



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
FILIAL-AREQUIPA**

**LOS GASTOS DEL ÁRBITRO, DETERMINADOS EN RELACIÓN AL
MONTO DE LA CUANTÍA EN LOS PROCESOS DE
CONTRATACIONES CON EL ESTADO, OBVIANDO LA COMPLEJIDAD
DEL PROCESO.**

**Presentado por la Bachiller en
Derecho DURINDA JESÚS VALDIVIA
RIVERA, para optar al Título
Profesional de ABOGADO.**

Arequipa-2016

Dedicatoria:

*Esta tesis la dedico
especialmente a Dios y mis padres,
pues gracias a ellos soy lo que soy*

Agradecimiento:

A Dios, a todas las personas que están a mi lado, pendientes de mi tristeza, mi cansancio y mis ganas de seguir avanzando para lograr mis objetivos trazados.

Resumen

La Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF, en su artículo 196° segundo párrafo, está referido a la tabla de gastos arbitrales que aprueba la OSCE mediante Directiva, establece también los honorarios de los árbitros, los cuales son cuantificados en función al monto de la licitación y no en función de la complejidad del proceso, si así fuera los gastos serian uniformes.

Siendo nuestro resultado que, el arbitraje es un mecanismo eficaz e idóneo para la solución de controversias, pero los gastos en que incurre la entidad estatal, ante el incumplimiento contractual, son desfavorables para el Estado, se puede evitar dicho gasto modificando la norma y fortaleciendo la coordinación entre las entidades involucradas en el seguimiento de la ejecución de los contratos para mejorar la defensa de los intereses del Estado.

Abstract

The State Procurement Law, N° 30225 and its Regulations approved by Supreme Decree 350-2015 -EF, in his article 196° second paragraph, is referred to the arbitration board approves the OSCE expenses by Directive also establishes fees referees, which are quantified in terms of the amount of the tender and not depending on the complexity of the process, if so costs would be uniform.

Being our result, arbitration is an efficient and appropriate mechanism for resolving disputes, but the expenses incurred by the state agency, before the breach of contract are unfavorable for the state, you can avoid this expenditure by altering the standard and strengthening coordination between agencies involved in monitoring the implementation of the contracts to improve the protection of state interests.

CONTENIDO

	Páginas
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Abstrac	v
Contenido	vi
Introducción	x

CAPITULO I **PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	1
1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.2.1. Delimitación Social	6
1.2.2. Delimitación Espacial	6
1.2.3. Delimitación Temporal	6
1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	6
1.3.1. Problema Principal	6
1.3.2. Problemas Secundarios	7
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.4.1. Objetivo General	7
1.4.2. Objetivos Específicos	7
1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	10

CAPÍTULO II **MARCO TEÓRICO**

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	11
2.1.1. Antecedentes Históricos del Arbitraje	11
2.1.2. Antecedentes Científicos del Arbitraje	15
2.1.3. Antecedentes Empíricos del Arbitraje	17
2.2. DEFINICIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	20
2.2.1. La Razón de Ser de las Contrataciones Estatales	21
2.2.2. Las Contrataciones del Estado como Política Pública.	22
2.2.3. Los Principios Vigentes de la Normativa Derogada Ley de Contrataciones del Estado	22
2.2.4. Fases y Etapas de la Contratación Pública	24
FIGURA N° 2	24
2.2.5. Tipos de Procesos de Selección	25
FIGURA N° 3	27
2.3. DEFINICIÓN DE CONTRATO.	27
2.4. DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.	28
2.4.1. Elementos y Características del Contrato Administrativo	30
2.4.2. Características del Contrato Administrativo	31

2.4.3.El Ius Variandi, El Hecho del Príncipe y La Teoría de la Imprevisión	32
A. El Ius Variandi	33
B. El Hecho del Príncipe	33
C. La Teoría de la Imprevisión	34
2.4.4.Los Tipos de Contrato	35
A. Contrato de Suministro	35
B. El Contrato de Locación de Servicio y de Consultoría	36
C. El Contrato de Obra	36
D. El Contrato de Obra Pública	37
2.4.5.Veedurías a la Ejecución Contractual	38
A. Contrato de Ejecución de Obra	39
• Etapas de la Ejecución Contractual en la que debe estar presente el Veedor	40
• Actuación de los Veedores o Equipo Técnico de Veeduría	40
• En la Visita de Inspección Física	41
• Informe de Veeduría en la Etapa de Ejecución Contractual	41
• Comunicación al Titular de la Entidad o quien haga sus veces	41
B. Contratos de Adquisición de Bienes	41
C. Contratos de Servicios	42
D. Contenido del informe de veeduría a la ejecución contractual	42
2.4.6.Formalización, Perfeccionamiento, Contenido del Contrato y Supervisión del Contrato	42
A. El Perfeccionamiento del Contrato.	43
B. La Suscripción del Contrato	43
FIGURA N° 4	43
C. Contenido del Contrato	45
FIGURA N° 5	45
FIGURA N° 6	46
D. Procedimiento para la Suscripción del Contrato	47
FIGURA N° 7	47
E. Culminación de Contrato en Bienes Servicios y Obras	48
FIGURA N° 8	48
FIGURA N° 9	49
F. Culminación del Contrato en Bienes y Servicios	50
G.Recepción y Conformidad en el Marco de la Contratación Pública	50
H. Procedimiento para la Recepción y Conformidad en la Prestación de Bienes y Servicios	50
I. Observaciones en la Recepción de la Prestación a cargo del Contratista	51
J. Culminación del Contrato en Servicios de Consultoría de Obras	51
FIGURA N° 10	52

K. Culminación del Contrato en Ejecución de Obras	53
FIGURA N° 11	53
L. Incumplimiento Contractual	54
LL. Penalidad por Mora en la Ejecución de la Prestación	54
M. Resolución Contractual	55
N. Causales de Resolución por Incumplimiento	56
FIGURA N° 12	56
Ñ. Procedimiento para Resolución Contractual	57
O. Resolución Parcial de Contrato.	57
P. Efectos de la Resolución Contractual	58
FIGURA N° 13	58
2.5. EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS	58
2.5.1. Definición de Arbitraje.	58
2.5.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje	60
A. Teoría Contractualista	60
B. Teoría Jurisdiccionalista	62
C. Teoría Ecléctica.	66
2.5.3. Naturaleza y Ámbito del Arbitraje	68
2.5.4. Elementos del Arbitraje	70
FIGURA N° 14	71
2.5.5. Fórmulas Arbitrales	72
2.5.6. Cláusula Compromisoria y Convenio Arbitral	75
2.5.7. Clases de Arbitraje	78
A. El Arbitraje Ad Hoc y el Arbitraje Institucional	79
• El Arbitraje Ad hoc. Designación de Árbitros y formas de llegar a Él	79
B. El Arbitraje Institucional EL OSCE Y EL SNA	80
C. El Convenio Arbitral en el Arbitraje Ad hoc y el Arbitraje Institucional y las Estipulaciones Adicionales.	81
1) Cláusulas del Arbitraje Ad hoc	81
2) Cláusula del Arbitraje Institucional y Contenido de la Cláusula.	81
FIGURA N° 15	81
FIGURA N° 16	82
3) Contenido de la Cláusula Arbitral. Criterios del OSCE	83
• Imposición de Condiciones en la Cláusula Arbitral.	83
• Limitaciones a la anulación del laudo arbitral.	85
• La Solicitud de Arbitraje o la Demanda Arbitral, el Arbitraje Ad hoc y el Arbitraje Institucional	88
• La Solicitud en el Arbitraje Ad hoc	88
• La Demanda Arbitral y la Contestación de la Demanda en el Arbitraje Institucional – OSCE	89
• La Oposición al Arbitraje: Oposición a la Competencia de SNA - OSCE y Oposición al Convenio.	89
• Designación y Aceptación de Árbitros en el Arbitraje Ad hoc	90
• La designación en el arbitraje ad hoc.	91

FIGURA N° 17	91
FIGURA N° 18	92
• La aceptación.	92
FIGURA N° 19	92
• Designación y Aceptación de Árbitros en el Arbitraje Institucional.	93
• Las Fases de designación de Árbitros	96
2.6. OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) (Ex CONSUCODE)	97
2.6.1. Funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado	97
2.6.2. Validez Legal de las Opiniones del OSCE	99
2.7. LOS GASTOS ARBITRALES EN EL ARBITRAJE AD HOC Y EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL	100
2.7.1. Los Costos en el Arbitraje	102
2.7.2. La Libertad para regular los costos	102
2.7.3. La Teoría del Vencimiento en el Proceso Arbitral	104
2.7.4. La Exoneración de los Gastos	105
2.7.5. Los Costos en la Ejecución Arbitral	107
2.7.6. La Naturaleza Jurídica del Gasto	109
2.7.7. Los Costos en el Recurso de Anulación del Laudo	109
2.7.8. Los Costos Judiciales en la Ejecución de los Costos Arbitrales	112
2.7.9. Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros	114
FIGURA N° 20	114
2.7.10. Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros	115
FIGURA N° 21	115
2.7.11. Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros	116
FIGURA N° 22	116
2.8. ESCALA DE COMPLEJIDAD	117
FIGURA N° 23	117
FIGURA N° 24	117
2.8.1. Principales Controversias en el Arbitraje Nacional	118
FIGURA N° 25	119
FIGURA N° 26	119
2.9. BASES LEGALES	122

CAPÍTULO III **HIPÓTESIS Y VARIABLES**

3.1. HIPÓTESIS	126
3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	126
3.2.1. Variable Independiente:	126
3.2.2. Variable Dependiente:	127

CAPÍTULO IV
PRESENTACIÓN DEL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

4.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	128
4.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	128
4.2.1. Por su amplitud	128
4.2.2. Alcance temporal	129
4.2.3. En relación con la práctica	129
4.2.4. Por su naturaleza	129
4.2.5. Por su carácter	129
4.3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	129
4.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	129
4.1.1. Descriptivo	129
4.5. POBLACIÓN Y MUESTRA	130
4.5.1. Población	130
4.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	130
4.6.1. Técnicas	130
A. Técnicas de muestreo	130
a) Muestreo no probabilístico	131
b) Muestreo Accidental o Causal	131
B. Técnicas de Recolección de Datos	131
C. Técnicas para el procesamiento y análisis de datos	132
D. Técnicas de Análisis Documental	132
4.6.2. Instrumentos	132
MATRIZ DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN	132
a) Variable Independiente	132
b) Variable Dependiente	133
4.6.3. Criterios de Validez y Confiabilidad de los Instrumentos	134

CAPÍTULO V
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1. ANÁLISIS DE DATOS	137
5.2. ELABORACIÓN DEL CUESTIONARIO DE PREGUNTAS	137
TABLA N° 1	138
GRÁFICO 1	149
TABLA N° 2	140
GRÁFICO 2	141
TABLA N° 3	142
GRÁFICO 3	143
TABLA N° 4	144
GRÁFICO 4	145
TABLA N° 5	146
GRÁFICO 5	147
TABLA N° 6	148
GRÁFICO 6	149
TABLA N° 7	150

GRÁFICO 7	151
TABLA N° 8	152
GRÁFICO 8	153
TABLA N° 9	154
GRÁFICO 9	155
TABLA N° 10	156
GRÁFICO 10	157
5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	158

CAPÍTULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES	161
6.2. RECOMENDACIONES	162
BIBLIOGRAFÍA	164
ABREVIATURAS	169

Anexo N° 1 Matriz de Consistencia

Anexo N° 2 Instrumento

Anexo N° 3 Ficha de Juicio de Expertos

Anexo N° 4 Proyecto de Ley

Anexo N° 5 Oficio N° 119-2015- EAPD-UAP-AQP

Anexo N° 6 Ejemplo de Procedimiento de Resolución Contractual.

INTRODUCCIÓN

Motivamos el presente trabajo de investigación en razón a la cantidad de contratos que van a arbitraje, y que a su vez han ocasionado un cuantioso gasto para la entidad pública, ya sea que se le dé o no la razón.

El presente trabajo es importante porque estamos seguros que este problema se presenta en varias entidades públicas, es por ello que tomamos esta apreciación en función de la información obtenida de los portales institucionales de cada entidad.

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento obliga a las entidades públicas que tengan un conflicto a partir del incumplimiento de un contrato en ejecución a solucionar en Arbitraje, pero este trámite conlleva a un cuantioso gasto para la entidad ya que se cuantifica en función al monto del proceso de licitación mas no de la complejidad del proceso, el objetivo es proponer un cambio en la reglamentación a efecto de que los costos por arbitraje sean uniformes, ya sea porque un proceso alcance una mayor o menor cuantía; por tanto se desea comprobar la hipótesis de lo cuantioso que es emprender un arbitraje; para ello el método de investigación se efectuará a través de la información que se tenga que obtener por los portales institucionales, a través del OCSE, del SEACE y del Gobierno Regional de Arequipa que quizás se ha visto perjudicada con este procedimiento.

Claro está, que estas cláusulas obligatorias han contribuido a que las controversias sobre cuantías muy altas, hoy estén sustraídas del Poder Judicial. Ello, aunado al hecho de que en la mayoría de contratos entre particulares ahora se incluye una cláusula arbitral, de esta forma se sustraen las partes de los tribunales ordinarios. Es por este motivo que, el Estado tiene que generar confianza en proveedores que vayan a contratar con él, asegurándoles una solución imparcial, pronta y adecuada, aunque

no muy económica, si en el caso surgiera algún conflicto. En efecto, dadas las especiales características del arbitraje y sobre todo su rapidez, no cabe duda de que se ha convertido en el mecanismo que actualmente brinda mayores ventajas a los particulares e, incluso, al propio Estado.

La presente investigación, consta de seis capítulos, el primer capítulo hace referencia al planteamiento metodológico, la descripción de la realidad problemática, delimitación de la investigación, Problema, objetivos, justificación y sus límites; en el segundo capítulo se consideran los aspectos teóricos, que son el soporte del tema; en el tercer capítulo se plantea la Hipótesis, las variables y su operacionalización, en el cuarto capítulo se señala el método, el diseño, la población y muestra, las técnicas, los instrumentos y los procedimientos a seguir en la investigación; el quinto capítulo muestra el análisis e interpretación de los resultados, prueba de hipótesis y discusión de los resultados, en el sexto capítulo conformado por las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El artículo 45° literal 1) de la Ley 30225 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado antes Decreto Legislativo N° 1017, establece que los contratos regulados por dicha norma, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a la solución de controversias; y estas controversias, tendrían que resolverse mediante Conciliación o Arbitraje. Si en el caso que en las bases o el contrato, no se ha incluido la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho, según lo establece el reglamento.

En este caso ***se trata de un Arbitraje obligatorio o forzoso, puesto que éste ha sido impuesto por voluntad del legislador*** y no puede ser negociable por las partes. Aunque en teoría la esencia del convenio arbitral implica que sea pactado voluntariamente. Esto es desde la celebración del contrato y hasta que quede consentida la liquidación correspondiente. En el caso de las Contrataciones del Estado, se debe considerar esta cláusula arbitral de forma obligatoria; bastará para su cumplimiento el acuerdo de las partes de querer recurrir al Arbitraje para que se habilite esta vía.

Muchos conocedores y especialistas sobre las contrataciones públicas, han observado la propuesta del legislador en cuanto a la obligatoriedad; **se constituye en un mandato imperativo al que no se puede renunciar, pero buscándole el lado beneficioso; la solución de un conflicto en este ámbito, evita que muchos conflictos lleguen al Poder Judicial**, más aún que el interés que se discute es de carácter privado; esto constituye la esencia de la solución de un conflicto derivado de la ejecución de un contrato con el Estado. Por tanto, de querer utilizar la vía judicial, está excluída.

Podría interpretarse como que, si la empresa privada desea contratar con el Estado, pues tendría que adherirse a estas condiciones. Sin embargo, este arbitraje es singular, porque en el caso del arbitral, se puede recurrir al poder judicial, pero en el caso de contratación pública no, entonces estamos frente a una heterocomposición.

Si se trata de licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas para obras y consultoría de obras, los árbitros serán tres, es decir un Tribunal Arbitral. De otro lado, en caso de adjudicaciones directas, diferentes a las indicadas así como en el caso de adjudicaciones de menor cuantía, el árbitro es único. Finalmente, **en caso de exoneraciones, el número se determinará en función al proceso que correspondería convocar. Reiteramos, el marco normativo sólo exige que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral, sean abogados.**

Artículo 196°.- Gastos Arbitrales; los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje. El OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA-OSCE organice administre conforme a su reglamento. En los

casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario. En estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de lo establecido por tabla de gastos arbitrales SNA-OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto, será definitiva e inimpugnable. En el caso de renuncia o de recusación de árbitro declarada fundada y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, será resuelta a pedido de parte por el OSCE, de conformidad con la directiva que este apruebe para tales efectos. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

Entonces, nuestra investigación se refiere específicamente a los gastos exorbitantes que significan para el Estado el proceso de arbitraje, específicamente a los gastos del Árbitro ya que son determinados de acuerdo a la cuantía de la licitación mas no a la complejidad del proceso (objeto de contratación, sus características los criterios de Resolución, Inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato), ante la controversia originada por el incumplimiento del contrato, sea quien tenga o no la razón, el contratista o el Estado ambos tienen que participar en partes iguales con los gastos del Arbitraje, Así mencionaremos algunos ejemplos, obtenidos del portal Web del Organismo de Contrataciones con el Estado, a) ***El Arbitraje Derecho seguido por Consorcio Mollendo (Demandante) en contra del Gobierno Regional de Arequipa (Demandado), con fecha 13 de enero del 2010, el demandante suscribió el contrato para la Ejecución de obra, construcción del rompeolas del Muelle Pesquero***

Artisanal de Mollendo por el monto de S/. 8.761,563.52, incluido IGV y un plazo de ejecución de 240 días Calendarios, se inició la obra el 09 de junio del 2010, debiendo concluirse el 03 de febrero del 2011, efectuándose valorizaciones de los trabajos ejecutados en los meses de junio, julio, agosto, setiembre y octubre del 2010, los días 18 y 23 de agosto se presentaron fuertes oleajes que destruyeron 26.20 metros lineales del espigón lo cual imposibilitó iniciar los trabajos de colocación de roca para la construcción, mediante carta CM-052-2010 de fecha 23 de setiembre del 2010 el contratista remite a la entidad el adicional N° 01 por la suma de S/. 1.327,896.78 por la reconstrucción del rompeolas, mediante carta CM-065-2010 de fecha 04 octubre del 2010, el contratista requiere a la entidad el pago de valorizaciones de los meses de junio, julio y agosto del 2010 y la aprobación del adicional N° 1, mediante carta CM-079/2010 de fecha 26 de octubre del 2010 el Contratista resuelve el contrato y mediante Carta CM-089/2010 de fecha 15 de diciembre del 2010, el Contratista señala su decisión de someter arbitraje de Derecho la controversia referida a la resolución de contrato.

b) El Arbitraje Ad hoc seguido por COSADI CONTRATISTAS GENERALES S.R.L (Demandante) en contra del Gobierno Regional de Arequipa (Demandado) ante un Árbitro Único. El demandado convocó a la adjudicación de menor cuantía N° 0556-2007-GRA, estableciendo el valor referencial, para proveerse de agregados no metálicos de construcción en cuyo proceso de selección la recurrente obtuvo la buena pro ofertando un precio menor al valor referencial, posteriormente se emitió a su favor la orden de compra N° 00004276, una vez cumplida la entrega al demandado de los agregados no metálicos para la construcción, procedió a emitir las facturas N° 132 y 133, las mismas que fueron entregadas los días 20 y 21 de diciembre del 2007, y al momento de pretender el cobro de las mismas, la demandada mediante oficio N° 010-2008-GRA/OLP, le comunicó su decisión

de suspender el pago, por una diferencia notable en los precios que atentan contra la economía del demandado, con fecha 25 de julio la demandante procede a formalizar su demanda determinando el petitorio para que se le ordene el pago de S/. 40.400,00, más intereses compensatorios, moratorios, costas y costos derivado del presente proceso.

c) El Arbitraje de derecho, seguido por Aceros Comerciales S.C.R.L. (Demandante) en contra del Gobierno Regional de Arequipa (Demandado) ante un Árbitro Único. El demandante mediante carta 01-2009/ACERO y 02/2009/ACERO de fecha 18 de agosto y 02 de setiembre, del 2009 respectivamente, solicitó a la entidad demandada, insistentemente el lugar de la entrega de los materiales los mismos que deberían ser entregados en obra, y la identificación de la persona responsable de la recepción de dichos materiales, no obtuvo respuesta y ante la negativa a recibir el material, mediante carta notarial recepcionada por la Entidad, el día 06 de octubre del 2009, se le requirió para que en el plazo de tres días de notificada la misma cumpla con sus obligaciones contractuales, señalando el lugar de entrega de los materiales y de la identidad de la persona que los iba a recepcionar bajo apercibimiento de resolución contractual, vencido el plazo la demandada no cumplió con lo requerido por lo que, mediante carta notarial del día 29 de noviembre del 2009, ACEROS procedió a la resolución total del contrato N° 245-2009-GRA/PE, por el incumplimiento específicamente de las obligaciones contraídas en las cláusulas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y novena, por culpa inexcusable y negligencia. Con fecha 26 de mayo del 2010 el árbitro único declaró abierto el proceso arbitral llegando a su fin el día 10 de marzo del 2011.

FIGURA N° 01

PROCESOS DE ARBITRAJES EN AREQUIPA					
N	DEPARTAMENTO/ENTIDAD	NÚMERO DE LAUDOS			
		Bienes	Obras	Servicios	Total
1	AUTORIDAD AUTONOMA DE MAJES SIGUAS - AUTODEMA			1	1
2	CAJA MUNICIPAL DE AHORRO Y CREDITO DE AREQUIPA S.A.	1	1	2	4
3	EMPRESA DE GENERACION ELECTRICA DE AREQUIPA S.A. - EGASA		9	3	12
4	GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA	5	5	1	11
5	HOSPITAL REGIONAL HONORIO DELGADO DE AREQUIPA			1	1
6	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ALTO SELVA ALEGRE - AREQUIPA		2		2
7	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CAHUACHO	2			2
8	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CAYMA		1	1	2

Fuente: Estudio de Arbitraje Online de la Contraloría General de la República 2013.
En <http://contraloriageneraldelarepublica.com.pe>.

1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. Delimitación Social

Este trabajo socialmente abarca el problema de los gastos del Árbitro en las contrataciones del Estado .

1.2.2. Delimitación Espacial

Esta investigación se circunscribe en el estudio de los gastos del Árbitro durante un proceso de arbitraje en la provincia de Arequipa.

1.2.3. Delimitación Temporal

La investigación se ha desarrollado durante el año 2016

1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.3.1. Problema Principal

¿Por qué los Gastos del Árbitro en los procesos de contrataciones con el Estado, son excesivos en relación al monto de la cuantía obviando la complejidad del proceso, Arequipa 2016?

1.3.2. Problemas Secundarios

- ¿En qué proporción determina la OSCE los gastos de los Árbitros?
- ¿Cuáles son aquellos procesos de Contrataciones con el Estado?
- ¿En qué proporción es el gasto de la entidad estatal respecto del arbitraje?
- ¿Cuál es la función específica del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado ante el incumplimiento de un contrato?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo General

Analizar los Gastos del Árbitro, en los procesos de contrataciones con el Estado para determinar si son excesivos en relación al monto de la cuantía obviando la complejidad del proceso, Arequipa 2016?

1.4.2. Objetivos Específicos

- Analizar el Arbitraje en las Contrataciones del Estado
- .Precisar los criterios que debe tener en cuenta la entidad estatal para establecer los gastos de los árbitros.
- Precisar cuáles son las causas que originan las controversias entre el Estado y el contratista?
- Precisar las funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En el Aspecto Académico, estamos incorporando el conocimiento referido al resultado lógico de un conflicto entre una entidad estatal con una,

privada relacionada con una contratación pública, va a existir siempre el cumplimiento de la cláusula obligatoria de conciliación o arbitraje, la misma que aunque no esté incluida en el contrato, se tiene por aceptada, puesto que cada proceso de contratación con el Estado se rige bajo la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, y por ende, se encuentra inmersa en ésta obligatoriedad. Si bien es cierto que como primera opción se puede iniciar una conciliación (autocomposición), y que al no proceder ésta, se procede a la invitación de la segunda y definitiva fórmula que es el arbitraje (Heterocomposición).

Pero para dar cumplimiento obligatorio a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento respecto del Arbitraje, se tiene que discurrir por una serie de pasos y procedimientos que a la larga siempre va a significar un perjuicio para la entidad estatal, tanto en la solución del conflicto (porque casi siempre gana la entidad privada) y que de todas maneras genera un gasto excesivo, poco justificable y hasta difícil de cumplir.

Para ello es importante cuales son las posibles soluciones, para evitar que el gasto al llegar al arbitraje pueda ser justo, equivalente, económico y fijo, ya que su aplicabilidad obligatoria de todas formas se tiene que dar, toda vez que con este procedimiento se desea alcanzar la tan ansiada solución al conflicto, puesto que el objeto final es la población inmersa en cada espacio territorial, más aún que si el pago por llegar a este proceso, reduce significativamente la posibilidad de atender otras prioridades de la población.

En el ámbito social, esta investigación se justifica porque se tomará conciencia del costo de pago por invitar a solucionar el conflicto a la otra empresa, asciende a un porcentaje de concordancia con el monto del proceso de licitación en etapa de contrato, monto que resulta injusto y hasta un tanto exagerado por las razones expuestas previamente.

Por otro lado, los árbitros que llevan estos procesos, también por su parte deben cobrar por sus honorarios, también de acuerdo a la cuantía del proceso, resultando además un gasto adicional, aunque el esfuerzo para arbitrar un proceso de mayor cuantía con el de menor cuantía es casi similar por no decir el mismo.

Se adiciona a este proceso que, estando en la ciudad de Arequipa, se requiere trasladarse a la ciudad capital para llevar a cabo esta alternativa de solución de conflicto; a este factor le podemos añadir los graves problemas generados por la población, puesto que el proyecto que se deseaba concluir, ha quedado truncado por este inconveniente, más aún que a la población es difícil explicar los motivos por qué se demora tal o cual ejecución de obra, contratación de consultoría, adquisición de bien o contratación de servicio. Y peor aún, que al paralizar un proyecto hasta concluir el arbitraje, conlleva a otros gastos de actividades conexas programadas, paralelamente para ese mismo objetivo. Y se llega a otros incumplimientos y retrasos que se convierten en gastos generales y perjudiciales para la entidad estatal.

Como Justificación Jurídica, los profesionales conocedores y comentaristas de este tema y que se encuentren del lado de la entidad estatal, no han podido conseguir una modificación a la ley de contrataciones y su reglamento, porque quizás no ha sido directamente afectado, o porque siempre han estado del lado de la entidad privada, y la entidad privada por su naturaleza, podría sólo perder un porcentaje de dinero por solamente ese proceso, pero la otra parte, es decir la entidad pública pierde más veces y en todos los sentidos.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Por tratarse de una investigación nueva en esta materia de la ***Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento***, nos encontramos con una serie de limitaciones por cuanto no es tan fácil que una entidad estatal entregue sus expedientes para que sean revisados abiertamente; hay carencia de bibliografía de textos, revistas especializadas específicamente en este punto de vista y quizá el rechazo de ciertas instituciones a dar información, en salvaguarda de los documentos contenidos de ambas partes. Sin embargo nos dedicaremos al estudio de esta realidad y la aplicación de la norma. En la práctica, encontramos serios problemas en la aplicación de normas, de los cuales sólo nos ocuparemos del problema ya señalado. Por otro lado, es menester considerar las dificultades que presentan las entidades públicas para llegar a solucionar un conflicto mediante la conciliación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Antecedentes Históricos del Arbitraje

Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 del año 1998 (Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo N° 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley. Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al Arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al Arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser sometidos a Arbitraje.

Al respecto, **Cantuarias, Fernando. (2002:180)**, que estableció por primera vez como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones (Decreto Supremo N° 039-98-PCM, 1998), la de solución de controversias, estableciendo que “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”, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley.

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF y la actual Ley N° 30225 aprobada mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En efecto, como hemos venido sosteniendo a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la Conciliación y al Arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no sólo se implantó el Arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema. (En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje, figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un Arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros).

Bullard, Alfredo. (2006:166), señala que las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de “sustitutos” confiables. Dado que la reforma del Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las prestaciones del sistema político sobre los agentes económicos.

El esquema que se implantó con la Ley N° 26850 ha tenido éxito, en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características en los últimos gobiernos que han regido en el Perú. No olvidemos que esta norma es del penúltimo gobierno de Fujimori y se mantuvo en su último gobierno, durante el gobierno del Presidente Paniagua, en el gobierno del Presidente Toledo y en el actual gobierno.

Ello ha dado muy buenos resultados en la medida en que la solución de estas controversias, ha demostrado a la sociedad que el medio arbitral es por lo general más eficiente que la justicia ordinaria, disminuyendo tiempo y costos en la Administración de Justicia. Así, tanto las entidades públicas

como las empresas contratistas, se encuentran satisfechas con la implantación de este mecanismo de solución de controversias.

Cantuarias, Fernando. (2002:181) señala que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquéllos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones del intercambio).

Tal consideración, podría tener algo de verdad; sin embargo, dudamos mucho de que la mayor o menor participación de empresas interesadas en contratar con el Estado obedezca al arbitraje como medio de solución de controversias. No hay mucho que escoger cuando el mayor adquirente de bienes y servicios (el propio Estado) quiere contratar con uno.

Además, hay que señalar que a través de esta vía se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades. Asimismo, los montos en controversia son bastante altos. Los arbitrajes en donde por lo menos una de las partes es el Estado, representan alrededor del 70% del total de procesos arbitrales que están en curso en nuestro país.

Y, por otro lado, estas cláusulas obligatorias han contribuido a que las controversias sobre cuantías muy altas, hoy estén sustraídas del Poder Judicial. Ello, aunado al hecho de que, en la mayoría de contratos, entre

particulares (en donde se comprometen montos patrimoniales importantes), se incluye una cláusula arbitral y, por lo tanto, también se sustraen las partes de los tribunales ordinarios.

Si bien el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto, éste se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, hay quienes afirman, **Arrarte, Ana María y Paniagua, Carlos. (2007:181)**, que ello no implicaba inexorablemente que el conflicto no sea resuelto por el Poder Judicial, sino que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta.

En síntesis, es imprescindible realizar una verdadera y comprometida reforma, lo que indudablemente tiene un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero. Sin embargo, el Estado ha optado por lo urgente y lo inmediato, admitiendo que el Arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.

Así mismo, dadas las especiales características del Arbitraje y sobre todo su celeridad, no cabe duda de que se ha convertido en el mecanismo que actualmente brinda mayores ventajas a los particulares e, incluso, al propio Estado.

2.1.2. ANTECEDENTES CIENTÍFICOS DEL ARBITRAJE

Córdova Schaefer, J. (2013). Tesis para optar el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, recuperado en <http://libros Pontificia Universidad Católica/pdf>. Se formula la pregunta

¿arbitrar o no arbitrar? he ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios. Considerando El arbitraje bajo la lupa del análisis económico del derecho. Concluyendo que La finalidad de la Ley Modelo al aumentar supuestos del convenio arbitral de “no escritos” como “escritos”; en el fondo es salvaguardar que los laudos arbitrales producto de dichos convenios, sean plenamente ejecutables conforme a la Convención de Nueva York, criterio, que es seguido por la Ley de Arbitraje Peruana.

Lozano Hernández, J. (2013). Tesis para optar el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado en <http://libros Pontificia Universidad Católica/pdf>. El trabajo de investigación es sobre las ***medidas necesarias para fortalecer la solución de controversias originadas en materia de contratación del estado.*** Concluyendo que La presente investigación, concluye con la presentación de un borrador de propuesta normativa que busca fortalecer la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en materia de contrataciones con el Estado. Consideramos que dicho fortalecimiento generaría beneficios cuantitativos, tanto para la Entidad contratante como para el contratista, los cuales se verían traducidos en el ahorro de los costos que implica el someter una controversia a un arbitraje, que finalmente sería un beneficio para las partes.

Armas Morales, C. (2002). Tesis para optar el Título de Magister en Derecho en la Universidad Mayor de San Marcos. Recuperado en <http://libros Universidad Mayor de San Marcos/pdf>. El título del trabajo de investigación es ***Sistema de Contratación por Medios Electrónicos: Manifestación de la Voluntad y Perfeccionamiento Contractual,*** sustenta la problemática de la contratación por medios electrónicos, dado

que los contratos u otro acto jurídico, interviene como eje fundamental el elemento humano, que son los agentes capaces; por lo tanto, concurren los mismos vicios de voluntad, en cuanto al error, dolo y violencia.

Se aborda la problemática del lugar (espacio) y el momento (espacio) en que inicia y concluye el contrato, con las innovaciones recientes de la tecnología, la problemática apunta a deslindar la ley que ruge el contrato y en caso de conflicto de leyes, su derivación al derecho internacional privado o a la normativa y costumbre internacional. Siendo su objeto principal identificar las relaciones jurídicas sensibles al impacto de las tecnologías electrónicas, digitales y telemáticas en relación a la contratación específicamente relacionado con la manifestación de la voluntad contractual, formación del consentimiento y perfeccionamiento.

2.1.3. ANTECEDENTES EMPÍRICOS DEL ARBITRAJE

De acuerdo con Agama Córdova, Ivanna Esmeralda, trabajadora de la Municipalidad de Mariano Melgar especialista en Contrataciones con el Estado (2015) manifiesta lo siguiente: Si bien es cierto que al llegar a un Arbitraje, se genera una responsabilidad para las partes, y aunque una de ellas es la que incumplió el contrato, pues ambas ya están en el problema.

De acuerdo a muchas experiencias, el Arbitraje tiene más ventajas que desventajas; y una de las más grandes ventajas es el descongestionamiento procesal, pues se lleva a cabo en forma separada del fuero judicial, fluye tan rápido como las partes lo programen y no está sujeto a cumplir plazos. En un arbitraje hay confidencialidad, pues las partes y el árbitro son los únicos involucrados.

Aunque los arbitrajes sean eficaces porque los procesos son llevados por expertos y especialistas, que no los hay en el Poder Judicial sobre este

tema, pues lo que importa es resolver los conflictos, y por consiguiente el Laudo Arbitral debe de ser cumplido totalmente según acuerdo, ya que ha sido dictado en base al análisis objetivo de las pruebas.

Puede significar un beneficio en tiempo, pero realmente es un perjuicio en dinero, pues los costos son muy elevados; entonces se convierte en un tema que nuestros legisladores deberían evaluar, porque no es lógico que un costo sea proporcional a la cuantía del proceso, si bien es cierto que los gastos administrativos son cuantiosos, pero los gastos de los árbitros son muchísimo más y el esfuerzo es el mismo por tanto, no debería evaluarse en base a la cuantía del proceso, sino por su complejidad.

Son las mismas etapas del arbitraje, son los mismos caminos a recorrer, pero no hay lógica en que si es un monto mayor ¿el esfuerzo será mayor?, pues no lo es. Estamos de acuerdo en que por la cuantía del caso, sea mayor el costo de los honorarios y gastos, pero no. Siempre la mayor desventaja van a ser los elevados costos, son comprensibles los gastos administrativos, son comprensibles las horas de litigio, los gastos de peritos, de personal de apoyo secretarial y administrativo, el uso de instalaciones con los servicios necesarios, pero aún así, siguen siendo elevados los costos, pues no es lo correcto que se determine en base a una fórmula porcentual referencial.

Tal vez a las grandes empresas, sí les convenga asumir estos costos puesto que resuelven su problema en el más corto plazo; pero a las pymes no les conviene, pues está en juego su capital de trabajo. En el caso de las instituciones públicas, éstas no cuentan con un presupuesto para asumir estos costos, y para ello tienen que desviar fondos, ya sean de gastos corrientes, de ingresos propios o quizá de la meta del proyecto a cual pertenece el conflicto.

Dado que la Ley de Contrataciones y su reglamento no contemplan estas tasas arbitrales, es el motivo que tienen que ser aprobadas por Directivas específicas para cada especialidad; es por ello que la Directiva que aprueba las tasas arbitrales referenciales, debiera ser modificada, para que los costos no sean en proporción a la cuantía del Proceso de Licitación o monto de contrato, sino debiera ser proporcional a la complejidad del mismo.

Cada vez que se aprueba, innova, adiciona artículos y cada vez que se suprime otros artículos en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, los legisladores y asesores que revisan una y otra vez las normas antes de aprobarlas, siempre fijan el punto de mejoría, el punto de solución de un conflicto, pero muchas veces esto no es suficiente, pues los errores que se cometen día tras día, a nivel nacional, es precisamente, no por la falta de capacitación de los legisladores, sino por la falta de capacitación de los operadores de cada institución, y más aún de los responsables de las Áreas Usuarías, a quienes les abrumamos toda la responsabilidad y son los que menos conocen de este lenguaje técnico, que es tan importante.

Y esto es porque muchas veces, no hay especialización en cada tema que se desempeña, muchas veces las personas trabajamos donde se pueda, donde se nos permita y mejor aún, donde podamos obtener una buena recomendación, donde podamos tener un buen sueldo y trabajar menos, entonces somos personas nada productivas, porque no nos cuesta nada en la vida y nada aportamos a nuestra sociedad ni a nuestra institución. Mucho menos les va a interesar los objetivos del Estado.

De acuerdo con Flores Cáceres, Edwin Adelo, Presidente de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (2016), el Estado participa en el mercado con el objetivo de adquirir o contratar, según corresponda, bienes, servicios o ejecutar obras con calidad y a precios

adecuados, al efecto de cumplir sus fines; la cantidad de dinero que el Estado gasta en este rubro y la forma en que lo hace, lo convierten en un agente económico muy importante, con capacidad de orientar el proceso económico en la sociedad.

El arbitraje descongestiona la carga procesal en el Poder Judicial, siendo que en el procedimiento para resolver un conflicto relativo a la contratación con el Estado, caben la conciliación y el arbitraje; y éste es un mecanismo eficiente y eficaz para resolver las desavenencias respectivas, pero su costo es bastante oneroso.

La Contraloría General de República debe evaluar las causas que originan dichas controversias en la contratación pública, que usualmente surgen en la etapa de ejecución de los contratos de bienes, servicios u obras que suscribe el Estado con los particulares; debiendo determinarse cuál es la deficiencia del Estado, al momento de la contratación pública.

En este escenario, las contrataciones del Estado deben responder a la necesidad de garantizar el adecuado marco en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos; y el derecho de las personas naturales y jurídicas, a participar como proveedores del Estado; buscando una eficiente solución a las controversias que con relación a ello, pudieran suscitarse.

2.2. DEFINICIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública o contratación de la administración pública, es un medio a través de cual el Estado materializa el cumplimiento de sus finalidades. El Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental. Su existencia se justifica como medio para el cumplimiento de

los objetivos y metas de la Administración Pública **Salazar Chávez, R (2004:36), citado por Gandolfo, Ricardo (2011:9).**

Su importancia es pues fundamental para el desarrollo nacional y para la satisfacción de las necesidades de todos los ciudadanos. La inversión en todas sus manifestaciones, la satisfacción de necesidades básicas como salud, educación, la prestación de servicios Públicos esenciales, así como la ejecución de proyectos sociales, pueden ser posibles gracias a la contratación pública. Su impacto es multiplicador y horizontal, influye en todos los sectores de la población, no sólo desde el punto de vista económico productivo, sino en el desarrollo social, en el progreso, en la promoción del empleo y en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos. Es decir, en general, en el bienestar de toda la sociedad. Tal como señala **La Torre Boza. Derik (2008:285), citado por Gandolfo, Ricardo (2011:9)**, la trascendencia de la contratación pública no se manifiesta únicamente en el campo económico, sino que tiene gran relevancia también en el ámbito social, por cuanto tendrá implicancias en el logro de objetivos laborales, el desarrollo de la producción nacional, el fomento de la pequeña y mediana empresa y la atención de sectores. **Retamozo Linares A. (2013:33).**

2.2.1. La Razón de Ser de las Contrataciones Estatales

El interés General, es la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de interés entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado como entidad de derecho público. **Fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso sobre Acción de Amparo signado con el Exp. N° 0090-2004-AA/TC.**

El interés Público, es la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del estado sobre los

súbditos. **Cabanellas. Guillermo (1989:462), citado por Retamozo Linares A. (2013:16).** Por ello, la cantidad de recursos que se gastan, la forma en que se hace, dónde se hace y en quiénes se hace, es de interés Público. **Retamozo Linares A. (2013:33).**

2.2.2. Las Contrataciones del Estado como Política Pública.

El Estado instrumentaliza el Derecho Administrativo para el logro de sus objetivos, acción que se concretiza a través de las políticas públicas. Así, al ser los contratos administrativos y los procesos de selección, en particular, un mecanismo a través del cual el Estado adquiere bienes, servicios y ejecuta obras para atender los requerimientos de la población, su instrumentalización y los términos en que se efectúa la misma hace que se convierta en una política pública. **Retamozo Linares A. (2013:32).**

2.2.3. Los Principios Vigentes de la normativa derogada Ley de Contrataciones del Estado.

Principio de moralidad, los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, el servidor no deberá utilizar su cargo para obtener algún provecho, ventaja o favor de terceros; **veracidad**, posibilita la decisión válida como derecho fundamental de toda persona; **intangibilidad**, los contratos que de ellos emergen no deben ser modificados; **justicia** garantías a los administrados y **probidad** vinculada a la honradez. **Retamozo Linares A. (2013:301).**

Principio de Libre competencia, se refiere a la libertad que existe entre los distintos postores para presentar propuestas y competir entre ellos a efectos de ganar el proceso de selección en el que participan. La libre competencia afianza la posibilidad de oposición entre los oferentes. **Retamozo Linares A. (2013:302).**

Principio de Imparcialidad, Implica que en el proceso de selección la Administración no puede actuar a favor o en contra de determinada persona o institución, todas deben recibir igual trato y tener igualdad de oportunidades para competir. **Retamozo Linares A. (2013:310).**

Principio de Eficiencia, requiere de los criterios de celeridad, economía y eficacia. **Retamozo Linares A. (2013:311).**

Principio de Transparencia, implica la obligación que tienen las entidades de brindar información a la ciudadanía respecto a la conducción de los procesos de selección así como respecto a la ejecución y resultados de las transacciones, a fin de brindar elementos para la evaluación de la gestión pública. **Retamozo Linares A. (2013:313).**

Principio de Economía, en todo proceso de selección aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias. **Retamozo Linares A. (2013:315).**

Principio de Vigencia Tecnológica, tanto los bienes y servicios como la ejecución de obra deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos. **Retamozo Linares A. (2013:316).**

Principio de trato justo e igualitario, este principio se vincula al de Libre Concurrencia y Competencia e Imparcialidad, el trato igualitario debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su

comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato. **Retamozo Linares A. (2013:318).**

Principio de Promoción del Desarrollo Humano, implica la búsqueda de la ampliación de las oportunidades para las personas, aumentando sus derechos y sus capacidades, incluye varios aspectos de la interacción humana como la participación, la equidad de género, la seguridad, la sostenibilidad, las garantías de los derechos humanos. **Retamozo Linares A. (2013:320).**

Principio de sostenibilidad Ambiental, permitiría que en los expedientes técnicos en general se evalúe el impacto ambiental y se evite impactos ambientales negativos. **Retamozo Linares A. (2013:322).**

Principio de Publicidad, comienza desde la Convocatoria y se desenvuelve a lo largo de todo el proceso, vinculándose en dicho trámite a los principios de libre competencia y transparencia. **Retamozo Linares A. (2013:323).**

Principio de Equidad, las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponde al Estado en la gestión del interés general **Retamozo Linares A. (2013:283-323).**

2.2.4. Fases y Etapas de la Contratación Pública

FIGURA N° 02

FASE DE ACTOS PREPARATORIOS	FASE DE SELECCIÓN	EJECUCIÓN CONTRACTUAL
Etapas de la fase de los	Etapa de la fase de selección	• Suscripción del contrato.

actos preparatorios		<ul style="list-style-type: none"> • Garantías • Adelantos • Adicionales y reducciones • Ampliaciones de plazo • Subcontratación • Intervención económica de la Obra • Resolución de contrato • Penalidades • Recepción y conformidad • Liquidación
<ul style="list-style-type: none"> • Análisis de las demanda • Análisis de la oferta • Determinación de la viabilidad • Determinación del valor referencial • Aprobación del expediente de contratación • Elaboración y aprobación de las bases 	<ul style="list-style-type: none"> • Convocatoria • Registro de participantes • Formulación de consultas • Absolución de consultas • Formulación de Observaciones • Absolución de observaciones • Integración de las bases • Presentación de propuestas • Evaluación y calificación de propuestas • Otorgamiento de la buena pro • Consentimiento de la buena pro • Suscripción del Acuerdo del Convenio Marco 	

Fuente: Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. En Retamozo Linares. Alberto.

2.2.5. Tipos de Procesos de Selección

Licitación Pública, es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el Pliego de Condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente, **Dromi, Roberto. (1999:76)**, citado por **Retamozo Linarez, Alberto. (2013:512)**.

Se convoca para tres tipos de objetos: bienes, suministros y obras.

Concurso Público, es un procedimiento de selección del contratista por el que se pretende elegir de entre los presentes o intervinientes al que reúna la mayor capacidad técnica, científica, cultural, o artística. **Dromi, Roberto. (1999:122)**, citado por **Retamozo Linares, A. (2013:513)**. Se convoca para contratación de servicios de toda naturaleza.

Adjudicación Simplificada, es un procedimiento menos riguroso que los anteriores la razón estriba en la significación económica del mismo, el objetivo consiste en facilitar la selección del postor a contratar, se convoca para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, conforme a los márgenes establecidos por las normas presupuestarias. **Retamozo Linares, A. (2013:175)**. Con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales.

Selección de Consultores Individuales, se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales. **Recuperado en <http://osce.com.pe>, ley de Contrataciones con el estado N° 30225. (33:216)**.

Comparación de Precios, puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado. **Recuperado en <http://osce.com.pe>, ley de Contrataciones con el estado N° 30225. (33:216)**.

Subasta Inversa Electrónica, La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. *Recuperado en <http://osce.com.pe>, ley de Contrataciones con el estado N° 30225. (33:216).*

FIGURA N° 03

TOPES DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES SERVICIOS Y OBRAS_REGIMEN GENERAL LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO 30225 (Valor Referencial en soles)				
TIPO DE PROCESO	OBRAS	BIENES	SERVICIOS	
			SERVICIOS EN GENERAL	CONSULTORÍA EN GENERAL Y CONSULTORÍA DE OBRAS
Licitación Pública	>= a S/. 1, 800,000.00	>= a S/. 400,400.00	-	-
Concurso Público			>= a S/. 400,000.00	
Adjudicación Simplificada	< a S/. 1, 800,000.00 y > a S/. 31,600.00	< a S/. 400,000.00 y > a S/. 31,600.00	< a S/. 400,000.00 y > a S/. 31,600.00	
Selección de Consultores Individuales			< a S/. 100,000.00	-
Comparación de precios		< a S/. 40,000.00 y > a S/. 31,600.00	< a S/. 40,000.00 y > a S/. 31,600.00	-
Subasta Inversa Electrónica		> a S/. 31,600.00	> a S/. 31,600.00	-

Fuente: Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. En Retamozo Linares. Alberto.

2.3. DEFINICIÓN DE CONTRATO.

El Código Civil define a los contratos como aquellos acuerdos celebrados entre las partes para crear, regular modificar o extinguir

obligaciones jurídicas patrimoniales, así mismo señala que éste se perfecciona cuando luego de haberse recibido una oferta la contraparte acepta la misma **Torres Vásquez. A (2008:763)**.

En los contratos que celebra el Estado, existe una normativa especial (Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento), debido a que las entidades del sector público, cumplen de acuerdo a ley, los cometidos relacionados directa o indirectamente con el interés público.

Los contratos celebrados por el estado bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, deben celebrarse por escrito y se ajustan a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad, durante el proceso de selección. En el caso de contratos, cuyos montos correspondan a una Adjudicación de Menor Cuantía distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, los contratos podrán formalizarse mediante la recepción de la orden de compra o servicio.

Una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos, **Álvarez Alejandro. (2009:10), citado por el Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas.**

2.4. DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Según **Retamozo Linares A. (2013:826)**. Es la declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa, ejerciendo sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

En este orden tenemos que el Contrato Administrativo se encuentra inmerso en la Doctrina General de Contrato, tan igual como se halla el Contrato Privado, no constituyendo un ámbito paralelo, ni diferente. Así, se concluye en que cualquier Contrato puede reflejar elementos del Contrato Privado o del Contrato Administrativo, sin que por ello varíe la esencia de la concepción misma del Contrato, ocurriendo en realidad que, en ciertos contratos directamente vinculados al tráfico o actividad típica del órgano administrativo, contratante (obras y servicios públicos en el más amplio sentido), los elementos jurídico y administrativo son más intensos que en otros, constituyendo una especie dentro del género de los contratos cuya especificidad, está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos: en suma, por su régimen jurídico.

Esta diferenciación conceptual fue asumida en el Informe de Gestión del fenecido CONSUCODE, donde se establece el distingo entre ambos tipos de contratos a partir del propio Estado, como parte contratante y del escaso margen de negociación existente. Así, se indica que: El factor que permite calificar un Contrato como Contrato de la Administración Pública, no es la asignación de prerrogativas especiales a la Administración Pública como por ejemplo, la de resolver unilateralmente el Contrato, sino, el hecho de que, por lo menos, una de las partes que celebran el Contrato es un organismo de la Administración Pública, criterio más restrictivo que el establecido en la Doctrina.

Finalmente, en cuanto a la propia normativa, tenemos que el Anexo de Definiciones del RLCE lo conceptualiza como el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las obligaciones y del Contrato Administrativo, en la Resolución N° 001-2011-TC-S2, el Tribunal estableció que: En el marco de lo antes expuesto, se debe tener en cuenta las obligaciones inherentes cada una de las partes en el marco de un Contrato Administrativo, de acuerdo a la normativa de Contrataciones del Estado. A diferencia de lo que ocurren en las relaciones jurídicas civiles, en los contratos administrativos existen un conjunto de potestades administrativas que son inherentes y trascienden a las partes. Estas potestades derivan de la propia naturaleza del Contrato Administrativo y ciertamente te resultan oponibles a las partes contratantes. Los efectos prácticos de la acción u omisión de parte de los sujetos sometidos a una relación contractual de orden administrativo, no son homogéneos o equivalentes.

En este orden, en la Resolución N° 547-2012-TC-S1, referida al error en la nominación del Contrato, se estableció que “(...) más allá de la denominación que se pueda otorgar a un contrato, prevalece la naturaleza de las prestaciones que ella comprende, esto es, el alcance mismo del Contrato.

2.4.1. Elementos y Características del Contrato Administrativo.

Según **Retamozo Linares A. (2013:827)**. El contrato administrativo y el Contrato Privado, tienen elementos comunes, los cuales adquieren singularidad cuando se desenvuelven en cada uno de ellos; el contenido los hace distintos. Entre los elementos del Contrato Administrativo, tenemos a los siguientes:

El elemento subjetivo, constituido por el acuerdo de voluntades entre las partes, donde por lo menos, una de ellas es un ente estatal, con competencia para contratar: el acuerdo de voluntades que, en el caso de este tipo de Contrato, significa la adhesión del cocotratante a las cláusulas previamente establecidas por la Entidad;

El elemento objetivo, constituido por el objeto de Contrato, que es la obligación de dar, hacer o no hacer; la causa, que es la satisfacción de una necesidad preexistente de la Administración; la formalidad y la forma, donde la primera está constituida por los requisitos que se deben cumplir para la suscripción, y la segunda es el documento propiamente dicho; la finalidad, que es la atención del interés general; y el perfeccionamiento a través de la suscripción, notificación u otros medios.

2.4.2. Características del Contrato Administrativo

a) Constituye la exteriorización de la Potestad Administrativa del Estado, al amparo del Principio de Legalidad y se regula por normas del Derecho Público, razón por la cual no le es de aplicación el aforismo lo que no está prohibido, está permitido.

b) Desigualdad de intereses de los contratantes, por cuanto la Administración persigue la satisfacción del interés colectivo, mientras que el particular persigue el suyo propio, actúa animado por el legítimo afán de lucro.

En los contratos administrativos, prevalece como regla general la idea de comunidad, de interés común, mientras en los contratos privados, los intereses particulares devienen en hegemónicos y se imponen a los generales, constituyendo cada uno, respectivamente, el objeto fundamental del contrato. Este criterio es similar al expuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 17 de mayo del 2004, recaída en el expediente N° 020-2003-AI/TC , en cuyo Fundamento 11, los magistrados del Tribunal precisaron ***que las contrataciones que efectúa el Estado tienen un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades***

públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.

c) Efectos con relación a tercero

d) La relación jurídica que se establece entre las partes intervinientes es desigual. Aquí la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, se relativizan ante el rol preponderante del Estado en la relación jurídica que se establece, la que difiere de la existente en el ámbito privado donde concurren personas ubicadas en el mismo plano.

e) En este orden, los principios de Autonomía de la Voluntad e Igualdad Jurídica, quedan subordinadas a lo que establece la norma positiva, así, la Administración, amparada en el Principio de *ius variandi*, puede imponer, cuando el superior interés general así lo requiera y justifique, nuevas condiciones a su contraparte. La desigualdad jurídica se exterioriza, además, cuando el Contratista incumple el Contrato y la Administración le aplica la mora en forma unilateral, pudiendo dejarlo sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan.

2.4.3. El Ius Variandi, El Hecho del Príncipe y La Teoría de la Imprevisión

Según ***Retamozo Linares A. (2013:829)***. En los contratos administrativos se desenvuelven tres conceptos básicos, en torno a los adicionales, reducciones, ampliaciones y contrataciones complementarias, los mismos que están constituidos por el *ius variandi*, el hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión. Cada uno con su propia peculiaridad, orienta las distintas situaciones de incremento de carga obligacional del Contratista. Por ello, en las líneas que siguen, y antes de analizar las adicionales, las

reducciones, las ampliaciones y las contrataciones complementarias, abordaremos estos conceptos generales.

A. El Ius Variandi

Los actos de disposición de la Entidad para alcanzar el objetivo planteado en la contratación, tiene una de sus manifestaciones en el *ius variandi*. A través de esta disposición se quiebra el pacto inicial, y en la perspectiva de atender el interés general, se dispone que el Contratista asuma prestaciones no pactadas inicialmente, las cuales generan en la administración el deber de compensar a éste por los perjuicios que la modificación le suponga, de forma que permanezca inalterada la ecuación financiera que está en la base del contrato **García de Enterría, Eduardo. (725-730)** citado por **Retamozo, Alberto. (2013:829)**. El ius variandi es definitivo, como una potestad constitutiva de un acto de poder público de naturaleza extracontractual, teniendo carácter finalista ya que permite adaptar los contratos a las nuevas necesidades en aras de salvaguardar el interés público, cuya prevalencia es la que justifica esta prerrogativa, de forma tal que, por ministerio de la Ley, regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante en el ordenamiento civil, se transforma en inmutabilidad del fin o del servicio. Aquí estamos ante la modificación unilateral, por parte de la Administración contratante, del objeto y contenido del contrato mismo **Garrido, Fernando. (2002:115)**, citado por **Retamozo, Alberto. (2013:829)**.

B. El Hecho del Príncipe

El hecho del príncipe constituye una figura paralela al ius variandi, a través de él se hace referencia a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él, haciéndole más oneroso para el contratista sin culpa de éste **García de Enterría, Eduardo. (2001:733)** citado

por **Retamozo, Alberto. (2013:829)**, siendo que en la medida que constituya una disposición imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzca (relación de causalidad), un daño especial al contratista, generará la compensación correspondiente para éste.

En el hecho del príncipe, la alteración del contrato se produce por causas externas al mismo, esto es, por intervenciones públicas de la Administración de alcance general o incluso de otros poderes públicos (v. gr. aumento de cargas sociales, devaluaciones monetarias, variación del tipo de interés.etc) que hacen más onerosa para el contratista la prestación que constituye el objeto del contrato **Garrido, Fernando. (2002:117)**, citado por **Retamozo, Alberto. (2013:830)**. En este contexto, el acto lesivo que genera el derecho a indemnización para el Contratista, se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que puedan modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista y la ecuación financiera del Contrato **Dromi, Roberto. (1999:487)** citado por **Retamozo, Alberto. (2013:830)**.

C. La Teoría de la Imprevisión

Siendo este escenario de la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, según la cual la mayor onerosidad, sobrevenida en la etapa de ejecución de contrato para el contratista, puede ser consecuencia de un acontecimiento ajeno a la Administración que no ha podido preverse en el momento de celebrar el contrato, situación que confiere al contratista el derecho a recomponer el contrato. Así, **se la define como un dispositivo jurídico que permite al contratista obtener un reajuste obligacional y/o la resolución del contrato, siendo un remedio tendiente a reducir la onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del acto, en el caso de la revisión o el reajuste del**

contrato o la liberación de la obligación directamente en el caso e la resolución del mismo Dromi, Roberto. (1999:594) citado por Retamozo, Alberto. (2013:830).

2.4.4. Los Tipos de Contrato

El tipo de contrato que será objeto de estudio en este capítulo son los de Colaboración, denominados también de la Administración o con la Administración, los cuales están conformados por los de Suministro, Locación y Obra Pública y que se desenvuelven con especificidades propias en la LCE y el RLCE.

A. Contrato de Suministro

En este tipo de Contratos, la Administración encarga al contratista la provisión de bienes muebles, prestación que se puede realizar una sola vez o en entregas sucesivas, idea original que se ha ido ampliando en el tiempo. Así, tenemos que a esta figura se la ha ido agregando figuras contractuales. “Como la de fabricación de bienes muebles, o el arrendamiento financiero (...) dando lugar a la configuración del contrato administrativo de suministro como un contrato en el que se refunden una serie de prestaciones heterogéneas a la Administración, como puede ser el combustible, los alimentos, los uniformes para el personal, la tinta para las impresoras, etc. Todos elementos necesarios para su desenvolvimiento **Garrido, Fernando. (2002:84)**, citado por **Retamozo, Alberto. (2013:831)**).

Este tipo de contrato, al igual que los contratos administrativos en general, es sinalagmático, bilateral, consensual, oneroso y conmutativo. Sinalagmático y bilateral, porque implica obligaciones para ambas partes; consensual por cuanto involucra el previo consentimiento de las partes; oneroso y conmutativo, porque implica el pago por la contraprestación las mismas que son equivalentes.

Asimismo, en esta relación jurídica el contratista adquiere derechos y obligaciones para con la Entidad a la cual provee. Entre los derechos que adquiere el Contratista, tenemos de que el suministro sea recibido por la entidad, a recibir el pago estipulado y a la Resolución del contrato cuando la entidad incurra en las causales establecidas; en cuanto a las obligaciones, tenemos que el contratista se obliga a entregar el bien según la oferta con la que ganó el proceso de selección, a ejecutar personalmente el contrato, salvo que tenga autorización previa y expresa para subcontratar; a aceptar las modificaciones que le pueda requerir la Entidad; y a la responsabilidad por vicios ocultos. El contrato de suministros, concluye con la ejecución total de las obligaciones pactadas y la conformidad de la Administración.

B. El Contrato de Locación de Servicio y de Consultoría

El contrato de servicios tiene por objeto la realización de servicios diversos de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga (...) servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones y programas de ordenador (...)”, mientras que el objeto del Contrato de consultoría es estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo económico o social, así como de dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos o bien la toma de datos, investigación, asesoramiento y estudios o asistencia para cualquier trabajo técnico u otras actividades semejantes en las que predominen las prestaciones de carácter intelectual **García, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. (2001:721-722)** citado por **Retamozo Linares, Alberto. (2013:832)**.

C. El Contrato de Obra

El contrato de obra es el medio que tiene la Administración para hacer Obra Pública, contexto en el cual contrata con un tercero para la ejecución de una obra que le permitirá cumplir funciones esenciales o específicas suyas, realizando así el Estado alguno de sus fines públicos propios. Este es el contrato de mayor significación económica y social que realiza el Estado por cuanto mediante él se puede realizar la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración; en él, el contratista promete resultados y ejecuta la obra en función de los planos que elabora o le entregue la entidad **García, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. (2001:721-722)** citado por **Retamozo, Alberto. (2013:832)**.

D. El Contrato de Obra Pública

Es aquel por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir; demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado. Asimismo, se considera como tal a aquel cuyo objetivo sea la ejecución de la obra pública, considerando en primer lugar, naturalmente, el contrato que a tal objeto se hubiera concluido entre la administración y el contratista, pero también serán considerados como tales los acuerdos accesorios que puedan haber sido concertados en ocasión del contrato **Retamozo, Alberto. (2013:833)**.

El contrato de obra es entendido también como un contrato de resultado, por cuanto lo que importa es la obra terminada y no la actividad necesaria para realizarla, la prestación que debe el contratista. En tanto la obra no se entrega y se recibe por la Administración, el contratista es el

dueño de ella y, por lo tanto, es él quien debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la misma.

El contrato de obra está conformado por un **elemento subjetivo** y otro **objetivo**. El **elemento subjetivo** está dado por el hecho de que una de las partes debe ser el Estado, y el objeto se encuentra constituido, siguiendo la definición de obra pública de los anexos de definiciones del RLCE, por el bien inmueble. En cuanto a sus caracteres, respecto del contrato de obra pública, se han establecido los siguientes: es consensual, la perfección del contrato coincide con el cambio recíproco de las promesas de las respectivas prestaciones típicas; es bilateral porque de él surgen obligaciones para las dos partes, es sinalagmático porque cada promesa de prestación constituye la causa de la promesa; y la otra; es oneroso, ya que implica contraprestaciones equivalentes **García, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. (2001:724)**, citado por **Retamozo, Alberto. (2013:833)**.

2.4.5. Veedurías a la Ejecución Contractual

Al respecto, y reiterando la información, mediante Resolución de Contraloría, N°094-2009-CG se aprobó la Directiva N° 002-2009-CG/CA. Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la Republica-CGR y los Órganos de Control Institucional-OCI, modificado por R.C. N° 119-2012-CG.

En la Directiva en mención, se establece, entre las modalidades en que se ejercerá el control preventivo, a la veeduría en adquisiciones y contrataciones que haga la Entidad, estableciendo que ésta constituye una modalidad de control preventivo que implica la acción de presenciar el desarrollo de las operaciones o actividades a cargo de la Entidad; contexto en el cual se plantea dicha actividad en la Fase de Ejecución Contractual.

Al respecto, tenemos que las veedurías a la ejecución de los contratos de adquisición de bienes, servicios y de la ejecución de obras, se desarrollan en el marco del Control Preventivo, para lo que se consideran las etapas siguientes: **Etapas de planificación:** identificación del contrato sujeto de veeduría; definición de la unidad orgánica responsable de efectuar la veeduría; designación del equipo técnico de veeduría o veedor; programa de actividades de la veeduría; **Etapas de ejecución:** acreditación del equipo técnico de veeduría o veedor; ejecución de la veeduría (visita de inspección física); **Etapas de informe:** elaboración del informe de veeduría. Asimismo la Directiva establece los criterios que se deberán tomar en cuenta, los mismo que están en función del tipo de contrato, sea de obras, bienes o servicios.

A. Contrato de Ejecución de Obra

- El equipo técnico de veeduría o veedor determinará la necesidad de realizar la veeduría y será acreditado por la Unidad Orgánica responsable.
- El veedor o jefe del equipo técnico de veeduría deberá formular el programa de actividades, cuya estructura será: a) Origen, b) Objetivo, c) Base Legal, d) Equipo de trabajo, e) Procedimientos por etapas, e) Cronograma de Actividades con indicación de los miembros a cargo del desarrollo de cada una de ellas, f) Matriz de Seguimiento a Proyectos y Actividades-Ejecución Contractual.
- El veedor o el equipo técnico de veeduría estará conformada por profesionales con cualidades y competencias acorde con el tipo, naturaleza y complejidad de la obra. De preferencia, serán profesional(es) especialista(s) con la suficiente experiencia en el tipo de obra y en la etapa de la ejecución contractual sujeta de veeduría.

La Matriz de Seguimiento a Proyectos y Actividades-Ejecución contractual será validada y suscrita por el funcionario acreditado de la

Entidad, constituyendo un acto de compromiso y sujeto a posterior verificación en las siguientes visitas de veedurías **Retamozo, Alberto. (2013:835).**

- **Etapas de la Ejecución Contractual en la que debe estar presente el Veedor**

Son las etapas definidas en el programa de actividades, que corresponderán a aquellas que se presentan durante la ejecución del contrato, que por su importancia y riesgos inherentes han sido identificados y registrados en la Matriz de Seguimiento a Proyectos y Actividades-Ejecución Contractual, y que ameritan la presencia del veedor.

El equipo técnico de veeduría o veedor, será presentado ante el Titular de la Entidad o quien haga sus veces, mediante documento de acreditación suscrito por el funcionario responsable.

- **Actuación de los Veedores o Equipo Técnico de Veeduría**

Para la ejecución de las veedurías, en cada uno de los hitos identificados, la Directiva establece que en términos generales debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- El veedor o equipo técnico de veeduría, desarrollará sus actividades de acuerdo a la naturaleza de cada una de las etapas y, de ser el caso, deberá ser asistido por el profesional especialista o aquellos que sean necesarios.

- El veedor o equipo técnico de veeduría, de considerarlo necesario, requerirá al supervisor o inspector de obra copia fedateada de los documentos vinculados a ensayos o cuaderno de obra que sustentan la ejecución del contrato; solicitará el Expediente Técnico del proyecto y registrará la información del mismo en la ficha de verificación correspondiente; visitará la zona de obras para presenciar, in situ, el desarrollo de las mismas y efectuará las tomas fotográficas filmicas

necesarias que le permitan sustentar su trabajo de veeduría, además de obtener la información financiera de la obra. En este sentido, registrará la información necesaria como resultado de su trabajo en la Ficha de Inspección Física a Obra y Ficha de Información Financiera de la Obra.

- **En la Visita de Inspección Física**

El equipo técnico de veeduría o el veedor, podrán coordinar con el supervisor de obra, los aspectos que merezcan tomarse en cuenta sin interferir con la labor supervisora, debiendo reportar dicha gestión en la Información Complementaria de las fichas citadas anteriormente.

- **Informe de veeduría en la etapa de ejecución contractual**

Como resultado de la veeduría a la ejecución contractual, el equipo técnico de veeduría o el veedor emitirá un informe, el cual será reportado a la Unidad Orgánica de la CGR o al Jefe del OCI, según corresponda, dentro de los dos (2) días hábiles de culminada su elaboración y; en esta instancia, luego de su respectiva aprobación será comunicado al Titular de la entidad, responsable del contrato de ejecución de obra o quien haga sus veces. De ser el caso, el Informe deberá contener los aspectos vinculados con los logros y riesgos detectados.

- **Comunicación al titular de la entidad o quien haga sus veces**

Una vez que el Jefe de OCI o jefe de la Unidad Orgánica de la CGR, según el caso, haya aprobado el informe de la veeduría realizada, lo remitirán al titular de la Entidad o quien haga sus veces mediante Oficio, con la finalidad de que evalúe los hechos comentados y disponga las acciones que estime pertinentes.

B. Contratos de adquisición de bienes

Preferentemente podrá efectuarse en la etapa de ingreso de los bienes a la Entidad, observando que las características técnicas, calidad, cantidad y plazo de entrega del bien, guarden relación con las condiciones previstas en el contrato. Si, de acuerdo a la naturaleza de los bienes a adquirirse, el contrato implique una etapa de fabricación o producción para atender a la Entidad contratante, estas etapas serán objeto de veeduría, tanto para observar el ambiente de fabricación o producción como para cerciorarse acerca de los componentes utilizados.

C. Contratos de Servicios

La veeduría para el caso de la ejecución del contrato de servicios, preferentemente, podrá efectuarse en la etapa de su cumplimiento verificando la satisfacción de la necesidad dentro del plazo previsto ***Retamozo, Alberto. (2013:835).***

D. Contenido del Informe de Veeduría a la Ejecución Contractual

La Directiva establece que la estructura de los informes será la siguiente

- Origen de la veeduría
- Reporte general del objeto contractual
- Estado situacional de obra, adquisición de bienes, contratación de servicios (verificación de aplicación de recomendaciones realizadas en visita anterior, de ser el caso.
- Logros y riesgos detectados en la visita de inspección física
- recomendaciones

2.4.6. Formalización, Perfeccionamiento, Contenido del Contrato y Supervisión del Contrato

Teniendo en cuenta que el Principio de Legalidad deviene en fundamental en el Derecho Administrativo, éste se proyecta en el ámbito de

los contratos a través de las exigencias de formalización y perfeccionamiento. Los trámites, formalidades y procedimientos deben cumplirse antes de emitirse la voluntad administrativa contractual, el incumplimiento de la formalidad exigida, vicia de nulidad al procedimiento y al Contrato mismo, por lo que la validez y eficacia de Contrato está en relación directa con el cumplimiento de dichas formalidades y procedimientos **Dromi, Roberto. (1999:61)** citado por **Retamozo, Alberto. (2013:837)**.

A. El Perfeccionamiento del Contrato.

En este escenario de perfeccionamiento (suscripción) se vinculan la competencia y la capacidad de las partes. La competencia se define como la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo, siendo **el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente**, la misma que acredita la actuación válida del órgano estatal que vaya a contratar y que genera, en el ámbito de las contrataciones, las facultades de suscribir, modificar, resolver el contrato. Por su parte la capacidad se refiere al contratista, el mismo que debe acreditar la capacidad del hecho y de derecho, es decir, de ser Titular y de poder ejecutar el Contrato, El Perfeccionamiento del Contrato tiene reglas que se aplican según el tipo de proceso de Selección que da origen al vínculo contractual y son: Adjudicaciones de menor cuantía en bienes y servicios; Adjudicaciones de menor cuantía en obras; Proceso de selección según relación de ítems; Cuando un mismo proveedor resulta ganador de más de un ítem y Contratación mediante convenio marco de precios.

B. La Suscripción del Contrato

FIGURA N° 04

LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO (Art. 139°, 140°, 141° y 183° RLCE)			
Sujetos de la Relación Contractual		Requisitos	
Sujeto	Responsable de la suscripción	Requisitos a presentar	Excepción
Entidad	Funcionario competente o debidamente autorizado	Los documentos previstos en las Bases	
Contratista	<ul style="list-style-type: none"> • Directamente por el mismo contratista • Apoderado (persona natural) • Representante legal (persona jurídica) 	1. Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado	<p>Contratos derivados de procesos de AMC.</p> <p>Contratos derivados de procesos por ítems, en los que el monto del V.R. del ítem o sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no superen una AMC.</p> <p>La Entidad deberá efectuar la verificación correspondiente en el portal del RNP.</p>
		2. Garantías, salvo casos de excepción	
		3. Contrato de consorcio con firmas legalizadas de los consorciados de ser el caso	
		Estos requisitos no serán exigibles cuando el contratista sea otra Entidad, cualquiera sea el proceso de selección, con excepción de las Empresas del Estado que deberán cumplirlos.	
		Requisitos adicionales para los contratos de Obra	
		<ol style="list-style-type: none"> 1. Constancia de Capacidad Libre de Contratación expedida por el RNP. 2. Designar al residente de la obra, cuando no haya formado parte de la propuesta técnica. 3. Entregar el Calendario de Avance de Obra Valorizado elaborado en concordancia con el cronograma de desembolsos económicos establecido, con el plazo de ejecución del contrato y sustentado 	

		<p>en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM), el cual deberá considerar la estacionalidad climática propia del área donde se ejecute la obra, cuando corresponda.</p> <p>4. Entregar el calendario de adquisición de materiales e insumos necesarios para la ejecución de obra, en concordancia con el Calendario de Avance de Obra Valorizado.</p> <p>5. Entregar el desagregado por partidas que dio origen a su propuesta, en el caso de obras sujeto al sistema de suma alzada.</p>
--	--	--

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

C. Contenido del Contrato

FIGURA N° 05

CONTENIDO DEL CONTRATO Y SU MODIFICACIÓN (Art 142° y 143 RLCE)		
Conformación del contrato	Obligatoriedad y regulación del contrato	Aplicación supletoria
<ul style="list-style-type: none"> • Documento que lo contiene. • Las Bases integradas • La oferta ganadora • Documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> • Es obligatorio para las partes. • Se regula por las normas del título III del RLCE • Los contratos de obras se regulan, además por el Capítulo III del Título III del RLCE. 	<p>En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado</p>
<p>Supuesto para la modificación del contrato</p> <p>Durante la ejecución del contrato, en caso, el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios.</p>	<p>Requisitos para la modificación del contrato</p> <ul style="list-style-type: none"> • La entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. • Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista. 	

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

FIGURA N° 06

CLAÚSULAS OBLIGATORIAS DE LOS CONTRATOS (Art. 40 LCE)	
a) Garantías:	La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo.
b) Solución de controversias	Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.
c) Resolución de Contrato por Incumplimiento	En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

D. Procedimiento para la Suscripción del Contrato

FIGURA N° 07

PLAZOS Y PROCEDIMIENTOS PARA SUSCRIBIR EL CONTRATO (ART. 148° RLCE)	
Contrato	Orden de compra/orden de servicio
Dentro de los dos (02) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de (05) ni mayor de (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la Sede de la Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida	<ul style="list-style-type: none"> Dentro de los (02) días siguientes del consentimiento de la buena pro, la Entidad deberá requerir al ganador de la Buena Pro la presentación de los documentos exigidos en las Bases, otorgándoles un plazo no mayor de (03) días hábiles para tal efecto. La orden de compra o de servicios deberá ser notificada en un plazo no mayor de (07) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro
Incumplimiento de la Suscripción del Contrato	
Entidad	Contratista
<ul style="list-style-type: none"> Cuando la entidad no cumpla con citar al ganador de la Buena Pro a suscribir el contrato dentro del plazo establecido, el postor podrá requerirla para su suscripción, dentro de los (02) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre (05) a (10) días hábiles. En estos casos, la Entidad deberá reconocer a favor del postor una cantidad equivalente al uno por mil (1/1000) del monto total de su propuesta económica por cada día de atraso, computado desde el requerimiento y hasta la fecha efectiva de suscripción del contrato, con un tope máximo de diez (10) días hábiles. Vencido el plazo otorgado por el ganador de la Buena Pro sin que la Entidad haya suscrito el contrato, dentro de los (05) días hábiles siguientes, éste podrá solicitar se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro. En tal caso, la Entidad deberá reconocerle una única indemnización por lucro cesante, 	<ul style="list-style-type: none"> Cuando el postor ganador no se presenta dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente. Si este postor no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.

<p>cuyo monto deberá ser sustentado por el postor en su solicitud y no podrá ser mayor al diez por ciento (10%) del monto adjudicado; sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder al funcionario competente para la suscripción del contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La entidad tendrá un plazo máximo de diez (10) días hábiles para resolver el pedido de indemnización. De surgir alguna controversia ésta será resuelta por el Tribunal. 	
---	--

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

E. Culminación de Contrato en Bienes Servicios y Obras.

Previamente al desarrollo de los supuestos en los que culminan los contratos de bienes, servicios y obras señaladas por Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobados con Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF respectivamente; es necesario que se determine qué tipos de prestaciones contempla cada uno de estos contratos.

- **Bienes.** Son objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus fines Ejm. Artículos de ferretería, implementos deportivos, Uniformes de personal, Combustibles, Equipos de cómputo, Software, medicamentos entre otros.

- **Suministro de Bienes.** Es la entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades.

FIGURA N° 08

SERVICIOS		
Servicios en General	Servicios Especializados	
Es la actividad o labor que realiza una persona	Consultoría en general	Consultoría de obras
	Es la actividad realizada por	Es la actividad realizada por

<p>natural o jurídica para atender una necesidad de la Entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones. Ejemplo Servicio de jardinería Servicio de limpieza Servicio de vigilancia entre otros</p>	<p>la persona natural o jurídica, la cual presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorias, asesorías, estudios de prefactibilidad, y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros.</p>	<p>la persona natural o jurídica, la cual presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como en la supervisión de obras</p>
	<p>Asesoramiento legal</p>	<p>Elaboración de n expediente técnico</p>
	<p>Elaboración de términos de referencia, entre otros</p>	<p>Supervisión de una obra, sea por administración directa o por contrata</p>

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

FIGURA N° 09

OBRAS
<p>Implica la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación, y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren, dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos, (dicha obra puede ser realizada directamente por la Entidad o puede ser tercerizada-por contrata. Por ejemplo Construcción de un puente peatonal Asfalto de una avenida Construcción de un colegio Rehabilitación de un mercado Entre otros</p>

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

F. Culminación del Contrato en Bienes y Servicios

Es decir, para que se dé por culminado un contrato de bienes y servicios, se tienen que dar necesariamente dos condiciones:

- Que la entidad a través del funcionario competente, otorgue al Contratista la conformidad de recepción pactada en el contrato respectivo.
- Que la Entidad realice el pago al Contratista, por la (s) prestación realizada(s).
- **Excepción:** En el caso de consultoría de obras (servicios especializados), el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista.

G. Recepción y Conformidad en el Marco de la Contratación Pública

- **Recepción.** Es el acto mediante el cual la Entidad recibe la prestación contratada (bienes y servicios) entregada por el Contratista. **Álvarez, Alejandro. (2009) citado por el Programa de Especialización y Adquisiciones Públicas (2012:66).**
- **Conformidad.** Es el VºBº que otorga el funcionario competente de la Entidad, a la recepción de la prestación realizada por el Contratista.

H. Procedimiento para la Recepción y Conformidad en la Prestación de Bienes y Servicios

Dicha conformidad requiere necesariamente del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, lo siguiente:

- La calidad de los bienes y servicios
- La cantidad de los bienes y servicios
- Cumplimiento de las condiciones contractuales

Tanto la calidad, como la cantidad y parte de las condiciones contractuales de la prestación se encuentran señaladas en el requerimiento realizado por el área usuaria. Se afirma que parte de las condiciones contractuales de la prestación se encuentran en el requerimiento realizado por el área usuaria, ya que las demás condiciones contractuales se originan de las bases y de la propuesta del postor que obtenga la Buena Pro.

Excepción. En el caso de órdenes de compra u órdenes de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía, distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

I. Observaciones en la Recepción de la Prestación a Cargo del Contratista

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. El plazo para la subsanación de observaciones no podrá ser menor de dos ni mayor de diez días calendarios. Si transcurrido el plazo para que el contratista cumpla a cabalidad con la subsanación, y éste no cumpliera, la Entidad podrá resolver el contrato, así mismo podrán aplicar las penalidades establecidas en las bases y el contrato respectivo.

Excepción: El procedimiento de observaciones no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

J. Culminación del Contrato en Servicios de Consultoría de Obras

FIGURA N° 10

LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS	
Por el contratista	Por la entidad
<p>Éste presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los 15 días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los 15 días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista</p>	<p>Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad deberá efectuarla y notificarla dentro de los 15 días siguientes, a costo del contratista; si éste no se pronuncia dentro de los 5 días de notificado, dicha liquidación quedará consentida.</p>
OBSERVACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN	
POR LA ENTIDAD	POR EL CONTRATISTA
<p>Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de 5 días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad.</p>	<p>Si el contratista observa la liquidación practicada por la Entidad. ésta deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento dentro de los 5 días siguientes; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista.</p>
<p>En el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo de 5 días de haber recibido la observación, En tal supuesto, dentro de los 5 días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 214: y/o 215 del Reglamento.</p>	<p>En el caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo de 5 días de haber recibido la observación. En tal supuesto, dentro de los 5 días siguientes, cualquiera de las partes, deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 214° y/o 215° del Reglamento.</p>
<p>Toda discrepancia respecto de la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve mediante conciliación y arbitraje, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos, las que serán resueltas mediante conciliación o arbitraje, de acuerdo con el plazo señalado en el Artículo 52° de la Ley.</p>	

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

K. Culminación del Contrato en Ejecución de Obras

FIGURA N° 11

LIQUIDACIÓN DE CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS	
Por el contratista	Por la entidad
El contratista presentara la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de 60 días o el equivalente a 1/10 del plazo vigente de ejecución de obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de 60 días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los 15 días siguientes.	Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los 15 días siguientes.
La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los 15 días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.	
En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo de 15 días de haber recibido la observación. En tal supuesto, dentro de los 15 días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.	
En las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados.	En las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación
CON LA LIQUIDACIÓN	
El contratista entregará a la Entidad los planos post construcción y la minuta de declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada, según sea el caso (obligación cuyo cumplimiento será condición para el pago del monto de la liquidación a favor del contratista) La declaratoria de fábrica se otorgará conforme a lo dispuesto en la Ley de la materia. La presentación de la Declaratoria de fábrica mediante escritura pública, es opcional.	

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

L. Incumplimiento Contractual

Antes de señalar los supuestos que contemplan el incumplimiento contractual y que están señalados en los Artículos 165° y 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado con Decreto Supremo N° 184-2008.EF, es necesario tener en cuenta algunos conceptos generales:

- **Penalidad.** En términos generales podemos definir la penalidad en el ámbito contractual, como un pacto que tiene por objeto regular la indemnización que se genera como consecuencia de un incumplimiento. Su función principal es la de liberar al acreedor de la prueba del daño y su cuantía, así como la de limitar a lo acordado el monto indemnizatorio, a menos que se pacte la reparación del daño ulterior. **MANUAL BIENES CONSUCODE (2005).**

- **Mora.** Es el retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios o ejecución de obras, sujetos a cronograma y calendarios contenidos en las Bases y/o contratos.

- **Prestación.** Es la ejecución de la obra la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación se regula en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.

LL. Penalidad por Mora en la Ejecución de la Prestación

No basta el retraso en la ejecución de la prestación para aplicar la sanción; la Entidad le aplicará al contratista, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%), aquel tiene que tener la naturaleza de injustificada. Es decir, tiene que tratarse de un retraso cuyas razones no están probadas con documentos públicos o privados, informes, acontecimientos notoriamente acreditables u otros medios que ofrezcan fe plena y certeza, cuya verosimilitud sea objetiva. No puede aceptarse documentación fundada en hechos cuya verosimilitud depende de la posición del funcionario público (Art. 165° del RCE).

El retraso injustificado obedece a la culpa inexcusable del contratista en razón de lo cual, no puede probar con documentos y con el amparo del derecho, los motivos justificados del retraso. En tal sentido, el funcionario presume que el retraso es injustificado, por lo tanto, a quien le corresponderá probar que dicha mora obedeció a razones justificadas es al contratista; al funcionario, le corresponderá calificar que la demora afecta la ejecución de las prestaciones objeto del contrato para aplicar la penalidad automáticamente. Ello quiere decir, que si hay retraso, se genera la penalidad bajo la presunción iuris, **debemos tener en cuenta** que si el retraso del contratista corresponde a un ítem adjudicado, la penalidad que se le aplicará al contratista será por un máximo del diez por ciento del monto de dicho ítem. Ahora bien, esta penalidad será deducida de:

- Los pagos a cuenta
- Del pago final o en a liquidación final
- Si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta

M. Resolución Contractual

Es necesario tener en cuenta el Artículo 1371º, la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley. (Artículo 167º del Reglamento). Se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento; de la naturaleza de las prestaciones o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto. Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (Artículo 44º de la Ley).

N. Causales de Resolución por Incumplimiento

FIGURA Nº 12

CAUSALES DE RESOLUCIÓN CONTRATUAL	
Por la Entidad	Por el contratista
En el caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, cuando el contratista (Artículo 40 de la Ley)	Artículo 40 de la Ley
<ul style="list-style-type: none"> • incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido por ello. • Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o • Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese haber sido requerido para corregir tal situación. 	<p>En caso de incumplimiento de la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que éstas se encuentren contempladas en:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las bases • El contrato <p>Es necesario que el contratista haya empleado a la Entidad mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento</p>

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

Ñ. Procedimiento para Resolución Contractual

Carta Notarial de Requerimiento y Carta Notarial Comunicando Resolución del Contrato.

La parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Es importante tener en cuenta que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando:

- La resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora.
- Por otras penalidades.
- Cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

O. Resolución Parcial de Contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que:

- Dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales.
- Que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad.

En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

P. Efectos de la Resolución Contractual

FIGURA N° 13

EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	
Si la perjudicada es la entidad	Si la perjudicada es el contratista
Esta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados	La entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad
Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.	

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

2.5. EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

2.5.1. Definición de Arbitraje. Constituye un medio alternativo de solución de conflictos extrajudicial mediante el cual las partes acuerdan someter voluntariamente su controversia al juicio de un tercero imparcial que decidirá sobre los asuntos materia de discusión; lo resuelto por el árbitro o por el tribunal arbitral, según se trate de uno de más árbitros, tendrá carácter de cosa juzgada, **Manual Solución Controversias- CONSUCODE (2005).**

Es un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero para que las resuelva y ponga fin a la contienda. **Enciclopedia Jurídica OMEBA (2011).**

Es, en esencia, el producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Dentro de su esfera de libertad, las partes también pueden pactar las normas por las que tramitará el proceso, sea en forma directa mediante el dictado de las reglas a las que deberán ceñirse los árbitros **Caivano, Roque. (1998), citado por Ledesma, Marianella. (2009:13-29).**

En cuanto a los tipos de arbitraje, por razones del objeto del presente trabajo, sólo citaremos aquellos que se vinculan a nuestro tema de estudio, como son los siguientes: **El arbitraje en equidad o de conciencia**, que es el caso donde los árbitros resuelven según su leal saber y entender, constituyéndose en amigables componedores, no requiriendo la condición de ser abogados para poder ejercer, modalidad no contemplada por el Decreto Legislativo N° 1071.

El Arbitraje de Derecho, modalidad en la cual existe la obligación de los árbitros de emitir un laudo conforme a las disposiciones legales de fondo y ciertas mínimas de forma, teniendo incluso presentes la jurisprudencia, la costumbre y los usos, siendo en este caso jueces privados, no estándoles permitido prescindir de la ley y como los jueces, a falta de norma expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto los principios generales del derecho, se exige que el árbitro sea abogado.

El arbitraje obligatorio, donde el proceso arbitral es impuesto imperativamente por una Ley, como único procedimiento para resolver determinados litigios, modalidad que también se encuentra establecida en la LCE. **El arbitraje Ad hoc e Institucional**, si la esencia del Arbitraje es la libertad que se concede a las partes para resolver sus controversias al amparo de la decisión de un tercero, ajeno al órgano Jurisdiccional, éstos, en ejercicio de dicha autonomía, pueden decidir acudir a un particular, persona natural, o a una institución para que resuelva la controversia suscitado en la

ejecución del contrato. Cuando la decisión sea acudir ante un particular, estaremos ante el arbitraje ad hoc, pero si en vez de un particular se decide acudir a una institución para que decida respecto de la controversia; en ese caso, estaremos ante un arbitraje institucional.

2.5.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

A. Teoría Contractualista, considera que el arbitraje es un contrato. El convenio arbitral nace de la voluntad de las partes; ello permite que surja esta institución 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. En igual sentido, **Feldestein. Sara y Leonardi, Hebe. (1998), citado por Ledesma, Marianella. (2009:30)**. Señalan que la base y el sustento del arbitraje es el contrato “Así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, han convenido también el modo de resolver los posibles diferendos, Es justicia privada pero nace de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y por detrás encontramos, básicamente un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual”. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal “a” de la Constitución y que en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes: una negativa, en cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas; y una positiva, en cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición. En esa línea encontramos opiniones como las de **Guerrero R. (2007)**, quien considera

que se debe reconocer que el arbitraje proviene de un contrato y que los árbitros tienen la misión de dirimir la controversia.

A pesar que **Guerrero Rubio. (2007:10)**, citado por **Ledesma, Marianella. (2009:30)**, no asume expresamente al arbitraje como contrato señala bajo una posición estrictamente privada, que el arbitraje (...) no supone actuación jurisdiccional sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan. De ello se derivan importantes consecuencias como son: a) la inexistencia del delito de falso testimonio en el arbitraje; b) la configuración de la impugnación del laudo como acción autónoma de nulidad; c) la imposibilidad de que los árbitros planteen la cuestión de inconstitucionalidad; d) la inexistencia de deber de abstención de los árbitros y la subsanabilidad de las causas de recusación.

Según esta posición, en el arbitraje no hay ejercicio de función jurisdiccional porque los árbitros carecen de dicha potestad. La jurisdicción es un atributo estatal reservado en exclusiva a los jueces estatales. Si la jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los árbitros no pueden en absoluto hacer lo segundo; y, aunque sin duda hacen lo primero, es decir, juzgan, el laudo puede ser controlado posteriormente por los jueces estatales, -en el aspecto formal- para validarlo **Roca, Martínez. (1992) citado por Ledesma, Marianella. (2009:32)**. Apreciamos, pues, sustanciales diferencias entre el árbitro y el juez estatal en la posición contractualista del arbitraje. El árbitro es un sujeto privado, mientras que el juez estatal es un funcionario público. El primero tiene libertad para rechazar la designación, el segundo no. La investidura de los árbitros tiene su origen en el acuerdo de las partes, la de los jueces proviene de la ley. La importancia de la claridad de su aceptación no puede dejar de ser resaltada,

puesto que desde el momento en que los árbitros aceptan su misión, adquieren la calidad de jueces privados, contrayendo determinados derechos y responsabilidades, y se produce la inhabilitación de los jueces estatales para conocer el conflicto.

B. Teoría Jurisdiccionalista. Frente al criterio contractual del arbitraje, se opone la teoría jurisdiccionalista, la cual considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga el laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. Para **Morello, Augusto. (1990:213) citado por Marianella, Ledesma. (2009:32-33)**, “si bien es cierto que el arbitraje reviste un componente esencial y determinantemente contractualista que conforma a su naturaleza jurídica, también lo es, que reviste un componente jurisdiccional en cuanto la sentencia arbitral está equiparada a la sentencia judicial en sus efectos más marcables: eficacia de la cosa juzgada y ejecución judicial”

Otras opiniones sostiene que el arbitraje es jurisdiccional debido a que la eficacia de este no depende de la voluntad de las partes de someter a la decisión de un tercero la resolución de la controversia surgida entre ellas; sin duda, dicha voluntad es necesaria para que el arbitraje surja, pero, una vez manifestado, los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley. Como dice **Santos, Rubén. (2002), citado por Marianella, Ledesma. (2009:33)**, “el compromiso arbitral es un pacto procesal que autoriza a los árbitros para actuar en derecho como si fueran órganos jurisdiccionales del Estado, no difiriendo el proceso arbitral del proceso común en cuanto los presupuestos de este se extienden a aquél: los árbitros no son mandatarios de las partes, y deben en

el desempeño de su función proceder con la misma autoridad que los Jueces”.

Concurren otras posiciones que sostienen que el arbitraje es jurisdiccional por el rol de subsidiario, complementario o revisor que asume la jurisdicción frente a las situaciones que se desencadenen en el procedimiento arbitral. Sin desconocer su origen contractual, su eficacia no puede lograrse sin la intervención de la jurisdicción. El desarrollo del procedimiento arbitral puede experimentar diversos quiebres, frente a los cuales ingresa la jurisdicción para restablecer el desarrollo del procedimiento arbitral. Esta intervención se orienta a dar eficacia al procedimiento arbitral, sin embargo, dicha intervención no ingresa al contenido del arbitraje porque es exclusiva de los árbitros. Ante los diversos puntos de quiebre en el procedimiento arbitral encontramos que la jurisdicción asume diversos roles frente al arbitraje, como el auxilio o asistencia a los árbitros para el acopio de medios de prueba; el aseguramiento de bienes y medios de prueba; la ejecución de laudos arbitrales y medidas cautelares dictadas en sede arbitral; y en el control poslaudo sobre la validez formal del procedimiento arbitral y del laudo.

Roca, Martínez. (1992:73), citado por Marianella Ledesma (2009:34), en relación a las vinculaciones del arbitraje con la jurisdicción, señala que aun configurándose como alternativa a los tribunales, puede necesitar de la intervención de éstos a instancia de las partes o de los árbitros, ya sea para su iniciación o en diversas fases del mismo. Para dicho autor, las posibilidades de intervención jurisdiccional en el arbitraje son las siguientes: formalización jurídica del arbitraje cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros o, en general, en la iniciación del arbitraje; auxilio judicial para la práctica de pruebas que los árbitros no pueden practicar ellos mismos; adopción de medidas cautelares antes de la

incoación o durante la sustanciación del procedimiento arbitral; impugnación del laudo arbitral a través del denominado recurso de anulación o a través de la revisión; adopción de medidas cautelares durante la pendencia del recurso de anulación frente al laudo; ejecución forzosa del laudo; y exequátur de laudos arbitrales extranjeros. Apreciamos de lo expuesto que existen diversos momentos en que la jurisdicción ingresa al procedimiento arbitral, para evitar su entrapamiento y permitir su eficacia en la solución del conflicto.

Chocrón Ana María. (2000), citado por Marianella Ledesma (2009:35), sostiene que la intervención jurisdiccional en el arbitraje puede presentar un carácter subsidiario, un carácter complementario o bien un carácter revisor. En el primer caso, responde la formalización judicial del arbitraje destinada a la designación de árbitros cuando no haya acuerdo de las partes al respecto, disponiendo el juez diversos mecanismos para conseguir la designación de árbitros. También reafirma el carácter subsidiario el tema del auxilio judicial en materia de prueba, al permitirse pruebas que los árbitros no puedan realizar. Esta intervención para **Chocrón Ana María. (2000), citado por Marianella Ledesma (2009:35)**, puede ser interpretada como manifestación de un “principio de colaboración” entre órganos destinados a una función común cual es la resolución de conflictos, haciendo una aplicación extensiva de la llamada cooperación jurisdiccional.

El carácter complementario se produce en que los supuestos en que la intervención de la jurisdicción **sine qua non** para conseguir un determinado resultado; ahora bien, la intervención se produce ya no sobre el procedimiento arbitral sino sobre el propio laudo, como sucede en la adopción de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo. Subraya **Chocrón Ana María. (2000), citado por Marianella Ledesma (2009:35-36)**, que las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje, que la ha calificado de

carácter complementario, “se produce en aquellas parcelas en las que se requiere imperium o potestas de la que carecen los árbitros a los cuales se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados en virtud de la autonomía de la voluntad; pero la coacción, la fuerza o imposición que implica determinadas actividades (léase ejecución forzosa) escapan a la auctoritas de los árbitros y es por ello que se produce la intervención de los Tribunales del Estado.

El carácter revisor regula el recurso de anulación del laudo con el fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido por la ley; y que el laudo no sea contrario al orden público. Este recurso “no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos, decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución **Chocrón Ana María. (2000), citado por Marianella Ledesma (2009:35).**

Para otras opiniones, el carácter jurisdiccional del arbitraje se equipara en su función decisoria al juez; ello subraya la equivalencia entre la sentencia y el laudo. Sostienen esta tesis **Feldestein. Sara y Leonardi, Hebe. (1998), citado por Ledesma, Marianella. (2009:35-36)**, para quienes la esencia del arbitraje se encuentra en la misma identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales ordinarios. Señalan los autores que esta postura se apoya en cuatro aspectos: la existencia de una controversia o conflicto; el recurso a un tercero para que lo resuelva; se constituya un proceso; y la rompetenz-rompetenz consagrada por ley. Las consecuencias que derivan del carácter jurisdiccional llevan a asimilar al árbitro con el juez; a sostener que el laudo es un acto de jurisdicción de origen privado; que los hombres comunes verán limitadas sus posibilidades reales de crear las

normas heterónomas, emanadas de los órganos del estado, restando a los particulares posibilidades de regulación autónoma.

C. Teoría Ecléctica, Las posiciones contrapuestas de la teoría contractualista y jurisdiccionalista han sido acogidas por una teoría mixta o ecléctica, que considera el arbitraje como una institución de naturaleza contractual, en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos. Destacando este carácter, se dice que el arbitraje es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, o es calificado como un equivalente jurisdiccional.

Es innegable que el arbitraje es una institución regulada por normas sustantivas, pertenecientes al derecho civil, mientras otras están reguladas por normas reguladas por normas procesales. Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral o la del vínculo que une a los árbitros con las partes; pero, junto a ello concurren, también otras normas de naturaleza procesal, como las que regulan la formalización judicial del arbitraje, el control formal del laudo, su ejecución forzosa y la ejecución de las medidas cautelares, Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta ecléctica, en el sentido que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes, principio de autonomía privada, porque ello fundamenta la constitucional del arbitraje, así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para poder lograr la eficacia de éste. Algunas opiniones incluso llegan a sostener que “el contrato de arbitraje genera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada, aunque sometida a efectos de legalidad al control de los jueces tribunales estatales” **Feldestein. Sara y Leonardi, Hebe. (1998), citado por Ledesma, Marianella. (2009:36).**

La intervención que recibe de la jurisdicción, sea bajo un rol subsidiario, complementario o revisor, no implica que la actividad que desarrollan los

árbitros de torne en jurisdiccional; todo lo contrario, esos puntos de conexión, que se puedan dar desde la jurisdicción hacia el arbitraje, reafirman la posición de monopolio de la función jurisdiccional del estado. Como hemos señalado anteriormente, para **Chocrón Ana María. (2000), citado por Marianella Ledesma (2009:35-37)**, las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje son complementarios, debido a que los árbitros, sin poder imposición, requieren necesariamente de la intervención de los tribunales del estado. Esto nos lleva a reafirmar dos ideas centrales: el arbitraje tiene un origen contractual pero una eficacia jurisdiccional; y, la actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional; sino es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, pues no tienen el poder de ejecución y están sujetas al control de la jurisdicción.

Frente a las diversas posiciones que se esgrimen sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, podemos sostener que nuestro sistema jurídico asume la Teoría Jurisdiccionalista, a partir de la redacción del inciso 1 del artículo 139 de La Constitución Política del Estado -que considera excepcionalmente al arbitraje como una expresión de jurisdicción, así como el precedente vinculante que sobre el particular ha realizado el TC, al considerar que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses, no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal "a" de la Constitución, sino que tiene su origen y su límite en el artículo 139 de la misma Carta. En el precedente 12 del Tribunal Constitucional establece;

El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional, Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus

competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones, Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. Por nuestra parte, discrepamos con dicha posición. Reconocemos que el arbitraje tiene un origen contractual, pero la eficacia de la actividad arbitral es jurisdiccional.

En relación a las vinculaciones del arbitraje con la jurisdicción, señala que aun configurándose como alternativa del procedimiento arbitral, sin embargo, dicha intervención no ingresa al contenido del arbitraje porque es exclusivamente de los árbitros. Ante los diversos puntos de quiebre en el procedimiento arbitral, encontramos que la jurisdicción asume diversos roles frente al arbitraje, como el auxilio o asistencia de los árbitros para el acopio de medios de prueba; el aseguramiento de bienes de medios de prueba; la ejecución de laudos arbitrales y medidas cautelares dictada en sede arbitral, y en el control poslaudo sobre la validez formal del procedimiento arbitral y del laudo.

2.5.3. Naturaleza y Ámbito del Arbitraje

Los principales teóricos del arbitraje desde Chiovenda, hasta los más recientes como Wach, Weil, Rosenberg y Mattiolo, conjuntamente con latinoamericanos como Rubén Santos Belandro, Carlos Rodríguez Gonzáles Valadez, Juan G. Lohmann Luca de Tena y Fernando Vidal Ramírez, sostienen que esta institución se basa en el acuerdo de voluntades de las partes, es decir tiene una naturaleza consensual, que es la que le da validez.

Así, las partes libremente celebran o no un contrato y con la misma actitud lo someten a la decisión de un árbitro sin más limitación que el orden público y la moral. Esa condición primera es la que le da razón de ser y la que posibilita su uso en las relaciones contractuales privadas e incluso en las convenciones entre Estados pues lo que se busca es una relación de igualdad entre las partes en conflicto para que luego admitan el laudo arbitral.

Algunos autores como **Mortara y Alcalá Zamora y Castillo (2009:13)**, consideran que el arbitraje tiene una función similar a la del juez cuando emite su dictum. Sin embargo, ello es en cuanto a la forma en que se emite el fallo y el grado de validez, pero de ninguna manera en cuanto a admitir que el arbitraje tiene un origen obligatorio o que el Estado en ejercicio de su *ius imperium* lo imponga a las partes o algunos operadores comerciales en ejercicio de su poder económico, lo impongan en sus actos contractuales.

De tal manera que el arbitraje es una institución de naturaleza consensual, a través de la cual las partes libremente resuelven una controversia surgida entre ellas y admitida por el Derecho mediante la designación de un árbitro que si bien actúa como juez lo hace en mérito al procedimiento que las mismas partes determinan.

El desarrollo vertiginoso del comercio, la relación inter empresarial y la presión de las grandes transnacionales frente al Estado ha llevado, en la época contemporánea, a replantear el concepto y ámbito del arbitraje como una institución que pueda atender las necesidades de un intercambio cada vez más frecuente entre operadores con diferentes sistemas jurídicos y obviamente con soberanías distintas, ya que las reglas del Derecho El Arbitraje Obligatorio en las Contrataciones del Estado **Aníbal S. (2006)** Revista Peruana de Derecho de la Empresa Internacional Privado no

resolvían la desconfianza de los operadores, acrecentada por la distancia geográfica y cultural, pues someten las controversias a la jurisdicción del país de una de las partes, manteniendo así esa incertidumbre de dejar toda la controversia o el asunto en conflicto a la decisión de un juez desconocido, probablemente con una cultura, un idioma y hasta un sistema jurídico diferente. Por tal razón, es que se desarrolló la institución en el ámbito comercial internacional, ya que ella fluía del consenso de las partes en una actividad que por sus propias características va tan rápidamente que exige de normas y decisiones que se apliquen dentro de otros espacios y jurisdicciones sin que ello afecte la soberanía y el poder de la administración de justicia de los Estados. De esa manera se elaboraron reglas para que las partes puedan diseñar su propio tribunal o jurado, es el llamado arbitraje ad-hoc, es decir para cada caso concreto y particular. A continuación, se propusieron otras reglas, con énfasis en la parte procedimental para el llamado arbitraje institucional, es decir, a cargo de instituciones sociales intermedias o de gremios a los que acuden las partes espontáneamente. En definitiva una suma de procedimientos, mecanismos y consideraciones que sólo se pueden estructurar consensualmente y con la participación armónica y espontánea de las partes.

2.5.4. Elementos del Arbitraje

El arbitraje es sustancialmente una institución con elementos propios y singulares, dotada de un conjunto de procedimientos y de técnicas destinadas a resolver conflictos o dudas en la interpretación y ejecución de acuerdos o contratos con un énfasis en la especialidad de quienes deben emitir una solución.

Los elementos están referidos a las realidades significativas en el momento de perfeccionamiento de la relación obligacional y de nacimiento del arbitraje. De esa manera podemos apreciar tres consideraciones básicas:

el consentimiento de las partes, "la causa justa" y la forma o fórmula arbitral. Las mismas son fundamentales ya que su ausencia afecta sustancialmente la validez del negocio.

FIGURA Nº 14

ELEMENTOS DEL ARBITRAJE		
El consentimiento de las partes	La causa justa	La fórmula contractual
<p>La expresa manifestación de voluntad de las partes es necesaria para iniciar el negocio, siendo que ésta debe ser expresa y manifiesta, guardando concordancia con toda la teoría de los contratos. Y es esa expresión la que le da carácter de obligatoriedad para las partes y para la plena ejecución del laudo en el plano contractual y principalmente comercial. El caso eventual de un arbitraje forzoso es más bien un fenómeno aislado en el campo del derecho interno o nacional, como bien señala Fouchard.</p> <p>El arbitraje por esencia es un acuerdo libre de voluntades de las partes sean sujetos individuales, personas jurídicas o Estados. Admitir lo contrario es desnaturalizar su finalidad y función, ya que el arbitraje busca recomponer cualquier asimetría de poder que exista entre las partes antes o al momento de suscribir el contrato subyacente; de tal manera que la libre expresión y decisión de sometimiento es la razón de su existencia particular distinta a la acción jurisdiccional en la que las partes no se pueden</p>	<p>La "causa justa" es un elemento fundamental en este contrato, de tal manera que la decisión o compromiso arbitral debe guardar una equivalencia con los valores jurídicos y debe resolverse, pero también una equivalencia y relación con el negocio que está dentro de la discusión de la operación.</p> <p>La elección del arbitraje como mecanismo de solución de controversias es de libre elección pero como toda libertad tiene sus límites: en este caso algunos asuntos no pueden ser arbitrables y con frecuencia tampoco conciliables.</p> <p>La "causa justa" y la licitud del objeto o del asunto en discusión son elementos sustanciales en el arbitraje.</p> <p>La consecuencia inevitable para un contrato así afectado es, necesariamente, la nulidad absoluta.</p> <p>Y esa nulidad se proyecta indefectiblemente sobre la validez del laudo.</p> <p>En el caso del arbitraje en el marco de las contrataciones con el estado peruano el art. 53 del Texto Único Ordenado de la Ley 26850, fija la "causa justa" al establecer que el arbitraje será obligatorio cuando se trate de</p>	<p>El tercer y último elemento es la forma o la fórmula contractual, que viene a ser la objetivación de la voluntad explicada anteriormente. Casi la mayoría de disposiciones y convenciones requieren la forma escrita para los efectos de reconocimiento y la ejecución de los laudos, de tal manera que existen diferentes fórmulas arbitrales que las partes adoptan e insertan expresamente en sus contratos, según las diferentes opciones que escojan.</p> <p>Así, que no se puede afirmar que exista una aceptación presunta o tácita del arbitraje o que el silencio por sí sólo significa aceptación de una propuesta arbitral, se requiere de una aceptación y los términos de la misma de una manera nítida que incluya la extensión y límites del acuerdo arbitral.</p>

<p>resistir a su sometimiento y si así lo hicieran serían penadas con el apremio.</p> <p>El libre consentimiento de las partes, es lo que le da consistencia y razón de ser a los contratos y como tal al arbitraje desde que éste es una institución destinada a superar las controversias derivadas de dicho contrato, e incluso su validez y ejecutabilidad.</p>	<p>controversias, que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato derivado de un proceso de licitación pública o de adquisiciones del Estado.</p> <p>De tal manera que hay una precisa delimitación del campo de aplicación de esta modalidad: los contratos con el Estado o los llamados "Contratos del Príncipe".</p>	
---	---	--

Fuente: Propia

2.5.5. Fórmulas Arbitrales

El texto según el cual las partes optan por someter sus futuras diferencias o las que ocurran si ellas no lo han previsto varían de acuerdo con las exigencias de los sujetos o la recomendación de las diferentes entidades que asumen un arbitraje institucional o proponen una ley modelo.

Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI ó UNCITRAL), propone la siguiente cláusula modelo:

"Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor".

La Cámara de Comercio Internacional de París, por otro lado como institución prestigiosa del arbitraje y conciliación, y que actúa como órgano de arbitraje administrado, propone otra fórmula. Así tenemos su expresión en castellano y en varios idiomas:

"Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste, serán resueltas definitivamente, de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

La American Arbitration Association, AAA, que es una institución privada establecida en los Estados Unidos de América para promover y regular el arbitraje, propone a su vez la siguiente fórmula:

"Excepto cuando el derecho aplicable lo disponga de otro modo, toda controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a éste, o todo incumplimiento, que no pueda resolverse mediante mutuo acuerdo, deberá resolverse por arbitraje obligatorio, de conformidad con el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje en vigor o, de conformidad con otros reglamentos de arbitraje acordados mutuamente por las partes involucradas. Todos los procedimientos de arbitraje deberán efectuarse en el Ciudad de [...]. Todo litigio que requiera arbitraje, deberá considerarse como tal cuando una de las partes notifique a la otra sobre este hecho".

El Tribunal Marítimo de Londres, para los contratos de transporte marítimo en particular, así como para los de fletamento en sus diversas modalidades, esboza también una fórmula arbitral:

"Cuando una controversia se deriva de la interpretación y cumplimiento de este contrato, deberá resolverse mediante arbitraje en la ciudad de [...] (señalar el lugar. Si esta línea no es completada, se entenderá que el arbitraje se efectuará en

Londres, de conformidad con el Derecho Británico). Y se deberá remitir a un solo árbitro que será designado por las partes involucradas. Si las partes no pueden convenir en la designación de un solo árbitro, la controversia deberá resolverse mediante tres árbitros; cada parte designará un árbitro, y el tercero será designado por [...] (Si esta línea no es completada, se entenderá que el tercer árbitro deberá ser designado por la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres en Londres)".

Si alguno de los árbitros designados se niega o es incapaz de actuar como tal, la parte que lo designó, deberá designar a otro en su lugar."

"Si una de las partes no logra designar un árbitro —ya sea al inicio o para sustituir a otro— dos semanas después de que la otra parte que designó su árbitro, haya notificado por correo, cable o tele, a la parte que cometió el incumplimiento, la solicitud de efectuar la designación, la parte que designó el tercer árbitro, previa solicitud de la parte que designó su árbitro, también designará un árbitro en representación de la parte que cometió el incumplimiento."

"La sentencia pronunciada por el Tribunal de Arbitraje será decisiva y obligatoria para las partes y, de ser necesario, será ejecutada por el Tribunal o cualquier autoridad competente, como si se tratara de una sentencia en el Tribunal de Justicia."

"Este contrato estará sujeto a las leyes del país convenido como lugar de arbitraje."

El OCSE, en el Perú, establece una fórmula arbitral de derecho al cual se deben someter las partes que celebran contratos con el Estado y que tiene el siguiente enunciado:

"Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

El Laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa."

2.5.6. Cláusula Compromisoria y Convenio Arbitral

El acuerdo arbitral es el convenio que da nacimiento al arbitraje. Su expresión o materialización puede darse a través de la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral. Retamozo Linares, Alberto. (1096:2013). La cláusula compromisoria se estipula antes de que surja la controversia y se pacta previendo controversias futuras que puedan presentarse con motivo de la ejecución o interpretación de un contrato, por ello la cláusula compromisoria también se le ha venido llamando contrato preliminar de arbitraje, aun cuando son dos categorías distintas. Luego, es menester distinguirlas, y para ello es necesario diferenciar o precisar si está o no determinado claramente el objeto.

En efecto, si faltare el objeto y todo lo demás estuviera precisado estaríamos frente a un caso de ineficacia originaria por indeterminación objetiva, y en tal razón frente a una cláusula compromisoria que incluso es tal aun si faltaran otros aspectos como puede ser la determinación de los árbitros. Por el contrario, si se ha determinado el objeto de la controversia como es el caso del art. 53 señalado estaremos ante un compromiso arbitral.

Creemos que el único aspecto que permite distinguir la cláusula compromisoria del compromiso es la determinación del objeto de la

controversia; los demás elementos posibilitan apreciar con más claridad la diferencia, pero no nos llevan a encajar una declaración con cualquiera de las categorías indicadas. Así, por ejemplo, el caso de la ausencia en la designación de los árbitros.

Pero aún en esta eventualidad no estamos ante un caso de ineficacia, pues las partes pueden haber establecido algún mecanismo para una futura designación; se trataría de un caso de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva, que se mantendrá mientras el árbitro no esté claramente designado y en tanto no acepte. La dación y aceptación del árbitro viene a precisar el compromiso arbitral especificando su destinatario y, entonces, al completarse el supuesto surgirá el efecto final: el sometimiento arbitral. Quiere decir que desde un comienzo y antes de la determinación de los árbitros ya había una situación relevante para el Derecho que tenía una eficacia preliminar, que es garantizar la situación final: tal es el sentido de los efectos preliminares, como la posibilidad de exigir la formalización del compromiso arbitral si únicamente existe una cláusula compromisoria, la posibilidad de que la parte demandada oponga la excepción de compromiso y la posibilidad de obtener judicialmente el nombramiento del árbitro cuando una de las partes se niega a dar cumplimiento al sistema de designación acordado.

Pero algunos autores, hacen un distingo mayor: el compromiso, la cláusula compromisoria y el convenio arbitral. Por el primero se entiende al acuerdo de voluntades, según el cual las partes deciden en un futuro, y cuando se presente una controversia, alejarse de la jurisdicción común a la cual están sometidas naturalmente y diseñar otro medio dentro del cual pretenden resolver un litigio con la intervención de terceros. En tanto que el compromiso arbitral, participando de las notas indicadas incluye, además, el objeto específico, es decir la controversia eventual en la cual estarían

inmersos y asumiendo desde ya el fiel cumplimiento de la decisión a que lleguen. Así, **Jean Robert y autores latinoamericanos como Víctor Pérez Vargas, Carlos Rodríguez González-Valadez, Fernando Vidal Ramírez y Carlos Cárdenas Quiroz**, sostienen que la diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso es que mientras la primera es un acuerdo anterior previendo un posible conflicto, el compromiso y el convenio arbitral supone un litigio ya existente.

De donde se puede concluir que la cláusula compromisoria es más bien un contrato preparatorio que considera una promesa de hacer, en tanto que el compromiso es más bien un hacer al igual que el convenio arbitral que viene a ser un acto jurídico constitutivo.

La cláusula compromisoria es, pues, un acuerdo previo cuando todavía no media conflicto alguno; por lo contrario, las partes están iniciando o se encuentran efectuando sus obligaciones y deciden que, si en algún momento se produce un desentendimiento recurrirán a un arbitraje o a una conciliación. En tanto que el compromiso arbitral es el sometimiento a una jurisdicción arbitral distinta a la formal y usual de la creada por el Estado por la jurisdicción común **Retamozo Linares, Alberto. (1097:2013)**.

Como se puede apreciar, existe una tenue línea gris entre estas dos situaciones, ya que en ambos lo que buscan las partes es precisamente alejarse de la llamada jurisdicción común, de tal manera que en todo caso la diferencia está en cuanto al momento de su creación que además es voluntaria y mutua. Por ello, es posible afirmar que la cláusula compromisoria es un contrato de opción recíproca. La diferencia entre compromiso y cláusula compromisoria radica en la determinación del objeto específico que será sometido a arbitramiento y que está precisado en el compromiso arbitral.

Hay que advertir, además, que en ambas posibilidades, es decir tanto el compromiso como la cláusula compromisoria permanecen vinculados al contrato del cual se derivan y que su existencia e incluso su validez dependen de la existencia del contrato al cual se refieren. De tal manera que en estas dos posibilidades, hay una suerte de accesoriedad respecto del contrato principal, cosa que no necesariamente ocurre en el caso del convenio o contrato arbitral, el cual mantiene independencia siguiendo esa autonomía propia de los contratos complementarios del comercio internacional, como es el caso del crédito documentario o de la garantía bancaria o de la garantía a primera solicitud. Sin embargo, la doctrina no es unánime con respecto a encontrar esta diferencia entre la cláusula compromisoria y considerarla autónomamente al igual que el contrato arbitral, pero no hay duda alguna en cuanto al compromiso y el contrato arbitral.

Así pues, tanto el compromiso como la cláusula compromisoria tienen en común su dependencia del contrato que le da origen, es decir la unidad con el contrato base o contrato subyacente. En cambio, el contrato arbitral o el convenio de arbitraje adquiere autonomía e independencia como la de los nuevos modelos contractuales del comercio. De tal manera que estamos ante un contrato autónomo.

Es un contrato entre los comprometidos destinado a resolver una controversia derivada de un contrato subyacente a través de un proceso determinado o determinable que obliga a cada una de las partes de manera definitiva pero que se independiza del contrato que lo contiene o le da origen y adquiere autonomía plena. **Retamozo Linares, Alberto. (1097:2013).**

2.5.7. Clases de Arbitraje

A. El Arbitraje Ad Hoc y el Arbitraje Institucional

• El Arbitraje Ad hoc. Designación de Árbitros y formas de llegar a

Él. En el arbitraje ad hoc corresponde a las personas físicas designadas por las partes, la designación ha de recaer en personas naturales que asumen directamente la responsabilidad arbitral y que son nombradas directamente por los comprometidos de mutuo acuerdo y sin intervención de terceros **Retamozo Alberto. (2003:1081)**. En relación con la definición, la Directiva N° 03-2005-CONSUCODE/PRE aprobado por Resolución N° 081-2005-CONSUCODE/PRE referida a la "Instalación de Tribunales Arbitrales ad hoc" conceptualiza al arbitraje ad hoc como **aquellos en los que las partes contratantes no han pactado someter la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral**. Supuesto en el que las propias partes procederán a regular todos los aspectos relativos al arbitraje y. en defecto de éstas, lo harán los árbitros; su ejecución se lleva a cabo según las reglas convenidas por las partes o sometiendo el procedimiento a reglas específicas preestablecidas. En esta modalidad, las partes y los árbitros adquieren un rol protagónico, por cuanto determinan los aspectos y etapas del procedimiento.

Existen otras formas de llegar al arbitraje ad hoc, además de la designación expresa de las partes, y esto sucede cuando las partes no hayan designado una institución arbitral, o cuando exista designación incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando la institución arbitral sea inexistente o cuando la institución no acepte el encargo, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje que indica que en estos casos se deberá entender que el arbitraje es ad hoc.

B. El Arbitraje Institucional. EL OSCE Y EL SNA. En el caso del arbitraje institucional, se tiene que es administrado por una institución idónea y los árbitros que resolverán la controversia son designados de la relación que en ella existe, asimismo, los pagos que se tengan que hacer por gastos administrativos y honorarios, son efectuados a la institución. Respecto de este tipo de arbitraje, el numeral 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de arbitraje, refiere que las instituciones arbitrales constituidas en el país pueden ser privadas o públicas. En el caso de instituciones privadas, éstas deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro; cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia. Asimismo, el citado artículo 7 de la Ley de Arbitraje indica que, en ambos casos, el Reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

En el ámbito de las contrataciones del Estado, el arbitraje institucional se encuentra regulado por el artículo 58 de la LCE, modificado por Ley N° 29873, y el artículo 233 del RLCE que regula la participación del OSCE. Así, el literal i) del modificado artículo 58 establece que entre las funciones del OSCE se encuentra la de designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral. Por su parte el artículo 233 del RLCE., modificado por D.S. N°. 138-2012-EF, refiere que el OSCE podrá organizar y administrar arbitrajes de conformidad con el Reglamento del SNA-OSCE, indicando que el OSCE podrá efectuar las acciones siguientes: Proporcionar apoyo administrativo constante o servicios de organización y administración de arbitrajes y demás medios de prevención, gestión y solución de controversias, pudiendo en estos casos, llevar a cabo los cobros correspondientes, de conformidad con las formas de pago que se apruebe para tales efectos; conformar uno o más tribunales arbitrales especiales para atender las controversias derivadas de

contratos u órdenes de compras o de servicios originados en AMC y cuyo monto no supere las 15 UIT, los arbitrajes a cargo de estos tribunales serán regulados por el OSCE mediante la Directiva.

C. El Convenio Arbitral en el Arbitraje Ad hoc y el Arbitraje Institucional y las Estipulaciones Adicionales. En el primer caso estaremos ante el arbitraje ad hoc, donde existiendo convenio arbitral en el contrato, éste no precisa que el arbitraje será institucional. En el segundo caso estamos ante el arbitraje institucional, en mérito del cual se puede incorporar al contrato el convenio arbitral tipo que permite al OSCE intervenir en los arbitrajes.

En relación con los convenios, seguidamente citamos cláusulas tipo, tanto del arbitraje ad hoc, como el arbitraje institucional.

1) Cláusulas del Arbitraje Ad hoc. En esta situación el convenio arbitral podría quedar redactado en los términos siguientes: “Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado”.

2) Cláusula del Arbitraje Institucional y Contenido de la Cláusula. En este caso las cláusulas tipo son las siguientes:

FIGURA N° 15

**CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

“Las partes acuerdan que todo litigio o controversia resultante de este contrato o relativo a este, se resolverá mediante el Arbitraje de Derecho organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad católica del Perú, de conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el laudo que se emita en el proceso arbitral será inapelable y definitivo.

Fuente: Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control, En Retamozo Linares, Alberto.

FIGURA Nº 16

CLÁUSULA TIPO DEL OSCE

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

Fuente: Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control, En Retamozo Linares, Alberto.

En este caso, el modificado artículo 216 del RLCE, establece que cuando el Convenio Arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encontrara a cargo del SNA-OSCE. Se entenderá que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su Reglamento y a las decisiones de sus órganos. Asimismo, en caso el Convenio Arbitral indica que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de cualquiera de los órganos funcionales del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al SNA-OSCE.

Al respecto debemos precisar que el artículo 4 del Reglamento SNCA del CONSUCODE (OSCE) establece que la adopción que hagan las partes, tanto del Convenio Arbitral, como de cualquier otro Convenio Arbitral o acuerdo complementario que encomiende la organización y administración del arbitraje al SNCA-CONSUCODE (SNA-OSCE) determina la aceptación y aplicación de las disposiciones del Reglamento, así como de las decisiones de sus órganos. Asimismo, el tercer párrafo del artículo 216 del RLCE que hemos citado establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el convenio arbitral que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE.

Finalmente, el artículo 217 del RLCE permite la incorporación de estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral indicando que las partes podrán establecerlas en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones, las disposiciones de la Ley General de Arbitraje que resulten aplicables, ni las normas y Directivas complementarias dictadas por el OSCE de conformidad con sus atribuciones.

3) Contenido de la Cláusula Arbitral. Criterios del OSCE

Sobre el contenido de la cláusula arbitral seguidamente presentamos algunos criterios del OSCE, plasmados en diversos pronunciamientos.

- **Imposición de Condiciones en la Cláusula Arbitral.** En el Pronunciamiento N°. 286-2011/DTN referido a la imposición de condiciones en la cláusula arbitral, ante la observación de que “en la cláusula décima octava de la proforma del contrato se consigne que todos los conflictos que deriven de la ejecución, validez e interpretación del presente contrato serán resueltos, **de manera definitiva e inapelable, mediante arbitraje institucional de derecho, y bajo la organización y administración de la Cámara Peruana de Arbitraje Mercantil, y de acuerdo a sus normas y**

reglamentos”, la DTN estableció que: “En el marco de la normativa sobre contratación pública, el arbitraje junto a la conciliación, es un mecanismo obligatorio para solucionar las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, por lo tanto, corresponde a la Entidad incorporar en las Bases del proceso de selección y, específicamente, en la proforma de contrato la cláusula de solución de controversias que incluirá el convenio arbitral.

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

Al respecto, el convenio arbitral es el 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 ese sentido, su configuración se sustenta en la libertad del pacto de las partes.

Así, cualquier disposición a ser incorporada en el convenio arbitral está supeditada al acuerdo al que arriben las partes para la suscripción del contrato, siendo suficiente para el proceso de selección la incorporación de una cláusula genérica de solución de controversias.

En el presente caso, las bases del presente proceso de selección han consignado la cláusula de solución de controversias previstas en las bases estándar.

Además, cabe señalar que acceder a la pretensión del observante supondría someter a la entidad y al proveedor ganador de la buena pro, el cual no necesariamente será el observante, a las disposiciones propuestas por aquel, en caso considere que existe un conflicto entre las partes, ***sin considerar, a priori, si las partes se encuentran de acuerdo o no, o si prefieren someter la controversia a un arbitraje ad hoc, afectando de esta manera sus voluntades en la configuración del convenio arbitral.***

- **Limitaciones a la anulación del laudo arbitral.** Por otro lado, en el Pronunciamiento N° 234-2011/DTN sobre las limitaciones al ejercicio de la anulación de laudo en la cláusula arbitral, ante la observación de que el numeral 35.11 de la cláusula trigésimo quinta de la proforma del contrato disponga que para interponer recurso de anulación del laudo arbitral ante el Poder Judicial, no constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado a favor de la parte vencedora, creado o por crearse, pues considera que, en tanto la disposición cuestionada forma parte de una cláusula arbitral, se requiere el común acuerdo de las partes, siendo que, en el presente caso, el observante no se encuentra de acuerdo con ella, pues considera que acreditar una fianza bancaria por el monto de la controversia y a favor de la parte ganadora es una condición que permite alcanzar la finalidad del laudo arbitral.

En atención a lo manifestado, solicita que se suprima la disposición cuestionada, sin perjuicio de que, previo acuerdo de las partes, se incorpore una disposición al respecto al momento de la suscripción del contrato, la DTN indicó que: “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra

naturaleza. En ese sentido, su configuración se sustenta en la libertad de pacto de las partes.

No obstante, la normativa de contrataciones del Estado establece la obligatoriedad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, y regula ciertas disposiciones generales respecto del procedimiento de solución de controversias.

Ahora bien, debido a que la configuración del convenio arbitral se produce mediante acuerdo entre partes contratantes, el solo cuestionamiento del contenido de la cláusula arbitral supone que el comité especial deba acoger la observación, a fin de supeditar lo cuestionado al acuerdo que arriben las partes para la suscripción del contrato, siendo suficiente para el proceso de selección la incorporación de una cláusula genérica de solución de controversias.

En consideración de lo expuesto, toda vez que el participante cuestiona parte del contenido del convenio arbitral, este organismo supervisor ha decidido acoger la observación formulada, por lo que el comité especial deberá reformular la cláusula de solución de controversias de la proforma de contrato, dejando en potestad de las partes, la elección de los requisitos para interponer recurso de anulación del laudo”.

Las partes podrán acordar que de considerar necesario interponer recurso de anulación del laudo arbitral ante el Poder_Judicial, no constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado a favor de la parte vencedora, creado o por crearse, la DTN se

pronunció indicando que: ***“En principio, cabe indicar que este Organismo Supervisor ha dispuesto en diferentes Pronunciamientos”, que el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. En ese sentido, su configuración se sustenta en la libertad de pacto de las partes.***

No obstante, la normativa de contrataciones del Estado establece la obligatoriedad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, y regula ciertas disposiciones generales respecto del procedimiento de solución de controversias. Ahora bien, debido a que la configuración del convenio arbitral se produce mediante acuerdo entre partes contratantes, el solo cuestionamiento del contenido de la cláusula arbitral supone que el Comité Especial deba acoger la observación, a fin de supeditar lo cuestionado al acuerdo que arriben las partes para la suscripción del contrato, siendo suficiente para el proceso de selección la incorporación de una cláusula genérica de solución de controversias.

En el presente caso, si bien el observante ha indicado la redacción que pretende para la cláusula arbitral, lo que se pretende es que en la proforma de contrato se deje a potestad de las partes la elección de la institución a la que serán sometidas las controversias que deban ser resueltas mediante arbitraje, la decisión de solicitar la acumulación de procesos y pretensiones arbitrales con o sin acuerdo previo de las partes y la elección de los requisitos para interponer recurso de anulación del laudo.

En consideración de lo expuesto, este Organismo Supervisor ha decidido acoger la observación formulada, por lo que el Comité Especial

deberá reformular la cláusula de solución de controversias de la proforma de contrato, de modo que se deje a potestad de las partes la elección de los supuestos establecidos en el párrafo anterior.

- **La Solicitud de Arbitraje o la Demanda Arbitral, el Arbitraje Ad hoc y el Arbitraje Institucional.** La utilización de la solicitud o la demanda tiene relación directa con lo pactado en el convenio arbitral y se desenvolverá según se trate de arbitraje ad hoc o arbitraje institucional. En relación con ello cada una tendrá su propia dinámica procedimental, siempre en el marco de lo dispuesto en el numeral 52.2 del modificado artículo 52 de la LCE.

- **La Solicitud en el Arbitraje Ad hoc.** Cuando estemos ante el primer caso, el arbitraje ad hoc, los artículos 215 y 218 del RLCE establecen las reglas siguientes:

- De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional. La parte interesada debe recurrir a la institución arbitral aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional.
- De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje.
- Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje. Éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de 15 días hábiles siguientes de emitida el acta de no acuerdo total o parcial.
- La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de 15 días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje

administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

- **La Demanda Arbitral y la Contestación de la Demanda en el Arbitraje Institucional – OSCE.** la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. En el caso del OSCE y ante la vigencia de la Resolución N° 016-2004/CONSUCODE/PRE que aprobó el Reglamento del Sistema Nacional de conciliación y arbitraje del CONSUCODE, tenemos que el arbitraje se inicia con la demanda arbitral.

La demanda y la contestación de la demanda tienen un procedimiento distinto que en el arbitraje ad hoc. La demanda se interpone ante la SNCA-CONSUCODE (SNA-OSCE), con lo que se inicia el arbitraje. La contestación de la demanda deberá ser presentada dentro del plazo de 10 días hábiles de notificada, la que de ser el caso deberá incluir la reconvencción. Dicha acción implicará el traslado de la misma para la Contestación de la reconvencción, la que deberá ser presentada dentro del plazo de 10 días hábiles de notificada.

- **La Oposición al Arbitraje: Oposición a la Competencia de SNA - OSCE y Oposición al Convenio.** También se puede presentar la oposición al arbitraje, la que tiene dos tipos. **El primer tipo** de oposición se refiere a la competencia institucional del SNCA-CONSUCODE (SNA-OSCE), situación en la cual la parte demandada las deberá presentar dentro de los 5 días hábiles de notificada la Demanda, debiendo ser puestas en conocimiento de la parte demandante para que en un plazo de 5 días se pronuncie al respecto, después de lo cual será resuelta por la SNCA dentro del plazo de 10 días, previo informe de la Secretaria General de la SNCA. Si la oposición se declara fundada, se ordenará el archivamiento de las

actuaciones, y si se declara infundada; la parte demandada contará con un plazo de 10 días hábiles para contestar la demanda.

El segundo tipo de oposición al arbitraje está referido a los alcances, inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida así como cualquier excepción a la competencia de los árbitros. En este caso la oposición deberá formularse con la contestación de la demanda o con la contestación a la reconvencción. En este caso, el Tribunal Arbitral es competente para resolver las oposiciones al arbitraje, como cuestión previa o al momento de expedir el laudo.

- **Designación y Aceptación de Árbitros en el Arbitraje Ad hoc.** Los árbitros vienen designados en la Solicitud de arbitraje en el caso del arbitraje ad hoc, o en la demanda arbitral, cuando se trate de arbitraje institucional. En cualquier caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Ética el que se pone ante la posibilidad que se pretenda distorsionar el procedimiento de Designación del Arbitro o árbitros, indicando que éstos no podrán persuadir o solicitar a las partes, a los otros árbitros integrantes del Tribunal Arbitral, al CONSUCODE o a terceros, para que recomienden o promuevan su designación. Ello constituye duda justificada respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro

- **La designación en el arbitraje ad hoc.** En cuanto a la designación en el arbitraje ad hoc, el artículo 222 del RLCE, modificado por D.S. N° 138-2012-EF, regula la siguiente situación:

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

FIGURA Nº 17

CASO DE ÁRBITRO ÚNICO		
Solicitud de Arbitraje (Entidad/Contratista) Luego de respondida o vencido el plazo para responder (sin acuerdo)	Cualquiera de las partes puede ir al OSCE	OSCE 10 días para solicitar
CASO DE 3 ÁRBITROS. UNA DE LAS PARTES NO DESIGNA A SU REPRESENTANTE		
Cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos 2 árbitros designarán al tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al Árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro de plazo de 10 días hábiles, la respectiva designación al respecto, se sugiere revisar la Directiva N° 019-2012-OSCE/CD, referida a las reglas para la designación residual de árbitros por parte del OSCE.		
Solicitud de Arbitraje (Entidad/Contratista)		Una de las partes no contesta
	OSCE	la parte interesada recurre al OSCE para que designe (10 días hábiles)

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

FIGURA N° 18

CASO DE 3 ÁRBITROS DESIGNADOS. LOS DOS ARBITROS DESIGNADOS NO SE PONEN DE ACUERDO EN LA DESIGNACION DEL TERCER ÁRBITRO		
<p>En esta situación, la norma establece que dentro del plazo de 10 días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer Árbitro. Al respecto se sugiere revisar la Directiva N° 019-2012-OSCE/CD, referida a las reglas para la designación residual de árbitros, por parte del OSCE.</p>		
ÁRBITRO DE PARTE A	OSCE	ÁRBITRO DE PARTE B
		<p>Los árbitros designados no se ponen de acuerdo. Luego de aceptación: 10 días hábiles para recurrir al OSCE</p>
<p>La resolución de designación se notificará a las partes a través de su publicación en el SEACE y será comunicada de manera personal, al árbitro designado. Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE se realizaran de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.</p>		

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

- **La aceptación.**

FIGURA N° 19

Árbitro Designado Por Parte A	En ambos casos: 5 días hábiles para comunicar aceptación de designación	Árbitro designado por parte B
Parte A	ambas partes se comunican aceptación	parte B

Fuente: Programa de Especialización en Contrataciones y Adquisiciones Públicas, Módulo IV Ejecución Contractual (UNSA).

Se presume que no acepta ejercer el cargo. La parte que lo designó puede designar un nuevo Árbitro dentro de los 10 días hábiles siguientes. Si el nuevo Árbitro no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de 5 días hábiles, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente. El problema con esta disposición es cómo se llega a enterar una de las partes que los árbitros propuestos por la otra no han aceptado.

- **Designación y Aceptación de Árbitros en el Arbitraje Institucional.**

En el caso del arbitraje institucional el Reglamento del SNCA-OSCE., establece el procedimiento, sin embargo, se sugiere revisar la Directiva N°. 019-2012-OSCE/CD referida a las reglas para la designación residual de Árbitros por parte del OSCE. El procedimiento es el siguiente para la designación y aceptación:

- **Arbitro Único.** En caso de que la controversia vaya a ser resuelta por Árbitro único, las partes tienen para ponerse de acuerdo un plazo 5 días hábiles contados desde la notificación de la Contestación de la Demanda o de la Contestación de la Reconvención.

- **Tribunal Arbitral.** Si la controversia fuera a ser resuelta por Tribunal Arbitral, cada parte designará un Árbitro en la demanda y la contestación de la demanda, quienes se deberán de poner de acuerdo para elegir al Presidente del Tribunal Arbitral, designación que deberá ser puesta en conocimiento de la SNCA en un plazo no mayor de 5 días de recibida la última aceptación del cargo. Si las partes no se ponen de acuerdo en la designación del Árbitro único, la SNCA procederá a la designación

correspondiente; también sucederá cuando una o ambas partes no cumplan con designar a su Árbitro en la demanda y en la contestación de la demanda, cuando los árbitros designados no se pongan de acuerdo en la designación del Presidente y, cuando las partes trasladen al CONSUCODE (OSCE) dicha labor.

Luego de superada esta etapa, la SNCA les remite a los Árbitros designados una comunicación en la que se consignará la información siguiente: Identificación de las partes, sus representantes y sus abogados, una reseña sobre la materia controvertida, el monto total de la cuantía del conflicto y una liquidación preliminar de honorarios, según la Tabla de Aranceles; el contenido del expediente que se haya formado; se indicará cuándo vence el plazo para que el árbitro designado proceda a realizar la aceptación correspondiente; y se acompañará el formato de deber de declaración que deberá suscribir. Seguidamente los Árbitros deberán comunicar a la SNCA, dentro de los 5 días de remitido el documento de designación, la aceptación o inhibición del cargo, y de ser el caso, la información sobre circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación. También deberá suscribir la declaración que comprende: a) La declaración bajo juramento de no tener impedimento alguno, directa o indirectamente, para ejercer el cargo, garantizando su independencia respecto de las partes y comprometiéndose a llevar a cabo el arbitraje con la debida neutralidad e imparcialidad, b) La declaración, bajo juramento, de conocer las disposiciones establecidas en este Reglamento y demás Directivas complementarias, que se encuentra en la capacidad profesional de atender el arbitraje, con el nivel de especialización y dedicación requeridas, comprometiéndose a cumplir diligentemente con el encargo, dentro de los plazos correspondientes.

A falta de acuerdo entre las partes para designar al Árbitro o a los Árbitros que conformarán el Tribunal Arbitral, el Colegio de Arbitraje Administrativo de la SNCA-CONSUCODE (SNA-OSCE) procederá a designarlos.

- ***El Procedimiento para la designación de Árbitros. La Directiva N° 019-2012-OSCE/CD. Procedimiento de Designación Residual de Árbitros, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.*** La solicitud de designación de árbitros ante el OSCE corresponde cuando las partes no hayan pactado sobre la forma en que se designará a los Árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional, conforme a lo siguiente:

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

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

- Sí una vez designados los dos (2) Árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la

aceptación del último_Árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer arbitro dentro del plazo de (10) diez .días hábiles.

Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE., se realizarán a partir de la información de los profesionales inscritos en su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.

El trámite se detalla tanto en la Directiva, como en el TUPA del OSCE, respecto del cual se han establecido algunos requisitos que deben cumplir los Árbitros para ser designados, los mismos que por su trascendencia seguidamente citarnos.

- **Las Fases de designación de Árbitros**

- Etapa de verificación de la inscripción vigente en el registro de Árbitros
- Etapa de verificación de los deberes de los Árbitros.
- Etapa de revisión de frecuencia en las designaciones residuales.
- Etapa de distinción de las especialidades para Árbitro único y Presidente del Tribunal Arbitral.
- Etapa de obtención de las relaciones de Árbitros según rangos de puntaje.

La primera etapa, de verificación de inscripción vigente, es un procedimiento de trámite inmediato, en cuanto a la segunda, la de deberes de los Árbitros, tenemos que la Directiva dispone que se revisará lo siguiente:

- No tener sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- No tener sanción vigente por haber incurrido en infracciones al Código de Ética del OSCE
- No tener impedimento legal o reglamentario vigente para ser Árbitro.

- No contar con recusación fundada dentro de cinco años anteriores a la propuesta de designación
- No haber rechazado sin justificación alguna de las designaciones residuales efectuadas por el OSCE, dentro de un 1 año anterior a la propuesta de designación.
- No haber incumplido con devolver los gastos arbitrales dispuestos por el OSCE.

Respecto de la etapa de distinción de especialidades para el Árbitro único y Presidente del Tribunal Arbitral, tenemos que la Directiva establece las reglas siguientes: Se seleccionarán sólo a abogados que cuenten con las tres (3) especialidades exigidas por el numeral 52.4 del artículo 52 de la LCE., esto es, Arbitraje, contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.

2.6. OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) (Ex CONSUCODE)

Es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de economía y Finanzas. Su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada **Retamozo Linares, A. (2013:139)**.

2.6.1. Funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado.

- Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta ley, su reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesaria.

- Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado.
- Emitir Directivas, lineamientos, manuales y comunicados sobre materia de su competencia.
- Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.
- Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que realicen las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago con fondos públicos, independientemente del Régimen Legal. Esta supervisión también alcanza a las contrataciones previstas en los literales i), o), s), t) y v) del numeral 3.3 del artículo 3.
- Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores, así como cualquier otro instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de Contrataciones del Estado.
- Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).
- Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto.
- Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento.
- Imponer sanciones
- Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las transgresiones observadas sobre indicios razonables de perjuicio económico.
- Realizar Estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y promover nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como

proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.

2.6.2. Validez Legal de las Opiniones del Osce

El Organismo Supervisor de las Contrataciones Del Estado (OSCE) es el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado. Supervisar las contrataciones que llevan a cabo las Entidades, y promover el uso transparente y eficiente de los recursos públicos involucrados en dichas contrataciones; así como el encargado de administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

Las funciones del OSCE se encuentran detalladas en el artículo 58 de la ley; entre éstas se encuentra la de: i) Absolver consultas sobre las materias de su competencia, esto es, aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, como se precisa en la segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento.

Ahora bien, en las opiniones que emite el OSCE a efectos de absolver las consultas formuladas por los usuarios del sistema de contratación estatal, puede explicar la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, interpretar las disposiciones de dicha normativa o, incluso, integrar sus disposiciones para salvar vacíos o lagunas legales, según corresponda a la formulación de la consulta.

No obstante, independientemente de si en una opinión el OSCE explica, interpreta o integra las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, los criterios que emite el OSCE a través de las opiniones deben ser observados por los operadores de dicha normativa al momento de aplicarla,

pues constituyen el criterio emitido por el organismo competente en materia de contrataciones del estado.

2.7. LOS GASTOS ARBITRALES EN EL ARBITRAJE AD HOC Y EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Retamozo Linares, A. (2013:1114). Los gastos arbitrales deben ser establecidos en función de si se está ante un arbitraje institucional o ante un arbitraje ad hoc. En principio el artículo 230 del RLCE, modificado por D.S. N° 138-2012-EF, establece que los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje.

El OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA-OSCE organice y administre conforme a su Reglamento.

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

En el caso de renuncia o de recusación de arbitro declarada fundada y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que

surja entre las partes y los Árbitros, respecto de la devolución de honorarios, será resuelta a pedido de parte por el OSCE, de conformidad con la directiva que este apruebe para tales efectos. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

Retamozo Linares, A. (2013:1115). Sobre el particular mediante Directiva N° 004-2005/ CONSUCODE/PRE se estableció, respecto de la devolución de Honorarios arbitrales en el caso de arbitraje ad hoc. Finalmente el último párrafo del artículo 10 del Código de Ética abre la posibilidad de negociación en la devolución indicando que “cuando el Árbitro deba dejar el cargo, procurará llegar a un acuerdo con las partes sobre las condiciones de devolución de los honorarios recibidos y, en su caso, acatará la decisión del CONSUCODE sobre el particular”.

En el caso del arbitraje institucional, el Reglamento del SNCA del OSCE establece que los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los Árbitros y los gastos administrativos de la SNCA. La liquidación parcial de honorarios será efectuada por la SNCA. Pudiendo hacerse los ajustes respectivos en la medida que el arbitraje se complejice. Asimismo, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la secretaria del SNCA-CONSUCODE (OSCE), decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos y en que proporcione deben dichos gastos distribuirse entre la partes.

Retamozo Linares, A. (2013:1116). En cuanto a las reglas de pago, se establece que las partes deberán pagar los montos señalados en la liquidación en un plazo de diez días de notificado. En el caso del primer

anticipo, si una o ambas partes no cumplen con efectuar el pago, la SNCA no citará a la audiencia de instalación y de determinación de puntos controvertidos. En caso de no pago de las partes, la otra podrá asumir éste con cargo a los gastos que fijarán en el laudo arbitral. Si el no pago se efectuará en las diligencias posteriores, el Tribunal podrá suspender el proceso arbitral.

2.7.1. Los Costos en el Arbitraje

Iniciar una discusión sea judicial o en sede arbitral encierra gastos que atender, como los honorarios del abogado, el traslado de los medios de prueba al proceso, los gastos administrativos y, en especial, los honorarios de los árbitros en caso del arbitraje. La pregunta que surge frente a ello es ¿quién asume los gastos? y ¿cómo se hace ese reparto? A continuación abordamos estas inquietudes a la luz de la nueva legislación y planteamos algunas reflexiones sobre la discreción de los árbitros para graduar la devolución del gasto. **Ledesma Narváez, M. (2010:253).**

2.7.2. La Libertad para regular los costos

Todas las actividades e insumos que se requieran para el proceso judicial o arbitral, encierran un costo que luego será trasladado a la parte vencida, si la contienda se ha desarrollado en el escenario judicial; en cambio, si se tratara de una contienda sometida al procedimiento arbitral, el reparto de esos gastos se hará teniendo en cuenta, en primer orden, el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero si no se pactó nada, se recurrirá a la vieja fórmula: «el que pierde paga».

Ledesma Narváez, M. (2010:). Tanto la derogada Ley N° 26572, como la vigente Decreto Legislativo 1071, afirman **en primer orden el principio de libertad para determinar los costos procesales**; sin embargo, la derogada legislación mantenía la fórmula del **vencimiento** si no hay pacto. Por su

parte, el Decreto Legislativo 1071, si bien asume en preferencia la libertad para determinar los costos, **deja al tribunal arbitral la alternativa de disponer lo conveniente si no hay acuerdo para el reparto del gasto.**

Ledesma Narváez, M. (2010:). Una reflexión que surge al respecto es sobre en qué momento se debe pactar el reparto de los costos. **En la casuística encontramos un caso, cuya discusión se centró en determinar si el pacto para el reparto de los costos fijado en el acta de instalación no vinculaba a las partes,** por no aparecer ello en el convenio arbitral, pues, como lo señalaba el artículo 52 de la Ley N° 26572 derogada: **Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos arbitrales, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio.**

Por tanto, se sostenía que como en el convenio no había pacto alguno sobre los costos, debería **operar la teoría del vencimiento:** el que pierde paga, **a pesar de que las partes pudiesen haber pactado ese reparto en el acta de instalación del arbitraje.** El problema central en este caso no pasó por deslindar en qué momento se pactó el reparto, si fue en el convenio o en el acta de instalación, sino por definir si realmente hubo ese acuerdo de voluntades para distribuir el gasto. No estamos ante un tema de preclusión en el que si no se hace determinado acto en una determinada etapa del proceso se pierde la oportunidad de hacerlo posteriormente. **Hay que recordar que el principio eje de la actividad arbitral es la autonomía privada de partes,** por tanto, si en el camino, luego del convenio y al momento de la instalación del tribunal arbitral las partes quieren arribar a un reparto consensuado de los costos del arbitraje, nada impide que lo puedan hacer, ni tampoco resultaría ineficaz esa vinculación para ellas, todo lo contrario, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se reafirmaría una vez más en este acto, pues el eje central de toda esta actividad es el ejercicio de la libertad de autorregulación que pueden ejercer las partes frente al conflicto

delegado para su solución a los terceros árbitros **Ledesma Narváez, M. (2010:254)**.

A diferencia de la legislación derogada, la vigente no hace especial referencia al convenio, como el escenario y la etapa del procedimiento para determinar los costos, **Ledesma Narváez, M. (2010:255)**. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

2.7.3. La Teoría del Vencimiento en el Proceso Arbitral

Ledesma Narváez, M. (2010:255). En el proceso civil, si bien opera la fórmula del vencimiento, ella no es absoluta, pues se permite al juez cierta discrecionalidad al graduar el monto de los gastos procesales, en atención a las incidencias del proceso (artículo 414 del Código Procesal Constitucional).

En el procedimiento arbitral, también encontramos regulada dicha discrecionalidad. Dice el artículo 73 del Decreto Legislativo 1071: el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. ***Esto significa que los árbitros podrían modificar el monto de los gastos, incluso sobre la voluntad de las partes, o esta discrecionalidad sólo operaría cuando no hay pacto expreso y rige el principio del vencimiento.*** Al respecto hay que precisar que ***la teoría del vencimiento se aplicará al arbitraje solo cuando las partes no han expresado acuerdo alguno para el reparto del gasto; pero si han adoptado, directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje, ellas serán las que prevalecerán; esto implica que la teoría del vencimiento solo operará cuando haya falta de acuerdo, por tanto, la posibilidad de la discrecionalidad del árbitro solo se aceptará bajo las***

reglas del vencimiento; situación que no sucedería si las partes pactan la fórmula para el reparto de los gastos.

Otro tema que convoca nuestra reflexión es sobre la necesidad que los **costos arbitrales hayan sido exigidos en la demanda**. En el caso de los procesos civiles, no requieren ser demandados, pero se requiere que exista una declaración expresa de condena al reparto de estos. En esa línea, consideramos que los **costos en el arbitraje necesariamente tienen que ser materia de pronunciamiento por los árbitros, sea para asumir el pacto de las partes o para fijar el reparto, bajo la regla del vencimiento: el que pierde paga**. Sin esa condena expresa no hay título que ejecutar, por más que el monto se torne en una cantidad líquida o liquidable, si fuere el caso. *Ledesma Narváez, M. (2010:256)*.

2.7.4. La Exoneración de los Gastos

Tanto la legislación vigente como la derogada, afirman, en primer orden, **el principio de libertad para determinar los costos procesales**; sin embargo, se mantiene la fórmula del “vencimiento” si no hay pacto. El reparto de esos gastos se hará teniendo en cuenta el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero si no se pactó nada se recurrirá a la vieja fórmula “el que pierde paga”. Esta regla también era contemplada en la Ley N° 26572 derogada, pero con la salvedad que el tribunal arbitral tenía la posibilidad de optar no sólo por la condena, sino también por la exoneración del gasto. El artículo 52 decía: **si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo**. *Ledesma Narváez, M. (2010:256)*.

Frente a ello, la inquietud que surge es averiguar ¿cómo se repartía el gasto en la exoneración? El texto derogado señalaba que cada parte debería

cubrir sus gastos y los que sean comunes, en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro y la de la institución arbitral.

La ley arbitral vigente (Decreto Legislativo 1071), no contempla expresamente la posibilidad de la exoneración de los costos arbitrales. Permite que a falta de acuerdo, los costos sean asumidos por la parte vencida. Bajo ese supuesto, “el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable”. Como se podrá apreciar de la cita legal, esta fórmula no hace referencia a la exoneración, como si lo hacía la ley derogada. A pesar de ello, se podría sostener que la exoneración está regulada tácitamente en el artículo 73 (Decreto Legislativo 1071) cuando dice: el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable. Para lo cual, el tribunal arbitral tendría que hacer una distinción entre el costo propiamente dicho y el gasto arbitral **Ledesma Narváez, M. (2010:257).**

Los costos en el arbitraje son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes para la persecución y defensa de su derecho, como el pago de los honorarios del abogado. En cambio, los gastos arbitrales como los honorarios y gastos del tribunal arbitral, del secretario, de la institución arbitral y de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral son comunes y ambas partes los han desembolsado para que sea viable el procedimiento arbitral; por tanto, cuando el actual texto contempla la posibilidad de la distribución y del prorrateo, comprende estos dos rubros: los costos de la defensa y los gastos comunes arbitrales, operando para los costos la distribución y para los gastos, el prorrateo; sin mayor diferencia con la ley

derogada, donde cada parte cubre sus gastos y los que sean comunes (los arbitrales) en iguales proporciones.

Recapitulando podemos sostener que los costos del arbitraje cuando no hay pacto expreso, serán repartidos bajo la regla “el que pierde paga”; sin embargo, la legislación especial vigente no hace referencia expresa a la exoneración del costo, tal como lo contemplaba expresamente la ley derogada.

A pesar de ello, se puede afirmar que a través de las opciones distribuir y prorratear, contenidas en el artículo 73 de Decreto Legislativo. 1071 para la regulación de los costos, puede operar la exoneración tácita de los costos arbitrales, si el tribunal dispone que cada parte cubra sus gastos (distribución) y los que sean comunes (los arbitrales) en iguales proporciones (prorrateo), tal como expresamente lo regulaba la Ley N° 26572 derogada.

2.7.5. Los Costos en la Ejecución Arbitral

Ledesma Narváez, M. (2010:258). La idea que el procedimiento arbitral culmina con el laudo ha sido superada, tanto en la derogada Ley N° 26587, como en el actual Decreto Legislativo 1071. El árbitro tiene la posibilidad no sólo de declarar el derecho en conflicto, sino de ingresar a la ejecución del derecho definido en el propio laudo, para lo cual requiere contar con las facultades especiales de ejecución, tal como lo establece la legislación especial. Con tal *praxis*, podemos afianzar la idea que el arbitraje es una forma alternativa de lograr la paz social, pues es una institución alterna a la justicia estatal. En tal sentido, no se puede limitar el arbitraje sólo a un plano meramente declarativo de derechos, sino que también éste puede ingresar en la propia sede arbitral a la dirección del proceso de ejecución, y sólo cuando haya resistencia al mandato de ejecución, se podrá pedir la intervención de la jurisdicción para la ejecución forzada de dicho mandato.

El diseño de la derogada LGA y el actual modelo acogido en el Decreto Legislativo 1071, permiten ingresar a la ejecución en sede arbitral, pero hacen que sea necesario informar a las partes de esa posibilidad, y que éstos estén convencidos de que esa es la mejor alternativa para evitar someter todos los resultados del proceso de ejecución a la jurisdicción.

Bajo este contexto, resulta coherente que los árbitros ingresen al cobro de honorarios adicionales para la ejecución en sede arbitral. La ley permite que si ya se pactaron los honorarios y se han otorgado facultades de ejecución a los árbitros, entonces se pueda aumentar el importe de los honorarios a los árbitros (ver artículo 72.5 del Decreto Legislativo 1071): “El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales”.

A pesar de esa posibilidad, la ley no ha señalado nada sobre cómo se reparten los honorarios adicionales si es que no se ha pactado nada al respecto. Cuál de las reglas opera, ¿el vencimiento o el acuerdo de partes?

Ledesma Narváez, M. (2010:258). En este caso, opino que la regla del vencimiento es la que rige, pues no hay pacto, así que la parte vencida tendrá que asumir ese adicional, no sólo lo que implican los honorarios sino de todo el gasto de la ejecución, teniendo en cuenta también los costos arbitrales: ***los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral y los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.***

2.7.6. La Naturaleza Jurídica del Gasto

Ledesma Narváez, M. (2010:259). Si partimos por asumir que los costos en el arbitraje encierran los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes para la persecución y defensa de su derecho, como el pago de los honorarios del abogado o los gastos del arbitraje propiamente dicho, éstos deben ser reembolsados en virtud de un mandato arbitral.

Debemos precisar que **los costos son obligaciones que nacen de la actividad arbitral y que están orientados al reembolso. No se trata de un pago propiamente dicho, sino como ya mencionamos, de un “reembolso”**, puesto que el vencido restituye al adversario las sumas que este ha empleado en defender su derecho. *Chiovenda* citado por *Ledesma Narváez, M. (2010:259)*. consideró que el fundamento de esta condena se ubica en “el reconocimiento del derecho”, puesto que todo lo que fue necesario para lograr ese reconocimiento es disminución del derecho que debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin que este no sufra detrimento por causa de la controversia. Si bien la ley arbitral no precisa el procedimiento a seguir para el reembolso del gasto, asumimos que este debe operar bajo un sumario contradictorio, en el mismo procedimiento arbitral, siempre y cuando se acredite indubitadamente los gastos realizados para la devolución. Las costas arbitrales tienen las siguientes características: **a) están constituidas por los gastos que derivan en forma directa del proceso; b) comprenden solo los gastos ocasionados por el proceso y excluyen los daños y perjuicios que no se identifican con ellos; c) representan una obligación accesoria derivada del proceso y su título constitutivo es el laudo que condena al pago.**

2.7.7. Los Costos en el Recurso de Anulación del Laudo

Ledesma Narváez, M. (2010:259). El control sobre la validez formal del laudo debe darse en sede judicial y debe ser necesariamente desarrollada por instancias ajenas al quehacer arbitral. El mecanismo de impugnación frente al laudo arbitral es el recurso de anulación. No es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y que se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas a las que se refiere la institución. Debe entenderse como mecanismo de control a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en la ley. No se puede admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo; un acuerdo en tal sentido supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial.

La reflexión que surge es: ¿quién asume los gastos procesales del recurso de anulación?

La parte que promueve esa revisión, siempre y cuando se haya declarado infundado el recurso de anulación. Pero, si la parte que promueve el recurso de anulación con éxito logra la nulidad del laudo, será la parte vencida quien tendrá que asumir el reembolso de los gastos judiciales. En la casuística encontramos el siguiente pronunciamiento: “no puede ser materia de ejecución el pago de costas y costos correspondientes al procedimiento de anulación del laudo por el juez de primera instancia, si el procedimiento ha sido iniciado conforme a Ley ante la Corte Superior de Lima, sede ante la cual la ejecutante deberá hacer valer su derecho respecto al cobro de esos conceptos. **Ledesma Narváez, M. (2010:259).**

La norma procesal señala que cuando se declara la nulidad del laudo, se podrá recurrir en casación. En ese contexto, se ubica el caso en que se haya recurrido en casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema y ésta desestime el recurso. Los costos de esta instancia también lo asumirá la

parte perdedora del recurso de anulación; pero, si la casación que se promueve resulta ser exitosa, revoca la nulidad del laudo y mantiene la validez de éste. Aquí los costos tendrán que ser asumidos por la parte perdedora que promovió el recurso de anulación desestimado. El artículo 399 del CPC señala que “si el recurso fuese declarado inadmisibile, improcedente o infundado, quien lo interpuso sufrirá la condena de costas y costos originados en la tramitación del recurso”.

En relación a la cuantía de los costos, encontramos el siguiente pronunciamiento judicial que afirma que éstos deben ser fijados de manera discrecional acorde con la complejidad de la materia controvertida, el tiempo de duración del proceso y especialmente por la labor efectiva desplegado por el letrado patrocinador; en ese sentido, léase el siguiente pronunciamiento en el que se expone los parámetros a considerar para fijar la cuantía del reembolso: (...) el recurso de anulación se inició el once de setiembre del 2001, habiéndose apersonado el demandado con fecha 26 de diciembre del mismo año, con el patrocinio de un abogado (...), cuya actuación se circunscribe a cinco actos procesales, entre los cuales se cuentan la presentación de tres escritos (absolución del traslado del laudo, apelación y de trámite), así como su concurrencia a la audiencia de pruebas del 7 de marzo del 2002 y el informe oral a la vista de la causa; habiendo tenido el proceso una duración de diez meses, por cuanto los autos no fueron materia de recurso de casación, por lo que se dispone fijar por concepto de costos procesales, la suma de cinco mil novecientos dólares americanos o su equivalente en moneda nacional. En los seguidos por Estudio Santisteban Abogados Sociedad Civil con Banco Santander Central Hispano sobre ejecución de resolución judicial. Resolución del 8 de marzo de 2004. Primera Sala Civil de Lima. Expediente N° 2311-2003; En los seguidos por Banco Santander Central Hispano con Estudio

Santisteban Abogados Sociedad Civil sobre anulación de laudo arbitral. Resolución del 12 diciembre de 2006. Tercera Sala Civil de Lima. Expediente N° 429-2001. Confirmada en el AP N° 2225-2007-Lima 25 enero de 2008.

2.7.8. Los Costos Judiciales en la Ejecución de los Costos Arbitrales

Ledesma Narváez, M. (2010:261). A esto se agrega la posibilidad de que, pese a que existe un título que contenga una condena expresa, haya resistencia al reembolso por el obligado a ello. En esas circunstancias, la ejecución forzada en sede judicial, será la alternativa para la satisfacción de dicha obligación dineraria.

No se debe perder de vista que las relaciones entre la jurisdicción y el arbitraje son de carácter complementario, pues se produce en aquellas áreas o actos en los que se requiere el ***ius imperium del Estado, el cual carecen los árbitros, a quienes se les atribuye el poder de disposición de los derechos subjetivos privados en virtud de la autonomía de la voluntad;*** pero la fuerza que requiere que determinadas actividades provenientes del mandato arbitral, como la ejecución de una medida cautelar o de un mandato de ejecución, necesariamente se realizan por el poder de ejecución que tienen los jueces de la jurisdicción.

La doctrina ha discutido el fundamento de los gastos costas y costos. Al inicio consideró que el pago equivalía a una pena porque con el proceso judicial se causaba un daño injusto a la otra parte litigante y por tanto había el deber de repararlo.

Chiovenda citado por **Ledesma Narváez, M. (2010:261)**. criticó esta posición, pues consideró que el proceso es un medio lícito que la sociedad tiene para la defensa de sus derechos y quien lo usa lo hace en ejercicio de su derecho. En ese sentido, los gastos que ocasione a su adversario no

pueden constituir un daño que deba resarcirse, ya que no se producen injustamente, porque se necesita del pronunciamiento del juez para que éste declare formalmente el derecho que no existió antes y por tanto no podía haber sido conocido por el perdedor.

Posteriormente, los teóricos del tema han presentado “**la doctrina del resarcimiento**”, basada en la idea de la culpa. Esta tesis ha sido objetada porque es difícil probar la culpa y por el hecho de vencer en el proceso no significa que la culpa haya existido en todos los casos. La teoría de la culpa fue reemplazada por “la tesis moderna del vencimiento”. Con este sistema se evita calificar el comportamiento del litigante llamado a reembolsar los gastos de su contrario, sólo se necesita para que prosperen los costos que el obligado haya sido vencido.

Por tanto, **podemos concluir que la regla general para la condena de costas y costos es que el sujeto pasivo obligado al pago sea la parte vencida.** Esta fórmula es la que regula nuestro sistema procesal civil, en el ya citado artículo 412 del CPC.

Por tanto, ante la eventualidad de la ejecución de laudos, en el extremo que se reclama el pago de los costos arbitrales, los gastos judiciales que impliquen la ejecución de dicho título los seguirá asumiendo la parte vencida en dicha ejecución arbitral, esto es, a la suma líquida de los costos arbitrales se aumentará el adicional de las costas y costos procesales necesarios para ejecutar o materializar la condena dineraria del laudo. Esto, evidentemente, operará en caso no se pacte ejecución arbitral, o si habiéndolo pactado, no se cumple voluntariamente con el reembolso. Ambos se exigirán a través del proceso de ejecución. ***Al costo arbitral, que es la suma líquida, se agregarán los costos judiciales propios de la ejecución del laudo en dicha sede.***

El juez estatal, al momento de graduar los costos del proceso judicial, no podrá modificar el monto fijado como costos arbitrales en el laudo. Solo agregará a los ya establecidos en sede arbitral, un plus para la ejecución judicial. En otras palabras, hay un título de condena extrajudicial que cubre los costos arbitrales sobre los que se fijará el monto de condena por los costos judiciales para lograr la ejecución de este reembolso

2.7.9. Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros

FIGURA N° 20

ARANCEL ADMINISTRATIVO			
	RANGO DE CUANTÍA	%	Monto Acumulado Sin IGV
A	Hasta S/. 36,000		1,220.40
B	De S/. 36,001 a S/. 72,000	3%	S/. 1,220.40+3.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 36,000
C	De S/. 72,001 a S/. 108,000	2%	S/. 2,300.40+2.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 72,000
D	De S/. 108,001 a S/. 180,000	1%	S/. 3,020.40+1.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 108,000
E	De S/. 180,001 a S/. 360,000	0.5%	S/. 3,740.40+0.50% sobre la cantidad que exceda de S/, 180,000
F	De S/. 360,001 a S/. 1'800,000	0.3%	S/. 4,640.40+0.30% sobre la cantidad que exceda de S/, 360,000
G	De S/. 1'800,001 a S/. 3'600,000	0.2%	S/. 8,960.40+0.20% sobre la cantidad que exceda de S/, 1'800,000
H	De S/. 3'600,001	0.1%	S/. 12,560.40+0.10% sobre la cantidad que

	a más		exceda de S/, 3'600,000	
El Monto Máximo a Cobrar por Arancel Administrativo es de S/. 72,000				

Fuente: Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA-CONSUCODE)

2.7.10. Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros

FIGURA N° 21

HONORARIOS ARBITRO ÚNICO				
Rango de cuantía		%		Monto Acumulado Bruto
A	Hasta S/ 36.000			2,700.00
B	De S/. 36,001 a S/. 72,000	5%	S/. 2,700.00+5.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 36,000	4,500.00
C	De S/. 72.001 a S/. 108,000	3.5%	S/. 4,500.00+3.50% sobre la cantidad que exceda de S/, 72,000	5,760.00
D	De S/. 108.001 a S/. 180,000	2%	S/. 5,760.00+2.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 108,000	7,200.00
E	De S/. 108,001 a S/. 360,000	1%	S/. 7,200.00+1.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 180,000	9,000.00
F	De S/. 160,001 a S/. 1'800,000	0.75%	S/. 9,000.00+0.75% sobre la cantidad que exceda de S/, 360,000	19,800.00
G	De S/. 1'800.001 a S/. 3'600,000	0.5%	S/. 19,800.00+0.50% sobre la cantidad que exceda de S/, 1'800,000	28,800.00
H	De S/. 3'600.001 a S/. más	0.25%	S/. 28'800,00+0.25% sobre la cantidad que exceda de S/, 360,000	
El monto máximo a cobrar por árbitro único es de S/. 126,000				

Fuente: Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA-CONSUCODE)

2.7.11. Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros

FIGURA N° 22

HONORARIOS TRIBUNAL ARBITRAL				
Rango de Cuantía				Monto Acumulado Bruto
A	Hasta S/ 36.000			5,400.00
B	De S/. 36,001 a S/. 72,000	10.00%	S/. 5,400.00+5.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 36,000	9,000.00
C	De S/. 72.001 a S/. 108,000	7.00%	S/. 9,000.00+3.50% sobre la cantidad que exceda de S/, 72,000	11,520.00
D	De S/. 108.001 a S/. 180,000	4.00%	S/. 11,520.00+2.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 108,000	14,400.00
E	De S/. 108,001 a S/. 360,000	2.00%	S/. 14,400.00+1.00% sobre la cantidad que exceda de S/, 180,000	18,000.00
F	De S/. 160,001 a S/. 1'800,000	1.50%	S/. 18,000.00+0.75% sobre la cantidad que exceda de S/, 360,000	39,600.00
G	De S/. 1'800.001 a S/. 3'600,000	1.00%	S/. 39,600.00+0.50% sobre la cantidad que exceda de S/, 1'800,000	57,600.00
H	De S/. 3'600.001 a S/. más	0.50%	S/. 57,600.00+0.25% sobre la cantidad que exceda de S/, 3'600,000	
El monto máximo a cobrar por tribunal arbitral es de S/. 252,000				

Fuente: Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA-CONSUCODE).

2.8. ESCALA DE COMPLEJIDAD A TOMAR EN CUENTA PARA DEFINIR LOS GASTOS ARBITRALES.

FIGURA N° 23

HONORARIOS ARBITRO ÚNICO		
COMPLEJIDAD DEL PROCESO		
Objeto de Contratación		N° de Controversias
Bienes	características	1 a más
Servicios	capacidad	1 a más
Obras	tiempo, distancia y condiciones geográficas	1 a más

Fuente: Fuente Propia

FIGURA N° 24

HONORARIOS TRIBUNAL ARBITRAL		
COMPLEJIDAD DEL PROCESO		
Objeto de Contratación		N° de Controversias
Bienes	Características	1 a más
Servicios	capacidad	1 a más
Obras	tiempo, distancia y condiciones geográficas	1 a más

Fuente: Fuente Propia

De los 1 969 laudos arbitrales con resultado desfavorable para el Estado en el periodo 2003-2013, se ha determinado que el Estado debió

realizar un pago total de S/. 1 128 millones, de los cuales el 89% corresponde a pretensiones diversas (S/. 1 005 millones), es decir a pretensiones económicas distintas a la de indemnización por daños y perjuicios (como por ejemplo, el pago de liquidaciones de obra, mayores costos, mayores gastos generales, enriquecimiento sin causa, ampliación de plazo, entre otros). Por concepto de indemnizaciones el Estado debió pagar S/. 123 millones (11% del pago total). ***Estudio de arbitraje Online de la Contraloría.pdf. Recuperado en <http://contraloriageneraldelarepublica/libropublicados/periodo2013>***

2.8.1. Principales Controversias en el Arbitraje Nacional

De las diversas controversias que surgen en la etapa de ejecución contractual, producto de la revisión de los 2 796 laudos, se han seleccionado para el presente estudio aquellas que de manera recurrente se plantean en la vía arbitral. Entre estas controversias se pueden citar a la resolución del contrato, la ampliación de plazo contractual, la liquidación del contrato de obra, las penalidades e indemnización por daños y perjuicios. Estas controversias en su conjunto representan el 60% del total, identificadas para el período 2003-2013. ***Estudio de arbitraje Online de la Contraloría.pdf. Recuperado en <http://contraloriageneraldelarepublica/libropublicados/periodo2013>***

De las controversias citadas anteriormente, la resolución de contrato representa el 15%. Esto significa que ha sido planteada 822 veces. Le siguen las controversias sobre ampliación de plazo contractual con un 12%, es decir ha sido solicitada 658 veces. Luego, se ubican las controversias sobre liquidación de contrato de obra con un 10%, es decir ha sido solicitada 580 veces. Finalmente, con solo el 6% se ubica la solicitud sobre penalidades, 353 veces planteada. Las controversias identificadas en los laudos y las veces en las que fueron solicitadas se muestran en el siguiente cuadro:

FIGURA N° 25

RECURRENCIA DE LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS		
Controversia	Total de veces que fue solicitada	%
Indemnización por daños y perjuicios	915	17
Resolución del contrato	822	15
Ampliación de plazo contractual	658	12
Liquidación del contrato de obra	580	11
Penalidades	353	6
Otras controversias	2178	40
Total	5506	100

Fuente: Departamento de Estudios de la Contraloría General de la República.
En <http://contraloriageneraldelarepublica.com.pe>.

FIGURA N° 26

COMPLEJIDAD DEL PROCESO
ESFUERZO DEL ÁRBITRO (otras controversias)
Fallas o defectos en las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes o servicios a ser adquiridos o contratados
Responsabilidad por tributos gravámenes y otros, que corresponden al contratista
Responsabilidades de carácter laboral, por el pago de aportaciones

sociales de su personal.
Contratación de seguros para resguardar la integridad de los bienes, los recursos que utilizan, los terceros eventualmente afectados
Responsabilidad por pérdida del bien entregado al comprador
Cuando el bien haya sido entregado al comprador, este asumirá su pérdida, salvo en el caso que dicha pérdida se deba a causas atribuibles al vendedor
De las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares
De la obtención de licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo se especifique que está cargo del contratista
Enriquecimiento ilícito , Enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor
La falta de una causa que justifique el enriquecimiento
Controversias en las ampliaciones Cuando se apruebe el adicional, siempre y cuando se afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiese otorgado
Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista
Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del

contratista por culpa de la entidad
<i>Por vicios ocultos</i>
El Incumplimiento de la Entidad en la LCE y la excepción del contrato no cumplido
Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo
Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese haber sido requerido para corregir tal situación
Incumplimiento de las órdenes de servicio
Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato
Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración Causal agregada por la Ley N° 29873
Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
Cuando se contrate sin el previo proceso de selección que correspondiera. aquí la nulidad alcanza al proceso y de ser el caso al contrato, asumiendo

responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares. ya no cabe que las entidades regularicen este tipo de deficiencia ya que la ley no avala el enriquecimiento ilícito

Fuente: Fuente Propia

2.9. BASES LEGALES

- Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 Actual Ley de Contrataciones con el Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, (derogada).
- Reglamento de la derogada Ley de Contrataciones del Estado Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Decreto Supremo N° 083-2004-PCM: Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, vigente desde el 29 de diciembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2009. (Derogada)
- Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Decreto Supremo N° 084-2004-PCM: Aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 29 de diciembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2009. (Derogada)

- Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje

Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, fue aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, de fecha 15 de enero de 2004 y vigente desde el 16 de enero de 2004. (Vigente)

- TUPA – OSCE 2009

Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA – 2009, aprobado mediante Decreto Supremo N° 292-2009-EF, vigente desde el 15 de enero de 2010. (Vigente)

- Ley de Arbitraje

Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que norma el Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008. (Vigente)

- Ley General de Arbitraje

LEY N° 26572 – Ley General de Arbitraje, vigente desde el 6 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto de 2008. (DEROGADA)

- Ley del Procedimiento Administrativo General

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente desde el 11 de octubre de 2010. (Vigente)

- **CÓDIGO DE ÉTICA**

Código de Ética para El Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE, vigente desde el 6 de junio de 2008. (Vigente)

- ROF - OSCE

Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2009-EF, vigente desde el 15 de enero de 2009. (VIGENTE)

- **DIRECTIVAS VIGENTES**

Directiva N° 001-2005- Aplicación en el tiempo de normas procedimentales y procesales sobre Conciliación y Arbitraje.

Directiva N° 002-2005- Remisión de Actas de Conciliación y Laudos Arbitrales al CONSUCODE.

Directiva N° 003-2005- Instalación de Tribunales Arbitrales Ad – Hoc.

Directiva N° 013-2005- Precisa los alcances de causal de inaplicación de Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Directiva N° 015-2005- Procedimiento de designación de Árbitros al amparo de la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Directiva N° 004-2006- Requisitos y Procedimientos para la incorporación de Árbitros y Conciliadores en el Registro de Neutrales del CONSUCODE. Incluye Resolución N° 144-2006 del 28.03.06 que modifica el numeral 5) referido a la base legal.

Directiva N° 007-2009- Aprueba la tabla de gastos arbitrales del SNA-OSCE y regula los supuestos de devolución de honorarios arbitrales.

- SISTEMA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

DL. N° 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, vigente desde el 28 de diciembre de 2008. (Vigente)

DS. N° 017-2008-JUS, Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, vigente desde el 29 de diciembre de 2008. (Vigente)

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. N° 184-2008-EF, art. N° 230°.

Decreto Supremo N° 039-98-PCM, 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley. Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo).

CAPÍTULO III
HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1. HIPÓTESIS

Es probable que los gastos del Árbitro en los procesos de contrataciones con el Estado, sean excesivos en relación al monto de la cuantía, obviando la complejidad del proceso.

3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

3.2.1. Variable Independiente:

Variable	Dimensión	Indicador
Gastos del Árbitro	Justificación	a) Cumplimiento el contrato b) Por disposición de la Ley
	Causas	a) Responsabilidad del contratista b) Error involuntario c) Causas fortuitas d) Causas externas
	Costo	a) Excesivo b) Correcto c) Muy bajo d) No debe haber costo
	Partida presupuestaria	a) No se puede presupuestar b) Se carga a la partida del mismo proyecto c) No hay como justificar d) Se carga a gasto corriente
	Devolución del costo	a) Que le devuelvan los derechos

		pagados inmediatamente b) Que le devuelvan haciendo un juicio c) Que siendo complicado el proceso, igual requeriría que le devuelvan
	Conformidad de la solución del conflicto	a) No se llegó a recuperar lo gastado b) Hasta ahora continua el juicio de recuperación c) Prefiero evitar el conflicto d) Prefiero evadir el problema e) No he tenido arbitraje en mi institución.

3.2.2. Variable Dependiente:

Variable	Dimensión	Indicador
Procesos de Contrataciones	Solución de conflictos	a) Autocomposición b) Heterocomposición
	Métodos alternativos	a) Negociación b) Mediación c) Conciliación d) Arbitraje
	Arbitraje	a) Porque un tercero decide b) Porque se soluciona mi conflicto c) Porque no quiero ir al Poder Judicial d) Porque tengo la razón
	Obligatoriedad	a) Obligatorio b) No obligatorio

CAPITULO IV

PRESENTACION DEL METODO DE INVESTIGACIÓN

4.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación, es ***Descriptivo – Explicativo***, porque está basado en describir y explicar, los gastos del Árbitro en los procesos de contrataciones con el Estado, determinados por la cuantía de la licitación sin tomar en cuenta primero la complejidad del proceso y así poder determinar que los costos son excesivos. Estos gastos son determinados por una tabla referencial aprobada mediante directiva por el OSCE establecidos en el artículo 230° del Decreto Supremo 184-2008-EF.

En esta investigación se realizó la búsqueda de teorías, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que permitió identificar el fondo del problema.

4.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

4.2.1. Por su amplitud: La investigación es panorámica, porque permite un estudio más detenido, riguroso y profundo, pues abarcará el tema de los gastos arbitrales publicados en una tabla referencial publicada por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado.

4.2.2. Alcance temporal: La tesis es de carácter actual, debido a que el tema de investigación son los gastos arbitrales en las Contrataciones con el Estado y ante el incumplimiento se recurre al Arbitraje.

4.2.3. En relación con la práctica: La investigación es parte de las ciencias básicas, porque el tema es la explicación de la realidad, el cual estará fundamentado con bases teóricas, las cuales permitirán a la comprensión del tema.

4.2.4. Por su naturaleza: La investigación es teórica, porque en ella entraran concepciones racionales de autores que escriben referente al tema de investigación.

4.2.5. Por su carácter: La investigación es sobre causas o efectos, porque precisará los efectos, en este caso el costo excesivo del Arbitraje.

4.3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación es cualitativa:

Es cuantitativa, porque se utilizará la recolección de datos para probar la hipótesis con base en la medición numérica y el análisis estadístico para establecer patrones de comportamiento.

Es cualitativa, porque se utilizará encuestas, las cuales serán corroboradas conceptual y contextualmente, a través de la interpretación de datos y se aplicará el método de análisis.

4.4. METODO DE INVESTIGACIÓN

4.1.1. Descriptivo

En esta investigación se va aplicar el método descriptivo porque se va a describir lo costoso de los gastos arbitrales en las Contrataciones con el Estado.

4.5. POBLACION Y MUESTRA

4.5.1. Población. En la presente investigación se aplicará el instrumento a todos los Asesores Legales, trabajadores Administrativos de logística en el Gobierno Regional de Arequipa y contratistas registrados en el Registro Nacional de Proveedores en el OSCE, concedores del procedimiento, trámite y organización, respecto de los contratos con el Estado.

Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado y Gobierno Regional de Arequipa	N°
Asesores Legales	5
Trabajadores de Logística	23
Proveedores OSCE	22
TOTAL	50

Nota. La encuesta se aplicó el día 10 de mayo del 2015, a horas 14:40, al área de Logística y Asesoría Legal del Gobierno Regional de Arequipa, algunos trabajadores se negaron a ser encuestados aduciendo falta de tiempo, desconocimiento y otros porque faltaron ese día, por lo que no se aplicó la entrevista al total de población preestablecida, también se realizó la encuesta a proveedores en las instalaciones del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado de Arequipa los días 11 y 12 de Noviembre del 2015, a horas 8:45 y 12:00.

4.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

4.6.1. Técnicas

A. Técnicas de Muestreo.- Dada las características de la población y la naturaleza de la investigación, se determinó utilizar el muestreo no probabilístico y a su vez se seleccionó el tipo de muestro accidental o casual.

a) **Muestreo no probabilístico.**- En estas técnicas, no se utiliza el muestreo al azar sino que la muestra ***se obtiene atendiendo al criterio o criterios del investigador o bien por razones de economía, comodidad, etc.*** Consecuentemente, estas técnicas no utilizan el criterio de equiprobabilidad, sino que siguen otros criterios, procurando que la ***muestra obtenida sea lo más representativa posible.*** Dentro de este tipo de muestreo se suele distinguir entre muestreo accidental, intencional o deliberado y por cuotas.

b) **Muestreo Accidental o Casual.**- Este tipo de muestreo se caracteriza por utilizar las muestras que tiene a su alcance. Se denominan accidentales porque no responden a una planificación previa en cuanto a los sujetos a elegir. De hecho, toma las muestras disponibles sin introducir selección o modificación alguna. Por ejemplo, empresas, centros completos, cursos o grupos dentro de un nivel, etc.

El criterio de selección de los individuos depende de la posibilidad de acceder a ellos. Es frecuente utilizar sujetos que las condiciones nos permiten (muestras que “proporcionan los amigos”). Por ejemplo, entrevistar a la salida del metro, o a las personas que pasan por una calle. ***Se utilizó esta técnica de muestreo debido a la aparente uniformidad de clase social en el Distrito por lo tanto podemos tener una alta probabilidad que la opinión de los padres sea similar.*** No se eligió la Técnica de Muestreo Probabilístico al ser imposible la numeración de todo el universo y su respectiva elección por sus diferentes técnicas.

B. Técnicas de recolección de datos

La técnica de recolección de datos fue basada en la entrevista donde se utilizó como instrumento la encuesta a través de un cuestionario de preguntas con alternativas y preguntas cerradas.

C. Técnicas para el procesamiento y análisis de datos

La técnica empleada fue la elaboración de tablas y gráficos de barras en los cuales se puede comparar las diferentes respuestas y su correspondiente interpretación y porcentajes.

D. Técnicas de Análisis Documental

Para realizar el análisis documental, se utilizó como instrumento la ficha de Análisis documental.

4.6.2 Instrumentos

El instrumento que se utilizó es la encuesta, la cual consta de 10 preguntas cerradas, el cual estuvo dirigido a los Asesores Legales y trabajadores Administrativos de logística del Gobierno Regional y proveedores del Estado.

MATRIZ DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

a) Variable Independiente.

Variable	Dimensión	Indicador	Ítem
Gastos del Árbitro	Justificación	c) Cumplimiento el contrato d) Lo establece la Ley	¿Cuáles cree usted que serían las formas de justificar el costo por derecho de arbitraje?.
	Causas	e) Responsabilidad del contratista f) Error involuntario g) Causas fortuitas h) Causas externas	¿Cuáles considera usted que son las causas para optar por el arbitraje?.
	Costo	e) Excesivo	¿Considera usted

		f) Correcto g) Muy bajo h) No debe haber costo	que el pago por derecho de arbitraje es costoso?
	Partida Presupuestaria	a) No se puede presupuestar b) Se carga a la partida del mismo proyecto c) No hay cómo justificar d) Se carga a gasto corriente	¿Qué partida presupuestaria corresponde al costo por derecho de arbitraje?
	Devolución del costo	a) Que le devuelvan los derechos pagados inmediatamente b) Que le devuelvan haciendo un juicio c) Que siendo complicado el proceso, igual requeriría que le devuelvan	¿Al ser favorecido en un proceso de arbitraje, cómo le convendría que se le devuelva los derechos pagados?.
	Conformidad del solución del conflicto	a) No se llegó a recuperar lo gastado b) Hasta ahora continúa el juicio de recuperación c) Prefiero evitar el conflicto d) Prefiero evadir el problema e) No he tenido arbitraje en mi institución.	¿Usted alguna vez optó por el arbitraje, que experiencia le dejó este procedimiento?

4. Variable Dependiente:

Variable	Dimensión	Indicador	Ítem
	Solución de conflictos	a) Autocomposición b) Heterocomposición	Usted considera que es mejor recurrir a medios alternativos de solución de conflictos sin recurrir al poder judicial.
	Métodos	a) Negociación	En medios alternativos de solución de conflictos, se

Procesos de Contrataciones	alternativos	b) Mediación c) Conciliación d) Arbitraje	requiere la decisión de un tercero imparcial.
	Arbitraje	a) Porque un tercero decide b) Porque se soluciona mi conflicto c) Porque no quiero ir al Poder Judicial d) Porque tengo la razón	¿Cuál sería la razón por la que usted optaría por el arbitraje?.
	Obligatoriedad	a) Obligatorio b) No obligatorio	¿Cuál es el carácter del arbitraje en las Contrataciones del Estado?

4.6.3. Criterios de Validez y Confiabilidad de los Instrumentos

Este instrumento es confiable y válido, porque se han hecho las correcciones sobre las posibles fuentes de error. De esta forma los ítems o preguntas han sido corregidas, las instrucciones para el llenado del cuestionario han sido aclaradas, se ha recibido amplia colaboración de los sujetos y finalmente el cuestionario ha tenido una impresión de calidad.

Para ello, se sometió el instrumento al sistema de **juicio de expertos**, el cual se procedió de la siguiente manera:

a) Seleccionan tres jueces o expertos, los cuales con su experiencia juzgarán de manera independiente los ítems del instrumento, calificando tres criterios:

- Claridad.

- Congruencia.
- Tendenciosidad.

b) Una vez elegidos los tres jueces o expertos, se les entregará la ficha de validación del instrumento. En este caso se eligió a los siguientes jueces:

- Al Juez Superior, **Edwin Adelo Flores Cáceres** con el cargo de Presidente de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.
- A la Abogada y Funcionaria Pública, **Isabel Mendoza del Carpio**, Jefa del Organismo Supervisor de Contrataciones con el estado Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.
- A la funcionaria Pública, **Ivana Esmeralda Agama Córdova**, el cual desempeña el cargo de especialista en Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la Municipalidad de Mariano Melgar.

c) Los Abogados procedieron, en su calidad de expertos, a evaluar el instrumento en base a los criterios señalados, se recogieron los resultados de la evaluación y se analizaron las coincidencias y desacuerdos. Los ítems validados sólo parcialmente y los excluidos, fueron nuevamente reformulados y presentados para la nueva validación por los jueces.

Ítem	Congruencia		Claridad		Tendenciosidad	
	Si	No	Si	No	Si	No
1. ¿Cuáles cree usted que serían las formas de justificar el costo por derecho de arbitraje?	*		*			*
2. ¿Cuáles considera usted que son las causas para optar por el arbitraje?	*		*			*

3. ¿Considera usted que el pago por derecho de arbitraje es costoso?	*		*			*
4. ¿Qué partida presupuestaria corresponde al costo por derecho de arbitraje?	*		*			*
5. ¿Al ser favorecido en un proceso de arbitraje, cómo le convendría que se le devuelva los derechos pagados?	*		*			*
6. ¿Usted alguna vez optó por el arbitraje, que experiencia le dejó este procedimiento?	*		*			*
7. ¿Usted considera que es mejor recurrir a medios alternativos de solución de conflictos sin recurrir al poder judicial?	*		*			*
8. ¿En medios alternativos de solución de conflictos, se requiere la decisión de un tercero imparcial?	*		*			*
9. ¿Cuál sería la razón por la que usted optaría por el arbitraje?	*		*			*
10. ¿Cuál es el carácter del arbitraje en las Contrataciones del Estado?	*		*			*

CAPÍTULO V

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

5.1. ANÁLISIS DE DATOS

5.1.1. ELABORACIÓN DEL CUESTIONARIO DE PREGUNTAS

Para analizar la siguiente herramienta, se utilizó la Técnica del cuestionario y se aplicó al área de asesoría legal y logística del Gobierno Regional de Arequipa de manera no probabilística.

TABLA N° 1

¿Cuáles cree usted que serían las formas de justificar el costo por derecho de Arbitraje?

ALTERNATIVA	f	%
a) Cumplimiento del Contrato	21	42
b) Por Disposición de la Ley	29	58
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Se aprecia que de los 50 encuestados, 21 representado por el 42%, afirman que la forma de justificar el costo del Arbitraje es por el cumplimiento del contrato, 29 representado por 58%, justifican el costo del Arbitraje por disposición de la Ley.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados justifican el costo por derecho de arbitraje por disposición de la Ley, porque solamente así, su controversia será resuelta inmediatamente y no tienen otra opción.

GRÁFICO N° 1
Justificación del costo por derecho de arbitraje

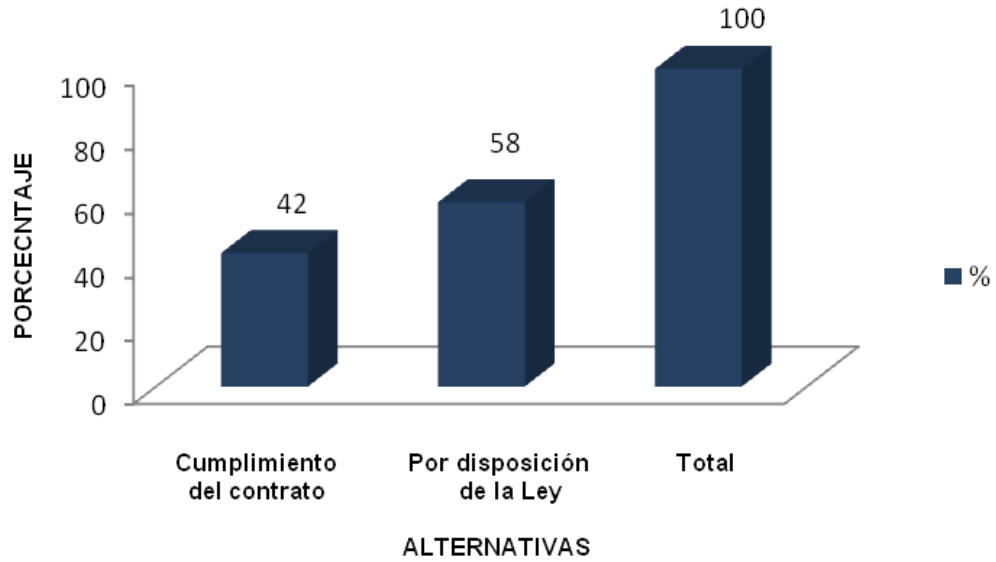


TABLA N° 2

¿Cuáles considera usted que son las causas para optar por el Arbitraje

ALTERNATIVA	f	%
a) Responsabilidad del Contratista.	22	44
b) Error voluntario.	2	4
c) Causas fortuitas.	12	24
d) Causas externas.	14	28
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: De acuerdo con los 50 encuestados, 22 representado por 44%, afirman que la causa para optar por el Arbitraje es responsabilidad del Contratista, 2 representado por 4%, afirman que la causa para optar por el Arbitraje es un error voluntario, 12 representado por 24%, afirman que la causa para optar por el Arbitraje son causas fortuitas, y 14 representado por 28%, afirman que la causa para optar por el Arbitraje son por causas externas.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran en primer lugar que las causas para optar por el Arbitraje es responsabilidad del contratista, porque busca sobre todo su bienestar personal y no toma las medidas necesarias para tomar en cuenta y reforzar todos los requisitos indispensables para contratar con el Estado.

GRÁFICO N° 2
Causas para optar por el Arbitraje

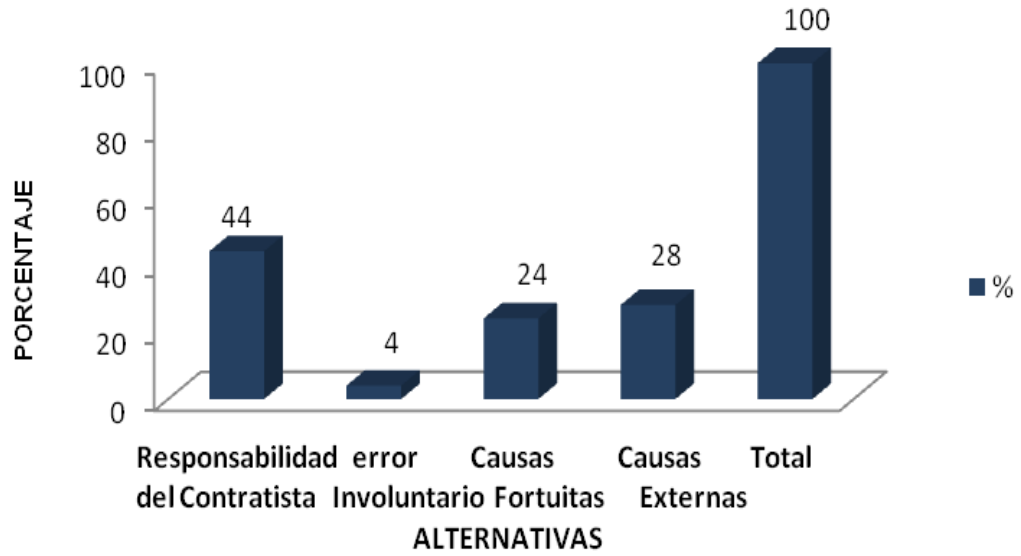


TABLA N° 3

Considera usted que el pago por derecho de Arbitraje es:

ALTERNATIVA	f	%
a) Excesivo	41	82
b) Correcto	6	12
c) Muy bajo	1	2
d) No debe haber costo	2	4
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores

Descripción: Es necesario manifestar que de los 50 encuestados, 41 representado por 82%, afirman que el pago por derecho de Arbitraje es Excesivo, 6 representado por 12%, afirman que el pago por derecho de Arbitraje es correcto, 1 representado por 2%, afirma que el pago por derecho de Arbitraje es muy bajo, y 2 representado por 4%, afirman que no debe haber costo por derecho de Arbitraje.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que el pago por derecho de Arbitraje es excesivo, porque los honorarios de los árbitros, los aranceles administrativos y todo el gasto que conlleva este proceso es costoso y en algunos casos los gastos son más cuantiosos que el de la controversia.

GRÁFICO N° 3
Pago por derecho de Arbitraje

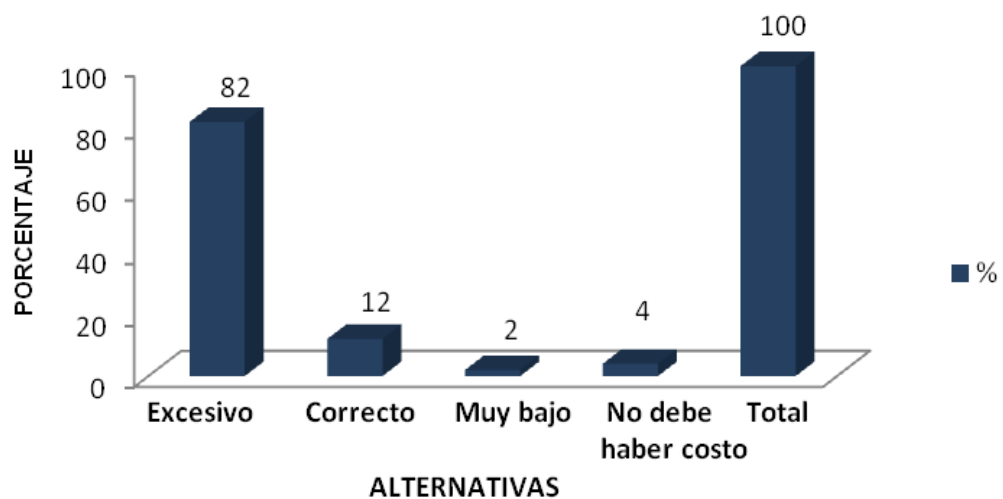


TABLA N° 4

¿Qué partida presupuestaria corresponde al costo por derecho de Arbitraje?

ALTERNATIVA	f	%
a) No se puede presupuestar	22	44
b) Se carga a la partida del mismo proyecto	6	12
c) No hay como justificar	12	24
d) Se carga a gasto corriente	10	20
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Es evidente que de los 50 encuestados, 22 representado por 44%, afirman que la partida presupuestaria correspondiente al costo por derecho de Arbitraje, no se puede presupuestar, 6 representado por 12%, afirman que se carga a la partida del mismo proyecto, 12 representado por 24%, afirman que no hay cómo justificar, y 10 representado por 20% afirman que se carga al gasto corriente.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que la partida presupuestaria que corresponde al costo por derecho de Arbitraje no se puede presupuestar, porque la entidad estatal tiene que desviar fondos ya sea de gastos corrientes, de ingresos propios o de los propios objetivos del proyecto.

GRÁFICO N° 4
Partida presupuestaria correspondiente al costo por derecho de Arbitraje

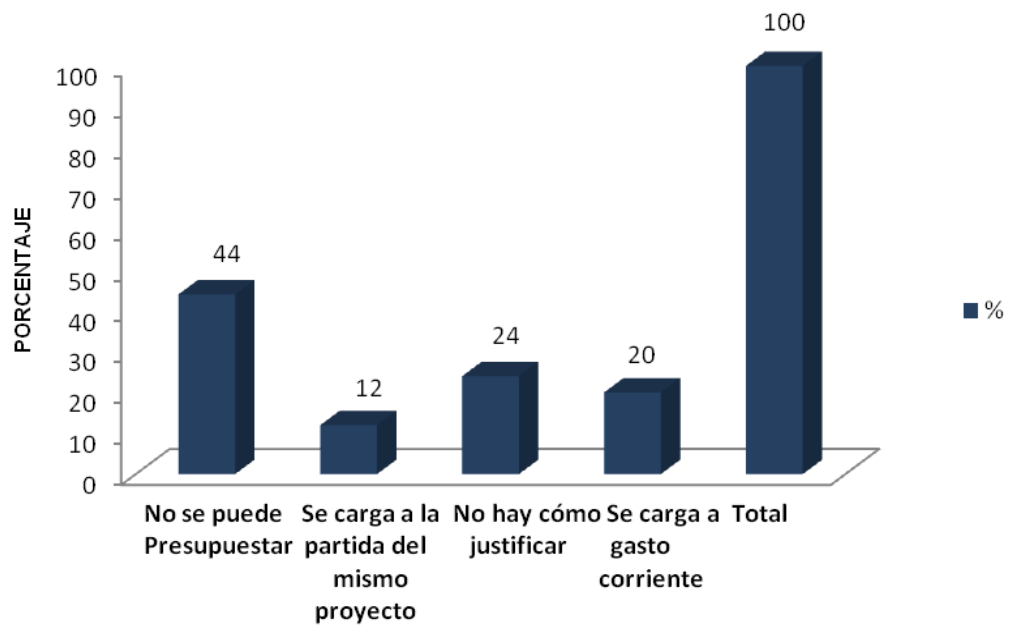


TABLA N° 5

¿Considera que si al ser favorecido en un proceso de Arbitraje, es conveniente que se le devuelva los derechos pagados?

ALTERNATIVA	f	%
a) Que se devuelvan los derechos pagados inmediatamente	40	80
b) Que le devuelvan haciendo un juicio	2	4
c) Que siendo complicado el proceso, igual requeriría que le devuelvan	8	16
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: De acuerdo con los 50 encuestados, 40 representado por 80%, afirman que al ser favorecidos en un proceso de Arbitraje, es conveniente que se devuelvan los derechos pagados inmediatamente, 2 representado por 4%, afirman que se les devuelva haciendo un juicio, 8 representado por 16%, afirman que siendo complicado el proceso, igual requeriría que se les devuelvan los derechos pagados,

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que si al ser favorecido en un proceso de Arbitraje, se le devuelvan los derechos pagados inmediatamente.

GRÁFICO N° 5
Devolver los derechos pagados ante el proceso de Arbitraje

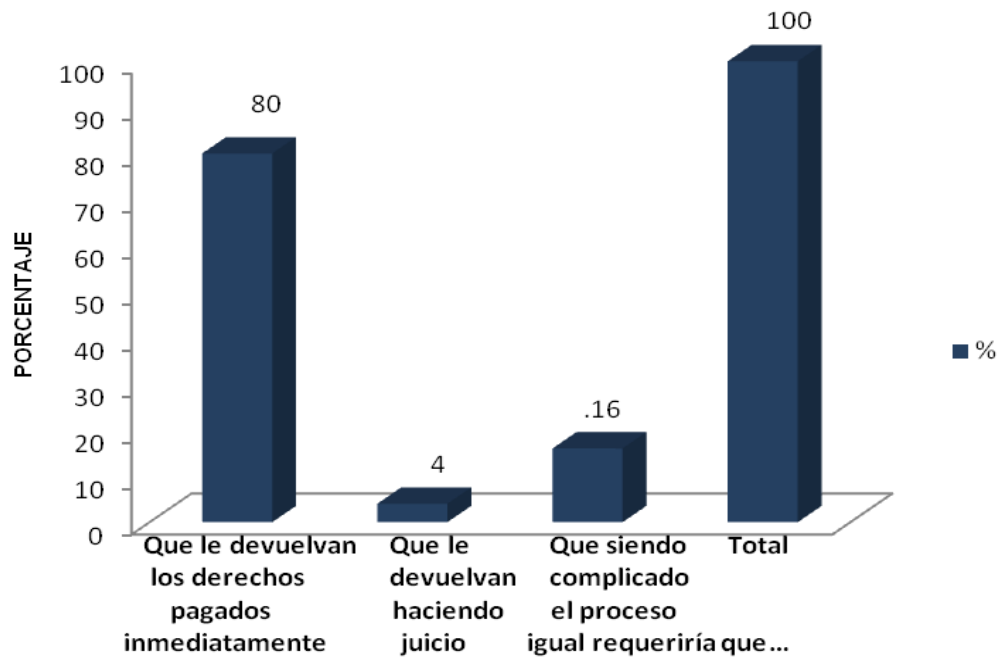


TABLA N° 6

¿Usted alguna vez optó por el Arbitraje, qué experiencia le dejó este procedimiento?

ALTERNATIVA	f	%
a) No se llegó a recuperar lo gastado	3	6
b) Hasta ahora continúa el juicio de recuperación	6	12
c) Prefiero evitar el conflicto	14	28
d) Prefiero evadir el problema	1	2
e) No he tenido Arbitraje en mi institución	26	52
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Se aprecia que de los 50 encuestados, 3 representado por 6%, afirman que el procedimiento de Arbitraje les dejó como experiencia que, no llegaron a recuperar lo gastado, 6 representado por 12%, afirman que hasta ahora continúa el juicio de recuperación, 14 representado por 28%, afirman que prefieren evitar el conflicto, 1 representado por 2%, afirma que prefiere evadir el problema y 26 representado por 52%, afirman que no han tenido arbitraje en su institución.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados afirman que no han tenido arbitraje en su institución o empresa, pero de acuerdo a la realidad el Gobierno regional de Arequipa tiene varios procesos de arbitraje.

GRÁFICO N° 6
La experiencia que dejó el Arbitraje

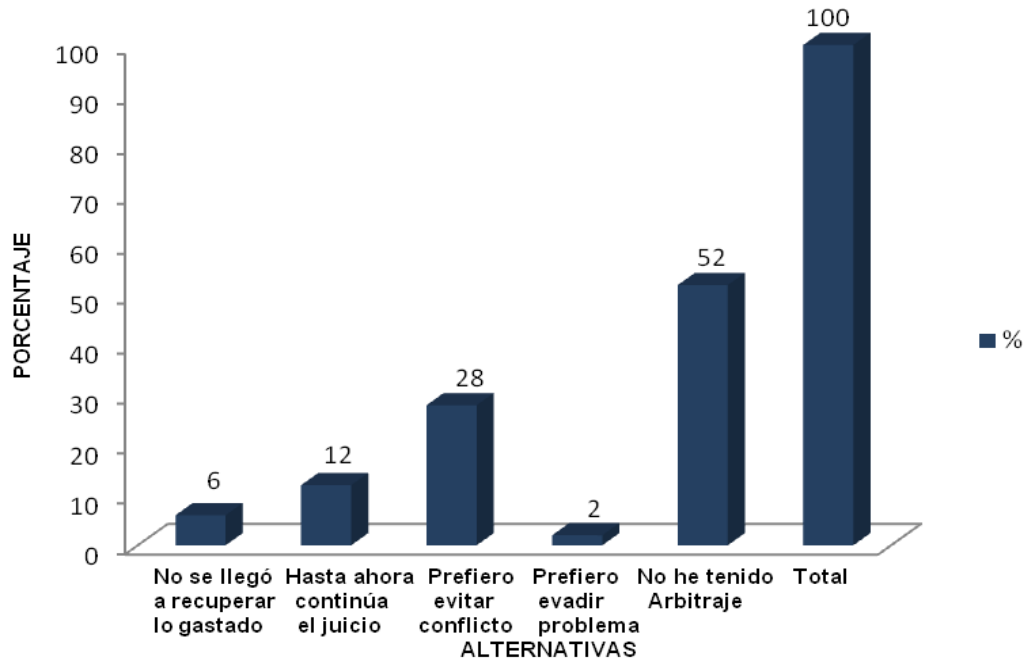


TABLA N° 7

¿Usted considera que es mejor recurrir a medios alternativos de solución de conflictos sin recurrir al Poder Judicial?

ALTERNATIVA	f	%
a) Autocomposición	19	38
b) Heterocomposición	31	62
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Es necesario manifestar que de los 50 encuestados, 19 representado por 38%, afirman que consideran recurrir a medios alternativos de solución de conflictos mediante la Autocomposición y no recurrir al Poder Judicial, 31 representado por 62%, afirman recurrir a medios alternativos de solución de conflictos mediante la Heterocomposición,

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que prefieren recurrir a los medios Alternativos de Solución de Conflictos mediante la Heterocomposición antes de recurrir al Poder Judicial. Porque el arbitraje es más eficaz e idóneo para resolver sus controversias.

GRÁFICO N° 7
Recurrir a medios alternativos de solución de conflictos

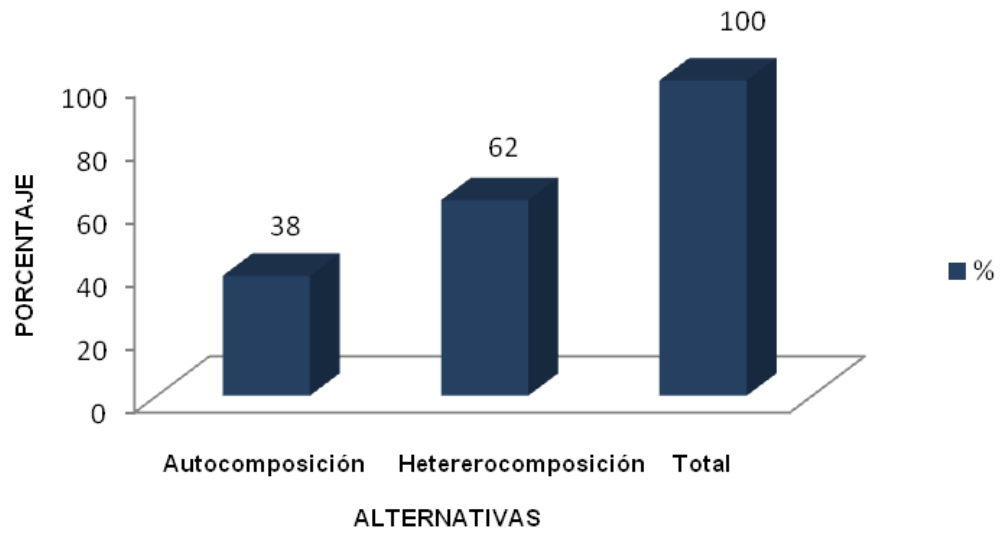


TABLA N° 8

¿En medios alternativos de solución de conflictos, se requiere la decisión de un tercero imparcial?

ALTERNATIVA	f	%
a) Negociación	1	2
b) Mediación	3	6
c) Conciliación	9	18
d) Arbitraje	37	74
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Se aprecia que de los 50 encuestados, 1 representado por 2%, afirma que el procedimiento de Negociación requiere la decisión de un tercero imparcial, 3 representado por 6%, afirman que el procedimiento de mediación requiere la decisión de un tercero imparcial, y 9 representado por 18%, afirman que el procedimiento de Conciliación requiere la decisión de un tercero imparcial, 37 representado por 74%, afirman que el procedimiento de arbitraje requiere la decisión de un tercero imparcial.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que para el arbitraje se requiere de la decisión de un tercero imparcial, porque va a respetar la posición de cada quien con la debida presentación de medios de prueba, y va adicionar fórmulas para resolver la controversia.

GRÁFICO N° 8
Se requiere la Negociación de un tercero

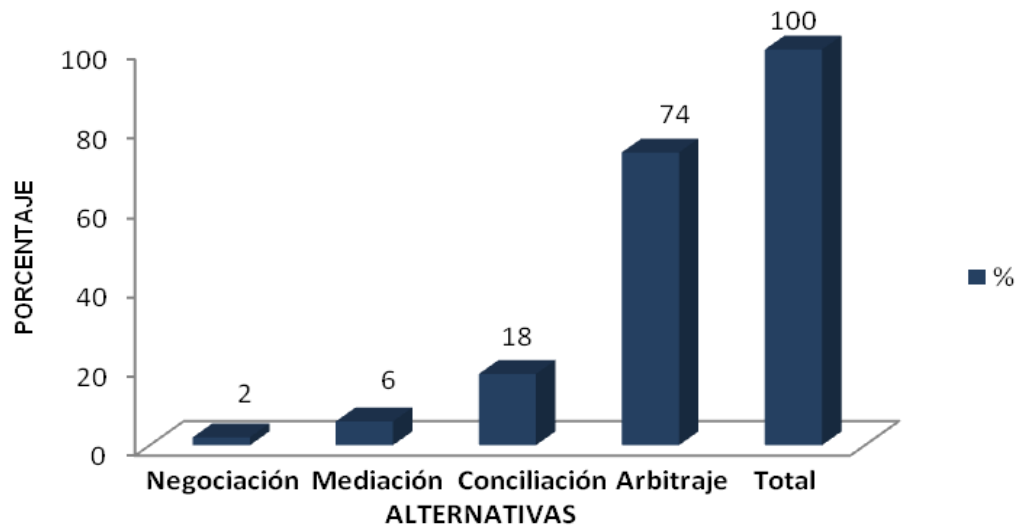


TABLA N° 9

¿Cuál sería la razón por la que usted optaría por el Arbitraje?

ALTERNATIVA	f	%
a) Porque un tercero decide	3	6
b) Porque se soluciona mi conflicto	15	30
c) Porque no quiero ir al Poder Judicial	24	48
d) Porque tengo la razón	8	16
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Se observa que de los 50 encuestados, 3 representado por 6%, afirman que la razón por la que optaría por el arbitraje es porque un tercero decide, 15 representado por 30%, afirman que la razón por la que optaría por el arbitraje es porque se soluciona su conflicto, 24 representado por 48%, afirman que la razón por la que optaría por el arbitraje es porque no quieren ir al poder judicial, 8 representado por 16%, afirman que la razón por la que optarían por el arbitraje es porque tienen la razón.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que la razón por la que optarían por el arbitraje sería porque no quieren ir al Poder Judicial, porque como ya mencionamos anteriormente el arbitraje es el medio más eficaz e idóneo para resolver las controversias.

GRÁFICO N° 9
Razón para optar por Arbitraje

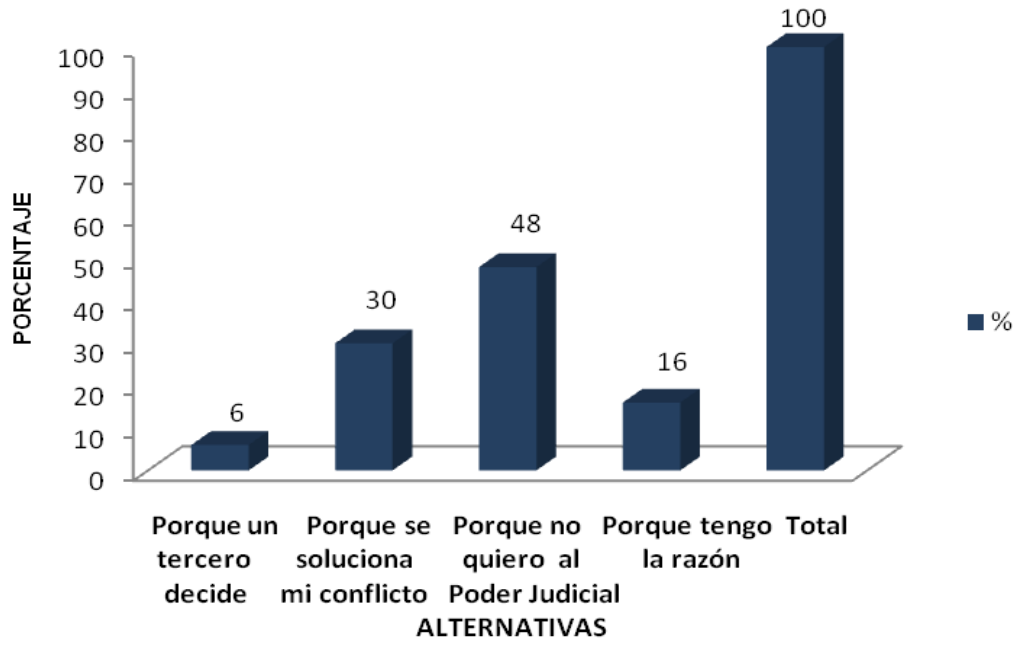


TABLA N° 10

¿Cuál es el carácter del Arbitraje en las Contrataciones del Estado?

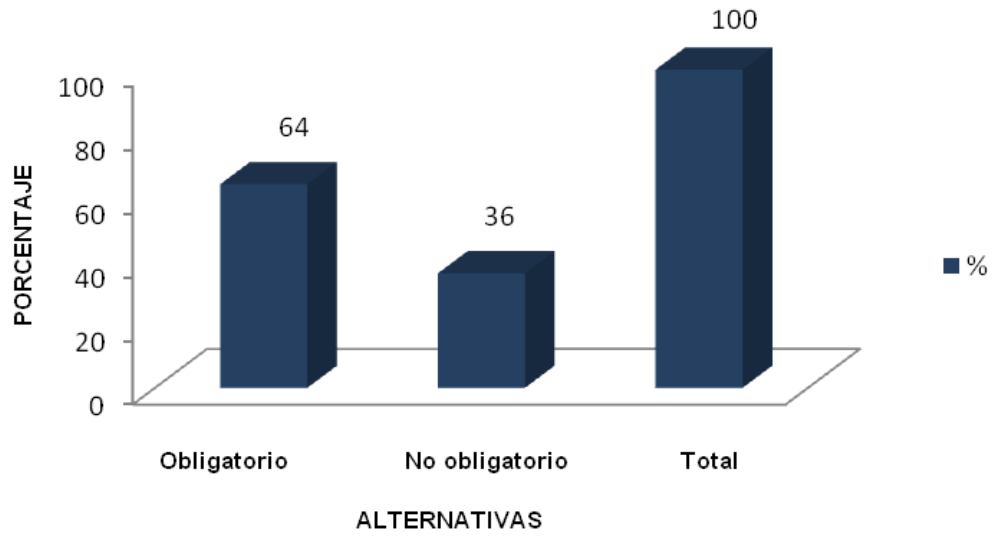
ALTERNATIVA	f	%
a) Obligatorio	32	64
b) No obligatorio	18	36
Total	50	100

Fuente: Elaboración del cuestionario, Los Gastos del Árbitro, determinados en Relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso, aplicado al personal de logística y área legal del Gobierno Regional de Arequipa y proveedores suscritos en el Registro Nacional de proveedores.

Descripción: Se aprecia que de los 50 encuestados, 32 representado por 64%, afirman que el carácter del arbitraje en las Contrataciones con el Estado es obligatorio, 18 representado por 36%, afirman que el carácter del arbitraje en las Contrataciones con el Estado es obligatorio.

Interpretación: Se ha comprobado entonces que los encuestados consideran que el arbitraje en las contrataciones con el estado es de carácter obligatorio tal como lo dice la Ley de Contrataciones del Estado.

GRÁFICO N° 10
Carácter del Arbitraje en las Contrataciones del Estado



5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La discusión de nuestros resultados, se va centrar fundamentalmente sobre la comprobación de nuestras variables de estudio

En primer lugar, sobre la variable los gastos del Árbitro establecidos de acuerdo a la cuantía de la licitación, se infiere de la Tabla y Gráfico N° 1 que, los encuestados, trabajadores de Asesoría legal, logística del Gobierno Regional y Proveedores consignados en el Registro Nacional de Proveedores, justifican el precio del arbitraje por disposición de la Ley, pero alavés afirman que el pago por derecho del arbitraje es Excesivo tal como se deduce de la Tabla y Gráfico N° 3, es evidente que los encuestados no están de acuerdo con el costo del arbitraje pero es imprescindible su cumplimiento para poder solucionar su conflicto, y manifiestan su preferencia por este mecanismo como se infiere de la Tabla y Gráfico N° 7 y 8, y así evitar el fuero ordinario tal como se deduce de la Tabla y Gráfico N° 9, por consiguiente siendo el arbitraje la vía más eficaz para la solución de controversias y el medio más utilizado por el Estado por su corta duración, y alavés evitar arbitrariedades los honorarios y los gastos arbitrales deben ser objeto de un análisis económico previo y de acuerdo a la complejidad del proceso tal como lo señala el pronunciamiento judicial que afirma que éstos deben ser fijados de manera discrecional acorde con la complejidad de la materia controvertida, el tiempo de duración del proceso y especialmente por la labor efectiva desplegada por el letrado patrocinador; en ese sentido, léase el siguiente pronunciamiento en el que se expone los parámetros a considerar para fijar la cuantía del reembolso. En los seguidos por Estudio Santisteban Abogados Sociedad Civil con Banco Santander Central Hispano sobre ejecución de resolución judicial. Resolución del 8 de marzo de 2004. Primera Sala Civil de Lima. Expediente N° 2311-2003; En los seguidos por Banco Santander Central Hispano con Estudio Santisteban Abogados Sociedad Civil sobre anulación de laudo arbitral. Resolución del 12 diciembre de 2006. Tercera Sala Civil de Lima. Expediente N° 429-2001. Confirmada

en el AP N° 2225-2007-Lima 25 enero de 2008. Entonces por ser un fin de la Contratación pública el bienestar común, de acuerdo a la teoría del *ius Variandi* el Estado debe hacer prevalecer este fin mediante la regulación de los costos del arbitraje de acuerdo a la complejidad del proceso.

Por otro lado, se infiere de la Tabla y Gráfico N° 2, que las causas del incumplimiento de un contrato es por responsabilidad del contratista y por causas externas (Institución Pública), las Entidades del Estado deben tener en cuenta que el principio de Economía, eficiencia y transparencia, ya que es una obligación esencial en la contratación pública, sobre todo si se trata de recursos del Estado, y así evitar futuras discrepancias en defensa de los intereses públicos para alcanzar el bien común.

En la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 40° literal b) establece, como una de las cláusulas que debe insertarse obligatoriamente en los contratos, la de solución de controversias vía conciliación o arbitraje, señalando que en caso no se incluya esta cláusula, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula arbitral que establece el último párrafo del artículo 216° de su Reglamento, por la cual se somete la resolución de controversias a un arbitraje institucional bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de acuerdo a su reglamento entonces es indispensable que en los contratos que celebre el Estado, se incluya una cláusula o convenio arbitral que materialice la voluntad de las partes a someterse a este medio de resolución de controversias. Ello es así incluso cuando el arbitraje sea “obligatorio”, porque lo es, así se deduce de la tabla y gráfico N° 10°.

Los costos en el arbitraje son los gastos efectuados directamente en el proceso por una de las partes, si bien la ley arbitral no precisa el

procedimiento a seguir para el reembolso del gasto en dicho proceso siempre y cuando se acredite indubitadamente los gastos realizados para la devolución, dicho ello se infiere de la Tabla y Gráfico N° 4 que el costo por derecho de arbitraje no se puede presupuestar, “Presupuesto” puede definirse precisamente como un conjunto de supuestos previos, si las presunciones sobre las que se elabora un presupuesto no se ratifican pues tienen que ajustarse y los encuestados consideran que al ser favorecidos en un proceso de arbitraje requerirán la devolución inmediata de los derechos pagados como se deduce de la tabla y gráfico N° 5, y al no poder presupuestarse se continúa un juicio para recuperar lo gastado.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES.

PRIMERA: Se concluyó que el arbitraje como medio de resolución de conflictos frente al incumplimiento de un contrato es idóneo y el tiempo que nos lleva este proceso es eficaz, para que no se genere carga procesal en las entidades estatales frente a los conflictos con los proveedores ya que la finalidad es el bienestar público, la entidad pública y los proveedores prefieren resolver sus desavenencias mediante este mecanismo y sustraerse del Poder Judicial lo que se demostró con la encuesta realizada.

SEGUNDA: Se concluyó que el arbitraje debe ser establecido de acuerdo a la complejidad del proceso (objeto de contratación, características y criterios de Resolución, Inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato) permitiendo a las partes tener predictibilidad en cuanto al costo del proceso arbitral cuya diferencia es significativa en referencia a la cuantía de la licitación en un proceso de arbitraje.

TERCERA: Se concluyó que el origen de las controversias entre el Estado y el contratista es originado durante la ejecución del contrato ya sea por la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras,

estas últimas son por ampliaciones de plazo, gastos generales y liquidación de contratos de obra.

CUARTA: Se concluyó que dentro de las funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado, como entidad pública es Organizar y Administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto, debe entonces regular el proceso arbitral de acuerdo con los principios que rigen la contratación pública de la mano con la Contraloría General de la República para fortalecer la coordinación entre la entidades involucradas en el seguimiento de la ejecución de los Contratos y mejorar la defensa de los intereses del Estado.

6.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Es indispensable que la OSCE regule el proceso arbitral, a fin de que las partes tengan conocimiento anticipado y específico de los gastos que conlleva este proceso según su complejidad de acuerdo al objeto de la contratación y a los criterios de Resolución, Inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato, su importancia es fundamental porque la contratación con el Estado implica, el interés público y la utilización de recursos públicos.

SEGUNDA: La Entidad Pública en específico el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado OSCE, debe observar minuciosamente el conjunto de procedimientos administrativos obligatorios, que se requiere para contratar con el Estado, y obtener como consecuencia de la eficaz y diligente administración, la satisfacción de necesidades básicas como salud, educación, prestación de servicios públicos esenciales, el desarrollo de la producción nacional en general teniendo como premisa los principios de la Ley de Contrataciones Estatales, que otorgan validez al orden excluyendo cualquier comportamiento arbitrario.

TERCERA: El arbitraje es el medio más idóneo para resolver controversias por su eficacia y rapidez, implica consecuencias importantes como el descongestionamiento de la carga procesal en las entidades del Estado y tienen la posibilidad de garantizar que el proceso se lleve a cabo con independencia, equidad e imparcialidad.

CUARTA: El Estado mediante la OSCE debe garantizar su participación en la vida económica del país, se tiene que tener medidas de precaución para la Ejecución de un Contrato y generar el ahorro para Estado.

QUINTA: Debe modificarse del artículo 230º Segundo Párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, de la siguiente manera: El OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrales sobre la base de la complejidad del proceso teniendo en cuenta el objeto de la contratación, sus características y los criterios de Resolución, Inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA-OSCE organice y administre, conforme a su Reglamento.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMA CÓRDOVA, Ivanna Esmeralda. Comunicación Personal. servidora pública de la Municipalidad Distrital de Mariano Melgar.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En: *Advocatus*, N° 16, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, Pág. 181-186.

BACA ONETO, Víctor Sebastián. Los medios alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». En: *Lima Arbitration*, N° 1, 2006, Pág. 232. Recuperado http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf-15 de febrero del 2015).

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 2, Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, Pág. 166.

CAIVANO ROQUE, J. Negociación, conciliación y Arbitraje, Editora APENAC, Lima, 1998. Pág. 56

CANTUARIAS, SALAVERRY, Fernando. Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales. En: *Advocatus*, N° 7, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2002, Pág. 180-181.

CASTILLO Mario y SABROSO Rita. Arbitraje Obligatorio y de Derecho en la Contratación Pública.

CÓDIGO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, aprobado mediante Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE, vigente desde el 6 de junio de 2008. (VIGENTE)

DIRECTIVA N° 001-2005- Aplicación en el tiempo de normas procedimentales y procesales sobre Conciliación y Arbitraje.

DIRECTIVA N° 002-2005- Remisión de Actas de Conciliación y Laudos Arbitrales al CONSUCODE.

DIRECTIVA N° 003-2005- Instalación de Tribunales Arbitrales Ad-Hoc.

DIRECTIVA N° 013-2005- Precisa los alcances de causal de inaplicación de Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

DIRECTIVA N° 015-2005- Procedimiento de designación de Árbitros al amparo de la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

DIRECTIVA N° 004-2006- Requisitos y Procedimientos para la incorporación de Árbitros y Conciliadores en el Registro de Neutrales del CONSUCODE. Incluye Resolución N° 144-2006 del 28.03.06 que modifica el numeral 5) referido a la base legal.

DIRECTIVA N° 007-2009- Aprueba la tabla de gastos arbitrales del SNA-OSCE y regula los supuestos de devolución de honorarios arbitrales.

FLORES CÁCERES, Edwin Adelo. Comunicación Personal Juez Superior con el cargo de Presidente de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En: *Ius et Praxis*, N° 32. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, Pág. 143-144.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, Curso de Derecho Administrativo I, Reimpresión 2001, Civitas, Madrid. <http://www.derechoadministrativo>. Revisado el 23 de junio del 2015).

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar; Metodología de la Investigación 5° Edición, México 2003; Pág. 126.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. En: *Themis*. N° 39, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, Pág. 217. <http://www.limaarbitration>. 12 de agosto del 2015).

MENDOZA DEL CARPIO, Isabel. Comunicación Personal. Abogada y Funcionaria Pública Jefa del Organismo Supervisor de Contrataciones con el estado Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje, Primera Edición, Fondo Editorial, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009, Pág. 30-39.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje, Segunda Edición, Fondo Editorial, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2009, Pág. 253-261

LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO N° 30225 Actual Ley de Contrataciones con el Estado (VIEGENTE).

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO
Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (VIGENTE).

LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO
Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 1 de febrero de 2009. (Derogada)

LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Decreto Supremo N° 083-2004-PCM: Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, vigente desde el 29 de diciembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2009. (Derogada)

LEY DE ARBITRAJE
Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que norma el Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008.

DECRETO SUPREMO N° 039-98-PCM, 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley. Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo).

LEY GENERAL DE ARBITRAJE N° 26572 – Ley General de Arbitraje, vigente desde el 6 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto de 2008. (DEROGADA)

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente desde el 11 de octubre de 2010. (VIGENTE)

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. El Arbitraje, Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO (visitado el 17 de junio del 2015) Recuperado En <http://www.osce.gob.pe/consultasenlinea/Arbitraje/ConsultaTasas.asp>.

ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO (visitado el 12 de febrero del 2015) En:<http://edicionespropuesta.blogspot.com/2014/03/honorarios-arbitrales.HTML> En: <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/content/calculo-de-gastos-arbitrales-del-sna-osce>.

ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO (14 de noviembre del 2015) <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=7&ido=39&idso=53>
Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado <http://www.osce.gob.pe/subportal.asp?ids=7>

PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime GRAY CHICCHÓN. Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción. En: Revista de Derecho Administrativo. N° 4, Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, Pág. 205.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado. En: Actualidad Jurídica. N° 177. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, Pág. 27.

PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES PÚBLICAS PECAP, dictado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Modulo III y IV, Proceso de Selección y Ejecución Contractual Págs. 10-102.

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO
Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, desde el 1 de febrero de 2009. (VIGENTE)

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO. Decreto Supremo N° 084-2004-PCM: Aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 29 de diciembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2009. (DEROGADA)

REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE

Texto Único Ordenado del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, fue aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, de fecha 15 de enero de 2004 y vigente desde el 16 de enero de 2004. (VIGENTE)

RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de control, Análisis y Comentarios, 9º Edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, febrero 2013. Pág. 825-1107

TUPA – OSCE 2009

Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA – 2009, aprobado mediante Decreto Supremo N° 292-2009-EF, vigente desde el 15 de enero de 2010. (VIGENTE)

ROF - OSCE

Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2009-EF, vigente desde el 15 de enero de 2009. (VIGENTE)

SISTEMA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. DL. N° 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, vigente desde el 28 de diciembre de 2008. (VIGENTE)

DCRETO SUPREMO. N° 017-2008-JUS, Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, vigente desde el 29 de diciembre de 2008. (VIGENTE)

ABREVIATURAS

AD:	Adjudicación Directa
ADP:	Adjudicación Directa Pública
ADS:	Adjudicación Directa Selectiva
AMC:	Adjudicación de Menor Cuantía
CE:	Comité Especial
CGR:	Contraloría General de la República
CMP:	Convenio Marco de Precios
CONSUCODE:	Consejo Superior de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado
CP:	Concurso Público
D.Leg:	Decreto Legislativo
DJ:	Declaración Jurada
DS:	Decreto Supremo
DTN:	Dirección Técnico Normativa del OSCE
GUÍA:	Guía de Auditoria de Procesos de Selección de la Contraloría General de la Republica
LCE:	Ley de Contrataciones del Estado
LGA:	Ley General del Arbitraje
LP:	Licitación Pública
MEF:	Ministerio de Economía y Finanzas
OCI:	Oficina de Control Institucional
OSCE:	Organismo de Contrataciones del Estado
PS:	Proceso de Selección
R:	Reglamento
RC:	Resolución de Contraloría
RLCE:	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
RNP:	Registro Nacional de Proveedores
RS:	Resolución Suprema

RSIP:	Reglamento de Subasta Inversa Presencial
RUA:	Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales del Estado
RULCOP:	Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de obras Públicas
SEACE:	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SI:	Subasta Inversa
SIE:	Subasta Inversa Electrónica
SIP:	Subasta Inversa Presencial
SNA:	Sistema Nacional de Arbitraje
TRIBUNAL:	Tribunal de Contrataciones del Estado
VR:	Valor referencial

ANEXO 1

ANEXO 2

INSTRUMENTO

UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS FILIAL - AREQUIPA.

ENCUESTA

Tema de Tesis:

“Los Gastos del Árbitro, determinados en relación al Monto de la Cuantía en los Procesos de Contrataciones con el Estado, obviando la Complejidad del Proceso”.

FECHA: / /

DATOS GEOGRAFICOS:

DEPARTAMENTO: PROVINCIA:

DISTRITO:

Por favor, sírvase contestar las siguientes preguntas:

- 1.- ¿Cuáles cree usted que serían las formas de justificar el costo por derecho de Arbitraje?
 - a) Cumplimiento el contrato
 - b) Por disposición de la Ley
- 2.- ¿Cuáles considera usted que son las causas para optar por el Arbitraje?
 - a) Responsabilidad del contratista
 - b) Error involuntario
 - c) Causas fortuitas
 - d) Causas externas
- 3.- ¿Considera usted que el pago por derecho de Arbitraje es?
 - a) Excesivo
 - b) Correcto
 - c) Muy bajo
 - d) No debe haber costo
- 4.- ¿Qué partida presupuestaria corresponde al costo por derecho de Arbitraje?
 - a) No se puede presupuestar
 - b) Se carga a la partida del mismo proyecto
 - c) No hay como justificar
 - d) Se carga a gasto corriente
- 5.- ¿Considera que si al ser favorecido en un proceso de Arbitraje, es conveniente que se le devuelva los derechos pagados?
 - a) Que le devuelvan los derechos pagados inmediatamente
 - b) Que le devuelvan haciendo un juicio
 - c) Que siendo complicado el proceso, igual requeriría que le devuelvan
- 6.- ¿Usted alguna vez optó por el arbitraje, que experiencia le dejó este procedimiento?
 - a) No se llegó a recuperar lo gastado
 - b) Hasta ahora continua el juicio de recuperación
 - c) Prefiero evitar el conflicto
 - d) Prefiero evadir el problema
 - e) No he tenido arbitraje en mi Institución.
- 7.- ¿Usted considera que es mejor recurrir a medios alternativos de solución de conflictos sin recurrir al Poder Judicial?
 - a) Autocomposición
 - b) Heterocomposición
- 8.- ¿En medios alternativos de solución de conflictos, se requiere la decisión de un tercero imparcial?
 - a) Negociación
 - b) Mediación

c) Conciliación

d) Arbitraje

9.- ¿Cuál sería la razón por la que usted optaría por el arbitraje?.

a) Porque un tercero decide

b) Porque se soluciona mi conflicto

c) Porque no quiero ir al Poder Judicial

d) Porque tengo la razón

10.- ¿Cuál es el carácter del arbitraje en las Contrataciones del Estado?.

a) Obligatorio

b) No obligatorio

ANEXO 3

ANEXO 4

PROYECTO DE LEY N°

“Decenio de las personas con discapacidad en el Perú”

“Año de la consolidación del mar de Gráu”

Sumilla: Proyecto de Ley que modifica parcialmente el artículo 230° del Decreto Supremo 184-2008-EF.

I. DATOS DEL AUTOR

La bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas que suscribe, Durinda Jesús Valdivia Rivera, en ejercicio de sus facultades ciudadanas, que le confiere el artículo 31 de la Constitución Política del Perú y el artículo 75 del reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley Modificadorio del artículo 230° segundo párrafo del Decreto Supremo 184-2008-EF.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

1. El artículo 45° literal 1) de la Ley 30225 actual Ley de Contrataciones del Estado publicada mediante Decreto Supremo 350-2015-EF. Antes Decreto Legislativo N° 1017, Publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 4 de junio de 2008 entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 014-2009, publicado el 31 de enero de 2009. Dicho artículo establecía lo siguiente: El Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, cuyo texto fue aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2009-EF, entrarán en vigencia a partir del 1° de febrero de 2009, establece que los contratos

regulados por dicha norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas entre otras a la solución de controversias. En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia, es que se trataría de un arbitraje obligatorio, cabe señalar que el Decreto Ley N° 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. tampoco dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado, pues la cláusula arbitral no es negociable por las partes pues dicha Ley estaba vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes, también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, lo estuvo también en el Código Civil de 1984 y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial. Así mismo, todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable, mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento, la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso. Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que,

por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

2. Ante esta premisa, el Artículo 230º segundo párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, referido a los Gastos Arbitrales, son publicados por una tabla referencial emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado y son establecidos de acuerdo a la cuantía de la licitación y no a la complejidad del Proceso, es por eso que el costo del arbitraje es muy costoso.

B. PROBLEMÁTICA ACTUAL

1. El Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado aprueba mediante directiva, una tabla de gastos arbitrales, la que podrá ser utilizada de manera referencial en estos casos. En el caso de renuncia o de recusación de árbitro declarada fundada y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, será resuelta a pedido de parte por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, de conformidad con la directiva que éste apruebe para tales efectos.
2. La decisión que tome el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado al respecto, es definitiva e inimpugnable. Así mismo nuestra investigación está referida específicamente a los gastos exorbitantes para el Estado que conllevan los procesos arbitrales, ya que ante la controversia originada por un contrato con el Estado, sea quien tenga o no la razón, el contratista o el Estado, ambos tienen que participar en partes iguales con los gastos del Arbitraje. En tal sentido, estos gastos deberían ser obligatorios y no de acuerdo a la cuantía de la licitación sino más bien a la complejidad del proceso.

III. PROPUESTA DE INCLUSIÓN LEGISLATIVA

Se propone modificar parcialmente el Artículo 230° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el sentido antes descrito.

IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

En la eventualidad de que se apruebe la modificación propuesta al artículo 230° segundo párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ayudará a la posibilidad de poder ahorrar al Estado, para poder generar mejores condiciones de vida en los ciudadanos de la Nación, también fortalecerá la capacidad de ahorrar del Estado y liberarlo de Gastos innecesarios.

V. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

La modificación propuesta no conlleva costo alguno al Estado. Antes bien, pueden ser de inmenso beneficio para la vida económica del país.

VI. FÓRMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LO SIGUIENTE:

Ley que modifica parcialmente el Artículo 196° segundo párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Artículo Único Modificación del artículo 196°, segundo párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Modifíquense el segundo párrafo del artículo 196°, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en los términos siguientes:

“Artículo 196°.- (...) Segundo Párrafo

El OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrarios sobre la base de la complejidad del proceso teniendo en cuenta el objeto de la contratación, sus características y los criterios de Resolución,

Inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA-OSCE organice y administre, conforme a su Reglamento.

Arequipa, 11 de febrero del 2016

ANEXO 5

ANEXO 6



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

EN SESION DE SALA PLENA DE 20 DE SETIEMBRE DE 2012, EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO HA APROBADO EL SIGUIENTE ACUERDO:

PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA COMO CONDICION NECESARIA PARA LA IMPOSICION DE SANCION

ACUERDO No. 006 /2012/20.09.2012

En este estado, la Presidenta dispuso que el Secretario dé lectura a la propuesta de acuerdo formulada por el Vocal Héctor Inga Huamán en la sesión de fecha 16 de agosto del presente año sobre el procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción.

Así, el Secretario da lectura a la propuesta de Acuerdo formulada por el Vocal Héctor Inga Huamán sobre la materia referida, cuyo sustento se expone a continuación¹:

A. ANTECEDENTES

1. Mediante Acuerdo N° 018/010 - 04.09.2002, referido al procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la procedencia de la imposición de sanción, el Tribunal estableció el siguiente acuerdo de Sala Plena:

1.1. “Que, en los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con los requerimientos previos de que tratan los artículos 143 y 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables.

1.2. Que, en los casos que las Entidades comuniquen el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista y consecuente Resolución contractual, para la aplicación de sanción por la causal contenida en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento de

¹ En este punto, el Vocal Héctor Inga Huamán hace presente que, si bien algunas alusiones normativas de la propuesta que se expone hacen referencia a la versión original de determinadas normas del Reglamento (como los artículos 169 y 209), las modificaciones efectuadas en ellas y en vigencia a partir del 20 de setiembre de 2012 no alteran el sentido de su propuesta.

la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, deberán presentar la documentación que acredite haber dado cumplimiento al procedimiento dispuesto en el inciso c) del artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los artículos 143 y 144 de su Reglamento; es decir el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación y la carta notarial mediante la cual se le comunica el Acuerdo o Resolución que resuelve el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista, se declarará no haber lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento².”

Cabe precisar que este acuerdo fue dejado sin efecto por el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2009.

2. Mediante Acuerdo N° 017/013 - 26.09.2003, referido a las infracciones administrativas derivadas del incumplimiento de las órdenes de compra o servicios, el Tribunal estableció:

“Al producirse los supuestos de incumplimiento, por parte de los contratistas, de las obligaciones derivadas de las órdenes de compra o de servicio emitidas a su favor, consideradas como infracciones administrativas según lo previsto en el Art. 205º, literal a) del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, las Entidades deben observar oportunamente el procedimiento de resolución contractual establecido en el Art. 144º del Reglamento citado.”

3. Tal como fluye de los citados Acuerdos, su finalidad era velar porque se haya cumplido el debido procedimiento para la resolución del contrato, siendo que en caso de no haberse requerido al contratista, se debía declarar no haber lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente.
4. En relación a la calificación de la infracción, el Tribunal ha venido emitiendo resoluciones y/o acuerdos por los cuales resolvía no imponer sanción o no iniciar el procedimiento sancionador, respectivamente, cuando se apreciaba que la resolución del contrato resultaba injustificada, sin perjuicio de que la Entidad hubiera cumplido con el procedimiento previo de resolución del contrato

² Modificado por el Acuerdo N° 006-2009.

5. En consecuencia, corresponde analizar si dentro de un procedimiento sancionador, el Tribunal debe analizar la procedencia o no de la resolución contractual.

B. ANALISIS

Modificación normativa en la tipificación de la infracción

6. Los Acuerdos N° 018/010 - 04.09.2002 y N° 017/013 - 26.09.2003 se emitieron bajo la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, normas que a la fecha, han sido modificadas.
7. En efecto, la tipificación de la infracción ha tenido las siguientes variaciones:
 - 7.1 En el Artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, esta infracción estuvo tipificada de la siguiente manera: “b) Incumplan injustificadamente con las obligaciones derivadas del contrato, dando lugar a que éste se les resuelva de conformidad con el Artículo 143.”
 - 7.2 En cambio, en el Artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM³, se tipifica la infracción de la siguiente forma: “2) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte”.
- 8 Tal como fluye de los textos glosados, existe una diferencia sustancial en la tipificación de esta infracción, mientras que en el primer texto se pone de relieve el incumplimiento injustificado del contratista que tiene como consecuencia la resolución del contrato; el segundo texto enfatiza la resolución del contrato como consecuencia de una causal atribuible al contratista.
- 9 Eso significa que mientras que en el primer texto era necesario verificar si el incumplimiento del contratista que dio lugar a la resolución del contrato ha sido injustificado; el segundo texto no se orienta a ello, debido a que la tipificación de la infracción da énfasis a la consecuencia, esto es, a que la

³ Esta tipificación se ha mantenido en todas las modificaciones efectuadas al citado Reglamento, así como en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

Entidad resuelva el contrato, siempre que sea por causa atribuible al contratista, siendo suficiente constatar tal condición. Ello obedece a que el contratista desde su participación en el proceso de selección tiene pleno conocimiento de las condiciones y obligaciones contractuales que debe cumplir.

- 10 Este cambio normativo, tiene una implicancia directa en el alcance de lo que el Tribunal debe resolver y los elementos que en cada caso, debe establecer como elementos configurantes de la infracción, los mismos que han sido variados sustancialmente.

La resolución contractual en la legislación vigente

- 11 El Artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, tipifica, entre otras infracciones, la prevista en el literal b) de su numeral 51.1) de la siguiente forma: “Se impondrá sanción administrativa a los contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte”.⁴

- 12 Teniendo en consideración que esta infracción se encuentra relacionada con la resolución de contrato, debemos tener en cuenta el régimen legal previsto en la Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento.

- 12.1 Al respecto, la resolución del contrato tiene la siguiente regulación en la Ley:

- 12.1.1 En el Artículo 40 de la Ley, que regula las Cláusulas obligatorias en los contratos, se prevé en el literal c), la Cláusula de Resolución de contrato por incumplimiento, estableciéndose que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones

⁴ Esta tipificación se mantiene en las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobadas por la Ley N° 29873.

esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

12.1.2 Por su parte, el Artículo 44 de la Ley, que regula la Resolución de los contratos, establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

12.1.3 De otro lado, el Artículo 52 de la Ley, que regula la solución de controversias durante la ejecución contractual, dispone que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Al respecto, cabe mencionar que este artículo 52 de la Ley fue modificado por la Ley N° 29873, precisándose que cuando la controversia se refiera, entre otras, a la resolución de contrato, los procedimientos de solución de controversias deberán iniciarse dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada, siendo este plazo de caducidad.

12.2 En el Reglamento, la regulación de la resolución del contrato tiene los siguientes parámetros:

12.2.1 En el Artículo 167, que regula la Resolución de Contrato, complementando lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, se establece que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

12.2.2 El Artículo 168, referido a las Causales de resolución por incumplimiento, cuando se refiere a las causas imputables al contratista, establece que la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en

que el contratista: 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

12.2.3 Por su parte, el Artículo 169, que regula el Procedimiento de Resolución de Contrato, dispone que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla, mediante carta notarial, para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo, el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá⁵ resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista, mediante carta notarial, la decisión de resolver el contrato.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de convenio marco, las comunicaciones antes indicadas se deberá realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento, siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

⁵ El Decreto Supremo N° 138-2012-EF, modificó este artículo estableciendo el carácter potestativo de la decisión de la Entidad para resolver el contrato, a diferencia del texto original que establecía un carácter obligatorio.

12.2.4 En el Artículo 170, que regula los efectos de la resolución, se establece que si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

12.2.5 El Artículo 209, que prevé la Resolución del Contrato de Obras, establece que la resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince⁶ (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.

El procedimiento de resolución contractual

13 Como puede verse, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, la resolución de un contrato puede deberse a los siguientes hechos sobrevinientes a su suscripción:

13.1 No atribuibles a las partes, como ocurre en el caso fortuito o fuerza mayor, o

13.2 Atribuibles a las partes, referida al incumplimiento de obligaciones de una de las partes del contrato, sea entidad pública o contratista.

En el caso específico de las causas atribuibles al contratista, pueden estar referidas a: i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo; ii) por acumulación de la penalidad máxima, sea por mora u otras penalidades; y iii) por la paralización o reducción injustificada en la ejecución de la prestación.

14 Una vez que la Entidad identifique la causal atribuible al contratista, tiene la obligación de requerir previamente⁷ el cumplimiento de su obligación dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato, pudiendo dar mayor plazo, dependiendo del monto contractual, la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el que no será mayor de quince (15) días calendario. Si se vence el plazo otorgado y continúa el incumplimiento, la

⁶ Plazo modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

⁷ Este requerimiento previo no es aplicable cuando al resolución se deba a la acumulación de la penalidad máxima o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

entidad resolverá el contrato, comunicando su decisión mediante carta notarial.

- 15 El cumplimiento de los plazos y formas previstos en la normativa constituyen una garantía para los Contratistas, de manera que, para que se produzca la resolución, será necesario acreditar que la Entidad, cumplió con requerir y declarar la resolución siguiendo el procedimiento correspondiente.
- 16 Ahora bien, es necesario precisar que el acto emitido por la Entidad, se presume válido en aplicación del artículo 9 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que establece que “todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”. En aplicación de esta norma, el acto emitido por la Entidad, en tanto acto administrativo, “tiene a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa (...) es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal (...) la presunción de legalidad de los Actos Administrativos encuentra fundamento en los principios de justicia, verdad, equidad oportunidad, conformidad con el derecho y buena fe. Esos principios le dan confianza a los administrados y posibilitan la actividad administrativa del Gobierno (y) responde a las exigencias de celeridad y seguridad en la actividad administrativa, que un juicio previo sobre su legitimidad podría entorpecer con daño de los intereses públicos”⁸
- 17 En el caso que el contratista considere que dicho acto no se encuentra arreglado a ley, el artículo 52 de la Ley en concordancia con los artículos 170 y 209 del Reglamento establecen que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por el contratista a conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de comunicada la decisión de resolver el contrato, respectivamente, según se trate de contratación de bienes y servicios o de ejecución de obras. Vencidos estos plazos sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida, porque los plazos fijados para cuestionar el acto a través de los mencionados mecanismos de solución de controversias son de caducidad.

⁸ Penagos, Gustavo. En: El Acto Administrativo, Parte General, Tomo I. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, Colombia. Séptima edición. 2001. Pág. 453-461

- 18 En efecto, tanto en el artículo 52 de la Ley como en los artículos 170 y 209 del Reglamento, los plazos son de caducidad, por lo que su transcurso tiene como efecto la extinción del derecho en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la Ley. Al respecto, el artículo 2003 del Código Civil señala que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, por lo que sus efectos son la extinción tanto de la acción como del derecho que asistía a quien lo ostentaba.
- 19 Por consiguiente, una vez que transcurre el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública para iniciar la conciliación o el arbitraje, la presunción de validez de que gozaba el acto emitido por la Entidad, adquiere firmeza y ya no es posible acudir ni al Arbitraje ni a la conciliación ni al Poder Judicial para cuestionarla. Siendo así, el acto que declaró la resolución del contrato, debe surtir todos sus efectos y por tanto, debe ser ejecutado en sus propios términos.
- 20 Lo mismo ocurre cuando, pese a que la conciliación o el arbitraje se hubieran iniciado, éstos son archivados definitivamente por cualquier causal, sin que pueda cuestionarse nuevamente la decisión de la Entidad por haber operado el plazo de caducidad, lo que determina que el acto que declara la resolución contractual, sea igualmente, firme.

La competencia arbitral para cuestionar la resolución contractual

- 21 Tal como fluye de las normas comentadas anteriormente, la normativa de contratación pública - entiéndase la Ley y su Reglamento- ha establecido la vía correspondiente para resolver las controversias que se generen como producto, entre otras materias, de la resolución del contrato, pudiendo las partes recurrir a la conciliación o arbitraje. En el caso que las partes acudan a un proceso arbitral, el procedimiento sancionador se suspende y la sanción dependerá de lo resuelto en el arbitraje.
- 22 Este Tribunal advierte que el hecho de recurrir en arbitraje permite a las partes que puedan desplegar toda la actividad probatoria en la instancia correspondiente para establecer si en efecto la resolución contractual fue o no atribuible al Contratista, de manera que tengan garantizados sus derechos al debido proceso y de defensa.
- 23 Lo contrario, implicaría que el Tribunal asuma una competencia que no le corresponde y en un procedimiento de naturaleza sancionadora analice y determine aspectos contractuales, pese a que la Ley y el Reglamento han establecido una vía específica para ese propósito y pese a que en el procedimiento sancionador, las partes no necesariamente pueden

desplegar toda la actividad probatoria que sí pueden hacerla en sede arbitral.

- 24 En consecuencia, atendiendo a los objetivos propios del procedimiento sancionador⁹, el análisis que se realice sobre los hechos denunciados, así como los descargos o aclaraciones que exponga el denunciado, únicamente tendrá como basamento el dotar a los administrados de una instancia en que se valoren los hechos presentados como atenuantes.
- 25 En consideración a lo expresado, en un procedimiento sancionador, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la justificación de los motivos por los cuales la Entidad resolvió el contrato por causa atribuible al contratista, por lo que, se propone el siguiente criterio:

C. PROPUESTA

1. En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.
2. Para la aplicación de sanción por la causal contenida en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, las Entidades deberán presentar la documentación que acredite (i) el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; (ii) la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, éstos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento.

⁹ “Dicho procedimiento tiende, fundamentalmente, a cumplir dos objetivos. En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; en segundo término es el medio que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho de defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando a la par, la actuación inquisitiva de la Administración”, Morón Urbina, Juan Carlos, Comentario a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Editorial Gaceta Jurídica Novena Edición, pág. 687

3. El requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior, no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.
4. En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.
5. Dejar sin efecto el Acuerdo 017/013, de fecha 26.09.2003.

En consecuencia:

Visto y considerando la propuesta presentada por el Vocal Héctor Inga Huamán, luego del debate correspondiente, el Tribunal, por mayoría, **Acordó** aprobar el siguiente criterio de interpretación:

1. En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.
2. Para la aplicación de sanción por la causal contenida en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, las Entidades deberán presentar la documentación que acredite (i) el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; (ii) la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, éstos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo

sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento.

3. El requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior, no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.
4. En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.
5. Dejar sin efecto el Acuerdo 017/013, de fecha 26.09.2003.

El presente acuerdo estará vigente a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y será aplicable a todos los procedimientos en trámite.

El Vocal Mario Arteaga solicita en este acto que sea plasmada en la presente Acta su voto singular, cuyo sustento y sentido es el siguiente:

En referencia a los efectos del Acuerdo referido al “Criterio de interpretación sobre el procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción”, y en concordancia con la preocupación manifestada por el suscrito durante la Sesión de Sala Plena N° 004/2012 de fecha 13.07.2012, a fin de evitar efectos perniciosos derivados de la interpretación, sugiero considerar la posibilidad de hacer una salvedad para la aplicación del Acuerdo.

CONSIDERACIONES:

1. Por diversas circunstancias y razones, que fundamentalmente subyacen a la escasa o nula posibilidad de que los agentes del Estado puedan hacer uso de la Conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, el arbitraje se constituye como el medio único y obligatorio para tales efectos en materia de contratación pública;

2. Por su parte, el arbitraje mismo, no obstante que ya tiene más de diez años de vigencia en las compras del Estado, contrae una serie de limitaciones en su aplicación y uso; ya sea porque todavía no existen árbitros especializados (con conocimientos tanto en contrataciones públicas como en procedimiento arbitral) en todas las regiones del país, o generalmente porque, en algunos casos, resulta inviable o ineficiente desde el punto de vista económico (como consecuencia del análisis de costo-beneficio que hacen los proveedores como agentes del mercado), dado que el pago de los **gastos arbitrales resulta mayor que el monto de la controversia.**

Precisamente atendiendo a esta realidad es que el legislador ha considerado, en el artículo 233.3 del Reglamento, la necesidad de que el OSCE constituya uno o más tribunales arbitrales especiales, para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compra o de servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las 15 UIT.

3. De acuerdo a la información suministrada de manera informal por la Dirección de Arbitraje del OSCE, la Directiva que regulará el establecimiento, organización y funcionamiento de los citados tribunales arbitrales especiales (y permanentes), ya se encuentra en etapa de revisión, para luego ser elevada al Consejo Directivo para su aprobación; razón por la cual, se puede considerar que ya se encuentra en marcha el proceso de superación de aquella limitación que contrae el arbitraje para la solución de conflictos en el ámbito de las compras estatales.

PROPUESTAS:

- A. Postergar o posponer la aprobación o la aplicación del Acuerdo hasta que sean instalados los Tribunales Arbitrales Especiales, que atenderán las controversias derivadas de contratos u órdenes de compra o de servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las 15 UIT; o
- B. Precisar en el Acuerdo que, hasta la fecha en que entren en funcionamiento los Tribunales Arbitrales Especiales, en los contratos u órdenes de compra o de servicios originados en adjudicaciones de menor cuantía y cuyo monto no supere las 15 UIT, el Tribunal verificará que la Entidad haya resuelto los mismos por causal atribuible al contratista, aun cuando la decisión de la Entidad haya quedado consentida (no cuando ha quedado administrativamente firme; es decir, cuando hubo arbitraje de por medio).

Firmado: Rojas de Guerra, Inga Huamán, Becerra Farfán, Vargas de
Zela Sifuentes Huamán, Lazo Herrera,