

NECESARIA COHERENCIA SOBRE EL TIPO DE ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

1. INTRODUCCIÓN

Hace exactamente un año que escribí un artículo donde esbozaba las razones por las cuales consideraba, y aun considero, que el arbitraje institucional es el tipo de arbitraje idóneo para resolver las controversias en las que el Estado participa.¹

Sabemos que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento vigentes² aun sin modificaciones³, en adelante la Ley y el Reglamento respectivamente, permiten ambos tipos de arbitraje: el ad hoc y el institucional, siendo en el Reglamento que se dispensa al arbitraje institucional un lugar preferencial lo que confirmamos cuando se revisan los artículos 216°, 218°, 222°, 223°, 226°, 227° y 230° del Reglamento, disposiciones que por lo general empiezan diciendo “En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional ...”,

respondiendo, por lo demás, a la esencia misma del arbitraje como es el respeto a la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral.

Esta situación parecería que no ha variado con las recientes modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado realizadas mediante la Ley N° 29873⁴ y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF⁵ que modifica su Reglamento; por el contrario, pareciera que en los arbitrajes del Estado en el marco de estas modificaciones aun no vigentes⁶, se estaría fortaleciendo aún más al arbitraje institucional pero no de manera abierta sino direccionándolo al Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE lo que comentaremos en la última parte de este documento.

En este artículo analizaremos los mensajes que está dando el OSCE sobre este tema, a la luz de la normativa vigente, como son: Ley y su

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en medios alternativos de solución de controversias, contrataciones del Estado y comercio internacional. Ex Directora de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Autora del artículo “La Ética como Presupuesto Fundamental del Arbitraje Administrativo” (2010); “Arbitraje del Estado: Institucional o Ad Hoc?” (2011); “Los Medios Alternativos de Solución de Controversias desde la Perspectiva de la Gestión de los Intereses del Estado” (2012); “El Arbitraje Comercial Internacional en el Transporte Marítimo de Mercancías” (1984).

¹ GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela “Arbitraje del Estado: Ad Hoc o Institucional ?” en Revista de Arbitraje PUCP, Año III N° 09, páginas 8 – 15.

² Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

³ Las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF entrarán en vigencia el 20 de setiembre de 2012.

⁴ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 01 de junio de 2012.

⁵ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 07 de agosto de 2012.

⁶ El presente artículo se envió para su publicación el 23 de agosto de 2012.

Reglamento, las Bases Estandarizadas y los Pronunciamientos emitidos por el OSCE.

2. TIPO DE ARBITRAJE EN LA NORMATIVA APLICABLE

Como hemos mencionado en la Introducción de este documento, la Ley pero especialmente su Reglamento privilegia el arbitraje institucional. Más aún, de acuerdo al propio Reglamento, el arbitraje ad hoc es aplicable en la medida que en el convenio arbitral no se haya especificado un arbitraje institucional⁷, por tanto las disposiciones del Reglamento en cuanto regula la designación de árbitros, las recusaciones, las instalaciones del tribunal arbitral, etc. son de aplicación para el arbitraje ad hoc ya sea porque en el convenio arbitral se ha pactado expresamente un arbitraje institucional, no se ha indicado el tipo de arbitraje o cuando el arbitraje ad hoc ha sido pactado de manera expresa.

Sin embargo, no es esa la única razón por la que afirmamos que el Reglamento actualmente vigente privilegia al arbitraje institucional. El artículo 216° del referido Reglamento establece una cláusula arbitral tipo aplicable por *default* en el caso que en el contrato no se haya incorporado un convenio arbitral. Esta cláusula arbitral tipo remite a un arbitraje institucional bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, en adelante SNA - OSCE. Esta disposición constituyó un cambio a favor del arbitraje institucional, ya que en el Reglamento anterior⁸, que también preveía una cláusula arbitral tipo, establecía indirectamente, es decir no de manera expresa pero sí de manera implícita, un arbitraje ad hoc. Recordemos que al igual que la norma actual, el Reglamento anterior señalaba que de no haberse precisado en el convenio arbitral un arbitraje institucional el arbitraje sería

ad hoc, siendo el caso que la cláusula arbitral tipo establecida en el Reglamento anterior no indicaba el tipo de arbitraje.

Con las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, pareciera que la tendencia es reforzar o potenciar aún más al arbitraje institucional pero no de manera abierta, como hemos indicado, sino dirigido al SNA - OSCE. Asimismo, especialmente en el Decreto Supremo N° 138-2012-EF se establecen medidas de control respecto al arbitraje ad hoc especialmente en cuanto a los gastos arbitrales se refiere y enfatiza el aspecto ético para ambos tipos de arbitrajes.⁹

En resumen hasta aquí:

- a) La normativa sobre contrataciones del Estado privilegia al arbitraje institucional. Ello se demuestra por el tenor de sus disposiciones que son aplicables siempre y cuando no se haya pactado en el convenio arbitral un arbitraje institucional) y en la cláusula arbitral tipo que se aplica *por default* cuando en el contrato no se haya incorporado un convenio arbitral.
- b) El arbitraje ad hoc se aplica cuando:
 - i) se haya pactado expresamente un arbitraje institucional; ii) no se haya especificado en el convenio arbitral el tipo de arbitraje; o, iii) se haya pactado expresamente en el convenio arbitral que el arbitraje será ad hoc.
- c) Las recientes modificaciones refuerzan al arbitraje institucional pero no de forma abierta sino dirigiéndolo al SNA – OSCE y establecen controles al arbitraje ad hoc.

Queda claro pues, que de acuerdo a la normativa vigente y a las modificaciones introducidas por la Ley N° 29873 y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF que

⁷ Artículo 216° del Reglamento.

⁸ Artículo 274° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

⁹ Ver artículos 224° y 230° modificados por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF

próximamente deben entrar en vigencia, existe una manifiesta tendencia por parte del legislador de reforzar al arbitraje institucional en el marco de la normativa sobre contrataciones del Estado.

3. BASES ESTANDARIZADAS

Previamente, antes de entrar a revisar las Bases Estandarizadas, revisaremos algunas disposiciones relacionadas con el contrato en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

El artículo 40° de la Ley establece las cláusulas que, necesariamente y bajo responsabilidad, deben ser incluidas en los contratos celebrados bajo la normativa sobre contrataciones del Estado, entre ellas, la cláusula sobre solución de controversias que establece como medios de solución de conflictos en la etapa de ejecución contractual a la conciliación y al arbitraje, pudiendo ser éste último institucional o ad hoc de acuerdo al Reglamento.

Asimismo este artículo indica que en caso de no incluirse un convenio o cláusula arbitral, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento que, como hemos visto, refiere a un arbitraje institucional a cargo del SNA - OSCE.

Como es de conocimiento, las Bases Estandarizadas son aprobadas por el OSCE, las mismas que por disposición del artículo 26° de la Ley concordado con el último párrafo del artículo 35° del Reglamento, son de uso obligatorio por las Entidades. Al amparo de esta facultad legal, mediante Resolución N° 195-2010-OSCE/PRE¹⁰, el OSCE aprobó la Directiva N° 002-2010-OSCE/CD a través de la cual establece disposiciones sobre el contenido de las Bases Estandarizadas que las entidades del Estado utilizarán obligatoriamente en los procesos de selección que convoquen. Las Bases Estandarizadas que forman parte de la referida Directiva, son veinte y todas constan de tres partes: i) Sección

General: disposiciones comunes del proceso de selección (inmodificables bajo sanción de nulidad); ii) Sección Específica: condiciones especiales del proceso de selección; y iii) Formatos y Anexos. En la Sección Específica, se indica expresamente que la Entidad puede completar la información exigida de acuerdo a las instrucciones indicadas. Asimismo, en esta misma Sección Específica, concretamente en el Capítulo que contiene la Proforma del Contrato, se establece que:

Dependiendo del objeto del contrato, de resultar indispensable la inclusión de cláusulas adicionales a las señaladas en el presente documento, podrá incluirse éstas, las que en ningún caso pueden contemplar disposiciones contrarias a la normativa vigente ni a lo señalado en este capítulo. Enfatizado y subrayado nuestro.

Si revisamos la Proforma del Contrato contenida en las Bases Estandarizadas encontraremos que, en todos los casos, la Proforma de Contrato incluye una cláusula de solución de controversias cuyo texto es el siguiente:

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170, 175º, 177º, 199º, 201º 209º, 210º y 211º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

¹⁰ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 21 de abril de 2010.

Como se puede advertir, esta cláusula no especifica el tipo de arbitraje, lo que implica que, de conformidad con el Reglamento, el arbitraje será ad hoc. Asimismo, en esta cláusula, se llama a una nota de pie de página en la que se indica que:

*De conformidad con los artículos 216º y 217º del Reglamento, podrá adicionarse la información que resulte necesaria para resolver las controversias que se susciten durante la ejecución contractual. Por ejemplo, podría indicarse si la controversia será resuelta por un tribunal arbitral o un árbitro único. Enfatizado y subrayado nuestro.*¹¹

En ese sentido, considerando que de acuerdo a las Bases Estandarizadas:

i) No se pueden contemplar cláusulas contrarias a la normativa vigente ni a lo señalado en el capítulo que aprueba la Proforma del Contrato;

ii) Según la nota de pie de página de la cláusula arbitral, sólo se puede adicionar información que resulte necesaria para resolver las controversias como, por ejemplo, el número de árbitros;

iii) Que las bases son de uso obligatorio de acuerdo a lo establecido en la Ley; y,

iv) Que además el último párrafo del artículo 52º de la Ley establece que los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente Ley y su Reglamento;

deberíamos entender o interpretar que sólo se puede pactar un arbitraje ad hoc. Formalmente esa es la interpretación y así lo van a interpretar, y de hecho lo

interpretan, los funcionarios públicos quienes, como se sabe, se rigen por el principio de legalidad y consideran estas disposiciones de orden público contra las cuales no se puede pactar.

En efecto, pactar un convenio arbitral en el que se establezca un arbitraje institucional podría ser considerado por algunos funcionarios públicos como contrario a la Ley y a su Reglamento por las cuatro razones que hemos detallado. De acuerdo a mi experiencia como ex Directora de Arbitraje del OSCE, desde el momento que las Bases Estandarizadas fueron aprobadas y por tanto de uso obligatorio por parte de las Entidades, en la gran mayoría de los casos se replica exactamente la cláusula incluida en la Proforma del Contrato contenida en las Bases Estandarizadas aprobadas por el OSCE; incluso se constata que, a pesar de la nota de pie de página, no se indica el número de árbitros pactando implícitamente, de esa manera, un arbitraje ad hoc a cargo de un árbitro único¹². Este hecho nos demuestra que, en estricta aplicación del principio de legalidad, aunado a la posibilidad del inicio de acciones de control, los funcionarios públicos no están optando por modificar el convenio arbitral contenido en la Proforma del Contrato dejando la cláusula tal y como está redactada en dicha Proforma.

En mi opinión el OSCE está induciendo a error a las Entidades al no establecer en la Proforma del Contrato de las Bases Estandarizadas las alternativas que la propia Ley y especialmente su Reglamento prevén para la solución de controversias en ejecución contractual, como son ambos tipos de arbitraje: el institucional y el ad hoc. Es paradójico que, como hemos visto, en la normativa se privilegie al arbitraje institucional respetando la voluntad de las partes e incluso estableciendo un arbitraje

¹¹ Esta nota de pie de página no aparece en las Bases aprobadas al amparo del Decreto de Urgencia N° 054-2011; 007-2012 y 016-2012. Sí figura en las Bases aprobadas al amparo de la Ley N° 29792.

¹² De acuerdo al artículo 220º del Reglamento, si en el convenio arbitral no se ha especificado el número de árbitros, el arbitraje será resuelto por árbitro único

institucional por *default*, mientras que, en la práctica en las Bases Estandarizadas se esté imponiendo el arbitraje ad hoc que, como sabemos, no es el más idóneo para resolver las controversias que se generen como consecuencia de los contratos en los que participa el Estado y en los cuales los recursos públicos están de por medio.¹³

En ese orden de ideas, es urgente que el OSCE modifique las Bases Estandarizadas, específicamente la cláusula arbitral contenida en la Proforma del Contrato, a fin de aclarar este aspecto tan importante y no restringir, a través de las Bases Estandarizadas cuyo uso es obligatorio, la posibilidad de que la Entidad pueda incluir en la cláusula de solución de controversias un arbitraje institucional. Cuando deslicé esta posición en un evento, me manifestaron que incluir dos tipos de cláusulas (una ad hoc y una institucional) con la finalidad que la Entidad elija entre una u otra, iba a generar que en los contratos se incluyan ambas lo que iba a traer mayores problemas, como en efecto los traería si eso ocurriera. Sin embargo, para evitar ese riesgo, la alternativa podría ser indicar en la Proforma del Contrato, como indicación expresa y obligatoria respecto a la cláusula de solución de controversias, un texto como el siguiente:

De conformidad con el artículo 40° de la Ley, la Entidad deberá incluir, obligatoriamente y bajo responsabilidad, una cláusula arbitral en la que se indique, de manera expresa, si el arbitraje será ad hoc o institucional señalando en este último caso la institución arbitral que organizará y administrará el proceso arbitral de acuerdo a su Reglamento. También se deberá indicar el número

de árbitros (árbitro único o tres árbitros) considerando el tipo de contrato, monto y complejidad del mismo. Facultativamente, en la referida cláusula, se podrá incluir que cualquiera de las partes podrá someter a conciliación las controversias, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Esta instrucción específica de cumplimiento obligatorio respecto a la cláusula de solución de controversias dentro de la Proforma del Contrato, permitirá que las Entidades dejen de considerar a la cláusula arbitral como la cláusula de medianoche o *midnight clause* y realmente se preocupen de redactar un convenio arbitral acorde con las características y condiciones del contrato específico. Por ejemplo, a modo de sugerencia y con cargo a revisarlo con mayor profundidad, considerando como criterio el monto del contrato, se debería pactar un tribunal arbitral a cargo de árbitro único en las adjudicaciones de menor cuantía, en las adjudicaciones directas selectivas y en las adjudicaciones directas públicas sobre bienes y servicios; mientras que en las adjudicaciones directas públicas sobre obras, en las licitaciones públicas y en los concursos públicos se debería pactar un tribunal arbitral colegiado (tres árbitros). No menciono el tipo de arbitraje ya que, en mi opinión, siempre debería ser institucional y no ad hoc; sin embargo actualmente se puede optar entre uno u otro. Las combinaciones son varias según los criterios que se utilicen para formular el convenio arbitral debiendo responder, la combinación que se elija, al tipo de contrato específico siendo tarea ineludible

¹³ Hemos expresado, en varias oportunidades, la necesidad y conveniencia de que los arbitrajes en los que participa el Estado sean de tipo institucional por las múltiples ventajas que este tipo de arbitraje conlleva, como son, entre otras: i) la garantía de un debido proceso (domicilio conocido y horarios predeterminados); ii) neutralidad, independencia e imparcialidad de los secretarios arbitrales que además son profesionales especializados en materia arbitral; iii) Códigos de Ética; iv) tarifas predeterminadas de los gastos arbitrales; v) Reglamentos que regulan el proceso arbitral; vi) la existencia de una Corte; vii) infraestructura adecuada; y, viii) listas o registros de árbitros, todas estas ventajas del arbitraje institucional que no ofrece el arbitraje ad hoc lo que puede resultar peligroso especialmente si se trata de controversias en las que los recursos públicos están de por medio.

Aparentemente el legislador ha tomado conciencia de esta situación, ya que con las últimas modificaciones introducidas en la normativa, especialmente por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, se han adoptado algunas medidas disponiendo que el Código de Ética que el OSCE apruebe será aplicable en los arbitrajes SNA – OSCE y a los arbitrajes ad hoc, y supletoriamente en los arbitrajes institucionales cuando la institución arbitral no cuente con un Código de Ética o cuando no prevea la infracción cometida por el árbitro (entonces, en este último supuesto a modo de inquietud: ¿el árbitro estará sujeto eventualmente a dos Códigos del Ética?). Asimismo, indica que los gastos arbitrales en los arbitrajes ad hoc no podrán ser superiores a los aprobados por el OSCE sin que se pueda pactar en contrario de esta disposición.

y de responsabilidad de la Entidad evaluar y elegir un convenio arbitral con la combinación que más convenga al contrato en particular.

Como corolario de esta parte, concluimos en la urgente necesidad que el OSCE modifique las Bases Estandarizadas, específicamente la Proforma del Contrato en lo respecta a la cláusula arbitral, a fin de no continuar induciendo a error a las Entidades a pactar únicamente un arbitraje ad hoc, dejándolas de esa manera en libertad de establecer en el convenio arbitral lo que más convenga al contrato específico y otorgándoles la posibilidad de optar por un arbitraje institucional que definitivamente ofrece múltiples ventajas, garantía y seguridad respecto al arbitraje ad hoc.

4. PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

Cuando las Entidades publican la convocatoria en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – SEACE deben publicar también las Bases Administrativas que, como hemos visto, contiene la Proforma del Contrato que a su vez incluye la cláusula de solución de controversias.

Si entendemos que la convocatoria es una oferta al mercado o lo que es lo mismo una invitación a ofrecer, implica que los potenciales proveedores tienen la libertad de participar o no en determinado proceso de selección, en la medida que estén de acuerdo o no con las condiciones estipuladas que son de conocimiento público con la debida antelación. Por tanto, el contrato prácticamente se convierte en un contrato de adhesión que, de acuerdo a la definición que contiene el artículo 1390° del Código Civil es aquel contrato en la que una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de

aceptar. La libertad de las partes pues, está garantizada, en la medida que el participante en un proceso de selección que actúe con la debida diligencia, decidirá voluntariamente participar en dicho proceso en la medida que esté de acuerdo con las condiciones establecidas en el futuro contrato que suscribirá si es beneficiado con el otorgamiento o adjudicación de la Buena Pro, ya que las ha conocido anticipadamente y con tiempo suficiente.

Por supuesto que durante el proceso de selección, los participantes pueden realizar observaciones a las Bases. Las observaciones tiene por finalidad cuestionar las Bases Administrativas por: i) el incumplimiento de las condiciones mínimas que deben contener las Bases (artículo 26° de la Ley); o, el **incumplimiento** de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

Es el caso que, en tres casos identificados, el OSCE a través de pronunciamientos ha acogido observaciones de los participantes que han cuestionado el convenio arbitral incluido en la proforma del contrato, en el que se había establecido un arbitraje institucional a cargo de una institución arbitral de prestigio en el mercado¹⁴.

Al resolver estas observaciones, el OSCE señaló, en líneas generales, lo siguiente:

- a) La configuración del convenio arbitral se sustenta en la libertad de pacto de las partes.
- b) En el marco de la normativa de las contrataciones del Estado, el arbitraje es obligatorio por lo que corresponde a la Entidad incorporar en las Bases, específicamente en la Proforma del Contrato, la cláusula de solución de controversias.

¹⁴ Pronunciamiento N° 444-2008-DOP del 11 de noviembre de 2008, N° 198-2009-DOP del 01 setiembre de 2009 y N° 205-2011-DTN del 06 de julio de 2011.

c) Aun cuando dicha cláusula se sustenta en una prerrogativa de la Entidad de configurar de acuerdo a sus requerimientos y necesidades el contenido de las Bases, no puede incorporar condiciones que supongan poner en situación de desventaja a una parte del contrato respecto de la otra o que implique afectar la libertad de pacto que supone la celebración del convenio arbitral.

d) Ello supondría someter al proveedor ganador de la Buena Pro a una cláusula arbitral sin considerar a priori si éste se encuentra de acuerdo o no, o si prefiere someter la controversia a un arbitraje ad hoc, afectando de esa manera su voluntad en la configuración del convenio arbitral.

e) Esta regla no sería aplicable en todo proceso de selección pues dependerá de la voluntad del participante de someterse al convenio arbitral propuesto por las Bases, en cuyo caso, la no observación de éstas supondrá aceptación tácita de la propuesta de convenio arbitral. Caso contrario, se observará el convenio arbitral propuesto correspondiendo acoger la observación, debiéndose supeditar la elección del tipo de arbitraje, y de ser el caso del centro arbitral y cualquier otra disposición que deba ser incorporada al acuerdo que arriben las partes para la suscripción del contrato, siendo suficiente para el proceso de selección la incorporación de una cláusula genérica de solución de controversias.

Los fundamentos que sustentan estos pronunciamientos del OSCE son desde mi punto de vista errados, por lo siguiente:

a) El artículo 40° de la Ley señala claramente que bajo responsabilidad se debe incluir en los contratos una cláusula de solución de controversias.

b) Como hemos señalado, el proveedor decide voluntariamente participar en

un proceso de selección conociendo de antemano las condiciones del proceso en general y del contrato en particular. En consecuencia, vía observación, no cabe cuestionar la cláusula arbitral que la Entidad ha debido incluir bajo responsabilidad y que ha redactado considerando las particularidades del contrato específico. La voluntad del participante no se restringe o limita en la medida que ha decidido voluntariamente participar en un proceso de selección bajo los términos y condiciones pre establecidos y conocidos con antelación, su voluntad en consecuencia no está siendo afectada. Parafraseando a Cecilia O'Neill de la Fuente cuando comenta el artículo 15° de la Ley de Arbitraje referido a relaciones jurídicas estándar¹⁵, no es reprochable la desigualdad entre las partes (refiriéndose a productor y consumidores, que en nuestro caso sería el Estado con sus prerrogativas y los proveedores participantes en los procesos de selección) sino obligar a una negociación pormenorizada pues ello es incompatible con el desarrollo económico, y en nuestro caso particular, con el cumplimiento eficiente y oportuno de las finalidades públicas. Asimismo, a favor de esta tesis, el Dr. Jorge Santistevan de Noriega señala:

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 DL 1017, es extender una oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que éste se adhiere."¹⁶ Enfatizado y subrayado nuestro.

c) Tampoco cabe observar la cláusula arbitral por incorporar como tipo de arbitraje un arbitraje institucional en la medida que no se está incumpliendo la normativa sobre contrataciones del Estado, presupuesto para la

¹⁵ O'NEILL DE LA FUENTE Cecilia. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Primera Edición. Lima. Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, página 235.

¹⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. El Arbitraje con el Estado, en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp

procedencia de la observación. En efecto, como hemos visto, la normativa permite tanto el arbitraje institucional como el ad hoc.¹⁷

d) La Proforma de Contrato es un documento que necesariamente debe estar incluido en las Bases y dentro de ésta la cláusula de solución de controversias. En ese sentido, ¿a qué se refiere el OSCE cuando indica en los pronunciamientos que es suficiente para el proceso de selección la incorporación de una cláusula genérica de solución de controversias?, ¿Para el OSCE tal “cláusula genérica” implica un arbitraje ad hoc tal como se ha establecido en las Bases Estandarizadas limitando de esa manera, como hemos visto en el punto 3. de este artículo, la posibilidad de pactar un arbitraje institucional? El OSCE no explica cual debe ser el contenido de la referida cláusula genérica.

e) El OSCE ha creado una suerte de “etapa” no prevista en la normativa cual es la de negociación del convenio arbitral en caso se acoja la observación del participante respecto a la cláusula arbitral. De acuerdo al artículo 148° del Reglamento, entre la citación y suscripción del contrato por parte del adjudicatario de la Buena Pro no deben transcurrir más de doce (12) días hábiles. En ese sentido, ¿Qué sucedería si la Entidad y el postor ganador no se ponen de acuerdo en los términos del convenio arbitral? Cómo se solucionaría el problema? ¿En esa hipótesis se aplicaría la cláusula tipo derivando el arbitraje a uno organizado y administrado por el SNA – OSCE? El OSCE crea un problema sin brindar ninguna solución.

f) Nadie mejor que la Entidad conoce el proceso de selección, sus requerimientos y necesidades, por

lo tanto cuenta con la información necesaria y suficiente para diseñar un convenio arbitral que se adecue al contrato específico. Evidentemente, si en ese convenio arbitral se incluyese alguna estipulación manifiestamente contraria a la normativa sobre contratación con el Estado o a las normas imperativas o de orden público contenidas en la Ley de Arbitraje sí podría ser objeto de observación.¹⁸

g) Nos preguntamos: ¿podría el participante observar la cláusula de solución de controversias actualmente contenida en la Proforma del Contrato de las Bases Estandarizadas que establece un arbitraje ad hoc sustentando tal observación en el hecho de que es mejor un arbitraje institucional?, ¿El OSCE acogería la observación a pesar de que, cómo hemos visto, no se pueden adicionar cláusulas contrarias a las estipuladas en la referida Proforma? En rigor las razones alegadas por el OSCE en sus pronunciamientos serían valederas para este supuesto y por tanto, de acuerdo al criterio que viene aplicando, debería acoger la observación.

Por las razones expuestas consideramos que el OSCE debe modificar los criterios que viene aplicando, criterios en nuestro concepto errados, para resolver las observaciones que se presenten cuestionando el contenido y específicamente el tipo de arbitraje en la cláusula de solución de controversias propuesta por la Entidad que, como hemos indicado anteriormente, debe tener por parte del OSCE el soporte jurídico necesario en las propias Bases para poder decidir con libertad la cláusula que más convenga al contrato en particular.

¹⁷ Una alternativa, con cargo a evaluarla, sería que la Entidad por aplicación del artículo 35° de la Ley, si así lo considera más conveniente modifique la cláusula arbitral que ha incorporado, si a través de consultas los participantes solicitan aclaración, sustentando las razones objetivas por las cuales consideran que la cláusula arbitral no es la más idónea y sugiriendo la que consideren que sí lo es. De acuerdo al artículo 28° de la Ley a través de las consultas los participantes formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases.

¹⁸ Por ejemplo si indica que la designación de los árbitros sólo podrá ser efectuada por la Entidad.

5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SNA – OSCE

Como hemos señalado al inicio de este artículo, con las modificaciones introducidas en la Ley N° 29873 se está potenciando el arbitraje institucional del OSCE representado en el SNA – OSCE. Ello se manifiesta en los acápites 52.10 y 52.11 del modificado artículo 52° de la Ley, sin perjuicio de que se mantiene la cláusula arbitral tipo aplicable por *default* que ya se ha comentado y que deriva la solución de controversias a un arbitraje institucional organizado y administrado por el SNA - OSCE.

En efecto, el acápite 52.10 establece que en el caso que en el convenio arbitral se disponga que el arbitraje es institucional y, no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del SNA - OSCE de acuerdo a su Reglamento. Por otro lado, el acápite 52.11 eleva a rango de Ley al Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE que se constituye de manera expresa de conformidad con la referida Ley, como un “régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado”. Cabe recordar que el SNA – OSCE (antes SNCA¹⁹ – OSCE) nace de la Resolución N° 242-2002-CONSUCODE-PRE de setiembre de 2002 del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE (hoy OSCE); luego el SNA-OSCE se eleva a rango Reglamentario a través del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y con la Ley N° 29873 a rango de Ley.

Si bien los orígenes del SNA – OSCE fue desempeñar un rol subsidiario para organizar y administrar arbitrajes bajo la normativa de contrataciones del Estado, actualmente parece que se le quiere dar un rol protagónico y principal a este régimen institucional, marcando una tendencia a concentrar los arbitrajes en esta materia. Si esto fuera así, la pregunta inmediata es,

¿está el OSCE en capacidad de organizar y administrar un número importante de arbitrajes de manera eficiente y oportuna? La respuesta nos parece que es negativa. Como se sabe, el OSCE no sólo organiza y administra arbitrajes institucionales en el marco del SNA – OSCE, también organiza y administra arbitrajes ad hoc. Esta situación resulta paradójica y hasta contradictoria con la tendencia demostrada en el sentido de reforzar el arbitraje institucional a través del SNA- OSCE.

En efecto, esta tendencia hacia el SNA – OSCE con la aparente finalidad de abarcar un gran número de arbitrajes es preocupante. El SNA – OSCE se aplica:

- a) Cuando no se ha incluido una cláusula arbitral, situación que se presenta fundamentalmente en contratos que se ejecutan directamente a través de órdenes de compra y órdenes de servicio (adjudicaciones de menor cuantía y convenio marco) en las que no existe un convenio arbitral, aplicándose la cláusula arbitral tipo contenida en el artículo 216° del Reglamento.
- b) Cuando la Entidad incluya en la Proforma del Contrato una cláusula arbitral en la que se indique expresamente que el arbitraje será organizado y administrado por el SNA – OSCE.
- c) Cuando se ha pactado un arbitraje institucional y no se ha señalado la institución arbitral.

Nos centraremos en el primer supuesto para analizar la magnitud del tema.

El artículo 35° de la Ley indica que el Reglamento señalará los casos en que los contratos se pueden formalizar con órdenes de compra o de servicios no debiendo necesariamente incorporarse, en estos casos, las cláusulas obligatorias a que se refiere el artículo 40° de la Ley, entre ellas, la cláusula de solución de controversias.

¹⁹ Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje.

De acuerdo al Reglamento²⁰, las adquisiciones a través de Convenios Marco, independientemente del monto, se formalizan a través de órdenes de compra u órdenes de servicio, al igual que las adjudicaciones de menor cuantía de bienes y servicios. Así entonces, en ambos casos, no se incorporará necesariamente una cláusula de solución de controversias incorporándose la cláusula arbitral tipo establecida en el Reglamento que como hemos visto anteriormente refiere a un arbitraje institucional a cargo del SNA - OSCE. Es decir, la propia normativa obligaría a las partes a someter sus controversias a arbitrajes organizados y administrados por el SNA - OSCE.

De acuerdo a las últimas estadísticas del OSCE publicadas en su portal institucional^{21,22}, de enero a mayo de 2012 (cinco meses) el monto adjudicado en adjudicaciones de menor cuantía de bienes y servicios ascendió aproximadamente a la suma de S/. 869.00 millones de Nuevos Soles y en convenios marco a S/. 50.00 millones de Nuevos Soles, lo que hace un total aproximado de S/. 919.00 millones de Nuevos Soles que representa el 17,81% de los montos adjudicados bajo la normativa de contrataciones del Estado (régimen general). El número de procesos de selección ha sido aproximadamente 24 035 que, en teoría, representa el mismo número de potenciales procesos arbitrales que estarían sujetos a un arbitraje institucional bajo el SNA - OSCE. Esta podría ser una situación desbordante para el OSCE máxime si además, como hemos señalado, el OSCE administra arbitrajes ad hoc y otros arbitrajes SNA - OSCE cuando las partes así lo han pactado o no han indicado la institución arbitral en caso hayan pactado un arbitraje institucional.

De acuerdo a la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, el convenio arbitral puede estar contenido en el contrato o en un documento

independiente razón por la cual, en teoría, no existiría impedimento alguno para que en estos casos (convenios marco y adjudicaciones de menor cuantía de bienes y servicios) las partes, si están de acuerdo, puedan suscribir un documento en el que se pacte una cláusula arbitral estableciendo, por ejemplo, un arbitraje institucional a cargo de determinada institución arbitral, descartando al SNA - OSCE²³. Sin embargo, siendo que los funcionarios públicos se rigen estrictamente por el principio de legalidad, es improbable que consientan suscribir un acuerdo independiente en el sentido antes señalado por temor a posibles reparos o acciones de control, máxime si el artículo 52° de la Ley indica que el arbitraje se registrará supletoriamente por la ley de la materia siempre que no se oponga a los establecido en la Ley o su Reglamento.

Desde mi punto vista esta interpretación es equivocada constituyendo una limitación a la voluntad de las partes si es que ambas estuviesen de acuerdo en encargar la organización y administración del Arbitraje a una institución arbitral distinta al OSCE por la sobrecarga de procesos que esta institución afronta. Sin embargo, para disipar cualquier duda, sería sumamente saludable prever esta posibilidad en el Reglamento.

Como conclusión general diríamos que, en cuanto al tipo de arbitraje bajo la normativa de contrataciones no hay nada claro. La Ley y el Reglamento respetan el arbitraje institucional, incluso con las últimas modificaciones marca una clara tendencia hacia el arbitraje institucional dirigiéndolo al SNA - OSCE buscando controlar los arbitrajes ad hoc; sin embargo, las Bases Estandarizadas obligan a pactar arbitrajes ad hoc mientras que los Pronunciamientos del OSCE distorsionan la naturaleza de los contratos acogiendo observaciones a cláusulas arbitrales, que no incumplen la normativa, sugiriendo "cláusulas genéricas" que no sabemos cuales son.

²⁰ Artículo 138°.

²¹ Reporte de Contrataciones Públicas, Mayo 2012. Oficina de Estudios Económicos del OSCE.

²² Los montos adjudicados así como el número de procesos de las adjudicaciones de menor cuantía han sido calculados por la autora ya que el reporte no discrimina por el objeto de la contratación.

²³ Posibilidad que debería ser válida también para modificar la cláusula existente en contratos que ya han sido suscritos.

Esta falta de coherencia está induciendo a error a las Entidades. Se necesita que el OSCE emita mensajes consistentes y congruentes considerando la normativa sobre contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje brindando un marco legal claro y transparente en relación a este tema, debiendo tener como premisa dejar en libertad a la Entidad para que diseñe la cláusula arbitral que más se adecue al contrato específico y garantizado claramente la posibilidad de optar por un arbitraje institucional que definitivamente ofrece múltiples ventajas y seguridades respecto al arbitraje ad hoc.