



Universidad
Continental

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

**Arbitrabilidad de las prestaciones
adicionales en el marco de la ley de
contrataciones con el estado**

Jackeline Soledad Matos Rodriguez

Huancayo, 2018

Tesis para optar el Título Profesional de
Abogada



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

AGRADECIMIENTOS

A mi madre por brindarme su amor y apoyo incondicional a lo largo de mi carrera profesional.

A mi familia por su cariño y ejemplo para ser mejor.

Al doctor Halley E. López Zaldívar, asesor de esta tesis, quien con su apoyo y conocimientos hicieron posible el desarrollo de mi investigación.

A mi casa de estudios, por haberme brindado buenos docentes, quienes con sus enseñanzas y conocimiento impartido, me dieron las herramientas necesarias para mi desarrollo profesional.

A mis amigos incondicionales, quienes siempre tuvieron una palabra de aliento para apoyarme.

*A Dios, por colmarme de bendiciones.
A mi madre, por ser el ángel que ha guiado cada uno de mis pasos, por
su amor, paciencia y fortaleza; a quien le debo todo.
A mi familia, por haber confiado en mí.*

INDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
CAPÍTULO I.....	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
1.1. Descripción.....	5
1.2. Formulación del problema.....	6
1.3. Objetivos de la investigación.....	6
1.4. Justificación de la Investigación.....	7
1.5. Hipótesis.....	8
CAPITULO II.....	10
2.1. Bases.....	10
2.2. Marco Teórico.....	13
2.2.1. Arbitraje.....	13
2.2.1.1. Naturaleza.....	14
2.2.1.2. Convenio arbitral.....	17
2.2.1.3. Arbitrabilidad.....	21
2.2.1.4. Laudo arbitral e impugnación.....	24
2.2.1.5. Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.....	27
2.2.1.6. Anulación.....	28
2.2.2. Contrataciones con el Estado.....	48
2.2.2.1. Principios.....	49
2.2.2.2. Contratación Estatal.....	54
2.2.3. Arbitraje en las contrataciones del estado.....	67
2.2.3.1. Evolución histórica del arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado.....	67
2.2.3.2. Arbitraje en el Estado.....	69
2.2.3.3. Tipos de arbitraje.....	71
2.2.3.4. Convenio arbitral.....	74

2.2.4. Arbitrabilidad objetiva en las contrataciones con el estado	81
2.2.4.1. Definición.....	81
2.2.4.2. Prestaciones Adicionales.....	84
2.2.4.3. Arbitrabilidad de las adicionales.	99
CAPÍTULO III.....	113
METODOLOGÍA	113
3.1. Método.....	113
3.3. Nivel de investigación:	114
3.4. Diseño de la investigación:	115
3.5. Población y Muestra	116
3.6. Técnicas de Recolección de Datos.....	117
CAPITULO IV.....	119
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	119
4.1. Presentación de resultados	119
4.2. Contrastación de hipótesis.....	126
4.3. Discusión de resultados.....	127
CONCLUSIONES	130
RECOMENDACIONES.....	132
BIBLIOGRAFIA.....	134
ANEXOS.....	138

RESUMEN

La siguiente investigación desarrolla el tema de la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales en materia de Contrataciones del Estado, analizando si existe la posibilidad de que estas puedan ser sometidas a un proceso arbitral, toda vez que la norma en relación al tema no ha sido suficientemente clara. Partiendo de esa premisa el objetivo de la presente es establecer si a través del uso de la interpretación jurídica, específicamente del argumento a contrario, es posible que los árbitros puedan conocer controversias referentes a prestaciones adicionales.

En ese sentido, para el procesamiento de datos se aplicó el método de investigación científica y el método inductivo. A partir de ello se obtuvo como resultado, que en la realidad si existen laudos que se han pronunciado sobre prestaciones adicionales. Por su parte los expertos consideran que este tema sí podría someterse a arbitraje.

Consecuentemente, tras haber finalizado la investigación se ha concluido que las prestaciones adicionales cumplen con el carácter de libre disponibilidad referidos por el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que regula el arbitraje.

Palabras claves: arbitrabilidad, libre disposición, prestaciones adicionales, interpretación jurídica y argumento a contrario.

ABSTRACT

The following investigation develops the topic of the arbitrabilidad of the additional presentations as for Contractings of the State, analyzing if there exists the possibility that these could be submitted to an arbitral process, although the norm in relation to the topic has not been sufficiently clear. Departing from this premise the aim of present it is to establish if across the use of the juridical interpretation, specifically from the argument to opposite, it is possible that the umpires could know controversies relating to additional presentations.

In this sense, for the processing of information there was applied the method of scientific investigation and the inductive method. From it there was obtained as result, that in the reality if there exist awards that they have declared on additional presentations. For your part the experts think that this topic yes might surrender to arbitration.

Consistently, after finished credit the investigation has concluded that the additional presentations expire with the character of free availability recounted by the Legislative Decree N ° 1071, legislative decree that regulates the arbitration.

Key words: arbitrabilidad, free disposition, additional presentations, juridical interpretation and I argue to opposite.

INTRODUCCIÓN

Hablar de contratar con el Estado nos lleva a pensar a que en medio de dicha proceso se encuentra inmerso una serie de intereses particulares y de carácter público. En ese sentido a partir de que se celebre un contrato con el Estado ya sea de obras, de prestación de servicios o adquisición de bienes surgirán algunos inconvenientes en las diferentes etapas del procedimiento de contratación estatal, los cuales deberán ser resueltos con la intervención de diferentes disciplinas. Es así que, el derecho no puede permanecer ajeno a esta situación y debe ir brindando una serie de respuestas al crecimiento incansable del tráfico jurídico. Dichas soluciones a su vez, deberán adecuarse a la modernidad con la que operan los agentes económicos.

En nuestra legislación contamos con diversos métodos de solución de controversias, los cuales han ayudado a mejorar las transacciones económicas en el país. El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos regulado en el Decreto Legislativo N° 1071, es usado con gran frecuencia en las Contrataciones del Estado, pues como ya se había mencionado existe una serie de intereses de valor económico considerable que se hallan en juego. En tal sentido el legislador mediante el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, estableció que las controversias que surjan en relación a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, invalidez o nulidad del contrato se resolverán a través de la conciliación o el arbitraje de acuerdo a lo que hayan pactado las partes.

En el presente trabajo se pretende abordar el tema de la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales en el marco de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Por ende se ha dividido la siguiente investigación partiendo del

análisis de la institución jurídica del arbitraje, para luego analizar el campo de la contratación estatal, la aplicación del arbitraje en las contrataciones del Estado y por último analizar la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales.

La primera parte abarcará todo el campo del arbitraje de manera general, el convenio arbitral, causales de impugnación, tramite de la anulación y consecuencia de la misma.

En la segunda parte, analizaremos la esfera de las contrataciones con el estado partiendo de los principios, el contrato y las prestaciones adicionales, ello con la finalidad de ir centrando esta investigación en el tema de fondo.

Por último desarrollaremos la posibilidad de someter a un proceso arbitral el tema de las prestaciones adicionales, aplicando para ello las técnicas de argumentación jurídica, específicamente, el argumento a contrario.

Jackeline S. Matos Rodriguez.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

Cuando se contrata con el Estado es usual que durante la ejecución del contrato se presenten algunas situaciones impredecibles o que no fueron tomadas en cuenta a su debido momento. Esta situación trae como consecuencia la realización de prestaciones adicionales.

El trámite para aprobar los adicionales es engorroso pues requiere de una serie de procedimientos que pueden paralizar la ejecución de la prestación principal, generando mayores gastos para el Estado. A menudo pasa que la Entidad de manera verbal aprueba estos adicionales y le encarga al Contratista la elaboración del expediente técnico y la ejecución del mismo, sin que al final se apruebe la prestación adicional, viéndose este perjudicado. Al respecto, de acuerdo al numeral 1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado: “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 arbitraje”.

Se busca proteger los intereses estatales, sin embargo se considera que los intereses del contratista se ven perjudicados al prohibir una vía más rápida para que este pueda exigir el pago de la ejecución del adicional.

En ese orden de ideas, la aprobación del adicional debe hacerse mediante una resolución, la misma que deberá ser motivada y razonable de acuerdo a la garantía constitucional del debido proceso, en virtud de que este es un derecho del cual goza el Contratista. En este caso si existe dicha resolución, esta no podrá ser cuestionada en sede arbitral, pero de no existir

la misma el administrado (contratista) podría acudir a la vía arbitral, pues la norma no ha sido clara al precisar que sucedería ante este supuesto de hecho. Por tanto a fin de evitar una laguna en el derecho se hará uso del argumento de interpretación a contrario.

Dicho esto, en el presente trabajo se busca analizar cuan factible es que se pueda someter a arbitraje las prestaciones adicionales en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

- ¿Es posible arbitrar, con la aplicación del argumento a contrario las controversias referentes a la ejecución de las prestaciones adicionales en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado haciendo?

1.2.2. Problemas Específicos:

- ¿Qué materias son susceptibles de someterse a arbitraje en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado?
- ¿Qué materias son susceptibles de someterse a arbitraje respecto a las prestaciones adicionales con relación a la Ley de Contrataciones del Estado?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo General

- Establecer si es posible que a través del uso del argumento a contrario las controversias referentes a la ejecución de las prestaciones adicionales en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado sean susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

1.3.2. Objetivos Específicos:

- Analizar que materias son susceptibles de someterse a arbitraje de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado.
- Identificar que materias respecto a las prestaciones adicionales son susceptibles de someterse a arbitraje.

1.4. Justificación de la Investigación

1.4.1. Justificación Teórica:

Por el presente trabajo no se pretende crear una nueva teoría en materia arbitral. Partiendo del criterio de libre disposición en esta rama, se entiende que pueden someterse a un proceso arbitral todas aquellas materias que sean susceptibles de una valoración económica, consecuentemente las prestaciones adicionales estarían dentro de dicho grupo. Sin embargo, la ley contempla una situación diferente; situación que se pretende evaluar desde diferentes ángulos para así llegar a una conclusión que en adelante nos sirva como una base de investigación.

1.4.2. Justificación Práctica:

En virtud de que la norma no ha sido clara, en la siguiente investigación se busca abordar tal situación con la finalidad de dilucidar el tema. Para ello se abordara diferentes aspectos en materia de arbitraje y de contratación estatal, que servirá para entender mejor el tema y a su vez podrá ser de ayuda para los estudiantes que necesiten antecedentes para futuras investigaciones.

1.4.3. Justificación Metodológica:

Metodológicamente, la investigación se justifica porque se hará uso del método científico, el mismo que guía las investigaciones de toda índole, asimismo se aplicara el método de Investigación Inductivo, que es el método por el cual los investigadores parten de hechos particulares o concretos para llegar a conclusiones generales.

En la siguiente investigación también se utilizó el método de interpretación jurídica, pues al no encontrar con una respuesta clara en la norma, el intérprete recurre a diversos métodos y técnicas para encontrar el significado de la disposición y hallar una solución al caso en concreto.

Con el uso de estas técnicas metodológicas que a su vez serán aplicadas a los instrumentos de investigación con la finalidad de contrastar nuestra hipótesis, se pretende llegar una conclusión que nos ayude a dilucidar mejor el tema.

1.5. Hipótesis

Se plantea la siguiente hipótesis a fin de corroborarla en el proceso de aplicación del trabajo de investigación, basada en la información obtenida y estudiada:

1.5.1. Hipótesis General

Es posible que a falta de la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la Republica, respecto a las prestaciones adicionales estas puedan ser sometidas a arbitraje, toda vez que la norma literalmente expresa que solo la decisión de aprobar o no un adicional no podrá ser materia arbitrable y no precisa que pasa en caso que no exista tal decisión.

1.5.2. Hipótesis Específicas

- La Ley de Contrataciones del Estado refiere que son materias arbitrables todas aquellas controversias que cumplan con el requisito de libre disposición y que no encuentren una prohibición en la ley, como son el caso de los litigios que surjan en la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.

- Respecto a las prestaciones adicionales solo pueden someterse a arbitraje las ampliaciones de plazo que surjan a raíz de que estas hayan sido aprobadas por el titular de la Entidad o la Contraloría General de la República.

1.6. Variables

1.6.1. Variable Independiente

- Arbitrabilidad = A

1.6.2. Variable Dependiente

- Prestaciones adicionales= PA

1.6.3. Indicador de las variables

- Clasificación de la arbitrabilidad.
- La patrimonialidad y permisibilidad de la norma para que las prestaciones adicionales sean arbitrables.

CAPITULO II

2.1. Bases Teóricas

Córdova. S. (2013) en su investigación titulada *¿Arbitrar o no arbitrar? he ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios* (Tesis para obtener el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú) tuvo como objetivo principal determinar si las personas que no forman parte expresa del convenio arbitral podrán ser parte del proceso arbitral. A raíz del siguiente estudio se concluyó que: Es preciso elaborar un test que permita el análisis de la conveniencia del no-signatario en el arbitraje, tomando en cuenta que si el convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, pues el consentimiento es la piedra angular de la extensión del convenio arbitral. Es claro, que ni el árbitro ni el juez encontrarán una firma o signo que confirme el consentimiento de una parte, es por ello, que debe buscarse el consentimiento implícito del no-signatario, el cual puede verse reflejado en su participación activa en cualquiera de las etapas del contrato, desde la negociación hasta su culminación. Asimismo, en caso de ausencia de esta participación activa del no-signatario, el consentimiento tácito también se configura cuando este quiere adquirir para él, los beneficios que otro, estipuló a favor de él, en un contrato privado donde no tuvo intervención.

La investigación realizada por Córdova S. se encuentra relacionada a la primera variable, pues en este se indica que en el convenio arbitral se materializa las controversias que serán sometidas a arbitraje y quienes prestan su manifestación para llevar a cabo el proceso.

Mendoza. C. (2016) en su investigación titulada *El Convenio Arbitral Comercial en el Conocimiento de Embarque* (tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú) tuvo como objetivo analizar la necesidad de regulación del arbitraje en materia de conocimiento de embarque. A raíz del siguiente estudio se concluyó que: El incumplimiento de un convenio arbitral crea externalidades como son incrementar la carga procesal en el Poder Judicial, que a la larga perjudica a litigantes terceros que son ajenos y que necesariamente tienen que resolver su incertidumbre jurídica en el Poder Judicial. Si se respeta el convenio arbitral en el conocimiento de embarque, la situación de nuestra sociedad será más eficiente. Se podrá descongestionar el Poder Judicial. Asimismo se podrá tener una mayor predictibilidad en los problemas que surjan en el comercio internacional y por ende se llega a una solución más eficiente para nuestra sociedad. Si se logra respetar que el convenio arbitral en los conocimientos de embarque sea respetado, económicamente podría reducirse los costos de transporte de la carga que viene al Perú, pues habría predictibilidad frente a los problemas que puedan surgir.

En el trabajo de Mendoza C. se desarrolla ampliamente el tema del arbitraje, lo cual servirá a que se pueda entender mejor este mecanismo de solución de controversias.

Gonzalo Q. (2001) en su investigación titulada *Las Normas Imperativas y el Orden Público en el Arbitraje Privado Internacional* (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid) tuvo como objetivo analizar el papel que desempeñan las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional. A raíz del siguiente estudio concluyó que: Un análisis

exhaustivo de la práctica arbitral internacional permite deducir que hay una aceptación e incluso un impulso por parte de los árbitros internacionales hacia el orden público realmente internacional. Lo que ocurre, es que dicha actuación no es todavía muy común y que a la noción de orden público transnacional todavía le queda un largo camino para llegar a ser precisada, aceptada y utilizada con asiduidad. Además, se observa que en la práctica los conceptos de orden público internacional y transnacional se superponen, al estar, en muchos casos, los jueces y los propios árbitros, todavía anclados en los criterios tradicionales de consideración del orden público basados en la dualidad de su nacionalidad/internacionalidad. A partir de éstas premisas, la salida más factible que se vislumbra para definir la supranacionalidad se halla en lo que hemos denominado una “transnacionalidad de origen democrático” donde prevalezca el consenso de la mayoría del orden público de los Estados resultante de la comparación entre las exigencias fundamentales de diversos Derechos estatales y también del Derecho internacional público.

El trabajo de Gonzalo Q. desarrolla la influencia que tiene el orden público al momento de someter una controversia a arbitraje, por ende se relaciona con la segunda variable ya que esta es inarbitrable justamente porque una norma imperativa ha establecido tal prohibición.

Venegas G. (2013) realizó la investigación titulada *Análisis y Mejora de los Procesos de Adquisiciones y Contrataciones de una Empresa del Estado en el Sector Hidrocarburos* (Tesis para obtener el grado de ingeniero industrial, Pontificia Universidad Católica del Perú) cuyo objetivo era analizar y la mejora los procesos de adquisiciones y contrataciones en una empresa

del Estado del sector hidrocarburos, de manera que éstos se desarrollen de forma eficiente en el manejo de los recursos como tiempo y costos. A raíz del siguiente estudio se concluyó que: En comparación con los demás procesos de adquisiciones y contrataciones de otras empresas del Estado, los de la empresa en estudio son menos burocráticos, debido a que se rigen bajo su Reglamento de Contrataciones; sin embargo, esto no significa una ventaja competitiva con respecto a las demás empresas, ya que en el presente estudio se encontró un número alto de procesos que no cumplen con los tiempos estimados por el Departamento de Logística de la empresa, así como también un consumo innecesario de recursos en actividades que no agregan valor al proceso.

Esta investigación desarrollada por Venegas G. ayudará a entender mejor el proceso de contratación estatal en el cual se presentan la ejecución de las prestaciones adicionales.

2.2. Marco Teórico

2.2.1. Arbitraje.

Recientemente, el arbitraje se ha perfilado como un mecanismo dinámico, especializado y neutral que brinda seguridad a las partes en la solución de sus controversias. A lo largo del tiempo se ha demostrado de manera casi indubitable que existe una congestión en el servicio de administración de justicia impartido por el poder judicial, así como la demora en los fallos, la incertidumbre, la falta de especialización de los jueces y sobre todo la falta de confianza que tiene los ciudadanos en recurrir a la vía

judicial, todo ello ha servido de incentivo para acudir al arbitraje como un mecanismo más eficiente en la solución de conflictos.

El arbitraje es un método heterocompositivo de resolución de controversias, el mismo que goza de una investidura constitucional pues, a través del numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú se garantiza que tanto los particulares como el Estado puedan acudir a la vía arbitral como una forma alternativa a la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido el arbitraje es una forma oficial, aunque no estatal, de administrar justicia, pues a través de un laudo que reviste de las mismas características que una sentencia judicial se resolverá la controversia surgida entre las partes. Es importante señalar que a partir de lo señalado en líneas precedentes no se pretende llegar a la conclusión de que el arbitraje es un mecanismo que desplaza o sustituye al Poder Judicial, sino por el contrario es un medio alterno que complementa el sistema judicial que, por su flexibilidad, especialidad, neutralidad celeridad, confianza, privacidad y simplicidad ofrece una forma pacífica de resolver conflictos.

2.2.2.1. Naturaleza Jurídica.

Con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje existen tres teorías, entre las cuales cabe mencionar: la teoría jurisdiccional, la teoría contractual y la teoría mixta. En ese sentido a continuación se explica cada una de las teorías que plantea la doctrina.

2.2.2.1.1. La teoría jurisdiccional.

La jurisdicción es entendida como el poder que tiene el estado para resolver los conflictos, el mismo que es delegado al Poder Judicial. Para esta teoría se

entiende que tal poder es encargado a los árbitros, Ledesma (2007) opina que: Frente al criterio contractual del arbitraje se opone la teoría jurisdiccional, la cual considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. (p.33)

Es decir al momento en que se emite el laudo arbitral y este adquiere calidad de cosa juzgada, se podría visualizar la teoría jurisdiccional. Asimismo cabe resaltar que la Constitución Política del Perú señala textualmente:

*“Artículo 139:- Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 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”.***

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia 6167-2005-PHC/TC lo siguiente:

La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

Como se puede apreciar el Tribunal Constitucional considera que el arbitraje al tener un procedimiento especial no es ajeno a las normas que se tienen en la constitución, por esa razón al decir que se debe respetar el debido proceso y

otros principios se podrían entender que la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional.

2.2.2.1.2. La teoría contractualista.

Según esta teoría la naturaleza del arbitraje es contractualista, pues nace de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir del acuerdo de voluntad de estas, en razón de esta teoría los árbitros no son jueces. Algunos juristas reconocidos refieren que su existencia, continuidad y regulación siempre dependerá de la voluntad de las partes, pues el pulmón de esta teoría se basa en las relaciones contractuales y ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral.

Para Ledesma (2007) el arbitraje es un contrato. El convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, lo que permite que esta institución surja y se desarrolle. Su origen contractual reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato. (pg. 31)

2.2.2.1.3. La teoría ecléctica o mixta.

Esta teoría utiliza tanto la teoría jurisdiccional del arbitraje y la teoría contractual para buscar la naturaleza del arbitraje. De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la

naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida (Gonzales, 2004, p. 140).

Es decir para esta teoría el arbitraje viene de la voluntad de las partes, pero para ejecutar el laudo arbitral se necesita de la jurisdicción que sólo le da el estado. Esta postura a su vez también fue comentada por Ledesma (2007), quien señala que las posiciones contrapuestas de la teoría contractualista y jurisdiccionalista han sido acogidas por una teoría mixta, intermedia o ecléctica, que considera al arbitraje como una institución de naturaleza contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos.

Como vemos esta teoría trata de unificar las teorías contractualista y la teoría jurisdiccional para efectos de encontrar una solución a la naturaleza del arbitraje.

2.2.2.2. Convenio arbitral.

Un elemento característico del arbitraje es la voluntad, consecuentemente el acto por el cual las partes presentan su consentimiento para someter sus controversias al arbitraje se denomina convenio arbitral. La definición de convenio arbitral se encuentra recogida en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 el cual dice literalmente:

“El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

En el artículo en mención se establece la decisión que tienen las partes de acceder a esta vía, sin embargo en la doctrina y en la realidad se maneja la figura del arbitraje obligatorio, es decir, aquel arbitraje por el cual las partes son obligadas a convenir, no por voluntad propia, sino por

condiciones especiales, como leyes o actos administrativos, como es el caso de la Ley de Contrataciones con el Estado que en su artículo 45 establece que las controversias que surjan a raíz de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje. A su vez existe otra postura que indica que en la ley mencionada en líneas precedentes se regula todo lo concerniente a la administración pública, por esa razón el Estado unifica los términos que deberán tomar en cuenta las entidades del sector público para la adquisición de bienes, servicios, consultorías y obras; por esa razón no se podría hablar de obligatoriedad, sino de una suerte de contrato por adhesión o de cláusulas generales de contratación.

Ahora bien, de acuerdo a la definición de acto jurídico regulado en el artículo 140 del Código Civil, se tiene que: “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)”, en esa misma línea el convenio arbitral sería un acto jurídico, pues es un acuerdo en cual las partes expresan su voluntad, es preciso añadir que los actos jurídicos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales, la distinción radicara en el número de manifestaciones de voluntad que se harán presentes, en ese sentido cuando solo es necesario una voluntad será unilateral, pero si se necesita de dos manifestaciones el acto será bilateral y si requiere de tres a mas manifestaciones el acto será plurilateral. Consecuentemente al decir que el convenio arbitral expresa el acuerdo de las partes se entiende que habrá más de una voluntad siendo un acto jurídico bilateral o plurilateral, sin embargo la séptima disposición

complementaria del Decreto Legislativo 1071, decreto que regula el arbitraje, señala taxativamente:

“Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición (...).”

Al respecto se puede apreciar que se trata de un arbitraje testamentario, en el cual solo existe la manifestación de voluntad por una de las partes, pues será el testador quien decide someter a arbitraje las controversias que puedan suscitarse entre los sucesores o entre estos y los albaceas.

De lo expuesto, la definición del convenio arbitral será como aquel acuerdo por el que dos o más partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o solo algunas que surjan o puedan surgir entre estas respecto de una determinada relación contractual o no contractual.

2.2.1.2.1. Elementos esenciales del Convenio Arbitral.

2.2.1.2.1.1. Voluntad de someterse a arbitraje.

El convenio arbitral debe expresar la voluntad de las partes de querer someter su causa a esta jurisdicción, dentro de este, las partes pueden estipular sanciones y garantías. Sanciones cuando una de las partes se niegue a realizar algún acto necesario para que el convenio sea válido y las garantías a fin de asegurar el cumplimiento del laudo arbitral.

2.2.1.2.1.2. La determinación de la relación jurídica contractual.

Con relación a este punto se debe tener en cuenta que en algunos casos el convenio nace de una relación jurídica la misma que podrán tener un

contenido patrimonial como no. Asimismo se tiene que tomar en cuenta que este convenio también puede nacer en el estatuto de una persona jurídica, ello cuando se busca que las controversias de la persona jurídica y sus miembros que sean respecto al cumplimiento de derechos u obligaciones o aquellas que surjan por el cumplimiento del estatuto o de los acuerdos sean resueltas en la vía arbitral, esta situación es reconocida en el Decreto Legislativo 1071 pues en su sexta disposición complementaria se regula la figura de arbitraje estatutario (Barchi, 2013, p. 98).

Por otro lado el convenio al ser un acto jurídico necesita contar con la capacidad de las partes para celebrarlo, en este último caso con respecto al arbitraje estatutario el artículo 10 del Decreto Legislativo 1071 refiere que el gerente general no necesitara de un poder adicional para tomar decisión con relación a la solución de las controversias que surjan en la empresa.

2.2.1.2.1.3. Extensión del convenio arbitral.

En el convenio arbitral las partes deciden qué controversias serán sometidas a arbitraje y cuáles no, al respecto estas pueden estar presentes al inicio o pueden tratarse de conflictos a futuro.

Que sean ciertas controversias y no todas las controversias, significa que las partes pueden restringir las que serán sometidas al arbitraje; así por ejemplo, podría acordarse que solo lo sean las controversias relativas a la resolución del contrato. Del análisis de los diferentes artículos del D.L. 1071 se advierte que prevalece el principio a favor del arbitraje, por ende en caso de duda el convenio arbitral debe interpretarse en el sentido de que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual dicho convenio se refiere (Barchi, 2013, p. 100).

2.2.1.2.1.4. Forma del convenio arbitral.

De acuerdo al numeral 2 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1071 se establece que:

“El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

De acuerdo a la norma existe una formalidad determinada para la celebración del convenio, sin embargo no estipula que si no es por escrito entonces se dé la nulidad, como se haría en los actos formales ad solemnitatem, en los cuales la ley castiga con la nulidad el acto que no ha cumplido con la formalidad exigida. Cabe señalar que esto no significa que los actos jurídicos respecto de los cuales ni la ley ni la voluntad imponen una forma determinada, bajo sanción de nulidad, carezcan de forma, todo acto jurídico tiene una forma, pues si no la tuviera no habría la manifestación de voluntad que es necesaria para que haya un acto jurídico (Barchi, 2013, p. 103).

En el Decreto Legislativo 1071 el convenio arbitral está sujeto a forma ad probationem, es decir, podrá adoptar cualquier forma; sin embargo deberá entenderse que el convenio arbitral es por escrito aun en aquellos casos en los cuales dicha forma realmente no se utiliza, pues será posible que las partes manifiesten su voluntad de manera tácita; es decir, que la voluntad se infiera indubitadamente de una actitud o de circunstancias del comportamiento que revelen su existencia tal como se establece en el artículo 141 del Código Civil.

2.2.1.3. Arbitrabilidad.

Para que un arbitraje pueda llevarse a cabo en relación a determinadas materias y personas, deberán verificarse una serie de presupuestos; en ese sentido el acuerdo arbitral debe ser válido en su aspecto material, pues las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que pueden legalmente someterse a este (arbitrabilidad objetiva). Asimismo las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva) (Vasques, 2006).

En relación con el tema, la cuestión principal es analizar ¿en qué consiste la arbitrabilidad?

La noción de arbitrabilidad es un tema que se encuentra relacionado a la siguiente pregunta: ¿Que materias son susceptibles de arbitraje? Dando respuesta a dicha interrogante se diría que es la capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles que tienen las partes.

La arbitrabilidad objetiva es aquella que se refiere específicamente a las controversias, que según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje, a través de este concepto es posible hacer una división entre la autonomía de la voluntad de las partes para someter sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado.

El artículo 2 del DL N°1071 establece que: “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”.

En ese sentido el arbitraje versa sobre materias de libre disposición, sin embargo es preciso resaltar que tal concepto se ajusta a lo que dice la ley en

virtud de que será esta la que determine qué derechos son disponibles y cuáles no. Haciendo un análisis doctrinal se entiende que la libre disponibilidad tiene dos caras. La primera de ellas relacionada al arbitraje objetivo, es decir, el derecho material en sí; mientras que la segunda está orientada al arbitraje procesal, aquellas pretensiones que puedan someterse al mismo (Castillo, Vasquez y Sabroso, 2008).

Cabe señalar que la doctrina mayoritaria afirma que al hablar de libre disposición también se alude a la patrimonialidad de la materia y ello significa que se le pueda asignar un valor económico dentro del mercado; consecuentemente para fines de esta investigación habrá de entenderse que podrán someterse a arbitraje todas aquellas pretensiones susceptibles de ser valoradas económicamente.

No son materias de libre disposición aquellas que están reguladas por normas imperativas, en las que la autonomía privada no tiene juego para componer libremente los intereses. Asimismo son también indisponibles las materias inseparables de otras que son indisponibles (Gonzales y Méndez, 2004, p. 35). Asimismo existe un entendimiento casi generalizado de qué tipo de conflictos deben quedar reservados a los tribunales judiciales y que, respecto a estos no es viable que las partes lo sometan a la decisión de los árbitros.

2.2.1.3.1. Criterio positivo y criterio negativo.

El criterio positivo es aquel que le permite a las partes someter a arbitraje todas aquellas controversias sobre derechos que la ley así dispone, es decir, derechos sobre los cuales las partes puedan disponer libremente. Por otro

lado el criterio negativo es excluyente y cerrado, pues la ley enumera una serie de derechos que están prohibidos de recurrir a la vía arbitral. Consecuentemente todo aquello que el legislador no considere prohibido se podrá someter a arbitraje y ello incluye el poder decisorio y la autonomía de la voluntad que tendrán las partes.

2.2.1.4. Laudo arbitral e impugnación.

A través del artículo 54 del Decreto Legislativo N° 1071 se regula lo siguiente:

Artículo 54.- Laudos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Del artículo en mención se entiende que los árbitros plasmaran su decisión en un laudo, consecuentemente el laudo arbitral es una parte de suma relevancia en el proceso arbitral, pues en este se resume todo lo actuado durante el desarrollo del proceso y a su vez es el objetivo que persiguen las partes al acudir a esta vía.

Para algunos autores como Fouchard, Gaillard y Goldman (1999 citados en Cantuarias, 2007) el laudo arbitral puede ser definido como una decisión definitiva por parte de los árbitros respecto de todo o parte de la disputa sometida a su conocimiento, sea que se refiera al fondo de la controversia, a la competencia de los árbitros o a temas de procedimientos, siempre y cuando esa decisión sea, como ya se indicó, definitiva.

- **Emisión de un solo laudo**

Esta situación se presenta cuando el Tribunal emite un solo laudo que pone fin al proceso, pues en este resuelve tanto la situación de fondo como de la forma. En dicho laudo se resolverán los puntos controvertidos, así como las excepciones y cuestiones previas que el Tribunal no hubiese resuelto previamente, por haberlo considerado mejor así. Por otro lado, es importante mencionar que cuando la parte demandada haya presentado una excepción y el tribunal haya declarado fundada la misma al inicio del proceso, entonces dicha resolución constituiría un laudo interlocutorio que pone fin al proceso, pues al pronunciarse sobre dicha excepción se desestima las otras pretensiones.

- **Emisión de dos laudos arbitrales**

Este caso se presenta cuando se emiten dos laudos que se pronuncian sobre el fondo, es decir, una de las partes demanda que el contrato ha sido resuelto de manera ilegal y a su vez demanda que a raíz de dicha resolución se le pague una indemnización. En ese contexto el Tribunal tendrá que verificar si el contrato fue resuelto válidamente y, en caso de ser así entonces deberá pronunciarse sobre la indemnización caso contrario no habrá razón de ser de que se pronuncie sobre dicho tema. Asimismo se puede plantear una excepción sobre caducidad, consecuentemente si se declara fundada dicha excepción el tribunal tendrá que pronunciarse solo respecto a aquellos puntos que no hayan sido afectados, caso contrario si es infundada dicha resolución sería un primer laudo y se tendría que emitir otro más que resuelva el fondo de la situación.

2.2.1.4.1. Forma del Laudo Arbitral.

El Decreto Legislativo N° 1071 en su artículo 55 regula lo siguiente:

- *Todo laudo **deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros**, quienes podrán expresar su opinión discrepante. **Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente**, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.*
- *Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.*
- *Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.*

La ley señala en relación a este punto que el laudo puede constar por escrito o se puede entender que lo está cuando se use un medio que sea similar. Sobre este punto, Velasco (2004 citado en Alva, 2011) sostiene que se permite la legalidad de cualquier nueva tecnología que surja, o haya surgido, distinta de la tradicional forma escrita y del carácter electrónico u óptico, por supuesto mostrando una mínima dosis de fehaciencia en el tráfico jurídico, habida la exigencia de seguridad jurídica. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el requisito de formalidad del laudo, aunque parezca mentira, no es sancionado por la Ley como una causal de anulación del mismo.

Como segundo punto se tiene que los árbitros deben de firmar el laudo arbitral, ello en señal de conformidad del contenido de este, con respecto a

este punto algunos juristas se han pronunciado indicando que la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad (Alva, 2011, p. 79).

En un sentido amplio la firma, es un medio de identificación personal que no tiene que ser de una forma determinada, pero que cumple un rol determinante en el tráfico jurídico, básicamente son tres las funciones que esta tiene: la indicativa, la declarativa y la probatoria. En principio, la firma cumple una función indicativa o de identificación, en tanto sirve para identificar quién es el autor del documento en el que se encuentra inserta, para el caso en concreto la firma permite que se identifique al árbitro que ha elaborado, emitido o suscrito el laudo, que ha expresado su declaración de voluntad (*iuris tantum*). En segundo lugar, se encuentra la función declarativa, pues la firma indica la manifestación de voluntad del árbitro en determinado sentido; consecuentemente dicho signo es la expresión de conformidad respecto a la decisión que se está plasmando en el laudo. Tal correspondencia debe poder hallarse en cualquier momento en que se realice su lectura por las partes para su interpretación y cumplimiento. Por otro lado, la autenticidad del documento, implica poner a esta declaración de voluntad, íntegra e inalterada, en relación de correspondencia unívoca e indestructible con los árbitros que la emitieron, de modo tal que no pueda ser negada o repudiada por éstos.

2.2.1.5. Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

Es importante saber las nociones generales del laudo arbitral, por ello resulta pertinente hablar en este punto sobre algunas acciones que se realizan en torno a dicho documento. La rectificación del laudo se presenta a los 15 días siguientes a la notificación de este y se da porque una de las partes desea que se corrija algún error de cálculo, transcripción y otros análogos; en el mismo plazo se puede solicitar la interpretación de algún extremo de este, cuando haya duda sobre el o se considere que es impreciso. Existen ocasiones en las que se obvia resolver algún extremo de la controversia o el Tribunal se pronuncia sobre algún aspecto que no ha sido sometido a su jurisdicción, para ello la ley establece que al igual que el caso de la rectificación se podrá solicitar la integración del laudo o la exclusión, ambos en el plazo de 15 días posteriores a la notificación. Es importante señalar que la rectificación, interpretación, integración y exclusión forman parte del laudo y contra la decisión que resuelve las mismas no procede reconsideración; así también si estas son notificadas fuera del plazo pactado por las partes no surtirán sus efectos válidamente.

2.2.1.6. Anulación.

El proceso arbitral culmina con la emisión del laudo arbitral, sin embargo la norma vigente contempla la posibilidad de poder cuestionarlo a través de la anulación que implicaría revisar el laudo arbitral en la vía judicial. En sentido amplio los medio impugnatorios son mecanismos que la ley establece a favor de las partes para expresar su disconformidad con las decisiones que, en este caso, son dictadas por los árbitros; asimismo se considera que estos son actos procesales que pueden ser usados por las

partes cuando estas consideren que la actuación del árbitro no se ajustó a lo que establece la ley.

La actual Ley General de Arbitraje regulada por el Decreto Legislativo N° 1071 en su artículo 62° establece con respecto a la anulación lo siguiente:

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Este medio de impugnación se encuentra diseñado únicamente como medio de cuestionamiento de las actuaciones arbitrales, y por ello su estructura y existencia responde estrictamente al proceso arbitral que lo antecede.

La Corte Suprema de Justicia de Lima en el expediente N°5307-2009 se ha pronunciado con respecto a este tema manifestado lo siguiente: “No debe soslayarse que lo normado por el Decreto Legislativo N° 1071 en su artículo 62 es un ‘recurso’ de anulación contra el laudo arbitral interpuesto ante el Poder Judicial, sustentado en las causales taxativamente establecidas en la Ley, y no una ‘demanda’ de anulación de laudo, toda vez que el laudo arbitral es producto de la jurisdicción arbitral que tiene rango constitucional, conforme al artículo 139 segundo párrafo de la Carta Fundamental (...) debe

tenerse presente que las normas del Código Procesal Civil, de conformidad con su Primera Disposición Final, son aplicables supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza; y en el presente caso, dada la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral, la Ley Especial sólo prescribe como único medio impugnatorio el recurso de casación y únicamente cuando el laudo es anulado total o parcialmente por el órgano Jurisdiccional (...). Del mismo modo el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 928-2001-AA/TC establece que: “ (...) el recurso de anulación establecido en el artículo 74 de la Ley General de Arbitraje N.º 26572 no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho”.

Habiendo hecho mención de la importancia de distinguir que la anulación es un recurso impugnatorio conexo al proceso arbitral y no una institución judicial independiente es preciso señalar que, una vez iniciado el proceso de anulación del laudo arbitral se dará pie a lo que se conoce como la regla de oro en el mismo.

El principio de irreversibilidad del criterio arbitral prohíbe al juzgador pronunciarse sobre el fondo de la controversia que fue resuelta en el arbitraje. Es más, este principio no sólo constituye el principal fundamento del nivel de revisión judicial estricta del arbitraje, sino que, además, informa también el nivel de control constitucional del mismo, en los sistemas jurídicos en los que éste es posible.

La voluntad de las partes, manifestada en el convenio arbitral, de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse a la competencia de los árbitros para la solución del conflicto, carecería absolutamente de sentido si después de dictado el laudo, se permitiera que, los jueces pudieran analizar el fondo de la controversia resuelta en el arbitraje.

Como se hizo mención en un inicio el arbitraje debe estar dotado de seguridad, es decir, que goce de un grado de firmeza, que permita a los particulares tener confianza en las virtudes de este medio de solución de conflictos. Esta postura es criticada y a la vez defendida, entre las personas que considera que el principio de irreversibilidad es un buen punto en materia arbitral tenemos al maestro Cantuarias (2007, p. 91-92) , quien refiere “ (...) En ningún caso (sea un laudo nacional, internacional o extranjero), el poder judicial podrá reexaminar el fondo de la controversia, ya que lo que hayan decidido los árbitros tiene la calidad de cosa juzgada (...)”, en otras palabras, aun cuando los jueces encuentren que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos o han aplicado erróneamente el Derecho, por ningún motivo podrán modificar lo decidido en el laudo, simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros”. Consecuentemente el recurso de anulación no es una vía por la cual el juez pueda tomarse la atribución de revisar el fondo del laudo que ha sido emitido por los árbitros.

2.2.1.6.1. Causales.

En el sistema de revisión judicial estricta del arbitraje, son las propias partes quienes tienen en sus manos la posibilidad de establecer con la

presentación de su recurso las causales de anulación sobre las cuales se desenvolverá la labor de revisión del juez y al mismo tiempo tienen también la carga de probar la existencia de cada una de ellas. Entonces, quien recurre al sistema de revisión judicial del arbitraje tiene la carga tanto de alegar las causales como de probarlas, pero es necesario precisar que esta regla está referida únicamente a las causales de anulación de interés privado y no a aquéllas que son de interés público, las cuales son observables incluso de oficio por el juez. Esta diferenciación entre causales de interés privado y de interés público puede advertirse con mayor claridad de la formulación adoptada en la Ley Modelo de UNCITRAL, la cual al referirse a la petición de nulidad de un laudo arbitral, divide las causales de anulación entre: a) aquéllas que deben ser probadas por la parte que formula la petición, y b) aquéllas que, además, pueden ser observadas de oficio por el juez que conoce la petición.

La diferencia que salta a la vista entre uno y otro grupo de causales es, sin lugar a dudas, el distinto tipo de interés que busca proteger la norma. En el primer grupo de motivos, el interés en juego es evidentemente particular, ya que cualquiera de las circunstancias recogidas en ellos está relacionada únicamente a los derechos del individuo interviniente en el arbitraje y por tanto es entendible que la iniciativa para su alegación haya sido reservada exclusivamente a los particulares. Por otro lado el segundo grupo de causales no tiene como única finalidad la protección del interés de los particulares que se someten a la competencia del árbitro, sino la tutela de los intereses que el Estado sede del arbitraje tiene involucrados en el procedimiento.

En vista que ya se hizo una breve distinción entre las causales de carácter público y privado en el siguiente apartado se desarrollara las que hayan sido reguladas en la norma peruana vigente.

2.2.1.6.1.1. Nulidad o invalidez del convenio arbitral.

El artículo 63.1.a. del D.L. 1071 señala que procede el recurso de anulación cuando el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Dicha causal cuestiona el convenio arbitral por contravenir la norma.

Para Ledesma (2010 citada en Reggiardo, 2014) se trata de una causal que se sustenta en disposiciones de derecho sustantivo porque se refiere a causas que generan la invalidez del convenio por afectar requisitos esenciales como falta de consentimiento de acudir al arbitraje, cuando la voluntad no se deduce claramente de un intercambio de comunicaciones, cuando no se celebre por escrito e incluso cuando el consentimiento haya sido obtenido mediante falsedad, engaño, fraude, incapacidad de las partes, etc. Se analiza si la voluntad de las partes de que no participe el Poder Judicial en la solución de sus conflictos, estuvo afectada de algún vicio al momento de la celebración del convenio arbitral. De esta manera se garantiza que la manifestación de voluntad de las partes no estuvo afectada, por ejemplo, por un vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

La norma señala que el recurso de anulación por esta causal sólo será procedente si la parte interesada interpuso el reclamo ante el Tribunal Arbitral y éste fue desestimado. Cantuarias (2007) afirma que este requisito se justifica porque el proceso de anulación es una vía tan rápida que no

permitiría un análisis minucioso y profundo de la supuesta afectación al convenio arbitral. p. 476

2.2.1.6.1.2. No se notificó un acto arbitral esencial o se vulneró el derecho de defensa.

De acuerdo al artículo 63.1. literal b del mismo cuerpo normativo señalado en líneas precedentes, se puede interponer el recurso de anulación cuando se invoca que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. Dicha causal se sustenta en el hecho que el proceso arbitral debe contar con la participación de ambas partes, pues el interés de estas es el que está en juego.

El hecho que una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos significa que estas no han podido ejercer su derecho de defensa, el mismo que se haya en el convenio arbitral. Ahora bien, ello no significa que tal derecho fundamental sea invocado indistintamente pues dada la naturaleza del arbitraje y sus particularidades, ese será entendido en torno a la voluntad de las partes; es decir, ellas pactaran el procedimiento arbitral en el convenio o en su defecto se someten al reglamento de una institución, entonces si en ambos supuestos se respetan las reglas del juego, no cabría la posibilidad de invocar esta causal de anulación.

2.2.1.6.1.3. La composición del Tribunal o las actuaciones arbitrales no se ajustaron al acuerdo o reglamento.

El artículo 63.1.c del D.L. 1071 indica que se podrá interponer recurso de anulación cuando: “(...) *la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento*

arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.”

En relación a esta causal se puede decir que una vez más se cuestionará el incumplimiento de lo pactado por las partes, esta vez por el tema del nombramiento de los árbitros o de su actuación.

Si el Poder Judicial declara fundado el recurso de anulación por esta causal las partes podrán nombrar a nuevos árbitros o, en su caso, el Tribunal Arbitral reiniciará el proceso arbitral en el estado en que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la ley (Reggiardo, 2014).

2.2.1.6.1.4. *Laudar sobre materias no sometidas a decisión arbitral.*

Esta causal señala que procederá el recurso de anulación cuando los árbitros hayan resuelto sobre materias no sometidas a su decisión. Esto es consecuencia de que el arbitraje sólo se activa cuando las partes deciden llevar determinados conflictos a esta vía.

Los árbitros sólo pueden pronunciarse sobre lo que les ha sido encargado; ello se asimila a lo que en el derecho procesal civil se conoce como vicios de incongruencia extra petita o ultra petita, solo que en este caso el proceso se encuentra regulado por lo estipulado en el convenio o en su defecto por el reglamento arbitral.

Los árbitros pueden incurrir en errores de incongruencia como fallar más allá del petitorio o fallar sobre un tema no propuesto en las pretensiones. A raíz de ello surge la siguiente pregunta: ¿Cuál de ambos fallos es susceptible de ser cuestionado invocando esta causal?, para algunos juristas

son los fallo *extrapetita* y no los *ultra petita*, que pueden ser anulados, y ello obedece al hecho que cuando el árbitro se pronuncia demás estaría yendo más allá de las competencias que le fueron asignadas.

Sobre el particular esta causal buscar proteger que el convenio arbitral se ejecute respetando la voluntad de las partes; en ese sentido si el juez considera que se laudaron materias no sometidas a arbitraje, entonces las controversias pueden someterse a un nuevo proceso arbitral o podrán ser solicitadas vía judicial.

2.2.1.6.1.5. Materias no arbitrables.

En un inicio se habló de las materias que pueden ser materia de arbitraje, consecuentemente el convenio arbitral es considerado como aquel contrato por el cual las partes deciden que controversias suyas someterán a arbitraje; consecuentemente, como otros contratos, el convenio arbitral debe respetar las normas de orden público. En nuestro caso se someten a arbitraje todas aquellas materias de libre disposición que sean apreciables económicamente.

La voluntad de las partes no es del todo absoluta, pues esta debe de respetar las normas imperativas, bajo esa premisa el punto clave en esta causal se basa en si el convenio respeto la ley y si el árbitro se pronunció sobre lo que está permitido.

Es casi tradicional que en estos casos se tome en cuenta el criterio de libre disposición conforme a derecho; y el criterio patrimonial, sin embargo pretender tomar en consideración solo el criterio de disponibilidad para determinar que materias son o no son arbitrables es un despropósito pues el concepto, en sí mismo, no brinda suficientes alcances. En el mundo jurídico,

el termino disponibilidad no es un concepto con vida propia, sino por el contrario este se encuentra en función de lo que dice la ley, toda vez que esta determinará qué derechos son disponibles y cuáles no, por ello suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público que tiene contenido variable e indeterminado. Por tal razón Gaspar (1998 citando en Castillo, Vásquez y Sabroso, 2008) considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Otros juristas consideran que regirse bajo la teoría de la libre disposición conllevaría a que pueda ser arbitrable aquella pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo. “Es importante señalar que la libre disponibilidad implica que las partes deben de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta” (Perales,2005,p.131).

Ahora bien, con respecto al criterio patrimonial, la doctrina mayoritaria considera de forma casi unánime que la libre disposición está referida a la patrimonialidad de la materia; por ende solo las controversias referentes a materias patrimoniales pueden ser arbitrables, mas no las que se encuentran relacionadas a las personas.

Un asunto es “patrimonial” cuando se refiere a bienes o intereses que pueden ser valorados económicamente, cuya trascendencia puede ser medida materialmente; así también, el Diccionario de la Real Academia define el término “patrimonio” como: Conjunto de bienes pertenecientes a

una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de valoración económica”.

No es de manera antojadiza que se toca este tema, pues la relevancia de comprender con claridad qué materias pueden someterse a arbitraje y cuáles no, es de vital importancia.

Como se ha ido desarrollando las materias arbitrables serán aquellas que sean de libre disposición, entendiendo esto como, aquellas que sean susceptibles de una valoración económica. Sin embargo a efectos de ampliar la información referida, a continuación se detallara a manera de ejemplos que temas no pueden ser sometidos a un proceso arbitral.

El ámbito penal está vedado, pues por la naturaleza de los bienes jurídicos que se protegen en dicha vía merecen una especial protección., los derechos de la personalidad se encuentran fuera del comercio de los hombres, pues estos recaen sobre la propia persona, el derecho a la vida y al propio cuerpo, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, al nombre, etc. Sin embargo los derechos patrimoniales que surjan o se deriven de los derechos de la personalidad sí pueden someterse a arbitraje.

2.2.1.6.1.6. Contra orden público internacional o materia no apta de arbitraje internacional

Esta causal regulada en el Decreto Legislativo N° 1071 hace referencia a todos aquellos laudos emitidos en arbitrajes internacionales. El concepto de orden público internacional es elástico, cambiante, de difícil conceptualización y que debería ser interpretado restrictivamente, por esta razón estamos ante una causal que busca definir qué puede ser objeto del

convenio arbitral y su ejecución; es decir, si el convenio arbitral excedió lo establecido por las normas internacionales.

2.2.1.6.1.7. *Laudo fuera del plazo*

Por último, el recurso de anulación se presenta cuando: *“la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.”*

Este tema también es fijado por la voluntad de las partes, estas fijan el plazo que tiene el árbitro para emitir el laudo arbitral, Si los árbitros no emiten el laudo en el plazo fijado, se puede interponer un recurso de anulación. Recordemos que el artículo 53° del D.L. 1071 establece que la controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento o por el Tribunal Arbitral. Esto implica también que si el laudo se emite dentro del plazo pero es notificado a las partes fuera de éste, la parte interesada podrá interponer recurso de anulación alegando esta causal. En relación a esta causal algunos juristas han manifestado su postura y sostienen que el fundamento de esta causal está relacionado a la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, pues una vez que se vence el plazo los árbitros pierden su capacidad para decidir; consecuentemente el laudo expedido fuera de plazo habrá sido dictado por tres ciudadanos que perdieron su capacidad de dirimir la controversias.

Si el recurso es declarado fundado las partes pueden iniciar un nuevo proceso arbitral. Otra posibilidad que puede presentarse es que las partes nombren un nuevo Tribunal Arbitral a fin de que este resuelva en base a las actuaciones arbitrales anteriores o pueden decidir que el juez resuelva tal controversia (solo en algunos casos).

2.2.1.6.2. *Proceso De Anulación De Laudo Arbitral*

2.2.1.6.2.1. *Órgano Competente*

Por competencia se entenderá que es aquella aptitud que tiene determinada autoridad para resolver o ejecutar una causa, así también se considera que dicha competencia es considerada como un presupuesto procesal, es decir, un requisito que debe estar presente previamente a la instalación del proceso. De forma general las pautas para atribuir la competencia son: materia, cuantía, turno, grado y territorio, los dos primeros son criterios de competencia objetivos porque están relacionados directamente a la materia, la competencia funcional que hace alusión al turno y al grado en virtud de la organización interna del organismo jurisdiccional. La concurrencia de ambas competencias da como resultado la competencia absoluta, en cuanto al último criterio (territorial) este es opcional y por tanto si la parte renuncia al mismo, entonces no habrá mayor problema.

Para el caso en concreto es el Juez de la Sala Civil quien conoce el proceso de anulación del laudo arbitral, en caso de que el proceso se vea en la ciudad de Lima será el Juez de la Sala Civil Sub especializada en lo Comercial, la competencia por territorio se establece en razón al lugar donde se llevó acabo el arbitraje.

2.2.1.6.2.2. *Plazo para la Interposición del Recurso*

Para Coture (2009) el plazo es el margen de tiempo dentro del cual se pueden realizar actos; así el autor también distingue el plazo dotándolo de algunas clasificaciones:

La primera clasificación es en razón al origen, así se distingue:

- **Plazo legal:** es el que se haya determinado por la ley.
- **Plazo judicial:** es el otorgado por el Juez, a fin de que las partes realicen determinado acto.
- **Plazo convencional:** es el que establecen las partes, por ejemplo la suspensión convencional del proceso.

Una segunda clasificación surge en torno a quien afecte el plazo.

- **Plazo común:** cuando dentro del mismo plazo ambas partes deben realizar un acto procesal.
- **Plazo regular:** cuando el margen de tiempo solo está destinado a un sujeto procesal.

La tercera clasificación del plazo es si estos pueden ser ampliados o no:

- **Plazo prorrogable:** son aquellos que el número de días fijado en la ley puede ser ampliado.
- **Plazo improrrogable:** a diferencia del primero estos no pueden ser ampliados.

Por último el plazo se clasificara de acuerdo a los efectos que este vaya a surtir.

- **Plazos Perentorios:** se presenta cuando una vez cumplido el plazo, se da la caducidad del derecho, sin necesidad de la intervención de una parte procesal.

- **Plazos no perentorios:** en ellos se necesita que la parte contraria invoque la caducidad del derecho.

La distinción de plazos a los que se hizo mención es de manera general para poder tener conocimiento del tema. Ahora bien de acuerdo al artículo 64 del Decreto Legislativo que regula el arbitraje el plazo para interponer el recurso de anulación es de veinte días, plazo legal, común, improrrogable y perentorio. El inicio del cómputo del plazo se da a partir de los días siguientes a la notificación del laudo, sin embargo cuando se trate de solicitar la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación se plantea los veinte días posteriores a la última decisión del tribunal.

En el mismo artículo se hace mención que el recurso debe contener de forma precisa las causales por las cuales se invoca la anulación y aquellos medios probatorios (documentos) que crean pertinentes; en ese punto es preciso acotar que la ley refiere que la parte podrá adjuntar aquellos documentos que tenga en su poder sobre las actuaciones arbitrales, asimismo el Juez podría solicitar al tribunal Arbitral información que considere necesaria.

2.2.1.6.2.3. Trámite

La actual norma regula en su artículo 64 el procedimiento de anulación del laudo arbitral, en ese sentido se desarrollara dicho proceso a fin de adentrando en el tema de fondo.

En el numeral 3 del artículo 64 se estipula que la Corte Superior tendrá el plazo de 10 días contados al día siguiente de la presentación del recurso a

fin de poder admitir el mismo siempre que, se cumpla con los requisitos antes señalados y se presente dentro del plazo legal. Posteriormente se correrá traslado a la otra parte para que esta conteste en un plazo de veinte días, su escrito deberá contar con los medios probatorios que estime pertinentes.

- **Vista de la Causa y Resolución Final**

En la vista de la causa el Juez puede suspender el proceso por sesenta días máximo, a fin de que el Tribunal Arbitral tome las acciones necesarias que eliminen las causales de anulación, en caso de no darse esta posibilidad corresponde la emisión de la resolución final que se dará dentro de los veinte días siguientes. En dicha resolución se declarara fundado o infundado el recurso, eso significara que el laudo se anularía total o parcialmente o será completamente valido, pero en ningún caso se podrá emitir un pronunciamiento en relación al fondo de la controversia.

2.2.1.6.2.4. Casación

La posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casacion ante la sala civil de la corte suprema se encuentra previsto en el numeral 5 del articulo 64 de la Ley de Arbitraje y este solo procede cuando lo resuelto por la Corte Superior hubiera sido anulado en forma total o parcial. Este recurso debe sustentarse en la infraccion normativa que incida directamente en la correcta aplicación de las causales de anulacion del laudo, de acuerdo a lo dispuesto en el articulo 386 del Código Procesal Civil, en adelante el recurso de casacion se tramitara de acuerdo a las normas previstas en el Código Procesal Civil.

2.2.1.6.3. Consecuencias

La resolución que se pronuncia con respecto al recurso de anulación de laudo produce efectos jurídicos a nivel material y procesal.

Con respecto a los efectos en el aspecto material la resolución es meramente declarativa, pues como se ha mencionado en un capítulo anterior en la vía judicial no se puede valorar las cuestiones de fondo que estén contenidas dentro del laudo arbitral.

Por otro lado, en relación a los efectos procesales la resolución que resuelve la anulación no es pasible de recurso impugnatorio alguno y aparentemente ello estaría contraviniendo la garantía constitucional de la doble instancia, reconocida en el artículo 138 numeral 6 de la Constitución Política del Perú, sin embargo partiendo de que el órgano jurisdiccional en estos casos es solo órgano revisor que deberá limitarse al control de una norma imperativa y no tendrá una función constitutiva, entonces no se estaría vulnerando nada.

Ahora bien el Decreto Legislativo N° 1071 establece los efectos de la anulación según el tipo de causal.

➤ Si el convenio arbitral hubiera sido anulado porque es inexistente, nulo, anulable o ineficaz, entonces la pretensión podrá ser requerida en la vía judicial, salvo que las partes hayan dispuesto algo diferente.

En este caso es importante que la parte que se sienta afectada con la situación se oponga oportunamente al arbitraje, pues el tribunal arbitral puede pronunciarse en el momento o bien puede optar por resolver todo al final del proceso.

En general no es difícil que los árbitros puedan identificar si el convenio arbitral es válido, pues de esa manera se podría evitar la discusión sobre todo o parte del fondo.

El numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje señala que:

“(...) la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes”.

De este artículo se desprende que las controversias que no fueron resueltas en la vía arbitral pueden ser exigidas en la vía judicial, pues cuando el laudo no es válido, entonces no solo será nulo el laudo sino todo el proceso, ya que se inició sin que los árbitros sean competentes

Se retrotraerá el proceso arbitral hasta el momento en que se incurrió en un vicio que vulnere el derecho de defensa de una de las partes o por la mala notificación que se hubiera presentado.

En relación a esto se tiene tres supuesto que se deben tomar en cuenta; en primer lugar el derecho que tienen las partes a estar en desacuerdo con la persona que esta designada como árbitro; asimismo con respecto a la notificación no se podrá alegar esta causal si es que el agravio no ha sido directo, es decir que la parte que alega esta causal es la que debió haber sido afectada por una mala notificación, pues esta no ha sido fehaciente y ha limitado sus posibilidades de objeción.

Por otro lado cuando la parte no fue notificada de algunas de las actuaciones arbitrales, esta situación vulnera el derecho al debido proceso, pues al no tener conocimiento valido de las actuaciones no se puede ejercer válidamente el derecho de defensa, cabe señalar que la lesión a este derecho es relevante.

Además de los supuestos que han sido señalados en líneas precedentes a su vez deben cumplir tres requisitos básicos, siendo el primero de estos que el agravio haya sido real y que devenga en la imposibilidad de ejercer un derecho, a su vez este perjuicio tiene que influir en el laudo. El segundo requisito es que la parte que se considere afectada por el laudo no haya consentido el mismo.

Si el laudo fuera anulado por alguna de las causales de acuerdo al artículo 61 inciso 1 literal b, el tribunal arbitral deberá reiniciar el arbitraje desde el momento en que se hubiera cometido la violación al derecho de defensa; consecuentemente el laudo no quedara nulo en su totalidad sino que el órgano judicial remitirá el expediente a los árbitros, a fin de que estos actúen en merito a la resolución judicial que haya resuelto la anulación; es decir que el proceso arbitral continúe a partir del momento en que se incurrió en el vicio.

➤ Cuando no se haya nombrado bien a los árbitros las partes deberán volver a nombrarlos o se retrotraerá las actuaciones arbitrales hasta el momento en el que no se cumplió con lo que dice la norma en la materia.

En relación a este punto la primera hipótesis es que la composición del Tribunal Arbitral no se ajuste al convenido arbitral, la idea en general es que el único arbitro o cualquiera de los árbitros no hayan sido nombrados de manera adecuada, es decir que el procedimiento para su selección no ha sido de conformidad al convenio arbitral y lo mismo sucederá cuando no se hubiera respetado una de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071.

Cuando el laudo sea anulado por estos supuestos el proceso será nulo desde el momento en el que se haya presentado el defecto en la designación del tribunal, por ende se procederá a una nueva designación de los integrantes.

➤ Si el Tribunal resolvió sobre una materia no sometida a su decisión, esta podrá ser exigida vía judicial o arbitral de acuerdo a lo que consideren las partes.

La idea principal que recoge el artículo es que los árbitros solo pueden pronunciarse sobre lo que esté regulado por el convenio arbitral y a su vez sobre lo que ha sido demandado (ultra petita o extra petita) y no más allá. Consecuentemente los árbitros solo se pronunciarán sobre las cuestiones que fueron vertidas en la etapa postulatória, pese a que estas no hayan sido solicitadas de manera puntual.

El artículo 63.3 prescribe que la anulación afectará solo aquellos puntos resueltos pese a que no fueron sometidos a la jurisdicción arbitral, en ese sentido lo que se haya resuelto de manera indebida puede ser sometido a arbitraje en caso que las partes acuerden ello, caso contrario deberán acudir a la vía judicial.

➤ Cuando se haya laudado sobre una materia que no puede ser sometida a arbitraje, es preciso señalar que la única vía aparente para reclamar dicho tema será la judicial.

➤ Si no se respetaron los plazos se puede conformar un nuevo tribunal para que se pronuncie sobre la base de lo que se realizó, ello de acuerdo a lo que las partes puedan decidir o caso contrario iniciarse un nuevo arbitraje; asimismo existe la salvedad de que el órgano judicial que declaró la

anulación pueda resolver previo pedido de las partes y habiéndose llevado a cabo el informe oral, la controversia que no fue analizada en su momento.

2.2.3. Contrataciones con el Estado

La contratación administrativa tiene como finalidad fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la administración pública mediante la celebración de acuerdos entre el Estado y el particular, a estos se les denomina contratos administrativos.

En ese orden de ideas las contrataciones del Estado constituyen, sin duda alguna, uno de los pilares de la Administración Pública; ya que de su correcto funcionamiento depende en gran medida una buena gestión de los ahorros de una entidad pública. De igual manera la economía del país se dinamiza debido a la cantidad de dinero involucrado en un proceso de Selección (Gamarra, 2009).

Los contratos administrativos por los cuales se contrata con el Estado se rigen por las normas especiales del derecho público; consecuentemente la definición de contrataciones con el Estado sería aquella que establece que es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial donde por lo menos una de las partes es una entidad de la administración pública.

El objeto del contrato administrativo no es otro que la obligación establecida para satisfacer una necesidad pública, cabe precisar que será el Estado quien fije el objeto, modo y condiciones de la prestación.

Por lo general los contratos administrativos se celebran por escrito y requieren un conjunto de formalidades para su celebración, entre las que destacan los procesos de selección. Cabe precisar que en este tipo de contratos su validez y eficacia se haya supeditada al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. Por otro lado quienes adquieren la calidad de postor son todas aquellas personas naturales o jurídicas, que han presentado su propuesta técnica y económica en un proceso de selección dentro del plazo establecido en las bases. Asimismo, se perdería la calidad de postor cuando se es descalificado en la evaluación técnica o económica, y también cuando el postor retira uno o ambos sobres de su propuesta (Parejo, 2007, p. 265).

2.2.3.1. Principios

Los principios son un conjunto de mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la mayor medida de lo posible, también se podría decir que constituyen la “lógica” de todo el derecho o de una rama especial de este.

En ese orden de ideas podemos afirmar que al interior de una constelación de reglas que constituyen al derecho o a una parte de este, existe una “racionalidad” hecha también de normas. Estas normas son los valores que permiten que el derecho no sea una suma caótica y, por tanto, impredecible de reglas y procedimientos, sino por el contrario hacen que sean una UNIDAD, ordenada y predecible.

En el tema de contrataciones con el estado los principios cumplen las siguientes funciones (Instituto de ciencias Sociales y Políticas Publicas, 2017):

- **Función Teleológica:** Implica comprender a los principios como máximas que ordenan las reglas, procedimientos y actos, en función de la finalidad del proceso de contratación, esto es, en función de adquirir los bienes, servicios y obrar oportunamente y en las mejores condiciones de calidad y precio.
- **Función Interpretativa:** Los principios son máximas que permiten a comprender el significado correcto de las reglas contenidas en la Ley, Reglamento y Directivas.
- **Función Integradora:** Los principios permiten solucionar los problemas, surgidos en el proceso, no previstos en las reglas.
- **Función Limitativa:** Los principios marcan los parámetros de acción de la Administración Pública en todo el Proceso de Contratación.

Habiéndose explicado las diferentes funciones que tienen los principios, ahora es necesario el desarrollar los mismos de acuerdo a lo que se establece en la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.3.1.1. Principio de Libertad de concurrencia.

De acuerdo a este principio se entiende que la entidad debe dar reglas que promuevan la participación del mayor número de postores, ello tanto al inicio del proceso como durante el desarrollo de este. Consecuentemente se deberá de suprimir aquellos factores que se conviertan en formalismos innecesarios, desproporcionales o irracionales. Este principio prohíbe

considerar a un postor hábil o con experiencia al que haya prestado servicios o ejecutado obras idénticas al objeto de la nueva convocatoria. También se prohíbe que se impida la participación de consorcios por razones de capital, nacionalidad o número de participantes.

2.2.3.1.2. Principio de igualdad

Todo postor que desee contratar con el estado facilitando bienes, servicios o ejecutando obras, debe poder participar sin que exista algún tipo de privilegios, ventajas o prerrogativas. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que: *“En aplicación del principio de trato justo e igualitario, que se encuentra comprendido en el inciso 8 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todos los postores deben ser sometidos a las mismas reglas de participación sin obstáculo ni distinción alguna”*.(Resolución N° 728-2008.TC)

2.2.3.1.3. Principio de transparencia

Los postores tienen garantizado el acceso a la información del proceso del cual son concursantes, eso significa que ellos pueden obtener la información que requieran, salvo las excepciones que contempla la norma. En ese sentido durante la convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados los postores tendrán conocimiento del desarrollo de cada etapa.

2.2.3.1.4. Principio Publicidad

A través de este principio se busca que la convocatoria y el proceso en general sean publicados y difundidos de manera adecuada a fin de que se pueda garantizar la libre participación de los postores. Este principio une a

dos principios ya existentes, que vienen hacer el de transparencia y el de libre concurrencia.

La publicidad constituye la garantía de que todo se hará correctamente, los posibles licitadores u oferentes deben de adquirir debido conocimiento del llamado a licitación y los actos y hechos del procedimiento licitatorio, los que deben ser abiertos al público en general y a los licitadores en particulares (Montero, 2002, p. 79).

2.2.3.1.5. Principio Competencia.

Este principio se encuentra a su vez relacionado con el principio de libre concurrencia con la atinencia que este busca que las reglas que fomente una competencia adecuada que permita obtener la mejor propuesta para satisfacer el interés público.

2.2.3.1.6. Principio de eficacia y eficiencia.

El proceso de contratación y las decisiones que se adopten deben de buscar que se cumpla el objetivo de la contratación, pues debe primar el interés público y no las formalidad innecesarias. Cabe señalar que antes de llevar a cabo una convocatoria la entidad hace un estudio de mercado para ver la disposición de los bienes, precios y plazos que le permitan realizar las bases. Asimismo este principio permite que una vez suscrito el contrato el contratista pueda entregar un bien o servicio diferente al previsto, siempre que, la entidad acepte y que estos cuenten con mejoras y no impliquen que se asuman mayores gastos.

2.2.3.1.7. Principio de vigencia tecnológica

De acuerdo a este principio los bienes, servicios y obras deben de ser de calidad y a su vez deben estar en base a las últimas tecnologías aplicadas

en el país, para que de esa forma puedan cumplir con los fines para los cuales han sido contratados; asimismo estas por su uso en el tiempo deben poder ser susceptibles de adecuarse, integrarse y repotenciarse.

2.2.3.1.8. Principio de sostenibilidad ambiental y social

Por este principio se busca que la contratación estatal tenga un impacto ambiental negativo ello en concordancia con las normas de la materia. Para alcanzar este fin la entidad otorga una mejor calificación a aquellos postores que incluyan dentro de sus propuestas alternativas que sean menos nocivas para el ambiente, un ejemplo sería que los proveedores cuenten con certificaciones ambientales (ISO 140000). En ese orden de ideas este principio encuentra su fundamento en normas que permiten incluir objetos contractuales ecológicos como es el caso del Decreto Supremo N°009-2009-MINAM.

Por otro lado el desarrollo social quiere decir que la entidad debe promover políticas sociales inclusivas y actuar como garante de los estándares laborales.

2.2.3.1.9. Principio de equidad.

Este principio dispone el carácter conmutativo del contrato, es decir, que exista una equivalencia entre las obligaciones recíprocas a las que se comprometen las partes, específicamente que haya una relación entre lo que se paga y la ejecución de la obra, bien o servicio.

El principio de buena fe se encuentra relacionado a este, pues la ley solo otorga validez y obligatoriedad a aquellos contratos que se basen en la buena fe de las partes.

2.2.3.1.10. Principio de integridad.

La actuación de los actores de la contratación debe estar ceñida por la honradez y la veracidad, evitando prácticas que sean contrarias. Este principio verifica que los integrantes de la comisión especial no tenga intereses particulares o que su participación este prohibida por presentarse algunas circunstancias.

2.2.3.2. Contratación Estatal.

Cuando el estado necesita adquirir determinado bien o servicio se hace necesario que este contrate el servicio de los particulares, para ello la Ley de Contrataciones del Estado regula todo el procedimiento a través del cual se podrá contratar con un privado. En ese sentido la Administración Pública está conformada por una serie de instituciones las mismas que a su vez están divididas, cada una de estas requiere materiales de logística, arreglos en su infraestructura o en algunos casos son unidades ejecutoras de proyectos y necesitan realizar obras, consecuentemente la entidad cuenta con un Plan de Anual de Contrataciones, el mismo que viene hacer un documento de gestión en el que se plasma una suerte de programación de lo que se desea contratar durante el año, para ello se toma en cuenta el tipo de proceso de selección, características generales, presupuesto, unidad ejecutora, plazos, entre otros.

El área usuaria es la dependencia dentro de la entidad que se encargará de hacer el requerimiento de lo que necesita contratar a fin de cubrir sus necesidades, con ello se da el inicio del proceso de contratación estatal, para ello la norma regula determinados procesos de selección que se distinguen de acuerdo a dos criterios principales:

- El contrato que se pretende celebrar (arrendamiento, adquisición, etc.) y el monto (valor referencial).

Tomando en cuenta ello los procesos de selección de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341 son los siguientes:

- **Licitación Pública:** Utilizada para la contratación de bienes y obras, en este proceso importan los siguientes aspectos: la propuesta económica, capacidad técnica y antecedentes empresariales.

- **Concurso público:** Se usa para contratar bienes y servicios y modalidades mixtas.

- **Adjudicación Simplificada:** Se utiliza para la contratación de bienes y servicios, el monto del contrato a celebrarse es inferior al de los procesos de licitación pública o concurso público.

- **Selección de consultores individuales:** Usado para contratar servicios que solo requieran la experiencia de la persona natural con la que se contrata.

- **Comparación de precios:** Se usa cuando se desea contratar bienes y servicios de disponibilidad inmediata, diferentes a los que se adquieren mediante consultoría.

- **Subasta inversa electrónica:** Por intermedio de este proceso se contrata bienes y servicios que tengan una ficha técnica que se encuentren en el listado de Bines y Servicios Comunes.

- **Contrataciones directas:** Se contratan servicios de asesoría legal, capacitaciones institucionales entre otros diferentes a los que se contratan bajo la modalidad de concurso público.

En ese orden de ideas cada entidad asigna responsabilidades y competencias para el proceso de selección, para tales efectos se tiene:

- El titular de la entidad está encargado de aprobar, autorizar y supervisar todo el proceso de contratación.
- El área usuaria, como se mencionó en líneas precedentes es la dependencia cuyas necesidades se pretenden cubrir con la contratación.
- El órgano encargado de las contrataciones, gestiona el abastecimiento.

2.2.3.2.1. Proceso de contratación.

Bases del proceso de selección

Las bases son el conjunto de reglas que son redactadas por la entidad, en estas se especifican y regulan el programa contractual a las cuales se tendrá que adherir el postor. Desde el punto de vista legal las bases son un acto administrativo que deberá estar sujeto a los límites contenidos en la ley; sin embargo estas pueden ser impugnadas por aquellos que tengan un interés y deseen realizar alguna observación, que deberá ser absuelta de tal forma que se integren las bases de manera definitiva. Una vez integradas las bases estas se convierten en inalterables y obligatorias; consecuentemente cualquier actuación que no se ajuste a las reglas podrá ser cuestionada.

Las bases deben contener la identificación del objeto que se desea contratar, obligaciones y derechos de las partes, requisitos para ser postor, especificaciones técnicas de lo que se va a contratar, plazo de ejecución, sistema de contratación, método de evaluación y calificación de la propuesta, forma de solución de controversias, entre otros.

Dentro de los requisitos mínimos se debe tomar en cuenta exigencias racionales, objetivas y congruentes que los postores deberán cumplir; entre estos se puede considerar la experiencia.

Los criterios establecidos en las bases no pueden ser subjetivos, por el contrario deben ser pasibles de ser analizados de manera objetiva, algunos factores a considerar son los siguientes: precio, plazo de entrega, sostenibilidad social, garantía comercial del postor, disponibilidad de repuestos, capacitación del personal, experiencia del personal, plan de riesgos y otros de acuerdo al objeto.

- **Proceso de Selección**

En los proceso de selección tanto la entidad como los postores desarrollan actividades distintas, pero cuya finalidad es que ambos manifiesten su voluntad para determinar a qué postor se le otorgara la buena pro.

Convocatoria

Es el acto mediante el cual la entidad invita a todos aquellos que se encuentren interesados de presentar sus ofertas, para ello la convocatoria debe reunir los siguientes requisitos: contar con toda la información del proceso, publicidad y los plazos de cada etapa del proceso.

Consultas

Cuando el postor considere que las bases no son claras o requiere mayor información para postular formulara sus consultas a la entidad. Consecuentemente será la entidad quien se encargue de absolver las

consultas tomando en cuenta que deberán ser claros en dicha absolución y a su vez esta se hará pública.

Observaciones

Los postores que consideren que algunas de las reglas que contiene las bases no se ajustan a las disposiciones contenidas en la Ley de Contratación Estatal, entonces podrán formular sus observaciones, las mismas que tiene como finalidad la modificación de dicha regla. Al igual que las consultas las observaciones son absueltas por la entidad siguiendo los mismos criterios; sin embargo para este caso se deberá tomar en cuenta a su vez las disposiciones legales que estaría incumpliendo, por ello la revisión se realiza ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Integración de las bases

La entidad se encarga de realizar la integración de las bases, para ello toma en cuenta las consultas, observación y de ser el caso el pronunciamiento del OSCE. Una vez integradas las bases estas se convierten en inalterables.

Propuesta del Postor

La oferta es el acto jurídico mediante el cual el postor tomando en cuenta lo que se ha establecido en las bases y lo que prescribe la ley realiza la declaración de su voluntad presentado su propuesta, la misma que se caracteriza por ser:

- Unilateral, pues el postor de forma unilateral es el que presenta su oferta.

- Firmeza, la propuesta presentada no puede ser modificada as
- Plenitud, debe contar con todos los requerimientos que se establecen en las bases y lo que ha sido considerado por la entidad.
- Carácter recepticio, se encuentra dirigido a la entidad y por ende merece una respuesta por parte de esta.

La oferta está conformada por la propuesta técnica y económica, en esta se debe acreditar la capacidad del postor y su voluntad de estar de acuerdo con las bases.

Cabe señalar que a partir de las reglas del proceso y características del contrato se pueden identificar algunas ofertadas cuyas modalidades son algo particulares.

- Oferta con alternativa: se presenta cuando en las bases se establecen dos opciones y el postor tiene la opción de elegir. En este tipo de propuestas existe la posibilidad de elegir el objeto, forma de ejecución, y la solución técnica o financiera de la prestación.

- Oferta con variante: en este tipo de oferta el postor considera lo que ha requerido el área usuaria, pero a su vez considera algunas características adicionales que no han sido solicitadas.

- Oferta con mejoras: se presenta cuando la entidad realiza un pedido que solo deberá ser cumplido de forma facultativa por parte del postor, en este caso el postor cumple con la oferta y con el adicional que genera un beneficio para la entidad.

- Oferta en consorcio: es la propuesta presentada por dos a más postores que se unen por sus capacidades, experiencia, etc.

La propuesta puede ser presentada de forma física o virtual de acuerdo al proceso de selección, asimismo podrá ser presentada de manera simultánea para el caso de la licitación pública o se presentara de manera sucesiva como en el caso de subasta inversa o pública. Al respecto, la presentación otorga el derecho subjetivo de que se admita la propuesta siempre que, esta cumpla con todos los requisitos, en consecuencia la entidad tiene la obligación de evaluarla y emitir su pronunciamiento.

Admisión y otorgamiento de la buena pro.

Como se ha señalado en puntos anteriores la oferta del postor debe contar con algunos requisitos para que esta pueda ser evaluada por la entidad. En ese sentido de acuerdo al tipo de proceso de selección se aplicaran algunos criterios, la entidad evaluara de forma racional cuando pondere la parte económica y la calidad mediante fórmulas. Por otro lado la evaluación será automática, cuando se sigan criterios objetivos para determinar al ganador y por último se puede evaluar obedeciendo a criterios netamente discrecionales, este es el caso de las contrataciones directas por exoneración.

Una vez concluida la evaluación se obtiene la propuesta ganadora, con ello la entidad tiene el deber jurídico de contratar con el postor; cabe señalar que en contratación estatal el otorgamiento de la buena pro no significa que se ha perfeccionado el contrato, pues es necesario que este se realice mediante un documento escrito, para ello el postor deberá presentar algunos documentos como la garantía de fiel cumplimiento, la constancia oficial de no estar inhabilitado y otros que se hayan especificado en las bases y que

de acuerdo a la LCE se hagan necesarios. Solo en algunos caso (monto mínimo, convenio marco, contratos precedentes).

Existen algunos casos en los cuales la entidad no celebrara el contrato con el contratista, tales como: la desaparición de la necesidad, recorte presupuestario o la existencia de una nueva norma que prohíba el objeto del contrato. Asimismo el contratista no podrá desistirse de contratar, pues ello acarrea una responsabilidad que deviene en una inhabilitación para contratar con el Estado. El contratista podrá dejar de lado la suscripción del contrato cuando la entidad haya aceptado, en este caso se llamara al postor que ocupo el segundo puesto, a fin de que este se acerque a suscribir el contrato.

Finalmente, el contrato alcanzara publicidad a través de su inclusión en los portales como el SEACE.

2.2.3.2.2. Contrato.

Es el acuerdo entre la entidad y un particular destinado a regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Se rige por la normativa de contrataciones estatales y de acuerdo a la ley de contrataciones con el estado el contrato debe constar por escrito y contener algunas cláusulas que son obligatorias como: Garantías, solución de controversias y resolución de contrato por incumplimiento.

La obligación de contratar nace para ambas partes una vez que la Buena Pro queda consentida, sin embargo existen algunas situaciones en las que la Entidad puede negarse a suscribir el contrato: por recorte presupuestal, por norma expresa, porque la necesidad de contratar desapareció. En caso del postor este solo puede negarse a suscribir el contrato por que exista

imposibilidad física o jurídica sobrevenida a la Buena Pro declarada por el Tribunal.

Según la Ley de Contrataciones del Estado existen algunas formalidades que deben ser tomadas en cuenta a la hora de suscribir el contrato, en ese sentido el mismo debe constar de manera escrita ya sea a través de: *la suscripción del documento contractual, mediante orden de compra o de servicios en contratos: derivados de procesos de menor cuantía (salvo en contratos de consultoría y ejecución de obras) y el caso de procesos por relación de ítems se dará con un documento contractual o con la orden de compra o de servicios, según el monto del valor referencial de ítem. (Decreto Legislativo N° 1341, 2017).*

El postor deberá presentar una serie de documentos los mismos que de acuerdo a ley son:

- Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado.
- Garantías, según el caso.
- Promesa Formal de Consorcio, según el caso.
- Código de Cuenta Interbancaria.
- Traducción oficial por traductor público juramentado, que remplace la traducción certificada.
- Y demás documentos exigidos en las Bases.

2.2.3.2.3. Prestaciones Adicionales.

Un primer punto que cabe destacar es que en la actualidad solo se usa la expresión de prestaciones adicionales, porque no se trata de una nueva

obra, sino de nuevas prestaciones para la obra original. Por otro lado, cuando nos referimos a presupuestos adicionales (artículo 175º del Reglamento), en realidad abordamos otro tema, relacionado al pago de las valorizaciones por cada prestación adicional, dicha precisión es solo a fin de distinguir ambos conceptos.

El numeral 40 del Anexo Único del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, define a la prestación adicional como: *“Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal”*.

El texto genérico contemplado en el artículo 34º de la LCE establece que:

Artículo 34. Modificaciones al contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%)

del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad. En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de

Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

Del numeral se advierte que existen dos supuestos respecto a la ejecución de prestaciones adicionales de obras, de acuerdo al porcentaje que representan del monto total del contrato original:

- **Cuando las prestaciones alcanzan el 15 % de este monto.**

En el caso de las prestaciones adicionales que no superan el 15% del monto de la obra se debe tomar en cuenta que para determinar correctamente el porcentaje de la prestación adicional no basta con calcular si el monto de esta no supera el 15% mencionado líneas arriba, sino que además de ello, al monto del adicional debe restársele el monto de los gastos que ya no se harán, al ser sustituidos por el adicional al que están relacionados.

En ese orden de ideas todos los contratos tienen una finalidad, la cual debe ser de interés público. Dentro de ese rango, la entidad define la finalidad del contrato y sobre la base de esta finalidad es que se debe juzgar si es necesaria o no una prestación adicional. Asimismo al estar un adicional referido a la utilización de mayores recursos públicos sin el respectivo proceso de selección, esta decisión debe ser tomada por la máxima autoridad de la entidad, que no es otra que el TITULAR, quien responde como garante del interés público en los contratos que celebra con los proveedores. En consecuencia no es posible la aprobación de prestaciones

adicionales de obra con posterioridad a su ejecución, toda vez que la normativa de Contrataciones del Estado establece que la aprobación previa del Titular de la Entidad es una condición necesaria para la ejecución de las referidas prestaciones, así como la observancia del procedimiento y plazos previstos en el artículo 175º del Reglamento que a su vez añade:

*“Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la **resolución del Titular de la Entidad** (...).”*

Es necesario recalcar que la aprobación debe estar garantizada antes de la celebración de la prestación adicional y suscripción de la adenda, pues el Estado no puede comprometerse a contratar mayores prestaciones de obras sin tener el respaldo económico correspondiente, aunque este respaldo surja posteriormente.

- **Cuando las prestaciones son mayores del 15 % y menores del 50 %.**

Para las prestaciones adicionales que superen el 15 % del monto total es necesario acreditar que estas resultan indispensables para la ejecución de la obra principal. La norma contempla que en ocasiones, el expediente técnico de la obra tiene errores que no permiten que se pueda ejecutar esta de manera correcta, estos errores, para corregirse, muchas veces implican la ejecución de prestaciones que no estaban previstas originalmente, configurándose de esta manera las prestaciones adicionales las mismas que como ya se había mencionado solo procederán cuando estas cuenten con la disponibilidad presupuestaria y estén debidamente aprobadas por el Titular de la Entidad y la Contraloría General de la República (Tamayo, 2014):

El artículo 176º del Reglamento, refiere que se debe contar con la autorización previa de la Contraloría que cuenta con quince días hábiles para pronunciarse respecto a la viabilidad del adicional. Existe un tercer paso que es poner en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas estas prestaciones adicionales, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, ello como medida necesaria de control político para evitar, en un futuro, presuntas irregularidades o comisión de delito.

2.2.4. Arbitraje en las contrataciones del estado.

2.2.4.1. Evolución histórica del arbitraje en la ley de contrataciones del estado.

Como se ha hecho mención anteriormente el arbitraje es un método de resolución de controversias pues a través de un laudo que reúne las mismas características de una sentencia judicial se resolverá la controversia surgida entre las partes.

Sobre este tema cabe señalar que fue en el año 1997 que se promulgó la Ley N° 26850, a través de la cual, por primera vez en el Perú se regulo el arbitraje como un medio de solución definitivo de las controversias que surgieran durante la etapa de ejecución de los contratos celebrados y regulados por la entonces Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Ya en la década de los años 90, en nuestra legislación nacional se da un importante avance, pues el Estado tiene la facultad de someter sus conflictos

al arbitraje sin autorización previa, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje aprobada mediante Decreto Ley N° 25935 en noviembre de 1992. Dicho tratamiento se ha mantenido con el pasar de los años, tal como se puede advertir en la Ley General de Arbitraje aprobada mediante Ley N° 26572 de diciembre de 1995 y la norma vigente, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071 en el año 2008.

Es importante resaltar que el primer paso para el reconocimiento del arbitraje tuvo lugar a través del artículo 139° de la Constitución Política de 1979 que fue considerada una vez más en el artículo 63 de la Cata Magna del año 1993.

Asimismo, a partir del año 1991, el legislativo empezó a emitir normas especiales para que el estado pueda hacer uso del arbitraje en determinadas materias. Así por ejemplo tenemos el Decreto Legislativo N° 662 “Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera”; el Decreto Legislativo N° 757 “Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada”; y el Decreto Legislativo N° 758, modificado por el Decreto Legislativo N° 839, “Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos”. Dichas normas fueron un avance para abrirle paso a las nuevas normas que regulaban el tema, entre ellas tenemos, la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 de junio de 2008 y la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas para la Generación de Empleo Productivo aprobada por el Decreto Legislativo N° 1012 y modificado recientemente por la Ley N° 29771. Las normas mencionadas en líneas precedentes son el resultado de los esfuerzos del

Estado por crear una vía alterna a la judicial para resolver algunas controversias donde este tuviera injerencia.

2.2.4.2. Arbitraje en el Estado.

Al amparo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú la administración estatal ha sometido las controversias que surgen de sus relaciones contractuales a la jurisdicción arbitral. Esta decisión tiene como fundamento una serie de motivos, que van desde la celeridad de esta vía frente a la lentitud judicial y la independencia y manejo de los árbitros frente al desconocimiento de los jueces. A estos motivos se sumó el hecho de que se tenía que buscar una mayor garantía para el contratista, en el sentido de que se pueda resolver de manera más eficiente y eficaz los inconvenientes que se puedan suscitar.

La reciente modificatoria a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, realizada mediante el Decreto Legislativo N° 1341 establece en el numeral 1 del artículo 45 lo siguiente:

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.

Como se puede apreciar la cláusula de solución de controversias es obligatoria incluso en caso de que esta no se incorpore en el convenio arbitral se entenderá incorporada de pleno derecho; sobre este punto es

importante recalcar que una característica importante del arbitraje es que este obedece a la voluntad que tienen las partes de someter sus causas a esta jurisdicción; sin embargo como se ha indicado para los casos de la contratación estatal el arbitraje es obligatorio y ello es porque se está hablando de un interés netamente público y no privado. Al respecto se podría decir que se está desnaturalizando el concepto de arbitraje pero ello no es del todo cierto, dado que si bien el Estado tiene la obligación de incluir dicha cláusula el proveedor acepta dicha situación al suscribir el contrato; consecuentemente la obligatoriedad a la que se hace referencia solo es en relación al Estado.

Algunos autores manifiestan su oposición a esta concepción, entre ellos tenemos a Santistevan (2008, citado en Guzmán, 2016) quien prefiere 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 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es extender una oferta general de arbitraje que el contratante acepta al celebrar el contrato o a la que se adhiere. Asimismo, el citado autor sostiene que se puede admitir que el Estado no obliga a nadie a contratar con sus dependencias lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar.

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

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

En este punto debe tomarse en consideración que lo previsto en los artículos de la ley en materia de solución de controversias en la etapa de ejecución son de carácter sustantivo. La ley establece así derechos y obligaciones de naturaleza administrativa y por ende debe ser analizado desde la perspectiva del Derecho Público, específicamente en lo que concierne al arbitraje administrativo que se ha venido comentando. Este es el argumento principal para sostener que en este caso nos encontramos ante una forma o tipo puntual de arbitraje administrativo, que también supone la existencia de una competencia arbitral especializada

2.2.4.3. Tipos de arbitraje.

2.2.4.3.1. *Arbitraje de derecho y de conciencia.*

El arbitraje de derecho es aquel por el cual se resolverá las controversias aplicando las norma que se hayan dentro del ordenamiento jurídico, por otro lado en el arbitraje de conciencia el árbitro resuelve el problema aplicando su criterio particular, resultando ser muy subjetivo, al respecto Trazegnies (1996, citado en Castillo y Sabroso, 2011) considera que se está ante la presencia de un círculo vicioso, pues al decir que el árbitro resuelve de acuerdo a su leal saber y entender que es guiado por la equidad, cuando se pregunta sobre el concepto de equidad se advierte que el leal saber y entender del árbitro, advirtió sobre la presencia del círculo vicioso . Otros autores refieren que no considerar al arbitraje de conciencia significaría imponer un monopolio, pues solo se estaría dejando en manos de los abogados lo que bien otros ciudadanos pueden resolver.

Ahora bien, en materia de Contratación Estatal, se ha considerado que se aplicara el arbitraje de derecho de acuerdo al artículo 184 del Decreto

Supremo N° 056-2017-EF que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225 que establece lo siguiente:

184.1. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho.

Como se puede apreciar no existe la posibilidad de elegir y disponer que en todos los casos el arbitraje sobre controversias relativas a la contratación pública, ello porque es evidente que se busca evitar situaciones arbitrarias o subjetivas en aquellos casos donde lo que está en juego es el interés público, por ende se deja estos temas a la interpretación jurídica y al amparo de una ley determinada.

2.2.4.3.2. Arbitraje Ad Hoc o Institucional.

De manera general el arbitraje institucional es organizado y administrado por una institución arbitral, por su parte el arbitraje Ad hoc es administrado directamente por los árbitros de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Ley General de Arbitraje; sin embargo es preciso puntualizar que la esencia del arbitraje institucional es la administración de este por una institución arbitral conforme a un conjunto de normas, que se conocen como Reglamento Arbitral. La actual ley no exige mayores requisitos para la creación de una institución arbitral, pues solo se indica que sea una persona jurídica que puede tener fines de lucro; sin embargo aun cuando la norma no exija determinadas condiciones cualquier institución que quiera obtener confianza en las personas deberá contar con:

El Reglamento que regule el proceso arbitral, ello con la finalidad de que las partes conozcan las reglas dotando el proceso de seguridad jurídica.

El tarifario de honorarios y gastos arbitrales, con ello las partes conocerán los gastos que demandara acudir a la vía arbitral.

Un Código de Ética que deberá establecer los principios bajo los cuales se debe ceñir la actuación arbitral, asimismo contendrá las sanciones que se aplicaran a estos en caso de que no cumplan de forma idónea con sus funciones.

Una lista o registro de árbitros que se encuentren acreditados y a su vez de preferencia sean especialistas en la materia.

Una infraestructura adecuada con soporte logístico y tecnológico para la realización eficiente de las audiencias, notificaciones, actuaciones y las coordinaciones necesarias con las partes y con los árbitros.

Acudir a una institución arbitral reduce las posibilidades de presuntos actos de corrupción, sobre todo cuando se trata de temas en los cuales participa el Estado, sin embargo ello no implica que dichas instituciones tengan alguna injerencia en la forma como los árbitros resolverán el fondo del asunto, la intervención de la institución arbitral está enfocada en el apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación (Del Aguila, 2005, pg.235). En términos generales la institución vera aspectos organizativos, operativos y administrativos del proceso arbitral, así también deberá garantizar que el proceso arbitral sea llevado a cabo con independencia, neutralidad, equidad e imparcialidad, de manera rápida y eficiente, que son algunas de las características del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.

El arbitraje ad hoc o también conocido en la doctrina como arbitraje no administrado es aquel por el cual las partes encargan el proceso arbitral al

tribunal arbitral y a su vez dicho proceso se llevara a cabo de acuerdo al ordenamiento jurídico o a las normas que hayan sido fijadas por las partes. En ese orden de ideas en este tipo de arbitraje se toma en cuenta el principio de libertad que es característico del arbitraje y dentro de sus ventajas se encuentra el hecho de que existe mayor confidencialidad y flexibilidad, de tal forma que se tiene un proceso más justo para las partes. Sobre este tipo de arbitraje se necesita cooperación de las partes, pues en tanto no haya un tribunal instalado será difícil resolver la controversia, más aun si una parte obstaculiza el normal desarrollo del arbitraje (Amprimo, 2009).

2.2.4.4. Convenio arbitral.

El convenio arbitral es el pacto a través del cual las partes manifiestan la voluntad que tienen de someter su controversia, ya sea contractual o no contractual, a un proceso arbitral. Dicho convenio es indispensable para que la controversia sea resuelta por un árbitro. En ese sentido se considera que el convenio arbitral es la base del arbitraje, el cual nace por la voluntad de las partes, contemplando los límites de la ley; sin embargo se debe precisar que existen acuerdos plurilaterales, como los que se encuentran dentro de los estatutos o sus análogos de sociedades mercantiles u otras con personería jurídica, en las cuales se establece al arbitraje como una forma de solución de controversias que puede surgir entre los miembros, respecto de sus derechos o deberes que nazcan a partir de su estatuto.

Dentro del convenio arbitral, las partes pueden estipular sanciones y garantías. Se darán sanciones cuando una de las partes se niegue a realizar

algún acto necesario para que el convenio sea válido y las garantías a fin de asegurar el cumplimiento del laudo arbitral.

Asimismo según el artículo 13 numeral 2 del Decreto Legislativo 1071, refiere que el convenio arbitral debe constar por escrito, ya sea dentro de un contrato o a través del intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que deje prueba documentaria de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Cuando una de las partes decide someter la controversia a un proceso arbitral mediante una demanda y la otra parte no se oponga se entenderá de forma tácita que hay un convenio arbitral.

El convenio arbitral puede estar incluido dentro del contrato o puede estar fuera del mismo a manera de acuerdo independiente. Gracias a libertad contractual que se encuentra consagrada en la Constitución del Perú las partes son libres de incorporar una clausula arbitral dentro de su contrato, sin que ello signifique tener el mínimo cuidado al momento de incluirlas, pues si esta adolece de defectos entonces el proceso arbitral se verá afectado y no podrá desarrollarse con normalidad.

Es importante recalcar que existen dos requisitos por así decirlo del convenio arbitral, el primero es la decisión de las partes de pactar el arbitraje, y el segundo es la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos. Ambos requisitos se hayan presentes al momento en el que las partes acuerdan someterse al arbitraje, por lo que, independientemente de que las partes pacten un convenio arbitral antes de que nazca la controversia o cuando esta ya exista, las partes pueden acudir a arbitrar sus conflictos, sin tener que “otorgar” o “integrar” contrato alguno.

2.2.4.5. Laudo arbitral.

El laudo arbitral se asemeja a una sentencia emitida por el Poder Judicial este pone fin al proceso arbitral y a la competencia de los árbitros, pues en este los árbitros se pronuncian sobre la controversia sometida a su competencia. El laudo arbitral debe constar por escrito, con los votos particulares de los árbitros si los hubiera; si se tratara de arbitraje colegiado, bastará con que sea firmado por la mayoría requerida. El árbitro que no firme ni emita voto particular se entiende adherido al de la mayoría. Todo laudo arbitral debe estar debidamente motivado, salvo pacto en contrario que las partes hayan considerado de esa forma, asimismo de acuerdo al artículo 55 de la Ley General de Arbitraje se establece que, debe constar la firma de la mayoría de árbitros o solo la del presidente, dejando la razón de la ausencia de una o más firmas.

Es importante recalcar que el laudo constituye la decisión que emite el árbitro y que resuelve la controversia sometida a su conocimiento; es la última y más importante fase del proceso arbitral; pues todo el proceso se ha visto estructurado para para llegar a esta etapa, en ese sentido el laudo arbitral equivale a una sentencia judicial y puede ejecutarse como tal. El laudo arbitral es vinculante y obligatorio y en este se resuelven solo los puntos controvertidos que las partes acordaron someter al juicio de los árbitros, caso contrario ello devendría en una causal de nulidad. Como se ha mencionado en líneas precedentes el laudo, requiere que sea fundamentado, pues las partes deben encontrar un sentido lógico entre lo que alega el árbitro y la solución final; por otro lado el laudo deberá contener fundamentos jurídicos (arbitraje de derecho) y en caso de tratarse de un

arbitraje de conciencia es una responsabilidad mayor para el árbitro, pues deberá fundamentar de manera más rigurosa su decisión. Respecto los efectos del laudo al igual que una sentencia emanada por jueces naturales este goza de vigor jurídico, toda vez que se puede solicitar su ejecución en la vía judicial; ya que una vez que se emita el laudo y no se haya cuestionado su validez, este adquiere la calidad de cosa juzgada.

Como se ha precisado en líneas precedentes el laudo contiene la exposición de motivos que tiene el arbitrio o los árbitros para tomar una determinada decisión, en ese sentido a través del siguiente cuadro se resume la regla general del voto de los árbitros.



Fuente: elaboración del autor

Por otro lado el laudo arbitral no solo se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje, sino que al ser parte esencial de un proceso arbitral también se encuentra contemplado en la Ley de Contrataciones del Estado y en el Reglamento de esta, pues el arbitraje no es ajeno a este campo del derecho en virtud de que este figura como un medio de solución de las controversias

que surjan al contratar con el Estado. En ese orden de ideas el numeral 8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

“45.8. El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer el recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya”.

Asimismo el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado especifica que:

“197.1. El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, debe ser notificado personalmente a las partes y a través del SEACE. El laudo vincula a las partes del Arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso. El laudo debe ser motivado, no pudiéndose pactar en contrario”.

“197.2. Es responsabilidad del árbitro único o del presidente del Tribunal Arbitral registrar correctamente el laudo en el SEACE, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, conforme a lo dispuesto número 1) del numeral 216.3 del artículo 216. Asimismo, es responsable de la remisión que se requiera efectuar a la respectiva secretaría arbitral para efectos de su notificación personal”.

“197.3. El OSCE implementa, administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el SEACE”.

“197.4. Dicha información se publica en el portal institucional del OSCE y es actualizada trimestralmente, bajo responsabilidad”.

De los artículos en mención se desprende que en materia de contratación estatal ya no se define lo que es el laudo, por el contrario es puntual y solo se indica que el laudo vincula solo a las partes que intervinieron en el proceso arbitral; asimismo refiere que será responsabilidad del árbitro encargarse de registrar el laudo en el SEACE, pues de ello depende que el laudo surta sus efectos válidamente.

Al respecto el proceso arbitral tiene como una de sus características la confidencialidad, sin embargo en este caso por tratarse de un interés público se tiene que optar por hacer público el laudo final. “En el arbitraje se dilucidan controversias de orden patrimonial que principalmente interesan al ámbito privado de las personas naturales o jurídicas, al tratarse de arbitrajes que incluyen a partes estatales la reserva se relativiza en cuanto al resultado final del arbitraje” (Santistevan, 2008, citado en Castillo y Sabroso, 2009, p. 48).

. Según el referido autor, ello es lógico pues, en vista de que si bien en determinado momento las actuaciones arbitrales solo eran de interés de las partes el panorama cambia eventualmente pues pasara a ser de interés general.

2.2.4.6. Anulación de laudo en la ley de contrataciones y su reglamento.

El arbitraje al ser un mecanismo de solución de controversias necesita a su vez algún tipo de control; sin embargo dejar dicho control al órgano jurisdiccional restaría eficacia a este medio; por ende se ha visto por conveniente que la anulación sea el instrumento idóneo de control de las decisiones arbitrales, pues tendrá como finalidad evitar los posibles excesos en los que puedan incurrir los árbitros; sin embargo es preciso señalar que la anulación no versara sobre el fondo de lo laudado en vista que dicho punto ya tiene calidad de cosa juzgada.

La base de la anulación no se encuentra en corregir errores, sino de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; consecuentemente a partir de ello se entenderá la diferencia que existe entre el recurso de apelación y el recurso de anulación. La apelación permite que el juez pueda revisar el fondo del asunto, la anulación tiene por objeto verificar la validez de la forma del laudo.

Una vez que se emite y se notifica el laudo arbitral se concluye con la jurisdicción de los árbitros, salvo cuando existan casos en los que se pretenda que se aclare algún extremo del laudo, corregir errores de cálculo o suplir alguna omisión.

En ese orden de ideas es importante recalcar que el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, prohíbe a los jueces a pronunciarse sobre el fondo de la controversia o tomar atribuciones que le correspondan solo a los árbitros.

Las causales de anulación están expresamente establecidas en el inciso 1 del artículo 63 de la Ley, indicándose a su vez que la parte deberá de probar la causal de anulación que alegue.

El tema de la anulación básicamente está regulado en la propia Ley; asimismo en el Reglamento se toma en cuenta algunos aspectos sobre este recurso; así el artículo 231 de este indica que las partes pueden decidir que para que se presente la demanda de anulación exista una carta fianza en favor del vencedor.

Una vez interpuesto el recurso la parte solicitante deberá comunicar al árbitro sobre dicho acto dentro de los 5 días hábiles siguientes al plazo que figura en la ley, caso contrario se entenderá que no hay oposición y el laudo quedara consentido.

Por otro lado el referido artículo 231 del Reglamento establece que la sentencia que resuelve la anulación, debe de emitirse al OSCE dentro de los 10 días de notificada.

2.2.5. Arbitrabilidad objetiva en las contrataciones con el estado.

2.2.5.1. Definición.

El arbitraje ha sido reconocido a nivel constitucional como una vía de solución de controversias alterna a la judicial, sin embargo no todos los asuntos u objetos que den origen a una controversia pueden ser sometidos a arbitraje; consecuentemente para establecer que temas pueden resolver los árbitros se crea el término de arbitrabilidad. En ese sentido diversos litigios no pueden ser sometidos a arbitraje por motivos de orden público, pero por otro lado existen otro tipo de situaciones inarbitrables porque no son

disponibles o porque una norma establece que deben ser conocidos por una determinada jurisdicción.

En ese orden de ideas de manera inicial se podría decir que la arbitrabilidad hace referencia a la legalidad de un acuerdo arbitral, es decir, que para que este acuerdo surta sus efectos válidamente no será suficiente con la voluntad de las partes, sino que su objeto tendrá que ser susceptible de ser sometido a arbitraje, situación que guarda relación con el orden público, pues la noción de arbitrabilidad estará relacionada a los parámetros que deben cumplirse según establezca la norma, ello como un límite al poder de decisión de los árbitros.

La doctrina maneja dos criterios con respecto al tema, por un lado el término de arbitrabilidad concierne a lo contractual, esto quiere decir que, los asuntos susceptibles de ser sometidos a arbitraje deben de ser de libre disposición y para otro sector se relaciona con el ámbito procesal, en el sentido, de que se trata de normas eminentemente dispositivas; sin embargo a fin de poder entender en sentido más amplio el tema es mejor que se tome en cuenta ambas posturas doctrinales.

El pacto arbitral, como acto jurídico, debe cumplir con los parámetros establecidos por ley, por consiguiente de conformidad al artículo 140 del Código Civil, el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica; para que este sea válido es necesario que sea celebrado por agentes capaces, que el objeto sea físico y jurídicamente posible, tenga un fin lícito y obedezca a la formalidad prescrita por ley bajo sanción de que se declare su nulidad. Tomando en consideración lo referido en líneas precedentes el objeto lícito

al que se alude indica que el asunto que da origen al conflicto pueda ser dirimido en la vía arbitral, y la capacidad de las partes sería el poder que tienen estas para someter un derecho de libre disposición a esta jurisdicción. Habiéndose analizado sobre la validez del pacto arbitral, se tiene que la arbitrabilidad se clasifica en subjetiva y objetiva:

Arbitrabilidad subjetiva: Es la capacidad que tienen las partes para someterse al arbitraje (Salcedo, 2005, p.113), en otras palabras, es la facultad que tiene la persona de disponer del derecho u obligación fruto de la controversia que se quiere someter a arbitraje.

Para nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha establecido que pueden acudir a arbitraje las personas naturales y jurídicas, ya sean del derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan disposición sobre sus derechos.

Arbitrabilidad objetiva: Son las controversias que según el legislador pueden ser sometidas a arbitraje; para un sector de la doctrina se afirma que pueden someterse a arbitraje aquellas materias susceptibles de transacción; mientras que otro sector, considera que son materia de arbitraje aquellas que por su naturaleza se desprenden de normas dispositivas.

La Convención de Nueva York en su artículo V Numeral 2 literal A, prescribe: (...) se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (...). Igualmente, la Ley Modelo CNUDMI señala en el artículo 1° numeral 5 que: “La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en

virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley (...). Adicionalmente, el artículo 36 de dicha Ley existe la posibilidad de que se declare la nulidad del laudo arbitral, cuando se compruebe que, según la ley del Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

De lo mencionado en líneas precedentes se puede concluir en lo siguiente: el principio de autonomía del cual gozan las partes prima como criterio para señalar que causas serán sometidas a arbitraje, siempre que el legislador no haya vedado alguna de estas.

2.2.5.2. Prestaciones Adicionales.

En principio, es importante señalar que cuando se perfecciona el contrato, las partes se obligan a cumplir prestaciones recíprocas; que dichas prestaciones sean cumplidas, en la forma y tiempo establecidas, es lo que se espera cuando se contrata con el Estado; sin embargo no siempre se configura tal situación durante la ejecución contractual, pues se presentan determinadas circunstancias que hacen que se modifiquen las prestaciones que se acordaron al inicio. Ante esta situación la normativa de contrataciones estatales ha considerado la figura de prestaciones adicionales.

Sobre el particular, el artículo 34 de la Ley, en su numeral 34.2, sobre las prestaciones adicionales señala lo siguiente: *“Excepcionalmente y previa sustentación del área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables*

para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje”. (Decreto Legislativo N° 1341, 2017).

Asimismo, el primer párrafo del artículo 139 del Reglamento establece que: *“Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.”. (Decreto Legislativo N° 1341, 2017)*

Como se advierte, la legislación vigente ha contemplado que en determinado momento se puede ejecutar prestaciones adicionales para alcanzar la finalidad del contrato, ello significa que se cumpla con la necesidad pública para la cual fue celebrado el contrato. De acuerdo a la Opinión N° 136-2015/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, estas prestaciones adicionales se materializan con la entrega o suministro de los bienes o la prestación de los servicios adicionales que cumplan con el propósito de satisfacer la necesidad que originó la contratación.

En esa medida, la normativa considera las prestaciones adicionales como aquella entrega de bienes y servicios que no estaban originalmente

consideradas en las bases integradas, la propuesta presentada o el contrato (no pactadas); sin embargo, estas resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad del mismo. Siendo así, la entidad está facultada para requerir prestaciones adicionales, a fin de hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, lo que supone la ejecución de nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, siempre que el contrato se encuentre vigente y no se supere el 25% del monto del contrato original.

En ese orden de ideas es preciso señalar que las prestaciones adicionales cuentan con las siguientes características:

- Son excepcionales dado que solo proceden cuando su ejecución resulta indispensable para cumplir con la finalidad pública por la cual fue celebrado el contrato.
- No son consideradas dentro del expediente técnico primigenio; sin embargo se deberá elaborar uno propio para la aprobación de estas.
- A consecuencia de su ejecución el Estado deberá asumir con el pago, lo que implica que se considere un presupuesto adicional.
- Es causal de ampliación de plazo según lo previsto en el artículo 170 del reglamento.

2.2.5.2.1. Tipos de prestación adicional

Tanto la actual norma que regula las contrataciones con el estado así como su reglamento, contemplan dos clases de prestaciones adicionales de obra: **a) Aquellas cuyo valor no exceda el 15% del**

contrato original; y b) Aquellas cuyo valor sea mayor al 15% pero menor del 50 % del monto original.

Frente a esta situación cuando se supere el 50% del monto original se deberá de resolver el contrato para llevar a cabo un nuevo proceso de selección por el saldo de la obra pendiente de ejecución. En ningún caso la obra debe quedar inconclusa, ya que, se entiende que la finalidad pública subsiste y debe ser satisfecha.

Continuando con el desarrollo de los tipos de prestación adicional se tiene el siguiente cuadro que presenta las diferencias que existen en el procedimiento para su aprobación.

Cuadro N° 1

Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que modifica el reglamento de la Ley N° 30225	
Artículo 175.- Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%).	Artículo 176.- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%).
La ejecución del adicional en el caso de obras solo procede cuando se cuente con el crédito	Las prestaciones adicionales que superen el 15% del monto del contrato original deben contar con la

presupuestario y no se exceda el 15% del monto original.

1. Cuando se perciba la necesidad de un adicional el contratista deberá anotar dicha situación en el cuaderno de obra, para que posteriormente en un plazo de 5 días el inspector o supervisor informe al Titula de la Entidad.

2. Cuando la entidad tome conocimiento podrá hacer el expediente técnico del adicional, caso contrario podrá delegar dicha función al supervisor. Tal expediente contiene especificaciones técnicas y económicas.

3. Una vez que se tenga el expediente técnico, este se entrega al inspector para que en un plazo de 5 días hábiles opine si es viable o no llevar a cabo el adicional.

4. Con la opinión técnica la

autorización del Titular de la Entidad y a su vez requieren para su ejecución y pago la autorización EXPRESA de la Contraloría General de la Republica.

1. La Contraloría General de la Republica cuenta con 15 días hábiles para decidir si autoriza o no el adicional. Cabe señalar que su decisión deberá ser motivada.

2. Si la Contraloría necesita más información podrá solicitarla máximo en el día 5 de los 15 con los que cuenta a la entidad.

3. La entidad cuenta con 5 días hábiles para entregar la información solicitada.

4. Si la Contraloría no decidiera en el plazo fijado, entonces, el titular de la entidad podrá decidir unilateralmente la ejecución o

<p>entidad tiene 12 días hábiles para tomar decidir si procede o no el adicional, en el mismo plazo deberá comunicar al contratista.</p> <p>En caso de que se apruebe la ejecución del adicional el contratista está en la obligación de ampliar la garantía otorgado, ello con la finalidad no alterar el equilibrio económico del contrato, en atención al principio de equidad.</p>	<p>el pago del adicional.</p>
--	-------------------------------

Fuente: Elaboración del autor

Como se puede apreciar el adicional debe contar con la aprobación del titular de la entidad, sin embargo en aquellos casos en los que el monto supere el 15% del valor original se requiere la intervención de la contraloría. En ambos casos es necesario que la solicitud del adicional este anotada en el cuaderno de obras y que se elabore un expediente técnico solo para este.

2.2.5.2.2. Evolución histórica

En materia de contrataciones con el estado han existido diferentes cambios normativos, consecuentemente se detallara los principales cambios que se han dado con respecto al tema de la presente investigación.

Cuadro N° 2

CUADRO COMPARATIVO SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES					
Decreto Legislativo N° 1017		Ley de Contrataciones con el Estado – Ley N°30225		DECRETO LEGISLATIVO N° 1341	
Artículo	41.-	Artículo	34.	Artículo	34.-
Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones.		Modificaciones al Contrato.		Modificaciones al contrato.	
		34.2		34.2	
Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de		Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones		Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones	

<p>prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.</p> <p>Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados,</p>	<p>adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.</p> <p>34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.</p>	<p>adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.</p> <p>34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.</p>
---	---	---

<p>entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.</p>		
<p>En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles</p>	<p>En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores a las establecidas en el</p>	<p>En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y</p>

<p>posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas.</p>	<p>párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas.</p> <p>Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el titular de la entidad.</p> <p>En el supuesto de que resulte indispensable la realización de</p>	<p>que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas.</p> <p>Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.</p> <p>En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones</p>
---	---	--

<p>Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los</p>	<p>prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el titular de la entidad puede decidir autorizarlas.</p>	<p>adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir</p>
--	--	---

<p>recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago.</p>		<p>autorizarlas.</p>
<p>La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del</p>	<p>La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.</p>	

<p>Titular de la Entidad.</p>	<p>Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.</p> <p>Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual.</p> <p>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, según el acuerdo de las partes.</p>	<p>Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual.</p> <p>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.</p> <p>La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de</p>
-------------------------------	---	---

<p>La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.</p> <p>El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a</p>	<p>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</p>	<p>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</p>
--	--	--

<p>su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual. Las discrepancias respecto de la precedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40 de la presente norma.</p>	<p>la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.</p>	<p>conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.</p>
--	--	---

Fuente: Elaboración del autor

El Decreto Legislativo 1017 regulaba inicialmente el tema de las prestaciones adicionales en un solo artículo, en el cual se indicaba que estas debían ser aprobadas por el titular de la entidad y solo en aquellos casos en los que se supere determinado monto se necesitaba a su vez la aprobación de la Contraloría General de la República; por último indicaba que la

decisión de la Contraloría no podía ser sometida a arbitraje y por último en el mismo artículo se hablaba de las ampliaciones de plazo a las que podía recurrir el contratista. En ese orden de ideas la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modifica el decreto legislativo mencionado en líneas precedentes introduce nuevos cambios; pues regula los adicionales y reducciones considerándolos como modificaciones que sufrirá el contrato celebrado; sin embargo la variante más significativa es en relación a la decisión de la contraloría de aprobar o no los adicionales; ya que indica expresamente que dicha decisión no puede ser sometida a ningún medio alternativo de solución de controversias y cierra la opción que tenía el contratista de optar por la figura de enriquecimiento sin causa porque esta también queda vedada.

Por último la reciente modificatoria a la Ley N° 30225 realizada mediante el Decreto Legislativo N°1341 señala que la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se podrán resolver mediante arbitraje institucional y solo en algunos casos excepcionales se podrá llevar a cabo el arbitraje Ad Hoc.

2.2.5.3. Arbitrabilidad de las adicionales.

Como se ha ido desarrollando queda claro que el arbitraje es un medio de solución de controversias; sin embargo no todo es arbitrable, ya que si todos los conflictos lo fuesen el estado perdería su función jurisdiccional.

Por ende para determinar la validez y eficacia del arbitraje es necesario establecer claramente qué tipo de conflictos pueden ser sustraídos de la

jurisdicción ordinaria (judicial), más aun cuando se habla de contratar con el estado, porque se ven involucrados intereses públicos.

Bajo esa premisa la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. Para Castillo (2009), la ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho puedan ser pretendidos en un juicio ordinario o en un arbitraje privado. (p. 39)

Es preciso señalar que la facultad que otorga la ley no es en sentido amplio, pues para el ordenamiento jurídico vigente las causas que podrán ser sometidas a arbitraje deben ser de libre disposición, es decir que no haya impedimento legal para que sean sometidas a esta vía. Asimismo dichas pretensiones tendrán que tener un carácter patrimonial, lo que significa que podrán ser susceptibles de que se les asigne un valor económico dentro del mercado, sobre este punto para Perales (2009) las causas que están relacionadas a derechos personalísimos no podrán ser arbitrables. (p. 48)

La Ley de Contrataciones del Estado en el numeral 1 del artículo 45 concordante con el artículo 184 de su reglamento indica que se puede someter a arbitraje las controversias relacionadas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato. El citado artículo señala una enumeración de las causas que son susceptibles de ser arbitrables, consecuentemente existen una exclusión tacita de otros casos, como es el hecho de las prestaciones adicionales; sin embargo es

preciso señalar que el tercer párrafo del numeral 1 del artículo 45 de la ley de contrataciones establece expresamente lo siguiente:

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 Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.
(Decreto Legislativo N° 1341, 2017)

A fin de que se comprenda mejor el artículo señalado en líneas precedentes resulta oportuno recordar que, anteriormente se ha explicado que cualquier particular puede contratar con el estado la prestación de bienes, servicios, consultorías o la ejecución de una obra; en tal sentido el tratamiento que se da a un adicional que surja cuando se contrate bienes, servicios y consultorías no resultara igual a un adicional que nazca de la ejecución de una obra pública; ya que para el primer caso el adicional solo deberá contar con la aprobación del Titular de la Entidad, cuando este no supere el 25% del valor original.

Situación diferente es la que se da con los adicionales de obra, pues el titular de la entidad podrá ordenar su pago y ejecución de forma unilateral cuando este no supere el 15% del valor inicial; sin embargo cuando dicho monto sea superado se deberá contar adicionalmente con la decisión favorable de la Contraloría General de Republica.

Consecuentemente la contraloría solo se pronuncia cuando se trata de un adicional de obra que supera el 15% del valor establecido inicialmente, siendo tal intervención la que no puede ser sometida a arbitraje. Cabe señalar que esta situación se encuentra regulada a su vez en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 27785, que establece en sus artículos 22 y 23 lo siguiente:

Artículo 22.- Atribuciones:

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes: (...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de

*mayores gastos de supervisión, **no podrá ser objeto de arbitraje**, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje.*

*Asimismo, **tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley**, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.*

Como se puede apreciar la ley de contrataciones y su reglamento, así como la ley de la contraloría regulan expresamente que la decisión que esta emita sobre la autorización de una prestación adicional no podrá ser sometida a arbitraje. En relación a esto algunos autores consideran que se ha contemplado tal situación para salvaguardar los intereses del estado, ya que la aprobación de un adicional representa que la obra costara más de lo que se previó inicialmente, por su parte Campos (2004) señala que en la contratación del Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos. (p.1)

Así se podría decir que lo que se busca es que se ejecute una obra y que el pago por esta sea justo, para ello es necesario que se creen mecanismos para cumplir con dicha finalidad. No se puede olvidar que detrás de la ejecución de un obra está el interés público el cual debe ser satisfecho de la forma más eficiente posible.

2.2.5.3.1. Posibilidad de la arbitrabilidad de una prestación adicional.

Cuando durante la ejecución del contrato ya sea de bienes, servicios, consultorías u obras surge la necesidad de aprobar un adicional, entonces, significa que se deberá llevar a cabo un nuevo procedimiento, pues como se ha mencionado en apartados anteriores para la aprobación y ejecución del adicional es necesario que se elabore un expediente más. Al respecto dicho trámite debe seguirse si o si, dado que ello significa que se debe cambiar el monto del presupuesto asignado de manera primigenia en el contrato lo que significa que a su vez que el costo de la obra se incrementara.

El gasto que deberá de asumir el estado no es solo por la ejecución del adicional, sino porque ello implica mover todo el aparato administrativo para la aprobación de este, lo que conlleva a su vez hacer uso de recursos humanos, logística y sobre todo tiempo. Tomando en consideración ello no se puede olvidar que cuando se contrata con el estado es para cubrir una necesidad publica, la misma cuyos beneficios o contratiempos deberán sufrirlos los administrados; consecuentemente es importante que cuando se inicie el proceso de contratación se considere todos los aspectos para no tener que recurrir a un adicional.

En el día a día sucede que la entidad encarga la elaboración del expediente del adicional al contratista quien a pesar de no contar con la aprobación formal de este lo ejecuta; todo ello con el argumento de que no es rentable tener paralizada la obra principal en tanto se apruebe el adicional; sin embargo suele ocurrir que en última instancia culminada la obra la entidad no reconoce el pago de este. Sobre el particular son varios los especialistas que consideran que esta situación perjudica al contratista porque la norma no le permite solicitar el pago del adicional en la vía arbitral

hecho que lo colocaría en una situación de indefensión; cabe señalar que tal reflexión no es del todo cierta pues el contratista tiene la opción de acudir al poder judicial que, si bien es más engorrosa no deja de ser una alternativa, la cual es utilizada día a día por los particulares.

Es innegable que el arbitraje es una alternativa muy eficiente para resolver conflictos y mantener la agilidad de las transacciones comerciales; sin embargo no se puede dejar de lado que como se ha mencionado aprobar el adicional significa un desembolso mayor de dinero que es necesario para culminar la obra, pero resulta más importante salvaguardar los intereses estatales que finalmente son intereses públicos.

El problema que se presenta a partir de la posibilidad de someter o no a arbitraje ha dado paso a que existan diferentes posturas sobre el tema; hay quienes consideran que el adicional por ser un tema económico cumple con el requisito de patrimonialidad y por ende puede someterse a arbitraje, más aun cuando el numeral 1 del artículo 45 de la Ley de contrataciones del Estado no es del todo preciso y ha dejado abierta una posibilidad la misma que se desarrollara en el siguiente numeral.

2.2.5.3.2. *El uso del argumento de interpretación a contrario.*

Como se ha podido advertir la norma es clara al señalar que tanto la decisión de la Entidad como de la Contraloría General de la Republica respecto de los adicionales no podrán ser sometida a arbitraje; sobre el particular dicha decisión es una acto administrativo cuyo resultado final es la emisión de la resolución en la cual se decide aprobar o no el mismo. Sin embargo como se advierte existen casos en los que no hay un

pronunciamiento de la entidad y ante esta situación la norma no ha sido clara. Al respecto cuando se presentan estas situaciones existen dos caminos para quienes aplican el derecho; pues tienen la opción de interpretar o integrar.

Cada autor analizara la disposición normativa y decidirá si se encuentra frente a una laguna, para ello usara la integración a fin de dar una solución al caso, bajo esa perspectiva las lagunas en el derecho pueden crearse y a su vez evitarse.

En la siguiente investigación no se pretende crear una nueva norma integrando el derecho, por el contrario se busca evitar una laguna, por esa razón se usara el argumento de interpretación a contrario.

Se conoce que lo largo de la historia el derecho ha ido evolucionando y con ello han cambiado algunas concepciones en torno a lo que se conocía sobre el ordenamiento jurídico, es así que la idea que se tiene sobre una norma y su aplicación dentro del derecho ha tomado un especial análisis partiendo de que hoy se manejan los conceptos de reglas y principios. Así pues las reglas son consideradas como mandatos concretos que son de aplicación todo o nada, pueden ser interpretadas en su enunciado, pero sobre todo se interpretan en su aplicación; esto es, en relación a los hechos a los que se refieren (Rubio y Arce, 2017, p. 54). Por otro lado los principios son mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la mayor medida posible, estos se aplican en forma de pautas generales al comportamiento de las personas; son fundamentos de acción para el actuar de cada persona; esto es, sirven para respaldar algunas conductas o hechos en algunos casos legítimos y en otros no.

En ese orden de ideas en el derecho se pueden presentar casos fáciles en los que el intérprete no tiene problemas para aplicar la norma y casos difíciles, en los que la aplicación de la norma se dificulta por diversas causas; sin embargo estos casos no se presentan en abstracto, pues lo que en realidad existe son dos tipos de casos: el caso genérico contemplado en el supuesto de hecho normativo y el caso individual del cual quiere conocerse su solución normativa (MacCormick, 2011). Con respecto a la solución existen algunos problemas, pues en primer lugar no se podría subsumir el caso individual en el caso genérico o existe dudas sobre el lenguaje utilizado por el autor de la norma; ante esta situación los operadores de justicia no pueden dejar de administrar justicia, de acuerdo al artículo 139 inc. 8 de la Constitución Política del Perú.

Ahora bien, sobre los casos fáciles el significado prima facie de los enunciados deben cumplir con estos tres requisitos.

- Deben ser unívocos, es decir, que todo aquel que lea el enunciado le asignen el mismo significado.
- Que no entre en colisión con otras normas del ordenamiento jurídico.
- Que sea satisfactorio para el operador, toda vez que en dicho enunciado encuentra una solución al caso, la misma que no colisiona con sus intereses y con el concepto de justicia que este maneja.

Con tal precisión un caso difícil no cumple con tales requisitos, pues el enunciado no brinda la solución al caso, ya sea por duda o por otra razón, ante tal situación es preciso que se busque la forma de hallar una respuesta y es donde nace la interpretación jurídica.

La interpretación es un tema bastante amplio y discutible, en consecuencia en este trabajo no se pretende profundizar al respecto, solo se tomara en referencia para llegar entender porque se considera el argumento a contrario como un camino para someter a arbitraje las controversias sobre adicionales.

Para fines de esta investigación se entenderá por interpretación jurídica al proceso por el cual se atribuye un significado al enunciado normativo; asimismo Atienza (2005) considera que esta forma parte de la argumentación jurídica en lo que se refiere a la determinación de la premisa normativa de cualquier decisión jurídica. Las técnicas de interpretación pueden ayudar a ampliar o restringir el ámbito de aplicación de la premisa normativa del razonamiento jurídico. (p. 61)

Para interpretar es necesario tomar en cuenta algunas circunstancias, pues la norma como tal tiene tres dimensiones, la primera es la gramatical pues el legislador usa un determinado lenguaje, segundo la dimensión sistemática, relacionada a que la norma forma parte de un ordenamiento jurídico y a un determinado contexto y por último la dimensión funcional que viene a ser la voluntad que ha tenido el legislador para su emisión. Estos aspectos son relevantes para justificar porque se asigna determinado significado a una norma, porque se rechaza un significado, para resolver lagunas jurídicas con la obtención de una nueva norma, etc.

El argumento a contrario:

“El argumento a contrario justifica excluir la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por una norma para un determinado supuesto

de hecho, a otros supuestos de hecho diferentes de los expresamente mencionados por ella” (Ezquiaga, 2013, p. 250).

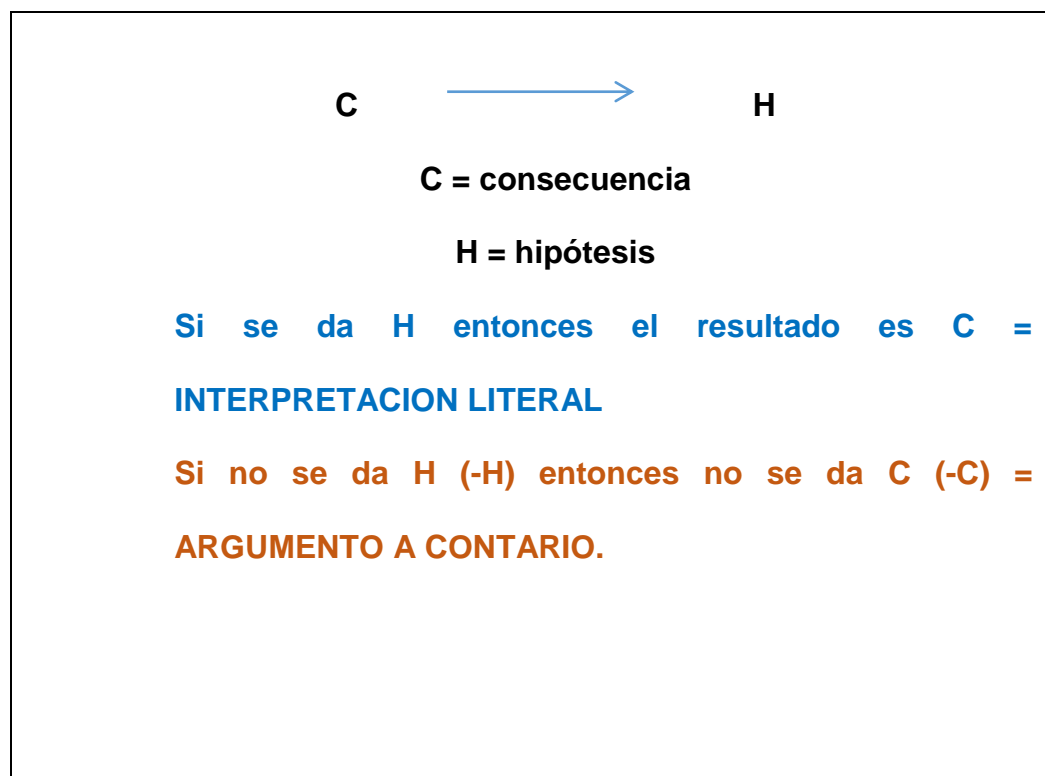
El tenor del argumento radica en que:

“Lo que el legislador ha dicho es todo lo que quería decir; lo que no ha dicho es porque no quería decirlo”.

Es pues un argumento de la interpretación literal, pues se basa en hacer una interpretación estricta y no extensiva de la ley, donde se presume que el legislador solo ha regulado expresamente una hipótesis a la que asigna una consecuencia, por ende no se podría ampliar tal consecuencia a otros supuestos no contemplados.

La reconstrucción lógica de esta forma argumentativa es la siguiente:

Gráfico: 2



Fuente: Elaboración del autor

Algunas características que se presentan de esta forma de razonamiento son:

- Es un instrumento de interpretación gramatical, pues solo se basa en el texto normativo
- Sirve para motivar interpretaciones restrictivas.
- Se basa en obedecer la voluntad del legislador, pues si este calla es pertinente ser fiel y respetar dicho silencio.

El argumento a contrario como forma de interpretación literal se basa en la idea de que el legislador a través del texto normativo solo ha querido regular un determinado hecho, ir en contra de ello sería ir en contra de la autoridad normativa que este posee. Asimismo podría decirse que este argumento crea una nueva norma pues al asignar un significado contrario al enunciado primigenio se origina una nueva consecuencia. Para un mejor entendimiento a continuación se aplicara tal argumento a la norma que es materia de cuestionamiento.

Artículo 45.1.- (...) *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 Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

Aplicando el argumento a contrario se tiene:

Gráfico: 3



Fuente: Elaboración del autor

Como se puede apreciar el numeral 1 del artículo 45 de la Ley se Contrataciones del Estado regula expresamente que la DECISION de la entidad no se puede arbitrar; sin embargo en dicho artículo no se especifica que a falta de decisión no se pueda someter a arbitraje una prestación adicional, consecuentemente aplicando el argumento a contrario cabría la posibilidad de someter a arbitraje tales cuestiones; siendo este el análisis que se ha venido abordando a raíz de la deficiencia que hay en la norma.

La constitución Política del Perú menciona que vivimos en una economía social de libre mercado en la cual se busca fomentar las inversiones y a su vez crear condiciones óptimas para mejorar el tráfico económico. Bajo esa premisa cuando se contrata con el Estado y se incorpora la cláusula arbitral se pretende que tanto la Entidad como el Contratista resuelvan sus conflictos sin tener que someterse a una vía tediosa, como es la judicial y así proteger sus intereses; sin embargo es más importante salvaguardar los intereses del estado, que finalmente son intereses públicos, que el interés de un particular. La tesis de usar el argumento a contrario se basa en no dejar desprotegido al contratista y en evitar que temas de contratación estatal se vean sumergidos en un expediente judicial, pues se tratan de temas especiales diferentes a los litigios que se ven comúnmente ante el poder judicial. La teoría de considerar que todo en torno a Contrataciones del Estado es de carácter especial, es acertada y por ende se tiene una regulación especial, la misma que al igual que otras regulaciones en diferentes ramas del derecho tienen algunas deficiencias, las cuales son mejor solucionar mejorando la regulación de estas; toda vez que no se puede olvidar que la argumentación jurídica se debe aplicar al caso en concreto partiendo de un análisis particular y no como se pretende hacer de manera general. Bajo esas consideraciones resultaría más factible hacer una modificación de la norma, que usar la argumentación para cada caso de adicionales que se presenten.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Método de investigación:

En este trabajo de investigación se utilizará de acuerdo a los niveles jerárquicos al interior de las ciencias, el *método científico* como método general. Con respecto al método científico según Sánchez (1999, p. 55) por ser el primer nivel de las reglas metodológicas, nivel epistemológico de las ciencias de la educación, también de la metodología de la investigación científica, procedimientos ligados a las características de la realidad de dominio de cada ciencia, al conocimiento y a la experiencia allí acumulada. En la ciencia se entiende por método, conjunto de procesos que el hombre debe emprender en la investigación y demostración de la verdad. Referida esta idea general del método a la del método en la ciencia, consiste en la aplicación ordenada de nuestra actividad intelectual (fuentes de conocimientos y categorías) al conocimiento de los objetos presentes. El método es, pues, el ejercicio adecuado de nuestra inteligencia y de todos sus medios para adquirir, formar y exponer el conocimiento científico”.

Asimismo como método específico se utilizara el método inductivo que según Sampieri (2004, p.99) es el método en el cual los investigadores parten de hechos particulares o concretos para llegar a conclusiones generales. Este método se utiliza principalmente en las ciencias fácticas (naturales o sociales) y se fundamenta en la experiencia.

3.2. Tipo de investigación:

La investigación corresponde al tipo básica, ya que busca el progreso científico, acrecentar los conocimientos teóricos, sin interesarse directamente en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas. Mantiene como propósito recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento científico, orientando al investigador al descubrimiento de principios y leyes.

3.3. Nivel de investigación:

La investigación corresponde al nivel descriptivo - correlacional. En ese sentido con respecto al nivel descriptivo Meyer, W. (2005, p. 125), menciona que “La investigación descriptiva consiste en la caracterización, de un hecho, fenómeno, individuo o grupo con el fin de establecer su estructura o comportamiento. Los resultados de este tipo de investigación se ubican en un nivel intermedio en cuanto a la profundidad de los conocimientos se refiere. O sea el descubrimiento de algo significativo, y que será la meta de todo el proceso”.

La investigación es descriptiva porque da a conocer las características de la relación que existe entre las variables de estudio, a fin de conocer como los criterios de la arbitrabilidad objetiva limitan que las prestaciones adicionales puedan ser consideradas como materia arbitrable.

Sobre el nivel correlacional, Gabbiani, S. (2009, p. 75), consideran que “La investigación correlacional, tiene como finalidad determinar el grado de relación o asociación no causal existente entre dos o más variables. Se caracterizan porque primero se miden las variables y luego, mediante pruebas de hipótesis correlacionales y la aplicación de técnicas estadísticas,

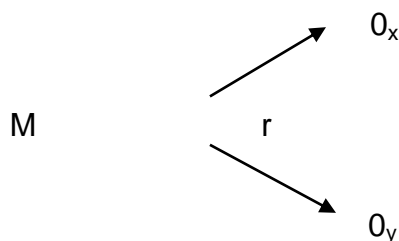
se estima la correlación. Aunque la investigación correlacional no establece de forma directa relaciones causales, puede aportar indicios sobre las posibles causas de un fenómeno. Este tipo de investigación descriptiva busca determinar el grado de relación existente entre las variables.”

El presente estudio es correlacional porque determina el grado de relación que existe entre los criterios objetivos y sus influencias para determinar si una materia es arbitrable, en este caso las prestaciones adicionales.

3.4. Diseño de la investigación:

Basado en Sánchez y Reyes (2006:55) el diseño de la investigación es no experimental transaccional descriptivo-correlacional, ya que no se manipularán variables, pues sólo se observarán las variables en su entorno o contexto natural, para luego describir y analizar su relación descriptivo - correlacional. Se orienta a la determinación del grado de relación existente entre dos o más variables de interés en una misma muestra de sujetos o el grado de relación existente entre dos fenómenos o eventos observados.

Representación del Diseño de Investigación



Dónde:

M = Muestra en la que se realiza el estudio

X = clasificación de la arbitrabilidad

Y = criterios de arbitrabilidad objetiva

O = Observaciones

R = Relación

3.5. Población y Muestra

3.5.1. Población

Según Fernández, H (1996:29), “La población es el conjunto de individuos que comparten por lo menos una característica, sea una ciudadanía común, la calidad de ser miembros de una asociación voluntaria o de una raza, la matrícula en una misma universidad, o similares”. La población es el conjunto de entidades o cosas respecto de los cuales se formula la pregunta de la investigación, o lo que es lo mismo el conjunto de las entidades a las cuales se refieren las conclusiones de la investigación.

Para la presente investigación, se considera como población a los expertos cuyo trabajo esté relacionado al tema de contratación estatal y arbitraje en la Región Junín.

3.5.2. Muestra

Según Murria, S. (2001:130) menciona que “la muestra es una parte de la población que se va estudiar, que sirve para representarla ya que debe ser definida en base a la población determinada, y las conclusiones que se obtenga de dicha muestra solo podrá referirse a la población en referencia”.

En la presente investigación se ha considerado a los árbitros, jueces de la sala superior de la Corte Superior de Justicia de Junín y abogados litigantes en la materia, siguiendo la siguiente distribución:

Tabla: 1

ESPECIALISTAS	NUMERO
Son tres los jueces de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Junín.	1
Abogados	1
Árbitros	2
TOTAL	4

Fuente: Elaboración del autor

3.6. Técnicas de Recolección de Datos

Las técnicas a través de las cuales se recolectará los datos son:

3.6.1. Entrevista

Se aplicó a los expertos mencionados en líneas precedentes, de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de los encuestados.

3.6.2. Análisis de contenido

El análisis de contenido se basa en la lectura (textual o visual) como instrumento de recogida de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse siguiendo el método científico, es decir, debe ser, sistemática, objetiva, replicable, y válida. En ese sentido se analizarán los laudos que desarrollen el tema de prestaciones adicionales.

3.7. Técnicas de Análisis de Información

La información recabada sobre ambas variables se analizará desde un punto de vista doctrinal, es decir cuál es el enfoque que describen los expertos en la materia y a su vez se tabulara los datos obtenidos a partir de la aplicación del cuestionario.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación de resultados

Como resultado de la aplicación de las técnicas e instrumentos de recolección de datos, se presenta enseguida las variables de estudio con sus respectivos datos estadísticos y sus interpretaciones correspondientes.

El cuestionario se efectuó a 4 especialistas sobre la materia:

Tabla: 2

Número	Género	Ocupación	Área de trabajo
1	Femenino	Asesora Legal	Centro de Arbitraje ASPEC
1	Masculino	Árbitro por la Cámara de Comercio de Junín	Centro de Arbitraje ASPEC
1	Masculino	Abogado	Estudio Castro Flores Abogados
1	Masculino	Juez Superior especializado en lo Civil	Corte Superior de Justicia de Junín

Fuente: Elaboración del autor

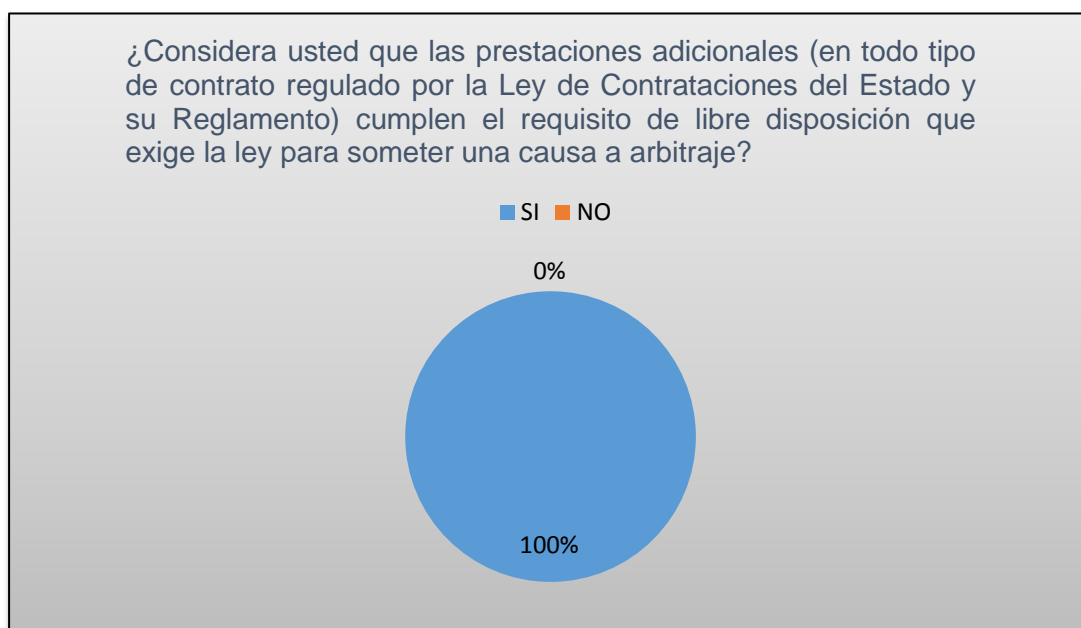
Pregunta N°1

¿Considera usted que las prestaciones adicionales (en todo tipo de contrato regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento) cumplen el requisito de libre disposición que exige la ley para someter una causa a arbitraje?

TABLA 3

a) Sí	4
b) No	0

Gráfico N°3



Fuente: *Elaboración propia según los resultados de la encuesta aplicada para la investigación, octubre y noviembre del 2017.*

El 100% de los especialistas consideran que las prestaciones adicionales si cumple con el requisito de libre disposición, dado que tienen un valor económico.

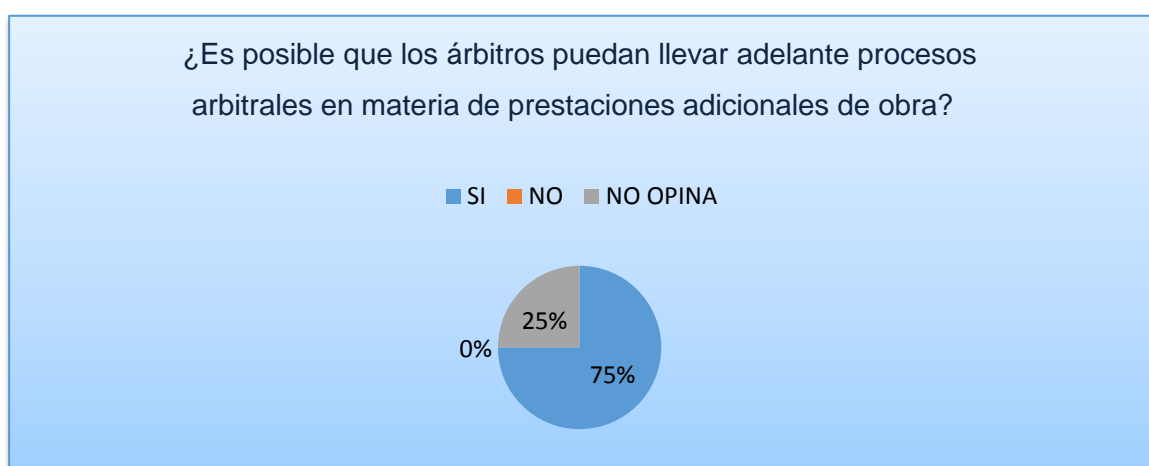
Pregunta N°2

El numeral 1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado establece expresamente que: “La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales no pueden ser sometidas a conciliación o arbitraje”. En su opinión, ¿Es posible que los árbitros puedan llevar adelante procesos arbitrales en materia de prestaciones adicionales de obra?

TABLA 4

a) Sí	3
b) No	0
b) No opina	1

Gráfico N°4



Fuente: Elaboración propia según los resultados de la encuesta aplicada para la investigación, octubre y noviembre del 2017.

El 75% de los especialistas consideran que los árbitros si pueden arbitrar los adicionales por su carácter económico y cuando estén debidamente aprobados. Por otro lado el experto no opina por cuanto considera que dentro de sus labores aún no ha tenido la oportunidad de ver el tema en relación a la pregunta realizada.

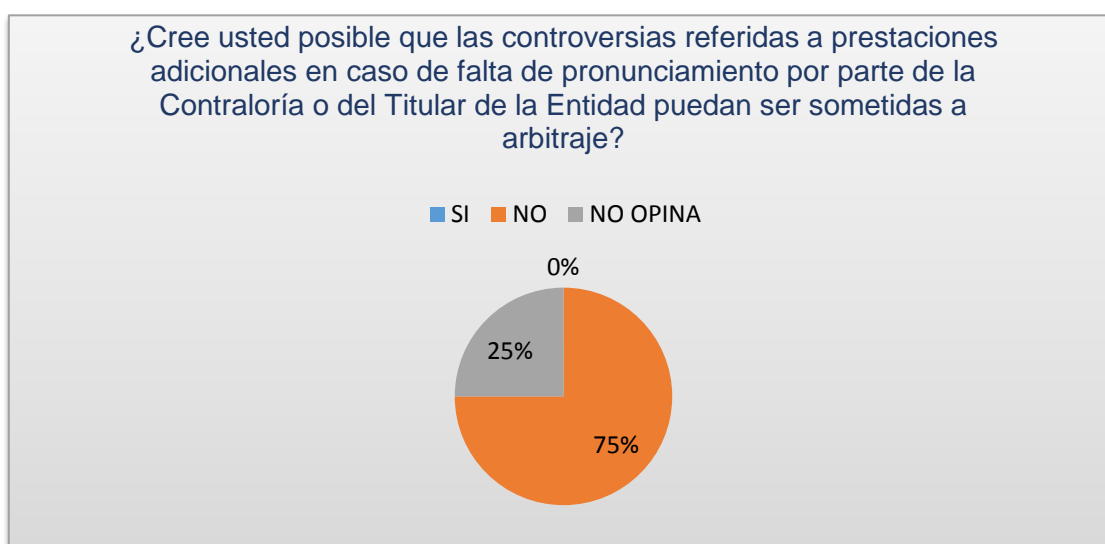
Pregunta N°3

¿Cree usted posible que las controversias referidas a prestaciones adicionales en caso de falta de pronunciamiento por parte de la Contraloría o del Titular de la Entidad puedan ser sometidas a arbitraje?

TABLA N° 4

a) Sí	0
b) No	3
b) No opina	1

Grafico N° 4



Fuente: Elaboración propia según los resultados de la encuesta aplicada para la investigación, octubre y noviembre del 2017.

El 75% de los especialistas consideran que aun cuando no haya pronunciamiento por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la Republica de aprobar o no el adicional, estos no pueden ser sometidos a arbitraje pues la ley lo dispone así y debe hacerse una interpretación restrictiva de esta. Por otro lado el 25% de los especialistas no opina pues a la fecha no ha resuelto casos sobre el particular.

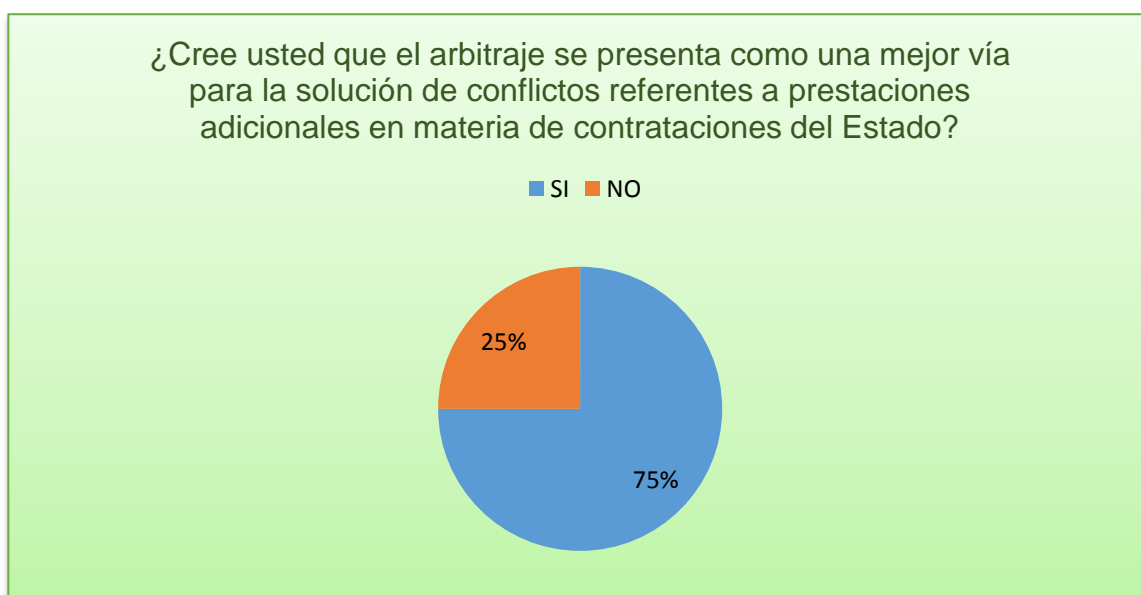
Pregunta N°4

Teniendo en consideración la realidad de la administración justicia a través del Poder Judicial, ¿Cree usted que el arbitraje se presenta como una mejor vía para la solución de conflictos referentes a prestaciones adicionales en materia de Contrataciones del Estado?

TABLA 5

a) Sí	3
b) No	1

Grafico N° 5



Fuente: *Elaboración propia según los resultados de la encuesta aplicada para la investigación, octubre y noviembre del 2017.*

El 75% de los especialistas consideran que el arbitraje es una vía idónea para resolver controversias sobre adicionales, por razones de tiempo y especialidad. El otro 25% cree que la vía arbitral no es una alternativa pues el Estado sería juez y parte.

Análisis de laudos

Laudo arbitral seguido por Construcciones Electromecánicas Delcrosa S.A. y la empresa regional del servicio público de electricidad-Electrusur S.A. emitido el 10 de marzo del año 2017.

En el siguiente laudo se tiene como pretensión determinar si procede o no el reconocimiento de pago por la ejecución de trabajos adicionales, así como el pago de una indemnización por daño emergente.

Al respecto el Tribunal Arbitral declara fundada la pretensión con respecto al pago por la ejecución de los adicionales ya que considera que aun cuando la entidad no se pronunció formalmente autorizando el adicional, si lo hizo de manera tácita al recepcionar la obra y no cuestionar las mismas. Cabe señalar que en este laudo no se analiza la arbitrabilidad de las prestaciones adicionales por ninguna de las partes, ello basado en que es voluntad de las partes someter sus controversias a esta vía y a su vez los árbitros tienen facultad de decidir sobre su propia competencia.

Laudo arbitral seguido entre Consorcio María José y el Gobierno Regional de Huancavelica emitido el 30 de octubre del 2017.

El presente laudo se pronuncia sobre la procedencia del pago por la ejecución de una prestación adicional; sobre el particular como fundamento del referido laudo se indica que el artículo 41.5 de la ley de Contrataciones del Estado establece la prohibición de someter a arbitraje la decisión del titular de la entidad o de la contraloría de aprobar o no el adicional, mas no prohíbe que las cuestiones referentes al pago de estas se puedan arbitrar; consecuentemente el tribunal arbitral hace una interpretación literal de la norma y considera que al no existir tal prohibición de manera expresa, entonces es materia arbitrable las controversias referentes al pago de un adicional. Consecuentemente declara fundada pretensión sobre el pago de la prestación adicional.

Laudo arbitral seguido entre el Consorcio Progreso y la Municipalidad Provincial de Chiclayo, emitido el 19 de noviembre del 2014.

En este caso se pretende que el Tribunal arbitral ordene a la entidad que emita la resolución aprobando el adicional de obra y a su vez se solicita la indemnización por enriquecimiento sin causa a raíz de la ejecución de los adicionales que dieron en la obra. Sobre la primera petición el tribunal arbitral considera que no tiene competencia, ya que la norma (artículo 41.5 de la ley de contrataciones con el estado) establece la prohibición de arbitrar sobre la decisión de aprobar o no un adicional, por tanto ese punto no es materia arbitrable.

Por otro lado en relación a la segunda pretensión el tribunal decide que si es competente para intervenir ya que la ley 30225 que prohíbe el

enriquecimiento sin causa como medio para exigir el pago por la ejecución de adicionales no estaba vigente al momento en que dio inicio al proceso arbitral; consecuentemente el tribunal establece sus propias competencia y reconoce el pago de la indemnización por enriquecimiento sin causa.

4.2. Contrastación de hipótesis.

En todo estudio de investigación y además teniendo en cuenta la formulación del problema general y problemas específicos, así como los objetivos propuestos en el presente trabajo de investigación; podemos contrastar las hipótesis planteadas inicialmente, con los resultados obtenidos; para su mejor apreciación pre-citamos la hipótesis general: Es posibles que a falta de la decisión de la entidad respecto a las prestaciones adicionales estas puedan ser sometidas a arbitraje, toda vez que la norma literalmente expresa que solo la decisión de aprobar o no un adicional no podrá ser materia arbitrable.

Los expertos en la materia consideran que aun cuando no exista la decisión de la entidad de aprobar o no un adicional, estos no pueden ser sometidos a arbitraje ya que existe una prohibición normativa; sin embargo en la práctica se advierte que si existen laudos arbitrales que se pronuncia sobre el tema basándose en la facultad que tienen los árbitros de determinar sus competencias, la voluntad que tienen las partes para someter sus controversias a arbitraje y la interpretación literal de la norma, toda vez que el numeral 1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado prohíbe expresamente que solo la decisión de la Entidad de aprobar o no el adicional no podrá ser sometido a arbitraje, quedando fuera otros supuestos.

En tal sentido, si se puede arbitrar las prestaciones adicionales haciendo una interpretación literal de la norma y usando el argumento a contrario para fundamentar tal decisión, por tanto se contrasta la hipótesis de la investigación.

4.3. Discusión de resultados

En el presente acápite se realiza el análisis y discusión de los resultados hallados en el proceso de la investigación. Para lo cual recordamos las hipótesis específicas:

Con respecto a la arbitrabilidad, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo en relación a determinadas materias y personas deberán verificarse una serie de presupuestos; en ese sentido el acuerdo arbitral debe ser válido en su aspecto material, pues las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que pueden legalmente someterse a este (arbitrabilidad objetiva). Asimismo las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de los árbitros (arbitrabilidad subjetiva) (Vásquez, 2006). Para efectos de la siguiente investigación solo se abarcara la arbitrabilidad objetiva, pues se debe determinar que materias son arbitrables al amparo del artículo 2 del Decreto Legislativo N°1071 el cual establece lo siguiente: “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”.

Respecto al criterio de libre disposición Perales (2005) afirma que dicho aspecto hace alusión a la materia que se somete a arbitraje y a su vez a la libertad que tendrán las partes de acudir a dicha vía, pues si existiese una

norma que expresamente estableciera que para determinados casos la única vía es la judicial quedaría vedada la opción de acudir a sede arbitral. (p. 131)

Cabe señalar que la doctrina mayoritaria afirma que al hablar de libre disposición también se alude a la patrimonialidad de la materia y ello significa que, se le pueda asignar un valor económico dentro del mercado (Castillo, 2009). Así pues Gonzalo (2001) en su investigación: “Las Normas Imperativas y el Orden Público en el Arbitraje Privado Internacional” refiere que: De entre todos los criterios que existen para definir la arbitrabilidad de las diferentes controversias que pueden ser resueltas por medio de arbitraje, hay que destacar la libre disponibilidad de los derechos controvertidos identificándolos con la naturaleza económica o patrimonial que posean. La libre disponibilidad significa que el titular del derecho puede renunciar, hacer objeto de transacción del derecho y que a su vez ostente un interés pecuniario.

Por otro lado es importante recalcar que no basta con que el derecho sea de libre disposición, sino que la ley permita que pueda ser sometido a arbitraje; pues en ocasiones el orden público, vuelve inarbitrables algunas materias (Gonzalo, 2001).

Considerando tales apreciaciones, los resultados de la investigación indican que las prestaciones adicionales si cumplen con el criterio de libre disposición, ya que son susceptibles de una valoración económica; sin embargo estas por ley no pueden ser arbitrables. Al respecto del análisis de los laudos arbitrales realizados en el presente trabajo se advierte que los árbitros si han sometido a su competencia las controversias referentes a los adicionales, pues han realizado una interpretación literal de la norma, la cual

estable que la decisión de la entidad o de la contraloría de aprobar o no las prestaciones adicionales no podrá ser sometida a arbitraje; en ese sentido y haciendo uso del argumento a contrario han fundamentado que cuando no exista la decisión a la que hace mención la norma los adicionales son perfectamente arbitrables; asimismo se han valido de la facultad que tienen para limitar sus propias competencia en base al principio Kompetenz - Kompetenz el cual según Córdova. S. (2013). En su investigación “¿Arbitrar o no arbitrar? he ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios”. concluyó que: es preciso elaborar un test que permita el análisis de la conveniencia del no-signatario en el arbitraje, partiendo de la siguiente premisa: si el convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, pues el consentimiento es la piedra angular de la extensión del convenio arbitral. Es claro, que ni el árbitro ni el juez encontrarán una firma o signo que confirme el consentimiento de una parte, es por ello, que debe buscarse el consentimiento implícito del no-signatario, el cual puede verse reflejado en su participación activa en cualquiera de las etapas del contrato, desde la negociación hasta su culminación. Córdova S. (2013) explica en su trabajo que el principio Kompetenz Kompetenz tiene un efecto positivo, por el cual se concede al árbitro o al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre su propia competencia; mientras que por otro lado, tiene un efecto negativo, el cual consiste en evitar que los jueces o tribunales decidan primero sobre la competencia de los árbitros. Con ello como se aprecia en la realidad los árbitros han sometido a arbitraje adicionales basándose en este principio y en el hecho de que son una materia de libre disposición.

CONCLUSIONES

1. Habiéndose realizado el análisis del tema en la siguiente investigación se tiene que, el Decreto Legislativo N°1071, decreto legislativo que regula el arbitraje, establece que pueden someterse a competencia de los árbitros todas aquellas materias de libre disposición, entendiéndose como aquellas controversias que versen sobre derechos disponibles con un valor económico dentro del mercado y que no estén prohibidas por una norma. En ese sentido, las prestaciones adicionales cumple con el requisito de ser valoradas económicamente. Sin embargo el numeral 1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, prohíbe que estas puedan ser sometidas a arbitraje, y ello, a raíz de que el legislador busca proteger el interés público ya que el pago del adicional implica hacer un mayor desembolso de dinero y una afectación considerable al presupuesto público de la Entidad.

2. El citado artículo que prohíbe que los adicionales puedan ser sometidos a arbitraje no resuelta claro, pues ha dado un espacio a la posibilidad para que los árbitros conozcan estas controversias relacionadas a las prestaciones adicionales, toda vez que en la norma solo se prohíbe que la decisión ya sea del Titular de la Entidad se someta a arbitraje; sin embargo no especifica que pasa en aquellos casos en los cuales no hay tal decisión o los temas referentes al pago de estos. A ello la interpretación jurídica ha dado una respuesta, pues interpretando la norma de forma literal, solo está vedada de someterse a arbitraje la decisión que aprueba o niega la ejecución de una prestación adicional; consecuentemente, haciendo uso del argumento a contrario, cuando no exista tal decisión, entonces la

consecuencia jurídica sería que se pueda someter a sede arbitral el conflicto sobre la prestación adicional,

3. En la práctica los expertos en la materia sostienen que las prestaciones adicionales sí cumplen con el requisito de libre disposición que exige la ley y por ende pueden ser arbitrables. Asimismo, se ha podido advertir que si existen laudos que han resuelto controversias referentes a prestaciones adicionales, argumentando que la norma solo restringe un supuesto de hecho, pero que tal prohibición no es extensiva para otros supuestos no contemplados expresamente en la ley, y a su vez en la facultad que tienen los árbitros para dirimir cualquier controversia conexa.

RECOMENDACIONES

Como se ha podido advertir en las conclusiones, es posible que las prestaciones adicionales puedan ser sometidas a arbitraje cuando se hace uso del argumento a contrario en el numeral 1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, pues esta solo regula un supuesto de hecho y ha dejado en el aire otros aspectos en relación al tema; sin embargo es preciso hacer algunas acotaciones importantes al respecto.

El tema de Contrataciones del Estado es de carácter especial, pues lo que se ve inmerso son los intereses del Estado y finalmente el interés público, razón por la cual estos deben de ser protegidos. Tomando en cuenta ello, si el legislador considera que ninguna controversia referente a las prestaciones adicionales sea sometida a arbitraje, ya sea por temas presupuestarios o para evitar posibles actos de corrupción, entonces debería de hacerlo de manera expresa. Consecuentemente se recomienda que el numeral 1 del artículo 45 de la LCE debe ser modificado.

Artículo actual:

Artículo 45.1.- (...) 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 Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

Propuesta de modificación:

Artículo 45.1.- “Toda controversia que surja en relación a la aprobación, ejecución o pago de prestaciones adicionales no podrán ser sometidas, 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 aprobación, de la aprobación parcial de estas o de la falta de aprobación de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o de la Contraloría General no podrá ser sometida a conciliación, arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas.”

BIBLIOGRAFIA

ALVA, Esteban. (2011). Anulación Del Laudo. Lima: Palestra.

AMPRIMO, Natale. (2009). Arbitraje Institucional o Ad Hoc. Revista Peruana de Arbitraje, 9, 15.

ATIENZA, Manuel. (2005). Las razones del derecho. Mexico: UNAM.

BARCHI, Luciano. (2013). El Convenio Arbitral En El Decreto Legislativo 1071. Ius Et Praxis, 44, 124.

BUJ, Mónica. (2002). Principios generales de los contratos administrativos. Buenos aires: Lexis Nexis.

CAMPOS, Alexander. (2004). Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos. Boletín jurídico de la Cámara de Comercio de Lima, 4, 12.

CANTUARIAS, Fernando. (2007). Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero. THEMIS, 53, 9.

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. Publicado en: « BOE » núm. 164, de 11 de julio de 1977, p. 15511 a 15512.

CASTILLO, Mario, VASQUEZ, Ricardo y SABROSO, Rita. (2008). Nueva Ley De Arbitraje ¿ Cuáles son las materias arbitrables?. Estudio Mario Castillo Freyre, 7, 12.

CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. (2011). Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública. Revista Boliviana de Derecho: Iuris Tantum, 11, 277.

CASTILLOE, Mario y SABROSO, Rita. (2009). El Arbitraje en la Contratación Pública. Lima: palestra.

COUTURE, Eduardo. (1979). Estudio de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ed Deplama Aires.

GASPAR, Silvia. (1998). El ámbito de aplicación del arbitraje. México: Arazandi.

Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje, publicado en el Diario Oficial el Peruano, vigente desde el año 2008, p. 22.

Decreto Legislativo 1341, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado, publicado el 07 Enero 2017 en el Diario Oficial el Peruano, p. 12.

DEL AGUILA, Paolo. (2005). Arbitraje institucional o Arbitraje Ad Hoc. Revista Peruana de Arbitraje, 1, 235.

EZQUIAGA, Francisco Javier. (2013). La argumentación e Interpretación. Lima: Grijley.

FELDESTSTEIN, Sara y LEONARDI DE HERBON, Hebe. (1998). El Arbitraje. Buenos Aires: Perrot.

GAMARRA, Carolina. (2009). Reflexiones sobre la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Revista PUCP, 7, 12.

GONZALES, Francisco. (2004). Arbitraje. México: Porrúa.

GONZÁLEZ, José Manuel, Méndez González, Fernando . (2004). Homenaje al profesor Manuel Albaladejo. Madrid: Universidad de Murcia.

GUZMAN, Julio Cesar. (2017). El arbitraje en el régimen de contrataciones del estado y las recientes modificatorias. Arbitraje PUCP, III, 13.

INCISPP. (1 DE ABRIL 2017). Los Principios de la Contratación Estatal. 2017, de INCISPP Sitio web: <http://incispp.edu.pe/blog/los-principios-la-contratacion-estatal/>

LEDESMA, Marianella. (2010). Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial PUCP.

LEDESMA, Marianella. (2007). Laudos Arbitrales y Medios Impugnatorios. Gaceta Jurídica, 17, 15.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, p. 58.

Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 11 de julio de 2014, p. 15

MacCornick , Neil. (2011). Argumentación e Interpretación Del Derecho, 2011, De Doxa Sitio Web: <HTTPS://PREZI.COM/K7PXANXZ0SBD/TEORIA-DE-LA-ARGUMENTACION-JURIDICA-NEIL-MACCORMICK/>.

MORON, Juan Carlos y AGUILERA, Zita (2017). Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Lima: PUCP.

PAREJO, Luciano. (2007). El régimen jurídico de Contratación Pública. México: UNAM.

PERALES, Pilar. (2005). Arbitrabilidad y convenio arbitral. México: Arazandi.

REGGIARDO, Mario. (2014). Las Causales de Anulación. *Lex Arbitri*, 40, 14.

RUBIO, Marcial y ARCE, Elmer. (2017). Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. Lima: PUCP.

SALCEDO, Myriam. (2005). El contrato de arbitraje. Bogotá: Universidad Del Rosario Y Legis.

TAMAYO, Sergio. (2014). Las prestaciones de obra: ser o no ser. *Autoridad Gubernamental*, 2, 15.

ANEXOS

ENCUESTAS REALIZADAS