre responderá —más tarde o más temprano— a los vaivenes de esta. Por ello, lo que parece estático en el derecho en realidad resulta ser muy dinámico, por la impronta social que lleva consigo; de lo contrario no se hubieran enriquecido, desarrollado, modernizado, cambiado o transformado las ideas contenidas —por ejemplo— en el *Corpus iuris civilis* romano<sup>3</sup> o en el denominado Código de Napoleón<sup>4</sup>, o en el arbitraje impulsado por los mercaderes del Medioevo, o quizá —en otras áreas del derecho— no se habría posibilitado el advenimiento de los derechos del consumidor y los demás agentes del mercado, como desarrollo diferenciado de las obligaciones y los contratos<sup>5</sup> o

2 Frase señalada por el maestro Yoda a Anakin Skywalker (antes que se convierta en Darth Vader) en la película *Star Wars*, episodio III, *La venganza de los Sith*.

3 Obra monumental llevada adelante por el emperador romano Justiniano aproximadamente entre los años 527 y 565 d. C., quien recopiló las normas que se aplicaban en su época en el imperio romano.

4 Código Civil francés, promulgado durante el Régimen de Napoleón Bonaparte en 1804.

5 Al respecto, LORENZETTI señala: “En los últimos treinta años del siglo XX, se decidió dar un paso más amplio en la protección: no solo se toma en cuenta la posición en la relación obligatoria, o la posición en un contrato típico. Surge la noción de consumidor que se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular. Engloba a una cantidad de contratos disímiles, de actos jurídicos unilaterales y de hechos jurídicos” (LORENZETTI, 2003, p. 16.).

vinculados al comercio<sup>6</sup>; y, obviamente, con los problemas que ello generaría en la sociedad actual.

Sin duda, lo señalado en las líneas anteriores cobra absoluta vigencia cuando abordamos el concepto de arbitrabilidad en materias que hasta hace muy pocos años formaban parte del monopolio de la justicia estatal, con lo cual podemos ver, cada vez más, cómo las fronteras del arbitraje se van alejando de su "territorio original" y se van internando en nuevos y, en algunos casos, desconocidos parajes jurídicos; en ese sentido, podemos advertir que en los últimos tiempos el arbitraje ha ido ocupando novísimas áreas del derecho<sup>7</sup>, que hace no mucho eran inimaginables.

En efecto, a la fecha podemos recurrir al arbitraje en lo siguiente:

1. El derecho administrativo; especialmente en lo referido a los contratos que celebra el Estado.
2. En el derecho laboral. Tanto en referencia a los derechos individuales, como al derecho colectivo, este último referido a los derechos laborales dentro del marco de una negociación colectiva.
3. En el derecho del consumidor, denominado arbitraje de consumo.
4. En el arbitraje sobre expropiaciones, aunque persiste la discusión de si estamos frente a un verdadero arbitraje, pues la controversia está acotada finalmente al pago del justiprecio (indemnización).
5. En el arbitraje en materia penal, el cual en teoría podría aplicarse en los siguientes supuestos:
  - 5.1. Las consecuencias patrimoniales del delito.
  - 5.2. Cuando la norma permite que las partes involucradas, puedan llegar a un acuerdo extrajudicial sobre los aspectos patrimoniales, por tratarse de un delito no perseguible de oficio.

6 VEGA señala: "Tras este largo proceso [...], el derecho estatutario de los comerciantes pasa a integrar un Derecho del mercado muchos más amplio y rico (y cargado de criterios económicos con mayor gravitación que los jurídicos) que involucra algunas otras disciplinas que el tradicional derecho mercantil solía abordar con timidez [...] este nuevo Derecho del mercado no solo jalona la actividad empresarial, también reclama la presencia del consumidor [...] el acento del mercado traerá a la palestra la figura del consumidor que, por lo demás, había nacido, con suma nitidez, desde la revolución industrial" (VEGA, 2001, p. 21).

7 A partir de la década de los 90 del siglo pasado, el Perú ha visto cómo la legislación ha ido aceptando arbitrar en campos antes vedados. No obstante, algunos de los temas arbitrales que se mencionan en esta parte del comentario aún no existen en nuestra realidad legislativa, tales como algunos aspectos del arbitraje en materia penal y el arbitraje en derecho de familia.

5.3. Cuando estamos frente a delitos en los que es posible aplicar el denominado "principio de oportunidad"<sup>8</sup> (en los llamados delitos "bagatela").

6. El derecho de la competencia, aunque la discusión radicará en si el Tribunal Arbitral podría pronunciarse sobre materias que van más allá de los aspectos meramente patrimoniales<sup>9</sup>, o en todo caso, si para pronunciarse con referencia a los aspectos patrimoniales, el Tribunal Arbitral debe previamente pronunciarse sobre aspectos vinculados a la actuación misma de los agentes del mercado;
7. En el derecho de la inversión, que busca proteger las inversiones internacionales.
8. Algunos aspectos del derecho de familia, permitido en algunas legislaciones en el mundo. Al respecto, ABARCA y GÓMEZ señalan lo siguiente: "Las ventajas enumeradas son, en mayor o menor medida, las que en su momento llevaron a determinados Estados a promulgar leyes específicas para el arbitraje familiar, desligándolo, por un lado, del arbitraje comercial, y permitiendo, por otro, una mayor arbitrabilidad en este ámbito (admitiendo, por ejemplo, la arbitrabilidad de los derechos de guarda o visita). Especialmente significativo es, en este sentido, el ejemplo de Estados Unidos y Canadá. Así, la Ley Uniforme sobre Arbitraje adoptada en Canadá en 1990 incluyó expresamente el arbitraje familiar, si bien en algunas provincias del Estado (Ontario) se suscitó una interesante controversia en torno a su admisión (basada en los

8. Con la advertencia de que la siguiente es la opinión de un abogado que no es penalista, el principio de oportunidad es la facultad que tiene el Ministerio Público, de no acusar al responsable de un delito y, por el contrario, fomentar un arreglo en el que intervenga el ofendido con la comisión del delito, a fin de que "perdone" al agresor a cambio de una compensación económica. Esta posibilidad solamente se puede presentar ante delitos en los que el derecho no le efectuará un reproche gravoso al agresor; por el contrario, se trata de los denominados "delitos bagatela" o de "poca monta".

9. RAVILLON, al respecto, señala: "[...] numerosas materias han entrado paulatinamente al mundo arbitral. Pensamos en el derecho de la competencia considerado como emblemático en la extensión de la arbitrabilidad, puesto que en la interacción del derecho del arbitraje y de la competencia se pasó de una actitud de desconfianza frente al arbitraje (en los Estados Unidos, así como por parte de autoridades europeas) a una situación de arbitrabilidad de litigios del derecho de la competencia [...] La comprobada arbitrabilidad del derecho de la competencia puede darse "ligada a la disponibilidad de derechos litigiosos o al orden público [...] sin embargo, la arbitrabilidad no permite al árbitro intervenir como lo haría una autoridad de la competencia, por ejemplo, condenando a una parte a pagar multas en caso de violación del derecho de la competencia (la situación sería idéntica para una jurisdicción estatal), puesto que esta facultad corresponde exclusivamente a la competencia de la autoridad de la competencia [...]" (RAVILLON, 2016, pp. 66 y 67).

arbitrajes religiosos y la vulnerabilidad de las mujeres ante estos). En relación a Estados Unidos, baste con recordar que, en octubre de 1999, Carolina del Norte se convirtió en el primer Estado en adoptar una ley específica al respecto, y que la arbitrabilidad de todo incidente o disputa en torno al divorcio (excepto la disolución de vínculo) es ampliamente aceptada en varios Estados del país" (p. 6).

Por su parte, VIOLA señala que si bien es cierto que en el derecho de familia existe un componente ético, religioso y moral que alimentan de alguna manera el denominado "orden público familiar", también lo es que "desde otra perspectiva, más sociológica, la familia ha evolucionado, de un modelo jerarquizado y patriarcal a un modelo igualitario, en el que los miembros de la familia se encuentran en situación más de coordinación que de subordinación así como la menor incidencia de determinadas relaciones jurídicas en el estado civil de la persona, puesto que no modifican su capacidad de obrar (por ejemplo, la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges), lo que permitiría que la autonomía de la voluntad tuviera una mayor incidencia en el ámbito jurídico-familiar, favoreciendo, pues, el establecimiento de acuerdos que regulen la relación familiar de que se trate. De ahí que junto al sentido proteccionista que el derecho ha conferido a la institución familiar, se reconoce la personalidad individual y la libertad de las personas que la conforman. Son ejemplo del propósito de protección de la familia y de sus finalidades la fijación de los deberes de los progenitores respecto de sus hijos y el *favor filii*; del respeto al principio de la autonomía de la voluntad es buena muestra [d]el mantenimiento de la libertad de pacto en la elección del régimen económico-matrimonial y en la aplicación, como supletorio, del régimen de gananciales, en Derecho común, y el de separación de bienes, por ejemplo, en el Derecho civil catalán" (2007, pp. 44 y 46).

Sin embargo, la lista antes señalada quizá quede corta, considerando las diversas tradiciones jurídicas que coexisten en el arbitraje. En tal sentido, estamos apreciando cómo las fronteras del arbitraje están siendo desmontadas y quizá aún faltan largos caminos que recorrer para tratar de definir las completamente; ¿qué nos depara el futuro?, lo más probable es que veamos cómo madura y se modeliza el arbitraje, como una nueva institución del derecho, absolutamente independiente del arbitraje histórico

de la Roma clásica o de los mercados en la lejana Edad Media<sup>10</sup> o de su desarrollo en el campo comercial.

### 3. ¿Constitucionalizando el arbitraje? Arbitraje: ¿contrato, jurisdicción o proceso?

No cabe duda que este es un tema que siempre ha generado polémica (a veces innecesaria, pero polémica al fin), pues existen posiciones encontradas respecto a la constitucionalización del arbitraje y la utilidad de esta en su consolidación o fortalecimiento en el escenario jurídico nacional<sup>11</sup>; y que, de alguna manera, aluden a la llamada "naturaleza

10 Históricamente el arbitraje puede ser ubicado en distintas épocas, pero es en Roma y en la Edad Media en donde es posible encontrar sus antecedentes probablemente más remotos y quizá, la diferencia radique en que en la segunda de las épocas su uso fue más "masivo" —si cabe el término— por parte de los comerciantes, y los elementos que los caracterizarán son los que han llegado hasta nuestros tiempos. Al respecto, MERINO y CHILLÓN señalan que "será el Derecho romano quien establecerá las bases doctrinales y jurídicas sobre las que se asentará el arbitraje de forma semejante a como lo conocemos hoy [...] Cicerón señala las inestimables ventajas de acudir al arbitraje para escapar de la 'dura ley' [...] así como para sustraer de la publicidad la contienda entre las partes y evitar la apelación propia de la sentencia judicial" (MERINO y CHILLÓN, 2006, p. 111).

Por su parte, GONZÁLES escribe: "El arbitraje, como forma de resolver controversias jurídicas sin acudir a la *iuris dictio* del magistrado con imperio, cumplió en Roma un papel importante que permitía una justicia más cercana a quienes se encontraban vinculados por un desacuerdo o controversia jurídica y por la voluntad de aligerar la solución encomendándola a una persona —o a varias— de su confianza" (2005, p. 21).

Al respecto, Holdsworth citado por REDFERN *et al.* señala que "el arbitraje surge como práctica natural, por así decirlo, en los ordenamientos jurídicos primitivos; una vez que el Estado hubo constituido sus tribunales y la posibilidad de recurrir a estos se hubo convertir el modo natural de dirimir las controversias, la práctica continúa vigente debido a que las partes involucradas desean solucionar las controversias con menos formalidades y gastos que los que supone recurrir a la justicia". Y agrega Fouchard, también citado por REDFERN *et al.* que "el arbitraje privado contemporáneo tiene su origen en la Europa Occidental Medieval [...] puede decirse con alguna certeza que los mecanismos de solución de controversias del mundo mercantil postclásico se desarrollaron en comunidades integradas por quienes pertenecían a una determinada industria comercial o personas asociadas a cuerpos constituidos bajo los auspicios y el control de centros comerciales regionales, y de ellas derivan su fuerza. Dichas comunidades dieron origen a las expectativas implícitas y presiones de los pares que moldearon y sostuvieron la solución de controversias por parte de un personaje imparcial y a menudo, prestigioso" (2006, pp. 61 y 62).

11 Con referencia a este tema, SANTISTEVAN se efectúa las siguientes preguntas: "i) ¿Debemos mantener el reconocimiento constitucional del arbitraje en la Constitución [...] ii) ¿sería beneficioso que se abandone el criterio "jurisdiccionalista" porque la Constitución opta para adoptar una de simple medio de resolución de controversias heterocompositivo? [...] ¿Consideraría aquí el Tribunal Constitucional que esta mutación, producida a través de un proceso de reforma de la Norma Fundamental, altera la naturaleza jurídica de la institución arbitral y deja de someter el proceso arbitral al cumplimiento del orden constitucional como lo ha declarado en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005? ¿Esto benefi-

jurídica" del arbitraje, lo cual abordaremos de la manera más rápida posible.

En efecto, en la doctrina vamos a encontrar a quienes afirman que el arbitraje debe —sino su existencia— por lo menos su consolidación, a la consagración que nuestra actual Constitución le otorga, en especial en el artículo 139 cuando se hace referencia a la función jurisdiccional, el cual a la letra señala como sigue:

**Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional**

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Es decir, cuando se establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, se señala como regla general que *la potestad de administrar justicia* estará a cargo, de manera exclusiva, del Poder Judicial; pero además señala que, como regla especial, se reconoce al arbitraje como una "jurisdicción de excepción".

En ese mismo sentido, encontraremos otras referencias constitucionales al arbitraje en los artículos 62 y 63 de la Constitución, referido al capítulo económico.

Al respecto, LANDA señala que "el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, a riesgo de ser declarado inconstitucional, puesto que no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes de conformidad con la carta magna" (2007, p. 30). Agregando más adelante que "en ese sentido y conforme se desprende del texto expreso del artículo 139 inciso 1 de la Constitución, el arbitraje constituye una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, puesto que, en efecto, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar" (p. 32).

---

ciaría al arbitraje? [...] Conviene, me pregunto, que cambiamos drásticamente de criterios constitucionales o resulta más beneficioso —aunque se esté en desacuerdo— seguir la línea jurisprudencial que le da predictibilidad a los procesos arbitrales y, sobretodo, a la forma como los Jueces de la República van a interpretar los laudos [...] (2007, pp. 11-13).

En lo que coincidimos con LANDA, es que en efecto, todas las normas, incluidas las referidas al arbitraje, deben estar subordinadas a nuestra Carta Magna, pues se entiende que esta irradia a todo el derecho nacional; sin embargo, esta afirmación la efectuamos con cautela, pues como explicaremos más adelante, debe entenderse en un sentido limitado, por las particularidades que el arbitraje posee, pues aun cuando se trata de un medio para la solución de controversias, no se le pueden aplicar todos los preceptos que, por ejemplo, sí se aplican u obligan a la justicia ordinaria.

Con lo cual se puede colegir que —de acuerdo con esta posición— la existencia y aplicación del arbitraje se sustentaría en la Constitución, y que el acuerdo de las partes (consagrado en el convenio arbitral), solamente supondría la materialización de esta competencia otorgada por la norma constitucional. Pero además, el texto constitucional contiene implícito, la idea de que el arbitraje es jurisdicción, y así parece entenderlo el Tribunal Constitucional peruano en la famosa Sentencia N.º 06167-2005-HC, la cual, en su numeral 11, señala textualmente lo siguiente: “Es justamente, *la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral* y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20, inciso 24, literal a, de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución”. [La cursiva es nuestra]

Al respecto, LEDESMA afirma que los árbitros administran justicia, pues para esta, “la función de administrar justicia no se ejerce exclusivamente por el Poder Judicial. La exclusividad debe entenderse a la función jurisdiccional, pero no a la potestad de administrar justicia. Son dos conceptos totalmente distintos, a los que no se les puede dotar de similar significancia. La exclusividad expresa una de las características de la jurisdicción [...]” (2009, pp. 19-20).

Agregando también lo siguiente:

No hay exclusividad de la jurisdicción a los modelos de administración de justicia, sino una concurrencia de estos, bajo una pluralidad de alternativas, orientadas todas a un fin común: contribuir a restablecer la paz social alterada fruto de las desavenencias. De

ahí que sostenemos que la justicia estatal y la justicia arbitral no se encuentran en situación de conflicto; el éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías, se logra tan solo mediante el delicado equilibrio de su interdependencia (p. 20).

La misma LEDESMA, cuando hace referencia a los atributos de la jurisdicción, señala que reconoce la existencia de otras clasificaciones (debiéndose entender de otros autores), que le "otorgan" al arbitraje algunos de estos atributos de la jurisdicción. En ese sentido: "[...] sostiene que los árbitros tienen una actividad limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces ordinarios agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*" (p. 41).

Inicialmente, no es claro si LEDESMA con esta afirmación reconoce una especie de "jurisdicción acotada" en favor del arbitraje; máxime si consideramos que también señala que el texto utilizado en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución genera confusión, pues se confunde la *función jurisdiccional* con la *jurisdicción*, ya que lo primero solamente estaría referido a la función que ejerce el Estado, mientras que el segundo término debe entenderse como sinónimo de competencia (p. 42). Pero finalmente, la misma autora termina señalando: "El recurrir a la jurisdicción niega desde ya la naturaleza jurisdiccional del arbitraje que atribuye el TC y reafirma el hecho de que los árbitros no ejercen función jurisdiccional [...]" (p. 63).

Desde mi perspectiva, creo que sí deberíamos decantarnos por reconocer una especie de "jurisdicción especial, acotada y temporal" en favor del arbitraje (sin que para ello se requiera una constitucionalización del mismo, pues son cosas distintas); pero solo en la medida de que entendamos que es imperioso morigerar el concepto clásico de jurisdicción para que se adecúe a nuevas formas heterocompositivas de solucionar los conflictos, sin que se exija que en esta "jurisdicción especial arbitral" estén presentes todos los atributos que le son propios a la *jurisdicción* (*notio*, *vocatio*, *iudicium*, *coertio* y *executio*), sino solamente aquellos que permitan al arbitraje funcionar como un efectivo método de solución de conflictos, reconociéndole en todos los casos la *notio* (conocer una controversia) y la *iudicium* (someter a "juicio"); y en determinados supuestos una *executio* limitada. O quizá recordar que "la voz jurisdicción deriva de la expresión latina *jus dicere* (o *jurisdictio*), que significa *decir o declarar el derecho*" (ORTEGA, pp. 128-129). Es decir, tratar de encuadrar todos los atributos clásicos de la *jurisdicción* para recién ahí sostener una *jurisdicción* arbitral, supondría negar —de manera indirecta— o por lo menos introducir

discusiones indeseadas, respecto a la ejecutividad de los laudos que se emitan en el marco de alguna modalidad arbitral. De una idea similar es el Tribunal Constitucional español, cuando en sus sentencias ATC 259/1993, SSTC 288/1993 y 174/1995 denomina al arbitraje como un "equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional o cuasijurisdiccional" (BARONA, 2004, p. 57).

Sin embargo, debo dejar en claro que este reconocimiento del arbitraje como jurisdicción no agota la discusión de la naturaleza del arbitraje, pues el elemento autonomía de la voluntad de las partes permanece presente; pero sí le aporta —creemos— un elemento identificador del mismo, que nos permitirá entender el significado actual del arbitraje.

Probablemente, el reconocimiento de la "jurisdiccionalidad" del arbitraje y su adscripción a un orden público constitucional efectuado de manera taxativa por el Tribunal Constitucional peruano (como máximo intérprete de la Constitución) deriva seguramente de ese deber general que todo Estado tiene para administrar justicia o dar solución a los conflictos.

FERNÁNDEZ, al respecto, sostiene:

El desarrollo normativo y jurisprudencial del arbitraje se enfrenta con ciertas reticencias que se mueven en el plano constitucional, si bien están siendo objeto de una progresiva superación, al admitirse que esta figura deriva del deber genérico y constitucional del Estado de administrar justicia ante el conflicto intersubjetivo de intereses. No en vano el arbitraje, en cuanto técnica jurídica de composición de intereses encuentra su fundamento en el ensalzamiento constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en sus derivaciones más arraigadas como la tradición privatista, la libertad negocial, la autonomía de la voluntad, y el principio dispositivo en el Derecho de contratos (2008, p. 300).

Desde esa perspectiva, quizá este reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional también haya surgido con la intención de brindar fortaleza al arbitraje en el Perú, para que este finalmente despegue y se convierta en un método de solución de conflictos célere y seguro (pensemos que las intenciones fueron buenas). Lamentablemente, en la práctica, generó más problemas que soluciones, pues a partir de este reconocimiento se abrieron discusiones vinculadas a lo siguiente:

- a) La posibilidad de interponer amparos directamente contra los laudos. De hecho, durante un tiempo se presentaron diversas acciones de amparo de manera casi indiscriminada, cuyos resultados

eran disímiles, pues dependían del criterio del juzgador de turno. Esto, a la fecha ya ha sido superado con no pocos sobresaltos, pues la judicatura entendió que el único recurso que procede contra el laudo es el recurso de anulación. Sin embargo, cada cierto tiempo, se levantan algunas voces que nos indican que el peligro está latente y las tentaciones de los operadores judiciales son grandes<sup>12</sup>.

- b) **La posibilidad de incluir como causal de anulación, las diversas manifestaciones de los defectos de motivación en los laudos, con lo cual se abrió una nutrida discusión respecto a:**
- determinar si existe —o en todo caso si debe existir— un estándar de motivación en los laudos; o si se aplica el mismo estándar judicial; y
  - si todas las manifestaciones de los defectos de motivación de los laudos pueden ser considerados como causal de anulación.

Estos temas, aun generan serias polémicas y discusiones; y se mantienen vigentes a la fecha, pues debemos recordar que la

12 Al respecto, revisar el denominado precedente María Julia, el cual establece como regla general que no procede el amparo directo contra los laudos arbitrales, salvo tres excepciones señalada en el numeral 21 de la Sentencia N.º 00142-2011-AA:

"Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21.No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo N.º 1071".

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el Tribunal Arbitral y que este haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

mayoría de recursos de anulación que se interponen en el Perú tienen como causal la trasgresión al deber de motivación de los laudos, en sus variadas manifestaciones<sup>13</sup>.

- 13 Aun cuando no es materia de este trabajo, quiero expresar algunas líneas, respecto a esta problemática, en los siguientes términos: Sin duda el tema de la motivación, es uno que preocupa y genera muchas polémicas a todos quienes se dedican al arbitraje, pues como si fuera un péndulo las opiniones respecto a su naturaleza, aplicación, intensidad en su contenido, etc., van en uno u otro sentido. Pero quizá debamos partir el análisis sobre aquello en el cual las opiniones son pacíficas, y es que si las partes no han pactado en contrario, el laudo debe estar motivado y así lo establece la norma (artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje). Hay quienes señalan que este deber de motivación surge en virtud de su naturaleza jurisdiccional y otros que su origen está contaminado por lo que las partes pactaron; es decir, afirman su origen contractual. Pero, insisto, independientemente de su naturaleza, cuando las partes no han pactado en contrario, es un deber de los árbitros: motivar el laudo. No hay discusión al respecto, la discusión probablemente radique en determinar *cuál es el contenido de esta obligación de motivar?* Considero que la idea de la motivación implica poner de manifiesto que la decisión se fundamenta en que la prueba actuada, acredita los hechos y que estos se encuentran subsumidos en una norma determinada, que contiene definiciones, soluciones y consecuencias.

Entonces la pregunta sería: *¿cuáles son las funciones de la motivación exigibles en el arbitraje, para la emisión válida de un laudo?* Quizá la única función que sería aplicable sería la de buscar convencer a las partes de que la decisión no es arbitraria y tratar de revestir de legitimidad al laudo y a todo el sistema arbitral, en general. No obstante ello, aún esta función, hay que analizarla con mucho cuidado, pues a diferencia del Poder Judicial, en el arbitraje, por lo general, las partes eligen a los árbitros y probablemente el mejor remedio para la arbitrariedad en un laudo, sea algo tan sencillo y complejo a la vez: elegir bien al árbitro.

Porque esta buena elección, genera una serie de consecuencia que no se pueden soslayar: quizá la más importante será la disposición de las partes para cumplir de manera voluntaria con el contenido del laudo, hay que recordar que el consentimiento expresado en la elección del árbitro siempre se va a proyectar hasta el laudo mismo, en principio; y como contrapartida, se deberá exigir al árbitro claridad al resolver, con la intención de que las partes estén convencidas de que el laudo emitido es el mejor resultado posible (no quiero emplear la palabra "justo" para evitar mayores polémicas). Esa considero, debiera ser la idea intrínseca cuando hablamos de motivación de laudo, pues a partir de los fundamentos que el árbitro expresa en sus laudos (su motivación), se podrá advertir la idoneidad de los árbitros.

Esto entonces nos lleva a tratar de establecer si existen requisitos o características esenciales o mínimas exigibles, que nos permita advertir que estamos frente a una real motivación del laudo, o si se quiere, si existe algún estándar de motivación, que nos indique cuál debe ser el derrotero de los árbitros al resolver, al tomar una decisión. Y el primer obstáculo que puedo advertir es que cuando hablamos de motivación, estamos frente a lo que probablemente se trata de un "ideal de motivación", cuando este quizá no exista, o incluso, no deba existir.

Por ello es que muchos abogados, cuando se refieren al estándar de motivación exigido, lo primero que traen a colación es el precedente LLAMOJA (Expediente N.º 00728-2008-PHC/TC), pero lo que no parecen advertir es que estarían tratando de exigir un estándar de motivación demasiado gravoso (incluso para el proceso civil ya es un estándar muy alto, considerando que este precedente se emitió en el marco de un proceso penal, donde probablemente hay que ser mucho más garantistas), precisamente porque es ese ideal que los individuos siempre queremos, buscamos o anhelamos.

Como su antípoda, encontramos la denominada tesis contractualista, la misma que sostiene que para la existencia y aplicación del arbitraje no solamente es innecesario "dotarlo" de jurisdicción y mucho menos pretender "constitucionalizarlo", sino que además resultaría inadecuado hacerlo, pues para la existencia del arbitraje, basta con la comprobación que las partes de manera voluntaria han decidido resolver su controversia bajo mecanismos arbitrales, en pleno uso y ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Así, encontramos que BULLARD afirma que la competencia de los árbitros para conocer alguna controversia surge de "manera indiscutible" del contrato, pues "el arbitraje es, antes que nada, una criatura contractual [...] La regla general es que no hay arbitraje sin acuerdo.

Al respecto, DWORKIN señala que la exigencia de la motivación jurídica viene siendo tratada como un modelo de fundamentación ideal (LEÓN, 2017, p. 44); es decir, soñamos con un juez todopoderoso, que denomina como el Juez Hércules (OST, 2007) (DWORKIN, 1989); es decir, aquel juez que todo lo puede, pues tiene todo el conocimiento y el tiempo existente, así como las herramientas necesarias para pensar, escribir y corregir sus opiniones, de tal manera, que la decisión que tome será la más perfecta posible. Eso, lamentablemente no existe, no vamos a repetir los serios problemas que tienen los jueces para resolver sus controversias (carga procesal, falta de preparación, poco personal, poca especialización, etc.), pues no es tema de este comentario; y si nos referimos a los árbitros, sin duda, tampoco existen árbitros Hércules, por lo que quizá la motivación en los laudos deba analizarse desde una perspectiva distinta: ¿Cuál es el deber del árbitro, en cuanto a la motivación? Ser un árbitro Hércules o simplemente cumplir con motivar. Creemos que la respuesta es la segunda de las alternativas antes en enunciadas: El árbitro tiene el deber de motivar y en la literalidad de esta frase, debiera agotarse el análisis de la motivación en los laudos arbitrales. El estándar de motivación en el arbitraje debe ser siempre interpretado de manera restrictiva, de lo contrario ponemos en peligro la voluntad de las partes, quienes pactaron porque la controversia sea resuelta por los árbitros; y no de manera indirecta por un juez.

Además, hay que recordar que la Ley de Arbitraje no contiene una lista de supuestos normativos de lo que debemos entender por motivación, solamente establece la obligación de motivar, no establece cómo motivar (no establece estándares), que la motivación sea adecuada, que la motivación deba ser congruente o si esta debe ser completa o suficiente, si esta debe ser real y no aparente. No establece ninguno de estos supuestos porque si lo hubiera hecho, entonces, si se justificaría el análisis de las distintas manifestaciones de los defectos en la motivación: motivación defectuosa, motivación insuficiente o incompleta, motivación incongruente, etc.

En realidad, lo que la norma nos está diciendo —cuando nos referimos a la motivación— es que únicamente será posible anular un laudo, cuando este carezca de motivación de manera absoluta. Ese sí es un supuesto de anulación de laudo. Por que está contrariando lo que las partes querían, lo que las partes pactaron. De ahí también que resulte un error que, para invocar la falta de motivación, se invoque en inciso b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, especialmente lo referido en la parte final, cuando se señala que podrá ser anulado el laudo, cuando una de las partes, por cualquier otra razón, no ha podido hacer valer sus derechos. Cuando probablemente el inciso que debería ser invocado ante la ausencia de motivación (remarco ausencia de motivación) sea el numeral c) del mismo artículo, pues se refiere a las contravenciones a los acuerdos de las partes.

Es decir, no hay arbitraje sin contrato. Para algunos, la forma de cómo se ejecuta el contrato se parece a un juicio, a un proceso. De allí derivan una total o parcial naturaleza jurisdiccional, de la que a su vez derivan la justificación de por qué el arbitraje se lleva a cabo a pesar de que pueda existir resistencia de una de las partes. Y deducen de esa situación su naturaleza —total o parcial— procesal-jurisdiccional. Pero finalmente ese proceso no es más que la consecuencia de lo pactado. Por eso creemos que la naturaleza contractual del arbitraje va más allá de su origen y contamina todo su devenir y existencia, incluyendo esos actos que solemos confundir con un juicio, pero que en realidad son meros actos de ejecución contractual” (2013, pp. 55 y 57).

Que duda cabe que estas afirmaciones surgen de la caracterización del convenio arbitral, que no es otra cosa que el contrato entre las partes, orientado a que un tercero resuelva alguna controversia surgida entre las mismas, de ahí que se descate a la autonomía de la voluntad de las partes como su disparador, pues sin esta no existe ninguna posibilidad de arbitrar la disputa o controversia. Por ello, es que la referencia que se suele hacer —de acuerdo con esta posición— cuando hablamos de arbitraje, es en realidad al “contrato de arbitraje”, así lo señala SILVA, tomando partido por la tesis contractualista del arbitraje; sin embargo, efectúa una disquisición si se quiere, pues no soslaya el hecho de que el arbitraje también es un *proceso o procedimiento*, aunque lo lleva a un segundo plano desde una perspectiva accesorio; es decir, que el eventual proceso o procedimiento siempre será accesorio al contrato que supone todo convenio arbitral (2005, p. xvii).

El artículo 13.1 de la Ley de Arbitraje deja en claro que el punto de partida del arbitraje es el convenio arbitral que expresa el acuerdo de voluntad de las partes, que este importa un contrato suficiente para arbitrar; y como consecuencia de ello, genera o crea obligaciones para las partes; entre ellas, la de someter sus controversias a un árbitro (obligación de hacer), la de cumplir con el laudo que se emita en el marco de un proceso arbitral (obligación de hacer) y la de no acudir al Poder Judicial para que resuelva sus controversias (obligación de no hacer)<sup>14</sup> (SOTO, 2011, pp. 154 y 155). En ese sentido, SILVA señala

14 La doctrina al respecto nos señala que el convenio arbitral, genera dos efectos importantes: i) un efecto positivo y ii) un efecto negativo. El primero de ellos supone que las partes tienen la obligación de someter sus controversias a un Tribunal Arbitral, de acuerdo con lo que hubieren pactado en el convenio arbitral; el segundo de ellos, implica que los órganos judiciales se encuentran prohibidos de avocarse a una controversia que se encuentra cubierta por el convenio arbitral, pues se entiende que las partes al suscribirlo están efectuando una renuncia a acudir al Poder Judicial.

que “es menester subrayar una vez más, *in limine*, que el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas un contrato” (citado por SOTO, 2011, p. 154).

Sin embargo, existen voces que cuestionan esta tesis, pues señalan que el arbitraje no es un contrato, pues si ello fuera así, se dejaría de lado algunos arbitrajes que se encuentran permitidos. ETCHEVERRY lo señala de manera franca, cuando afirma: “El acuerdo arbitral no es considerado por nosotros, un contrato o una cláusula contractual. Debe trasladarse su naturaleza jurídica al campo más amplio de los actos jurídicos ya que se admite el acuerdo arbitral para testamentos y sociedades” (2011, p. 113).

En efecto, existen varios supuestos que no encuadran en la tesis contractualista del arbitraje, las que señala el profesor argentino: arbitraje testamentario y arbitraje estatutario; pero también existen otras figuras como el arbitraje en materia de expropiaciones, el arbitraje de seguros; e incluso el arbitraje de inversión, que posee sus propias particularidades.

El arbitraje testamentario permite a los herederos, legatarios y albaceas arbitrar las controversias que pueden surgir (con los límites que su propia naturaleza y la ley establecen); en el arbitraje estatutario, si los socios de una sociedad introducen un convenio arbitral en sus estatutos para resolver las controversias que surgen entre socios y entre estos y la sociedad, es perfectamente válido que quienes ingresen a la sociedad con posterioridad a la constitución, como socios, se encuentren sujetos al convenio arbitral previamente establecido en los estatutos. En el caso del arbitraje sobre expropiaciones, la obligatoriedad de arbitrar la indemnización proveniente de la expropiación viene siendo dada por la propia norma (aunque es posible terminar en el Poder Judicial de existir negativa para arbitrar). El arbitraje de seguros es parecido, pues si los beneficiarios del seguro tienen alguna controversia con la compañía aseguradora con referencia al seguro, deberá acudir a la vía arbitral para la resolución de esta controversia. En todos estos casos, no existe un convenio arbitral, no hay un contrato para arbitrar. Aquí el arbitraje surge mediante actos jurídicos distintos al contrato, mediante el acto jurídico “base”, según palabras de ETCHEVERRY (2011, p. 114); y, por tanto, “[...] el concepto de contrato no resulta ni suficiente ni abarcativo para explicar su naturaleza jurídica” (p. 113).

Como consecuencia de ello, la tesis contractualista no puede caracterizar al arbitraje en términos absolutos, sus postulados solamente se podrán verificar en el arbitraje privado; en los demás tipos de arbitraje

—por lo menos para su nacimiento—, la autonomía de la voluntad de las partes se volverá inexistente, borrosa o al menos disminuida.

Ante estas dos posiciones antagónicas, existe una tercera posición, denominada ecléctica o mixta, que intenta subsumir las características de la posición contractualista y la jurisdiccionalista destacando que, en efecto el arbitraje “nace” siendo contrato, pero que en su devenir procesal y en especial para darle eficacia al laudo, aparece el rasgo de jurisdiccionalidad. Se sostiene que esta tesis “[...] armoniza todos los elementos en juego, aceptando, por un lado, la existencia de componentes contractuales en la relación que vincula a las partes entre sí y a estas con el árbitro y, por otro, reconoce un carácter jurisdiccional no tanto en la función que desempeñan los árbitros como en la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada)” (MATHEUS, citado por GIRAO, 2019, p. 20).

Incluso AMADO tratando de compaginar las ideas de esta tesis mixta, señala que “la naturaleza jurídica del arbitraje es la de un acuerdo con efectos jurisdiccionales” (AMADO, citado por GIRAO, 2019, p. 21). Sin embargo, esta teoría nuevamente deja de lado algunas modalidades arbitrales, cuyo nacimiento no está dado por la presencia de un convenio arbitral en unos casos; y en otros, por lo menos este convenio no ha sido pactado por quienes invocan el arbitraje para la solución de sus controversias.

#### 4. Entonces ¿qué es el arbitraje?

Definir ¿qué es el arbitraje? o ¿cuál es su naturaleza? hoy resulta ser una tarea muy complicada, si lo comparamos con el arbitraje de hace algunas décadas (primordialmente privado); por lo menos, ello ocurrirá si pensamos en términos absolutos. Si queremos ser multicomprendiosos, la discusión no se agota entre contractualistas, jurisdiccionalistas y eclécticos.

Creo que el punto de partida, para aceptar al “nuevo arbitraje”, debe empezar por reconocer que no existe un concepto de arbitraje en términos absolutos, no es un concepto unívoco. No se puede caracterizar a todas las formas arbitrales de la misma manera, tratando de encuadrarlos en una especie de tipicidad rígida que impida o dificulte nuevas formas arbitrales; o quizá el cometido debiera ser delimitar un concepto general de arbitraje y luego obtener conceptos para cada “modalidad arbitral”, en función de sus particularidades.

El arbitraje —en las últimas décadas— se ha desarrollado tanto que lo vemos en campos jurídicos donde antes era imposible siquiera pensarlo; por ello, cuando se aborde el arbitraje —su concepto, su naturaleza o sus características—, debemos hacerlo desde una mirada multívoca, pensando, más que en función “al arbitraje” de manera singular, en función de las “modalidades arbitrales” en términos plurales. Aceptando las diversas “modalidades arbitrales” existentes y las que están por llegar<sup>15</sup>, quizá estemos construyendo un camino para calmar o evitar las continuas discrepancias entre los *puristas* del arbitraje y su contraparte, los *inclusivos* (respecto a esto último revisar la introducción de este trabajo).

Probablemente, debemos pensar que la característica o la regla general en el arbitraje actual ya no radica en la autonomía de la voluntad de las partes, sino que hoy en día la regla sería el equilibrio de las partes en el arbitraje. Creo que ello es así, porque la presencia de la voluntad de las partes ya no es el único rasgo identificador del arbitraje del siglo XXI, lo encontraremos claramente en el arbitraje comercial/privado (nacional o internacional); estará morigerado en el arbitraje en los contratos públicos y en el arbitraje de inversión, en donde solamente la libertad de contratar estará presente, pero no así la libertad contractual, que nos permite modelar el contrato; y estará ausente en los arbitrajes obligatorios, tales como el arbitraje testamentario, estatutario o el arbitraje de seguros.

Incluso, la segunda parte del artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje<sup>16</sup>, la cual señala que podrá traerse al arbitraje a aquellos que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, ¿no será acaso una expresión de esta relativización de la voluntad de las partes? Por ejemplo, en una cesión de posición contractual o una cesión de derechos, quienes acuden al arbitraje serán personas distintas a las que pactaron el convenio arbitral, o por lo menos una de ellas lo será. Con

15 Aunque suene a ciencia ficción, ante los avances tecnológicos y el incremento de los viajes espaciales, ya se habla de la posibilidad del “arbitraje espacial” que busca cubrir las eventuales controversias que surjan en la “conquista del espacio”. ¿Será solamente la aplicación de alguna modalidad arbitral ya existente, adecuada al contexto espacial?, o ¿estaremos frente a una nueva modalidad arbitral, con sus propias reglas, características o naturaleza? Solo el tiempo nos lo dirá.

16 Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.  
El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. *Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.* [La cursiva es nuestra]

ello, no estoy señalando estar en desacuerdo con esta posibilidad, por el contrario, creo que es uno de las mayores aciertos de nuestra ley; sin embargo, lo que pretendo relieves en este caso es que, por lo menos, la voluntad de una de las partes —de acudir al arbitraje— no existe en principio, y pese a ello, a partir de este reconocimiento normativo, será posible traerla al arbitraje sin mayores dificultades (aunque reconozco que el derecho de los contratos tiene interpretaciones que podrían hacernos arribar al mismo resultado, resulta claro que si no existiera esta norma, las discusiones respecto a quién es el encargado de dar solución a las controversias surgidas, abundarían).

Entonces, volviendo a la pregunta inicial, ¿qué es el arbitraje? Adscribiéndonos a una cuarta posición, la teoría autónoma, que pretende explicar el arbitraje, diríamos que el arbitraje del siglo XXI es una institución emancipada de las tesis contractualistas y jurisdiccionalistas. El arbitraje no es solamente contrato (puede ser solo un acto jurídico) proceso o jurisdicción, sino que estos rasgos se presentan de manera interrelacionada y sin posibilidad de disociación. Será un acto jurídico (mayormente contrato) en su nacimiento, será proceso durante el desarrollo del arbitraje y será jurisdicción para efectos de su ejecutividad plena, todos estos rasgos se deben presentar de manera indisoluble para que el arbitraje funcione.

CASTILLO y VÁSQUEZ señalan: “Un árbitro ‘es como’ un juez porque ejerce la misma función, pero ‘no es’ un juez. Un arbitraje ‘es como’ un proceso judicial porque como en este se dirime jurídicamente una controversia, pero ‘no es’ un proceso judicial. De ahí que, así como hemos cuestionado hasta aquí el extremismo simplista del contractualismo arbitral, hagamos también lo mismo con las tesis de quienes, sin duda queriendo guardar ideológicamente incólume la majestad y la soberanía del Estado Nación, sostienen que la naturaleza del arbitraje es, sin más, jurisdiccional” (2009, p. 44).

En tal sentido, siguiendo a BARONA, diríamos también que “el arbitraje es el arbitraje, y esa es su naturaleza jurídica [...] en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales. A partir de este dato de complejidad, quizá el error es insistir en categorizar a la institución, incardinándola en una única categoría existente. En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma” (2004, p. 59).

Lo que debemos entender es que hoy el arbitraje (en términos integrales) supone una institución distinta a la figura histórica surgida en el seno del derecho privado, del derecho comercial y a partir de esta

afirmación, será posible aceptar todas las modalidades arbitrales que conocemos y conoceremos en el futuro, para poder modelarlas y aplicarlas en contextos y supuestos diferentes.

## 5. **¿Arbitrando sin voluntad? ¿Es el arbitraje en contrataciones con el Estado un arbitraje obligatorio?**

Quizá una de las principales críticas que se efectuó al arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, cuando este apareció por el año 1998 en la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, radicaba en que el arbitraje era obligatorio para todos los contratos que celebrara el Estado bajo esta norma; en tal sentido, se señalaba que se trataba de un arbitraje que contrariaba todos los postulados propios de este mecanismo de solución de conflicto, pues trasgredía el principal pilar del arbitraje: la autonomía de la voluntad de las partes. El arbitraje es *per se* voluntario y obligar a las partes a someterse a este mecanismo implicaba una contradicción que contaminaba todo el sistema arbitral.

Pero el hecho de que la norma de Contrataciones (la actual norma es la Ley N.º 30225) establezca que las controversias “se resuelven” mediante arbitraje ¿convierte en obligatoria esta modalidad arbitral? Los defensores de la teoría contractualista del arbitraje afirman que no hay posibilidad de la existencia de un arbitraje que renuncie al rasgo más importante de este: su voluntariedad o la aplicación irrestricta de la autonomía de la voluntad de las partes.

Incluso hay autores que resaltan la incompatibilidad entre el arbitraje y la Administración Pública. Así, HUERGO señala:

No es casual que las Leyes contemplen con gran reserva (sino con prohibiciones absolutas) la posibilidad de que la Administración recurra al arbitraje, si tenemos en cuenta que el Derecho público se basa en la idea de soberanía, que no ha desaparecido pese al reconocimiento a los ciudadanos de posiciones jurídicas garantizadas frente a los poderes públicos [...] Es claro, dicho esto, que el Estado no encaja en esa construcción del arbitraje, primero porque no tiene sentido que intente independizarse de sí mismo, y también porque la Administración, en cuanto organización instrumental dirigida a la tutela de los intereses públicos fijados por la Ley y el Gobierno y justificada únicamente en su satisfacción, carece de autonomía privada [...] Ante la tendencia habitual a la utilización impropia del término “arbitraje”, hay que recordar que

uno de sus requisitos imprescindibles es su carácter voluntario. El Arbitraje que priva a las partes de un conflicto de la facultad, que es un derecho fundamental, de acudir a los Tribunales, solo es conforme con la Constitución si se basa en un acuerdo de esas partes. Lo contrario, es decir el arbitraje obligatorio, supone una vulneración del art. 24.1 CE [...] (2007, pp. 270, 271, 273).

En tal sentido, abogan por la imposibilidad que exista algún asomo de arbitraje que involucre al Estado, cuando celebra contratos con privados; claro está, esta es una posición que denota una visión clásica de la figura arbitral y del derecho en general, lo cual está en contraposición con lo que sostenemos. Recordemos que el derecho no puede ser modelado de la misma manera todo el tiempo, pues precisamente si los tiempos cambian, el derecho también debiera hacerlo para tratar de cubrir los nuevos contextos que surjan.

Con referencia a catalogar al arbitraje surgido en el campo de las compras públicas en el Perú, como un arbitraje obligatorio, considero la misma idea respecto a lo siguiente:

Prefiero admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación bajo la fórmula de que el Estado lo que hace, en la contratación regida por los términos del Decreto Legislativo N.º 1017, es extender una oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que este se adhiere. O, si se prefiere, que el Estado, que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias, lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar contenida en la Ley, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen (2011, pp. 47 y 48).

En tal sentido, coincidimos que aun en el supuesto del arbitraje establecido en la norma sobre compras estatales, la autonomía de la voluntad de las partes está presente, morigerado, pero presente.

Al respecto, CASTILLO y SABROSO, citando a CUEVAS, aunque en referencia a una normativa sobre Contrataciones del Estado anterior, señala lo siguiente:

En efecto, a entender de Cuevas, 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 mismo que 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 y Adquisiciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores (CUEVAS citado por CASTILLO y SABROSO, 2009, pp. 25 y 26).

Asimismo, ARRARTE señala que en realidad la obligatoriedad del arbitraje en materia administrativa, es una autoexigencia del propio Estado y sus entes, para atraer y generar confianza en los contratistas privados, en el sentido de que sus controversias serán resueltas por un sistema célere, especializado y absolutamente imparcial; además de ello, señala que en realidad, este tipo de estipulaciones es casi como suscribir un contrato de adhesión o por cláusulas generales de contratación (y no por ello estas modalidades dejan de ser contratos), pues el contratista privado antes de entrar en contacto con el Estado, conoce la reglas con las cuales tendrá que lidiar, si pretende contratar con este (2007, p. 131). En consecuencia, si quiere contratar con el Estado bajo esta norma, sabe de antemano que deberá someter sus futuras controversias al arbitraje.

Entonces, queda claro que el arbitraje bajo la norma de Contrataciones del Estado, no es un arbitraje obligatorio, pues al menos el contratista privado tiene la libertad de contratar o no con el Estado, aun cuando la libertad contractual (la posibilidad de establecer el contenido del contrato) quede mellada en virtud a esta exigencia legal.

## 6. Un poco de historia: ¿hacia una nueva “justicia” en materia administrativa?

Considero que es pacífico sostener que una de las razones principales para que el arbitraje conquistara ámbitos del derecho distintos a su territorio natural, como son el comercio y la actividad privada (reconociendo que en la realidad las razones son un número bastante más grande), es probablemente el permanente descrédito del que hacía gala, el llamado a solucionar los conflictos: el Poder Judicial; en especial, cuando se trataba de dar solución a los conflictos surgidos en el marco de los contratos que celebraba el Estado. Por ello, era necesario encontrar un instrumento que reforzara la ola de privatizaciones de

la última década del siglo pasado y así evitar que la impredecibilidad generada por el accionar errático del Poder Judicial termine haciendo vanos los intentos nacionales para que los inversionistas confíen sus inversiones al Perú, permitiendo, de manera segura, que los privados participen en campos que antes le eran vedados, por ser monopolios del Estado, y garantizando con ello, el respeto irrestricto a sus derechos.

La probable salida era una reforma profunda del Poder Judicial, que evitara presenciar juicios eternos que se movían cual péndulo entre la primera instancia y la Corte Suprema, subiendo, bajando y volviendo a subir, con artilugios e infinidad de articulaciones y nulidades de las que los abogados litigantes hacían uso y abuso hasta el arrebató; pero ello no era una buena idea, pues de “reformas judiciales estaba empedrado el infierno judicial”<sup>17</sup> en el Perú. Solamente basta con recordar que en los últimos 50 o 60 años, todos los gobiernos *de facto* y democráticos de nuestro país, desde Velazco Alvarado, pasando por Morales Bermúdez, Belaúnde, Alan García, hasta llegar a Fujimori, hemos podido presenciar sendas “reformas judiciales”, cada cual más pomposa y grandilocuente, pero que solamente se quedaron en buenas intenciones en algunos casos o en intentos de copamiento en otros. “Esta circunstancia condujo a la creación de una serie de “sustitutos” a un Poder judicial confiable. Dado que reformar al Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las presiones del sistema político sobre los agentes económicos [...] De nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos efectivos para hacerlo cumplir. No sirve decir que el Estado se comprometió contractualmente a algo si es que cuando acudimos a una Corte para exigir lo pactado esta desconoce el pacto o lo hace inefectivo [...]” (BULLARD, 2016, pp. 674-676).

De esa manera se acudió a una figura que resultaba exitosa en el ámbito privado, que la experiencia nos decía que otorgaba soluciones rápidas, seguras y especializadas: el arbitraje.

Ya en la Constitución de 1979 (artículo 136) existía una primera referencia a la posibilidad de arbitrar los contratos celebrados con extranjeros, en el caso de contratos con carácter financiero o en supuestos

17 Parafraseando la frase popular “de buenas intenciones está empedrado en infierno”.

en los cuales los tribunales arbitrales se constituyeran en virtud de convenios internacionales de los que formara parte el Perú.

Aunque debemos reconocer que todavía era impensable que el Estado aceptara someterse a arbitraje para solucionar sus disputas con los privados o entre entidades públicas, en términos generales, pues aún no se había logrado moderar las ideas de soberanía estatal y potestad de *ius imperium* de las cuales estuvo imbuida nuestra política y nuestro derecho hasta los años 90 del siglo pasado. Posteriormente, se fue entendiendo que era posible morigerar un poco estos conceptos, con la finalidad de poder competir con los demás países, en la permanente búsqueda de atraer inversiones extranjeras, que mejoraran nuestra decaída infraestructura y, como consecuencia de ello, el bienestar de todos en general<sup>18</sup>.

Al respecto, BERNAL sostiene:

La tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él, tan solo por ostentar tal condición, escenarios de privilegio sin importar si la índole de la controversia, o mejor de la fuente generadora de la misma, lo había colocado en el mismo nivel de los particulares sin comprometer la soberanía ni sus poderes en el caso concreto. Se trataba del Estado o de sus entes y por ende tenía derecho a tal privilegio, con desventaja del particular, sin importar nada más y sin consideración alguna. No obstante, quizás por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los rigurosos principios a que se ha hecho referencia han cedido de manera relativa. Así es como hoy observamos del movimiento de reforma al que hice alusión, una referencia constante a la materia, permisiva en líneas generales, de la aplicación del arbitraje y proceso a los métodos alternativos de resolución de controversias, cuando del Estado y sus entes se trata. Esto, sin desmedro de sus poderes, pero quizás con un tono menor y un más claro entendimiento del concepto de "soberanía" y con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan o causan daños (2004, p. 124).

18 Sin el ánimo de entrar en discusiones que no son pertinentes en este comentario, debemos señalar que los conceptos de *ius imperium* y soberanía del Estado eran conceptos difíciles de desarraigar de nuestro sistema político. Cuando los Estados de países en vías de desarrollo como el Perú comprendieron que solamente moderando dichos conceptos con reglas claras y aperturando sus mercados, fue posible generar verdaderos incentivos en pro del fomento de las inversiones.

En ese camino, el Decreto Ley N.º 25935, Ley General de Arbitraje, de noviembre de 1992, llegó a establecer lo siguiente:

#### Artículo 1.-

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, extinguiendo respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse.

Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, *las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.* En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho. [La cursiva es nuestra]

#### Artículo 2.-

No pueden ser objeto de arbitraje, las controversias o pretensiones sobre los asuntos siguientes:

1. Los que sean de competencia exclusiva del Poder Judicial o de la jurisdicción militar.
2. Los que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
3. Aquellos sobre los que ha recaído resolución judicial firme, salvo los que surjan como consecuencia de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
4. Los que interesan a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
5. *Los directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público.* [La cursiva es nuestra]

Es decir, ya introducía la posibilidad de arbitrar las pretensiones que derivaran de los contratos que celebrara el Estado en todos sus ámbitos (nacional, regional y local), pero solamente en clave facultativa, lo cual inhibía a muchos funcionarios que desconfiaban del arbitraje,

los cuales tenían la percepción de que se trataba de un mecanismo propio del ámbito comercial o del ámbito privado.

La posterior Ley de Arbitraje, Ley N.º 26572<sup>19</sup>, dio un paso más, estableciendo taxativamente lo siguiente:

### Artículo 1.- Disposición general

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

### 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 refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.*

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

<sup>19</sup> Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje (enero de 1996).

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. [La cursiva es nuestra].

Pero nuevamente, se legisló en clave facultativa, lo cual seguía inhibiendo a los funcionarios, para que sometieran las controversias contractuales derivados de los contratos que celebraba con privados.

Obviamente estas legislaciones respondían al paradigma de la autonomía de la voluntad de las partes, pues el rasgo de voluntariedad debía excluir cualquier posibilidad de hacer obligatorio el arbitraje.

De esta manera, se siguieron procurando pasos positivos en pro de la arbitrabilidad de las obligaciones y contratos que celebraba el Estado, tanto con privados como entre entidades públicas entre sí, pero aún el Estado era renuente a arbitrar de manera extendida, pues existía temor a la institución jurídica del arbitraje que aún seguía siendo desconocida para los funcionarios y operadores estatales. Además de ello, el hecho de que la norma estableciera la "posibilidad" de que el Estado arbitrara y no la "obligatoriedad"<sup>20</sup>, así como las excepciones referidas a la no arbitrabilidad de las funciones y atribuciones del Estado, hacían que la interpretación de esta última norma de excepción, la convirtiera en la práctica, casi en una regla general. Además de ello, el temor a una cultura de control equivocada hacía que los funcionarios pensarán que si llevaban a arbitraje alguna controversia surgida de un contrato estatal, el sistema nacional de control los castigaría.

Todas estas afirmaciones se corroboran con los datos que se tienen de dicha época. Estos señalan que entre los años 1993 y 1997 (Cuadro N.º 4, PAULET, p. 92), después de la entrada en vigencia de las dos normas antes referidas, los casos de arbitraje estatal que ingresaron al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (probablemente la institución arbitral más importante y la que más arbitraje administra en el Perú), aun eran insuficientes para prever el futuro del arbitraje en materia de contrataciones con el Estado:

20 Insistimos con la idea de que esta opción legislativa respondía al hecho de que el arbitraje es eminentemente consensual, por lo que introducir una norma que generara la obligatoriedad de arbitrar, iría en contra de la autonomía de la voluntad de las partes.

Año	Número de casos
1993	2
1994	6
1995	12
1996	32
1997	17

Lo cual parecía seguir corroborando la reticencia del funcionario público a arbitrar las controversias del Estado. Ello a pesar de que el espectro de la arbitrabilidad estatal se había ampliado con la Constitución Política de 1993, pues la misma en su artículo 63 estableció la posibilidad de someter a arbitraje las controversias contractuales del Estado, de acuerdo con el siguiente tenor:

### Artículo 63.-

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

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.

Y el artículo 139, en su inciso 1, enunciaba la jurisdiccionalidad del arbitraje<sup>21</sup> como una manera de reforzar y hacer viable el arbitraje en general, de la siguiente manera:

21 Aunque ya hemos abordado este tema en párrafos anteriores de este trabajo, debemos agregar lo siguiente: hay que reconocer que este tema introdujo de alguna manera, la dicotomía entre lo privado y lo público; es decir, si el arbitraje pertenece a la esfera privada o a la esfera pública. Lo importante creo, no está en determinar la naturaleza jurídica del arbitraje (debo advertir que no creo en las naturalezas jurídicas, por lo que esta frase debe ser entendida como elementos esenciales del arbitraje), sino es reconocer que las instituciones cambian con el devenir social y no podemos oponer el concepto tradicional o clásico de jurisdicción al arbitraje para que los contractualistas vean una dificultad en ello. En efecto,

### Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral [...].

Asimismo, en la misma época, se expidieron una serie de normas que buscaban incentivar en las entidades estatales, el uso del arbitraje y la incorporación de cláusulas arbitrales en sus contratos, que permitieran arrebatarse a la justicia ordinaria, el conocimiento de temas que resultaban altamente especializados.

Así tenemos, por ejemplo, el Decreto Legislativo N.º 757, que aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada de noviembre de 1991, que estableció lo siguiente:

si definimos a la jurisdicción desde la perspectiva clásica, con todos sus atributos, entonces el arbitraje no podrá ser nunca jurisdicción; pero si entendemos a los conceptos jurídicos como creaciones en continuo cambio y transformación, entonces podremos reconocer que el concepto moderno de jurisdicción radica principalmente en conocer y dictar el derecho, por tanto, el arbitraje también será jurisdicción, pero sin dejar de ser contrato. Asimismo, habría que preguntarnos ¿por qué es necesario tratar de encorsetar la figura del arbitraje en alguna de estas teorías? cuando en realidad parece ser algo distinto, pero con rasgos de cada una de ellas, creo que el reto que tenemos actualmente es entender ello.

Al respecto, CASTILLO y VÁSQUEZ señalan lo siguiente: "Es cierto. El arbitraje carece de todos estos poderes atribuidos en los últimos doscientos años a la jurisdicción porque, como es obvio si seguimos la lógica de una tesis contractualista, en tanto emanado el arbitraje de un contrato entre dos partes, este no puede obligar más que a esas partes, a diferencia de un contrato 'suscrito en teoría' por toda la sociedad. Pero esta interpretación soslaya el elemento esencial de la jurisdicción, a saber, el de ser el poder legalmente establecido para 'decir el Derecho'. Y la ley puede sancionar que el Derecho sea dicho por los tribunales ordinarios de justicia que tendrán todos los poderes de apercibimiento propio del Estado, como también que el Derecho sea dicho fuera de la esfera pública. Como es el caso del arbitraje. Aquí, el común denominador entre lo privado y lo público es la cualidad que a la jurisdicción no se le puede quitar, esto es, la autorización legal para 'decir el derecho'. En síntesis, para resolver jurídicamente una controversia", señalando además que "el arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica, solo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de una o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así la decisión resolutoria de los árbitros o laudo será de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso sea necesaria, queda siempre en manos del Estado" (2007, pp. 43 y 49).

### Capítulo tercero de la solución de controversias relativas a la inversión

**Artículo 48.-** En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. [La cursiva es nuestra]

También el Decreto Supremo N.º 162-92-EF, que aprueba el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, de octubre de 1992, prescribió lo siguiente:

**Artículo 27.-** Los convenios de estabilidad jurídica deberán consignar cuando menos la siguiente información:

- j) *Las condiciones para el sometimiento a arbitraje nacional o internacional al amparo de lo prescrito en el artículo 48 del Decreto Legislativo N.º 757; y,*

Asimismo, en el modelo de convenio de estabilidad jurídica, contenido en el anexo I de esta norma, hay cláusulas arbitrales.

Como podrán advertir, esta norma ya introduce de alguna manera "la obligatoriedad" de acudir al arbitraje, pues emplea la frase "deberán consignar".

De la misma manera, el Decreto Supremo N.º 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, de febrero de 1993, establecía a la letra lo siguiente:

**Artículo 88.-**

Las divergencias o conflictos derivados de la aplicación de la Ley, del Reglamento o del Estatuto, que no pudieran solucionarse por el Directorio, serán sometidos por las partes a procedimiento arbitral.

Así como otras normas que establecían la posibilidad (en la mayoría de casos) o la obligatoriedad (en otros casos) de acudir al arbitraje, en las controversias surgidas de los contratos que celebraba el Estado, bajo el marco de las diversas normas sectoriales.

Pero quizá el punto de quiebre para el arbitraje estatal fue proporcionado por el campo de las compras públicas, con la dación de la Ley N.º 26850, la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del año 1998, en la cual se introduce por primera vez en el derecho administrativo peruano, el mal denominado arbitraje obligatorio, pues estableció que ante las controversias surgidas en los contratos referidos a compras estatales, Estas serían definidas "mediante un procedimiento de conciliación o arbitraje", tal como se expone a la letra:

### **Cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisición y Contratación**

**Artículo 41.-** Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

- a) **Garantías:** La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo, sin perjuicio de las penalidades aplicables que serán establecidas en el Reglamento de la presente Ley. A falta de estipulación expresa en el contrato, se aplicarán las penalidades establecidas en el Reglamento.
- b) **Cláusula de Solución de Controversias:** 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 [...].

**Artículo 53.-** Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores con arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento y precedente administrativo obligatorio.

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato *se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación.*

Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.

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

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

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

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia. [La cursiva es nuestra].

Por su parte, el Reglamento de la Ley N.º 26850, el D. S. N.º 084-2004-PCM, va incluso más lejos, pues no solamente replica que es obligatorio incluir una cláusula de solución de controversias que contemple el arbitraje; sino, además, señala que en el caso de los arbitrajes *ad hoc*, si las partes no hubieran introducido dicha cláusula de solución de controversias, se entenderá incorporado el modelo que la propia norma establece, tal como sigue:

#### **Artículo 273.- Arbitraje**

Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 53 de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento. Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento, en el caso de arbitraje *ad hoc*.

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje. El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

#### **Artículo 274.- Convenio arbitral**

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral de conformidad con sus reglamentos, a cuyo efecto, puede incorporarse el convenio arbitral tipo correspondiente en el contrato.

Si en el contrato no se estipula que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá en un arbitraje *ad hoc*, el mismo que será regulado, en defecto de las partes, por los propios árbitros.

Si las partes no cumplen con incorporar el convenio arbitral correspondiente para desarrollar un arbitraje ad hoc, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto:

“Todos los conflictos que se 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 y adquisiciones del Estado”.

Asimismo, las partes pueden incorporar en el contrato la cláusula arbitral tipo del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en cuyo caso se someten a los reglamentos correspondientes. El texto de la cláusula tipo del SNCA-CONSUCODE es:

“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 mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento”.

Luego siguieron varios cambios a lo largo del tiempo y desembocaron en el Decreto Legislativo N.º 1017, del año 2008, y sus modificatorias, las cuales prescribieron lo siguiente:

#### **Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos**

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

- a) **Garantías:** La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo.
- b) **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 [...].

Por su parte, el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1017, Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, siguiendo la misma tónica del reglamento anterior, señalaba lo siguiente:

### **Artículo 215.- Inicio del Arbitraje**

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley.

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje *ad hoc*, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento.

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, este deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo el OSCE brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley, la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando este designe a los árbitros.

### **Artículo 216.- Convenio Arbitral**

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. El OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*. El arbitraje *ad hoc* será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE.

En el caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se aplicará lo dispuesto en el numeral 52.10 del artículo 52 de la Ley.

Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es:

“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”.

Cuando el convenio arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encontrará a cargo del SNA-OSCE, se entenderá que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su Reglamento y a las decisiones de sus órganos.

Asimismo, en caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de cualquiera de los órganos funcionales del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al SNA-OSCE.

Posteriormente, la Ley N.º 30225 (del año 2014) y su modificatoria más importante, el Decreto Legislativo N.º 1341 (vigente desde el 3 de abril del 2017), señalan textualmente lo siguiente:

#### **Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual**

45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Probablemente, el reglamento de estas últimas normas es la que más regula el arbitraje estatal, pues pretende ponerse en diversos supuestos (entendemos generados por la experiencia de varios años de aplicación del arbitraje en contrataciones con el Estado), llegando a efectuar una especie de separación entre los arbitrajes institucionales y los arbitrajes *ad hoc*, señalando que estos últimos solamente pueden llevarse adelante en la medida de que no excedan un monto determinado por la propia norma. Algunos de estos artículos señalaban textualmente lo siguiente:

**Artículo 223.- Disposiciones generales**

- 223.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.
- 223.2. Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

**Artículo 225.- Arbitraje**

- 225.1. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho.
- 225.2. La responsabilidad funcional prevista en el numeral 45.13 del artículo 45 de la Ley, se aplica a la decisión de: i) no impulsar o proseguir con la vía arbitral cuando en el informe técnico legal se recomienda acudir a dicha sede; o, ii) impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el informe técnico legal determine que la posición de la Entidad no puede ser acogida en el arbitraje.
- 225.3. Las partes pueden recurrir al arbitraje *ad hoc* cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones y 00/100 Soles (S/ 5,000,000.00). Numeral modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 377-2019-EF, publicado el 14 de diciembre del 2019.
- 225.4. De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, corresponde a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo Reglamento arbitral institucional. De haberse

pactado el arbitraje *ad hoc*, la parte interesada remite a la otra la solicitud de inicio de arbitraje por escrito.

225.5. En caso haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, sin acuerdo o con acuerdo parcial, el arbitraje respecto de las materias no conciliadas se inicia dentro del plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.5 del artículo 45 de la Ley.

225.6. Si las partes han convenido que las controversias se sometan previamente a una Junta de Resolución de Disputas (JRD), el inicio del arbitraje y su plazo se rige por lo dispuesto en el artículo 251.

### **Artículo 226.- Convenio arbitral**

226.1. Cuando corresponda el arbitraje institucional, en el convenio arbitral las partes encomiendan la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral.

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral:

- a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato.
- b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada.
- c) Cuando, a pesar de no cumplirse con las condiciones establecidas en el numeral 225.3 del artículo 225, en el convenio arbitral se señala expresamente que el arbitraje es *ad hoc*.
- d) Cuando en el convenio arbitral no se haya precisado el tipo de arbitraje.
- e) Cuando en el convenio arbitral se encargue el arbitraje al SNA-OSCE en contravención a lo establecido en el Reglamento y en el Reglamento del SNA-OSCE.
- f) Cuando se trate de controversias que se desprenden de órdenes de compra o de servicios derivadas del Acuerdo Marco, siempre que no se haya incorporado un convenio arbitral en las mismas.

226.3. Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no

contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

**Artículo 236.- De la organización y Administración de Arbitrajes a cargo del SNA-OSCE**

- 236.1. El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en Contrataciones del Estado, en armonía con el principio de subsidiariedad, denominado Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE), sujetándose a las reglas establecidas en el presente artículo y en el Reglamento del SNA-OSCE.
- 236.2. Pueden someterse a arbitraje institucional a cargo del SNA-OSCE las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyos valores estimados sean iguales o menores a diez (10) UIT. El arbitraje ante el SNA-OSCE es iniciado dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 45 de la Ley, no suspendiéndose en ningún momento por el tiempo que demore verificar las condiciones habilitantes del sistema.
- 236.3. El OSCE se encuentra facultado para encargar a otras instituciones públicas, mediante convenio y de acuerdo a lo establecido en la Directiva correspondiente, la organización y administración del régimen institucional de arbitraje subsidiario a su cargo.
- 236.4. Dichos arbitrajes están a cargo de un Árbitro Único de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del SNA-OSCE.

Todas estas normas no solamente mantuvieron la obligatoriedad de arbitrar las controversias surgidas en el marco de las compras estatales, sino, además, en la mayoría de ellas establecían que, ante la ausencia de cláusula arbitral, una cláusula arbitral estaría implícitamente incluida en el contrato que celebre el Estado, cuyo modelo era establecido por la propia norma.

Pero no hay que perder de vista que todas estas normas (a partir del 2008) no son más que una especie de reflejo del Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje en nuestro país, pues el espíritu del legislador siempre ha sido el de fomentar el arbitraje en los campos del derecho en donde ello fuera posible; en especial, en el campo del derecho administrativo y con acentuado énfasis en los contratos que celebra el Estado. Sin embargo, podremos advertir que ese no es el único campo del derecho administrativo en el cual el arbitraje

ha podido ingresar, pues el arbitraje estatal rebasa a los contratos. Así tenemos el arbitraje en los contratos del Estado; el arbitraje en materia de expropiación (Decreto Legislativo N.º 1192), el arbitraje de inversión o el arbitraje en la regulación de los servicios públicos (que si bien es cierto proviene básicamente de un contrato de concesión, contiene algunas aristas que rebasan al contrato mismo, como son algunas funciones de los organismos reguladores).

## 7. Hacia una renovación de los derechos arbitrables en la actuación estatal: la materia arbitrable en el arbitraje administrativo

Sin duda, el tema de la arbitrabilidad en el campo del derecho público ha sido uno de los puntos más discutidos y que más dolores de cabeza ha generado para el desarrollo del arbitraje en las contrataciones con el Estado, pues pese a lo avances legislativos experimentados, aún subsisten ideas vinculadas a la soberanía estatal y actuación de *ius imperium* del Estado como conceptos absolutos, con lo cual la idea de determinar qué puede ser objeto de arbitraje en los contratos con el Estado siempre se ha constituido en un contexto espinoso.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje ha intentado generar soluciones a esta discusión, estableciendo cuáles son las materias que pueden someterse a arbitraje en el campo de las contrataciones con el Estado. Este artículo señala textualmente 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 artículo, qué duda cabe, supone la consolidación de un cambio en la arbitrabilidad de las cuestiones que importan a la actuación del Estado y sus entes; en especial, los contratos que celebra el Estado. Pero la pregunta que debemos hacernos ahora es ¿qué podemos arbitrar, cuando una de las partes en la relación es el Estado? La respuesta a esta pregunta que parece sencilla, en realidad encierra una gran complejidad. En principio, "el ejercicio del sentido común nos dice que no todo es arbitrable, en la medida de que si todos los conflictos suscitados o por suscitarse entre los miembros de una sociedad lo fuesen, estaríamos frente al impresionante espectáculo de un Estado sin función jurisdiccional alguna. Y de ser tal situación posible, lo sería solamente bajo un nuevo concepto de Estado que, hoy, se nos escapa" (CASTILLO y SABROSO, 2009, p. 40).

De ahí que se convierta en una exigencia delimitar la "materia arbitrable" en el arbitraje estatal, precisamente pensando en las delicadas fronteras entre lo que se puede o no se puede hacer en materia pública.

El artículo 2.1 de la ley que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N.º 1071, señala textualmente lo siguiente:

#### **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 [...].

Es decir, lo que nos dice la norma es lo siguiente, podrán someterse a arbitraje:

- a) las controversias sobre materias de libre disposición, conforme a derecho;
- b) Las controversias sobre materias autorizadas por la ley;
- c) Las controversias sobre materias autorizadas por tratados o acuerdos internacionales.

Esto nos lleva a efectuar otra pregunta: ¿significaría ello que aun cuando se tratasen de materias que no son de libre disposición, pero

la ley o el tratado/acuerdo internacional lo autorizaran, serían materias arbitrales? o, mejor aún, ¿este artículo autoriza arbitrar materias que no son de libre disposición (llamémosle *per se*), siempre que lo autorice la ley o el tratado/acuerdo internacional? La repuesta tiene sus aristas, pero me inclinaría a pensar que esta es positiva, lo cual implicaría en principio que las materias arbitrables serían aquellas que son autorizadas por la norma; es decir, desde una perspectiva normativa (entendiéndose en este caso por norma, a la norma nacional o a los tratados internacionales), sea porque la autorización se desprende desde un ámbito negativo o sea porque se desprende de un ámbito positivo, conforme lo trataremos de explicar más adelante.

Entonces, lo que tendríamos sería que se podría arbitrar:

- a) las materias de libre disposición *per se*, de acuerdo con derecho; y
- b) las materias, que no siendo de libre disposición, están autorizadas por la norma o los tratados internacionales, es decir, también de acuerdo con derecho. En este segundo supuesto estaríamos, entonces, frente a la posibilidad de arbitrar materias que no son necesariamente *per se* disponibles, pero que la norma o el tratado las convierte en disponibles, en cuyo caso, la disponibilidad estaría siendo otorgada por la norma.

En principio, podemos afirmar, entonces, que en cualquiera de los dos supuestos antes enunciados, la materia arbitrable siempre estará sujeta a que la norma lo establezca. Al respecto y en referencia a la Ley Española de Arbitraje de 1988, PERALES señala lo siguiente: “La cuestión que, sin duda, es la de la interpretación del término ‘conforme a derecho’ del art. 2.1 de la Ley de Arbitraje. Algunos autores opinan que la coletilla no aporta nada relevante, por lo que la arbitrabilidad habrá de determinarse conforme a lo que en cada momento el ordenamiento jurídico considera como arbitrable”; y agrega más adelante: “[...] ‘conforme a derecho’ significa someter la libre disposición al criterio único y exclusivo del legislador y, en consecuencia, sustraer de la autonomía de la voluntad de las partes la determinación contractual de los que sea la materia de libre disposición” (2005, pp. 132 y 133).

En ese mismo orden de ideas, cuando el referido artículo de la Ley que norma el arbitraje hace referencia a que la arbitrabilidad de las controversias sobre materias de libre disposición se evaluará “conforme a derecho”, no hace más que señalar que el concepto de libre disponibilidad está ligado al ordenamiento positivo, pues no cabe otra interpretación. CASTILLO y SABROSO, siguiendo a Silvia GASPAS,

señalan que “la locución ‘conforme a derecho’ no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado [...]” (2009, p. 42).

Ahora bien, también en referencia a la libre disposición, habría que hacer una distinción entre el arbitraje privado y el arbitraje estatal. Cuando estemos frente al arbitraje privado diremos que será de libre disposición aquello que la ley no prohíba (ámbito negativo), y cuando estemos frente al arbitraje estatal, diríamos que se podrá arbitrar aquello que la ley disponga expresamente (ámbito positivo), pues no debemos perder de vista que la actuación de los entes estatales se rige por el principio de legalidad. En ese sentido, SANTISTEVAN señala lo siguiente: “Lo primero que debe definirse es ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad? No puede ser cualquier decisión del Estado pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera los actos de gestión en la vida comercial (en que el Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición” (2011, pp. 37 y 38).

Por el contrario, si la actuación de los privados se rige por algún principio, este será el de “libre albedrío”. Como podrán haber advertido, al referirme al arbitraje estatal, he preferido no utilizar el término “disponibilidad”, pues este si se aplicara al ámbito público, sería de manera acotada, para estar en consonancia con lo que afirmamos en los siguientes párrafos.

Algunos tratadistas señalan que cuando la norma introduce el concepto de “libre disposición” está refiriéndose a la libre disponibilidad *per se*; es decir, aquellos actos que por sí mismos son de libre disposición, lo que nos lleva a preguntarnos ¿qué es libre disposición? Creemos que la respuesta más cercana es la siguiente: será de libre disposición aquello sobre lo cual la persona puede disponer (aunque suene redundante), renunciar, transferir, donar, dejar caducar o prescribir, etc. (pudiéndose presentar todos o algunos de estos supuestos), sin que exista impedimento para ello, más que el libre albedrío de la persona.

“Se trata de la equiparación que se realiza entre la materia disponible y la posibilidad de los particulares de acordar o disponer en torno a determinados derechos, esto es, la disponibilidad del derecho se equipara con la autonomía de la voluntad de los particulares sobre el mismo” (PERALES, 2005, p. 139)<sup>22</sup>.

Sin embargo, en muchas ocasiones esto puede resultar muy subjetivo y me inclino a pensar que cuando hablamos de libre disposición, tal como lo señala PERALES, estamos hablando de patrimonialidad de la materia; y esa es precisamente “la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre nuestra doctrina considera que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas [...]” (p. 139).

En ese mismo sentido, CASTILLO y SABROSO, citando a David ARIAS, señalan que “cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: i) el criterio de la libre disposición conforme a derecho; ii) el criterio patrimonial” (Arias citado por CASTILLO y SABROSO, 2009, p. 42).

Considero que esta afirmación es válida, pues no encuentro en la realidad ejemplos de materias arbitrables disponibles *per se* que no sean patrimoniales de manera directa o indirecta<sup>23</sup>, por lo que considero que el rasgo fundamental cuando hablamos de arbitrabilidad, es la patrimonialidad de la materia (que además deja menos dudas que la frase “libre disposición”). Aun cuando debo reconocer que una buena combinación sería una mejor respuesta; es decir, que son arbitrables:

- a) las materias de libre disposición porque tienen carácter patrimonial de manera directa o indirecta; y

22 Quien desarrolla este trabajo señaló en un artículo anterior, a propósito de la antigua Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje, lo siguiente: “[...] lo primero que debemos establecer, es la regla de arbitrabilidad, precisándose cuáles son las materias arbitrales y como consecuencia de ello, cuál es el ámbito de actuación de los árbitros. En ese sentido, el artículo 1 de la actual Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572) establece: “Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de *libre disposición* [...]” [la cursiva es nuestra]. De lo cual se colige que el principal requisito para que una materia sea arbitrable, es que esta sea disponible. Es decir, que se pueda renunciar a ella o se pueda dejar de reclamarla, sin que exista sanción alguna para su titular” (RIVERA, 2007, p. 312).

23 Un caso en donde considero que el concepto de patrimonialidad se presenta de manera indirecta, es por ejemplo en la impugnación de un acuerdo societario referido a la separación de un socio de la sociedad.

- b) aquellas que siendo o no patrimoniales la norma las convierte en materias de libre disposición<sup>24</sup>, en este último supuesto entraría el arbitraje del Estado; sin embargo, insisto, que esta “disponibilidad” en el caso del Estado, siempre será acotada, pues los funcionarios no podrían —en principio— disponer, renunciar, transferir, donar, dejar caducar o prescribir la materia arbitrable, pues existe una obligación de velar por el buen uso de los recursos públicos. Este, considero, debiera ser el sentido del inciso 1 del artículo 2 de la ley que norma el arbitraje, el Decreto Legislativo N.º 1071, aun con el riesgo de sonar solitaria esta opinión.

## 8. Materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado

Tal como ya lo hemos señalado anteriormente, en las últimas décadas el arbitraje ha ido ganando más espacio, cada vez más materias son consideradas susceptibles de arbitrar, y una prueba palpable de este aserto lo otorga la legislación sobre contrataciones del Estado, desde la primera norma en compras estatales.

La actual Ley de Contrataciones del Estado, el TUO de la Ley N.º 30225 no escapa a tal afirmación, y a través de su articulado ha intentado legislar tanto de manera general (fijando las materias arbitrables), así como estableciendo las excepciones a dicha regla general (fijando la materias no arbitrables), quizá con el ánimo de tratar de definir de manera precisa las materias que pueden arbitrarse y evitar cualquier interpretación en favor o en contra de la arbitrabilidad de algunos supuestos, aunque también deja abierta una puerta para que se pueda arbitrar todo aquello que no apareciera en la regla general y no contraríe ninguna de las excepciones, tal como lo explicaremos más adelante.

El artículo 45 de la referida ley señala lo siguiente:

### **Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual**

- 45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o

<sup>24</sup> Recordemos que las cuestiones patrimoniales del Estado requieren que existe una norma para que se habilite el uso del arbitraje en la solución de los conflictos que surjan de la actuación estatal. Tal como las normas referidas a las compras estatales, a los contratos del Estado, a la facultad expropiatoria del Estado, etc. Por otro lado, la nulidad de un acto administrativo no supone necesariamente la presencia de la patrimonialidad.

arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

[...]

- 45.4. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.
- 45.5. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.
- 45.6. En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.
- 45.7. Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

[...]

- 45.17. El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta

Ley resulta competente, salvo el supuesto de excepción previsto en el numeral 45.19, para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.

Este artículo establece una regla general dividida en dos:

**a) Regla general con mención de las materias**

Podrán ser materia de arbitraje lo referido a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, invalidez, nulidad del contrato (materias generales en el numeral 45.1), resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato (materias específicas en el numeral 45.5); así como, vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final (materias específicas en el numeral 45.7).

**b) Regla general sin mención de las materias específicas**

Podrán ser materia de arbitraje, supuestos diferentes a los mencionados en el numeral 45.5 (señalado en el numeral 45.6), en la medida de que se refieran a las materias generales señaladas en el numeral 45.1. Con lo cual se establece una especie de *numerus apertus*, para las materias específicas, creemos con la finalidad de evitar que supuestos no previstos aún (pero dentro del supuesto general del 45.1) se "escapen" de la competencia de los árbitros y la regla *pro arbitraje* pueda aplicarse sin mayores complicaciones. Es decir, las materias específicas (aun las que no tengamos en mente), no podrán rebasar los supuestos genéricos, en función de que, en estos casos, la arbitrabilidad de la materia debe estar claramente delimitada por la norma.

Y una **regla excepcional:**

**c) No podrán ser materia de arbitraje:**

- las referidas a la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales (ni tampoco podrán ser sometidas a conciliación, ni a la Junta de Resolución de Disputas) y
- las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones

adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República.

Esta prohibición, incluso, prevé que en caso exista pacto en contrario, este será nulo, pues el legislador en este caso ha optado para que el competente para conocer estas materias sea el Poder Judicial. Esta es probablemente la primera norma, que sustrae del arbitraje algunas de las materias vinculadas a los Contratos con el Estado.

Esta regla excepcional incluida en el numeral 45.4, sin duda, responde a una realidad inquietante y que resultaba bastante cotidiana hasta antes de la puesta en vigencia de esta norma: i) en la mayoría de los casos, muchos contratistas en la ejecución de los contratos efectuaban trabajos u obras adicionales sin necesidad de obtener previamente la aprobación y/o autorización de la entidad y/o la Contraloría General de la República, conforme estaban obligados legalmente<sup>25</sup>. Incluso en muchas ocasiones ni siquiera iniciaban el trámite para obtener la aprobación o autorización, con la clara intención de evitar la norma. Para ello, ponían como excusa —en mucho de los casos— de que estos trabajos adicionales eran urgentes y de vital importancia para la obra; o, en algunas ocasiones, los trabajos adicionales se realizaban con aprobaciones “verbales” de los funcionarios, con cargo a regularizarlo después, pero que nunca ocurría, pues la actuación funcional es muy formal.

Este comportamiento respondía normalmente a la certeza que posteriormente en la vía arbitral obtendrían —vía pretensiones indemnizatorias o de enriquecimiento indebido— el pago de dichos trabajos.

En la práctica, la norma que exigía la aprobación y/o autorización previa para los trabajos adicionales se convertía en estéril, pues era fácilmente eludida con este mecanismo. Por ello, si bien es cierto esta norma introduce un cambio que podría resultar bien intencionado; también lo es que se empezó a perforar el sistema arbitral estatal, pues a partir de

25 La problemática de los adicionales de obra han ido variando en el tiempo. En efecto, en algún momento todos los adicionales que superaban el 10 % del valor de la obra debían ser previamente aprobados y/o autorizados tanto por la entidad como por la Contraloría General de República. Este porcentaje se movió a 15 % en algún otro momento y luego al 10 % nuevamente.