

## ***La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú***

Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA

Fundador del Estudio *Santistevan de Noriega – Abogados*. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP

**Sumario:** I. Introducción. II. El Estado como parte en los arbitrajes. 1. La habilitación constitucional para arbitrar contenida en el art. 63º de la Carta. 2. ¿Arbitraje de Estado, arbitraje administrativo o arbitraje con el Estado?. 3. ¿Se trata de un verdadero arbitraje cuando la ley autoriza o dispone el arbitraje con el Estado?. III. El Estado y el régimen general arbitral previsto en la Ley de Arbitraje (DL 1071). 1. El arbitraje nacional e internacional y el Estado. 2. Reglas de la LA que habilitan a las entidades del Estado a someterse a arbitraje: A) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales; B) Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicable al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido; C) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas; D) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?; E) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado y arbitraje nacional o internacional. 3. Confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las que participa el Estado pero publicidad obligatoria de los laudos aplicable a todos los arbitrajes con el Estado. 4. Ejecución de laudos contra el Estado en materia de arbitraje de inversiones. IV. El régimen arbitral especial de la Ley de Contrataciones con el Estado. 1. Normas especiales sobre arbitraje administrativo. 2. Incorporación de pleno derecho de la cláusula de solución de controversias que habilita al arbitraje. 3. Arbitraje necesariamente de Derecho y prevalencia de las normas de Derecho público. 4. Regla sobre la especialidad del presidente del tribunal arbitral o del árbitro único. 5. Principios aplicables al arbitraje y a los árbitros. 6. Publicidad de los laudos. IV. Conclusiones.

### **I. Introducción**

Los Estados, especialmente en América Latina, incluido el Perú, sentenciaron al arbitraje en el pasado a algún rincón de sus códigos procesales civiles<sup>1</sup>, o tal vez al Código Civil como ocurrió en el Perú, al tiempo que consagraban en su legislación o en sus Constituciones la doctrina

---

<sup>1</sup> C. Frutos Peterson, “Internacional Commercial Arbitration in Latin America: As Healthy as It Could Be?”, *Law and Policy in the Americas* (J. Mills y M. Ferguson) Teaching Material, Gainesville, University of Florida, Spring, 2006, pp. 247–257.

Calvo y la “Cláusula Calvo”. Ésta sometía las disputas con los inversionistas extranjeros a los tribunales comunes de cada país, obligando a las empresas de capital extranjero a inscribirse como nacionales y renunciar a la posibilidad de recurrir a la reclamación diplomática<sup>2</sup>.

En el último cuarto del siglo XX, con la adopción de políticas de libre mercado, los Estados morigeraron significativamente la vigencia de la doctrina Calvo y reformaron consecuentemente su legislación arbitral, para establecer leyes autónomas de arbitraje que en general han seguido la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (LMU). Asimismo ratificaron las Convenciones de Nueva York (1958) y Panamá (1975) relativas al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales, además del Convenio de Washington (1965) que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) a partir del cual se desarrolla buena parte del arbitraje de inversiones.

El arbitraje, en el siglo que se inicia, avanza de manera ascendente y dinámica en el mundo comercial y de la inversión, porque ofrece especialidad, neutralidad, flexibilidad, celeridad confianza, privacidad y simplicidad legislativa<sup>3</sup> para que las partes arriben a soluciones rápidas que evidentemente están dispuestas a respetar –por seguras– para poder continuar en la ejecución de los contratos, en los negocios o asuntos privados. Y en cuanto a los Estados –que utilizaron por siglos el arbitraje para resolver problemas limítrofes entre pares, como alternativa a las guerras y conflictos armados– les ha resultado conocido y les puede resultar seguro para poner fin a las disputas que se generen con los inversionistas y contratistas nacionales o extranjeros, así como con sus proveedores de bienes y servicios como es el caso concretamente del Perú.

---

<sup>2</sup> En el Perú, como se verá más adelante, el mismo artículo que autoriza al Estado y a las personas de derecho público a someter sus controversias a arbitraje conforme a ley, mantiene la cláusula Calvo para los casos en que no se haya pactado el arbitraje en los siguientes términos: Art. 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. (...) En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero”.

<sup>3</sup> G. García Calderón Moreyra, *El Arbitraje internacional en la Segunda Sección de la Ley N° 26572*, Lima, Cecosami, 2004, hace un desarrollo de las ventajas de la institución arbitral a partir de la p. 25

La Constitución del Perú de 1979 trajo como novedad el reconocimiento del arbitraje como excepción a la jurisdicción ordinaria contenido en su art. 234<sup>o</sup>. Esta misma norma se encuentra repetida con igual texto en el art. 139.1<sup>o</sup> de la Constitución vigente de 1993<sup>4</sup>. No es el Perú la excepción, aunque no es frecuente en el mundo encontrar referencias al arbitraje en los textos promulgados por el Poder Constituyente. Pero la presencia de disposiciones en las Cartas Fundamentales –que en realidad se origina con la Constitución de Cádiz de 1809<sup>5</sup>– viene creciendo en la región Latinoamericana.

Así, se puede distinguir aquellos casos en los que la Constitución reconoce al arbitraje en el campo de los derechos fundamentales de las personas –como lo hizo el remoto antecedente gaditano– en el caso de la *Norma Normarum* de Costa Rica<sup>6</sup>. Otros, por su parte, han seguido el ejemplo peruano para excluir al arbitraje de la jurisdicción común aunque lo reconozcan expresamente; o más bien para enmarcarlo dentro del campo jurisdiccional oficial como lo hace con especial profundidad la Constitución de Colombia<sup>7</sup>, aunque con menos énfasis

---

<sup>4</sup> Perú: Constitución de 1993. Art. 139.– Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

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

<sup>5</sup> España: Constitución de 1809.– Capítulo II

Art. 280.– No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

Art. 281.– La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar.

Art. 282.– El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.

Art. 283.– El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención; y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progresos, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial.

Art. 284.– Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno.

<sup>6</sup> Costa Rica: Constitución de 1947:Art. 43.– Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.

<sup>7</sup> Colombia: Constitución de 1992.– Art. 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

las de Paraguay<sup>8</sup> y Venezuela<sup>9</sup>. Hay aquellas que refieren al arbitraje particularmente para la solución de conflictos de orden laboral<sup>10</sup> y las que lo circunscriben a temas de naturaleza internacional<sup>11</sup>.

---

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

<sup>8</sup> Constitución de Paraguay de 1992: Art. 248 – De la independencia del Poder Judicial

Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.

En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley

<sup>9</sup> Venezuela Constitución de 1999: Art. 253.- La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participen en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

Art. 258.- La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

<sup>10</sup> El Salvador Constitución de 1983 con reformas de 2000:

Art. 49.- Se establece la jurisdicción especial de trabajo. Los procedimientos en materia laboral serán regulados de tal forma que permitan la rápida solución de los conflictos.

El Estado tiene la obligación de promover la conciliación y el arbitraje, de manera que constituyan medios efectivos para la solución pacífica de los conflictos de trabajo. Podrán establecerse juntas administrativas especiales de conciliación y arbitraje, para la solución de conflictos colectivos de carácter económico o de intereses.

Lo anterior no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacionales.

Ecuador Constitución de 2009:

Art. 326.- El derecho del trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...)

Más recientemente, se vienen presentando ejemplos de clara tendencia restrictiva y prohibicionista contra el arbitraje inaugurada por la reciente Constitución Boliviana que lo excluye para las controversias en materia de hidrocarburos<sup>12</sup>. En la misma línea, la de Ecuador, aunque reconoce el arbitraje, lo excluye para controversias de índole comercial o contractual entre el Estado y las personas naturales o jurídicas privadas, salvo que se trate de controversias entre Estados y ciudadanos latinoamericanos por instancias arbitrales regionales<sup>13</sup>. El

---

12. Los conflictos colectivos del trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

<sup>11</sup> Guatemala de 1983 con reformas de 1993:

Art. 119.- Obligaciones del Estado. Son obligaciones fundamentales del Estado: (...) n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

Art. 171.- Otras atribuciones del Congreso. Corresponde también al Congreso: (...)

k) Decretar, a solicitud del Organismo Ejecutivo, reparaciones o indemnizaciones en caso de reclamación internacional, cuando no se haya recurrido a arbitraje o a juicio internacional; (...)

l) Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: (...)

4. Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales.

5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional.

<sup>12</sup> Constitución de Bolivia de 2009:

Art. 125.- Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Art. 364.- Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado, estarán sometidas a la soberanía del país, y a la independencia, las leyes y las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera, y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.

<sup>13</sup> Constitución de Ecuador de 2009:

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la conciliación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley en materias a las que por su naturaleza se puedan transigir.

En la Contratación pública procederá el arbitraje de derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley,

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en las controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y las personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan tratados o instrumentos internacionales que establezcan solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales

único caso que se podría considerar en la actualidad es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>14</sup>.

¿Es significativo que el arbitraje esté reconocido constitucionalmente para el desarrollo de este método de solución de controversias en el sistema jurídico de cada país? En rigor me parece que lo no es. Ningún país europeo tiene semejante precepto constitucional sobre el arbitraje y ello no impide que se haya desarrollado vigorosamente en varios de ellos. Tampoco lo tienen los de Norteamérica ni, que se sepa, los del resto del mundo, incluyendo los países de la tradición anglosajona, ni los del Asia en los que se está multiplicando el arbitraje ni los del África u otros espacio del mundo en los que se arbitre. El arbitraje existe y se desarrolla porque las partes optan por ello en el ámbito de su libertad de contratar y suele bastar un marco legal amigable para que éste se desarrolle<sup>15</sup>.

¿Cuál es entonces la importancia del reconocimiento constitucional? ¿En qué se manifiesta la diferencia entre un sistema jurídico en el que sí se constitucionaliza el arbitraje de otro en el que esto no ocurre? Difícil por ahora adelantar conjeturas pues no hay suficiente recorrido histórico ni evidencia empírica para atreverse a extraer conclusiones con fundamento. Siendo coherente con lo que he dicho anteriormente, no se puede concluir que el reconocimiento constitucional incentiva o desincentiva el arbitraje pues hay países que sin tenerlo tienen una práctica arbitral muy desarrollada mientras que otros teniendo presente un panorama desértico en la materia.

Baste solamente dejar establecido que, al analizar este fenómeno de la “constitucionalización del arbitraje”, algunos autores han manifes-

---

o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional

<sup>14</sup> Vid. Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado en mayo de 1996 y que entró en vigencia en agosto de 1999, que asigna a este órgano nuevas competencias, entre ellas la función arbitral. : [www.tribunalandino.org.ec](http://www.tribunalandino.org.ec) .

<sup>15</sup> Vid. J.C Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.p. 300 y pp. 311 ss en las que analiza los diversos casos en los que en Argentina, Brasil, Colombia, México, Panamá, Perú y Venezuela se ha discutido (y muchas veces superado) la inconstitucionalidad del arbitraje. Como puede verse estas discusiones constitucionales se han presentado tanto en países en los que el reconocimiento constitucional se da como en aquellos en los que no se da.

tado su preocupación por el enmarcamiento paralizante del arbitraje dentro de la jurisdicción oficial<sup>16</sup>. Hay también quien salva el ejemplo de Costa Rica que enraíza la facultad de arbitral en los derechos fundamentales de la persona para distinguirlo de las otras Constituciones latinoamericanas<sup>17</sup>.

En mi caso, he advertido en su momento sobre el peligro de la hiperconstitucionalización del arbitraje, derivado del reconocimiento constitucional y de su ubicación dentro del orden constitucional<sup>18</sup>. Pero tampoco podemos dejar de ponderar la importancia que tal reconocimiento ha tenido en nuestro país. Ha servido para que el Tribunal Constitucional blinde al arbitraje de interferencias judiciales y de otro orden –antes del control de legalidad del laudo que se ejerce únicamente *ex post* a través del recurso de anulación– como lo ha hecho en las sentencias recaídas en los casos *Cantuarias Salaverry* y *Algamarcas* que se citan más adelante. Igual puede decirse de las sentencias *pro arbitralis* que han emanado del Tribunal Constitucional de Venezuela.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional del arbitraje contenido en el art. 139.1º de la Constitución es el que ha atraído la mayor parte de la atención de los comentaristas sobre el arbitraje en el Perú. No se ha medido la importancia de las otras menciones al arbitraje que contiene la Carta que, a mi entender, tienen igual o mayor importancia para el desarrollo de este método de solución de controversias

---

<sup>16</sup> El autor ha escuchado en seminarios internacionales las precauciones sobre el reconocimiento constitucional del arbitraje y su “jurisdiccionalización”, especialmente por la posible intervención de acciones de garantía constitucional contra el arbitraje de parte de los autores colombianos Eduardo Zuleta y Fernando Mantilla Serrano. En verdad la Constitución Colombiana en art. 116 presenta una perspectiva jurisdiccional sumamente abarcativa y envuelve a los árbitros dentro de la función de administración de justicia, lo que a juicio de los entendidos no impide que se haya desarrollado una respetable tradición arbitral en ese país a pesar de no haber adoptado en su legislación la ley modelo Uncitral. Sobre el tema anteriormente referido; *Vid. J.C. Fernández Rozas, op. cit.*, pp. 324 ss.

<sup>17</sup> En el Perú Fernando Cantuarias Salaverry y Roger Rubio suelen hacer reiteradamente la distinción de la constitución costarricense en cuanto a un derecho fundamental a arbitrar, aunque no derivan necesariamente de ello una práctica amigable al arbitraje en ese país centroamericano

<sup>18</sup> J. Santistevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional”, *Revista Peruana de Arbitraje*, nº 2, 2006, pp. 15 – 66. En este contexto, es sumamente relevante el comentario de, J.C. Fernández Rozas y la cita que hace de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 30 de abril de 2006 (*Caso compañía de Exploraciones Algamarca*), *op. cit.*, p. 303

patrimoniales que viene alcanzando cada día más importancia en el país. Los arts. 62 y 63 merecen especial atención.

El art. 62 en su primer párrafo<sup>19</sup> ubica correctamente al arbitraje como el método de solución de controversias natural en el mundo contractual, sea que éste está establecido por las partes en el contrato, sea que así lo determina la ley. No hay nada nuevo en ello, salvo que esté elevando al rango de precepto constitucional junto con la garantía institucional de protección a la libertad de contratar y el principio de intangibilidad de los contratos.

Tanta o más relevancia tiene para nosotros el art. 63, tercer párrafo<sup>20</sup>, relacionado estrechamente con el párrafo segundo del art. 62<sup>21</sup>. La primera disposición constitucional contiene la habilitación del Estado y sus distintas dependencias para pactar arbitraje: sea en el ámbito de los contratos del Estado celebra con los particulares, sea en el marco de convenios o contratos entre instituciones del Estado, sea como consecuencia de garantías ofrecidas a los inversionistas mediante contratos ley que son inmunes a modificaciones posteriores – aún cuando provengan normas con rango de ley promulgadas por el Congreso en uso de su soberanía–, sea porque se deriven de la aplicación de convenios, tratados o acuerdos internacionales vigentes que habiliten la vía arbitral.

Hay entonces el tercer párrafo del art. 63 de la Constitución una amplia habilitación para que el Estado pacte el arbitraje o lo ofrezca expresando su voluntad a través de la ley. Y es precisamente la amplitud de esta disposición habilitante la que justifica las varias modalidades de arbitraje con participación estatal que se vienen desarrollando en el Perú y sobre las cuales me propongo tratar en el presente ensayo.

En el marco de este panorama, se ha producido una reforma integral de la ley de arbitraje, mediante la publicación del Decreto Legisla-

---

<sup>19</sup> Art. 62. – La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)

<sup>20</sup> Art. 63.– (...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

<sup>21</sup> Art. 62.– (...) Mediante contratos–ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

tivo 1071 que aprueba la nueva norma de arbitraje peruana a la que en adelante me referiré como la LA simplemente. Ésta sustituye íntegramente el régimen anterior contenido en la Ley General de Arbitraje (LGA N° 26572)<sup>22</sup> para superarlo y poner al Perú al día en cuanto a los avances internacionales en materia arbitral<sup>23</sup>. La nueva norma tiene una regulación especial sobre el arbitraje con el Estado que es necesario analizar para conocerla mejor e integrarla a los dispositivos legales que a título de ley especial (como la LA) regulan modalidades propias del arbitraje con el Estado. Aún con vaivenes, la abogacía nacional y el propio Poder Judicial vienen tomando en serio el arbitraje<sup>24</sup>—como lo hace también el Tribunal Constitucional<sup>25</sup>— lo que está generando una jurisprudencia que poco a poco se va tornando coherente con la naturaleza esta modalidad de solución de conflictos de carácter privado que tiene la virtualidad de resolverlos mediante resoluciones (laudos) que gozan de la autoridad de la cosa juzgada (art. 59.2° LA).

## II. El Estado como parte en los arbitrajes

### 1. La habilitación constitucional para arbitrar contenida en el art. 63° de la Carta

Constitucionalmente se exigen entonces dos requisitos para habilitar el arbitraje: (i) se puede arbitrar con el Estado temas derivados de contratos; y (ii) se tiene que hacerlo conforme a ley. No parece haber discusión en lo primero<sup>26</sup>, aunque es evidente que el requisito predominante es que se arbitre conforme a ley pues veremos que hay arbitraje con el Estado que no se origina en contratos y que están plenamente legislados y tienen vigencia. Así ocurre con el arbitraje deriva-

---

<sup>22</sup> A. Bullard, “Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje”, Primer Desayuno Arbitral, Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje (presentación en *power point*)

<sup>23</sup> Vid. J. Santistevan de Noriega, “La inevitabilidad del arbitraje en el nuevo régimen arbitral del Perú previsto en el DL 1071”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 7 (en prensa)

<sup>24</sup> Vid. Sala y Juzgados Comerciales de Lima. *La Justicia Especializada Comercial*. Lima, Palestra Editores, 2007, en especial las sentencias sobre anulación del laudo arbitral, pp. 299 ss

<sup>25</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 6167–2005–HC/TC (*Caso Fernando Cantuarias Salaverry*) que contiene precedentes de observancia obligatoria y las posteriores recaídas los casos planteados por las empresas Algamarca.

<sup>26</sup> Vid. V. Ávila Cabrera, “Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional, Solución de controversias”, en W. Gutiérrez Camacho (dir.), *La Constitución Comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 880 ss.

do de procesos de expropiación (Ley N° 27117) o de la ejecución de sentencias de tribunales internacionales que disponen indemnizaciones (Ley N° 27775)

En segundo lugar, la norma constitucional señala que el Estado puede someterse a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados en vigor. El constituyente, defectuosamente, incluyó en esta posibilidad a mi juicio el arbitraje de inversiones que se ventila ante tribunales arbitrales constituidos en virtud del Convenio de Washington que crea CIADI en el que se resuelven disputas emanadas de violaciones a los tratados de inversión (que no son contractuales) y excepcionalmente derivadas de contratos locales que tengan cláusula arbitral expresamente pactada con competencia de tribunales arbitrales CIADI.

En tercer lugar, la última parte del artículo glosado, habilita a que el Estado y las personas de Derecho público que lo integran sometan a tribunales domésticos o internacionales controversias emanadas de relaciones contractuales, “en la forma que lo disponga la ley”. Esta terminología contiene suficiente amplitud como para que el legislador ordinario vaya estableciendo las modalidades de arbitraje con el Estado. Así ha ocurrido –aunque no limitándose el legislador a controversias emanadas de relaciones contractuales sino de otro orden– por lo que siempre resulta necesario determinar legislativamente la arbitrabilidad subjetiva de las entidades del Estado y la arbitrabilidad objetiva de las materias que éstas pueden someterse a arbitraje.

A mi juicio, el art. 63 de la Constitución contiene la habilitación general y suficiente para el arbitraje con el Estado. No puedo sin embargo dejar de mencionar que el art. 62 concibe además, como garantía a ofrecer a los contratantes con el Estado bajo la modalidad de contratos–ley, la opción arbitral. Ello no hace sino fortalecer la habilitación general de arbitrar controversias derivadas de los contratos con el Estado bajo la figura jurídica de “contratos–ley”<sup>27</sup>. Éstos contienen un blindaje constitucional que garantiza la ultra-actividad de las normas legales que hayan sido incluidas en ellos y evita que las modificaciones legislativas posteriores ingresen a la vida del contrato para no alterar unilateralmente la voluntad de las partes contenida en ellos.

---

<sup>27</sup> Vid. W. Gutierrez Camacho, “El contrato–ley”, *La Constitución Comentada, op. cit.*, pp. 868 ss; J. Santistevan de Noriega, “Constitución, privatización y servicio público. El blindaje jurídico que protege a los contratos–ley en el Perú”, *Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2004. pp. 585 ss.

Pero si bien no hay duda en el Perú sobre la habilitación constitucional para que el Estado arbitre, local o internacionalmente, siempre surgen preguntas como: ¿por qué el Estado ha de someterse al arbitraje?; y cuando lo hace ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la intervención del Estado como parte en los arbitrajes: pasan éstas inadvertidas?; ¿existe un régimen propio para los arbitrajes del Estado que es necesario dejar legislativamente establecido?

El fundamento de la opción constitucional peruana a favor del arbitraje no es un tema pacífico en la doctrina. En algunas oportunidades se ha explicado la opción arbitral como una modalidad de brindar mecanismos más flexibles y eficaces que los que proporciona la jurisdicción estatal (a cargo del Poder Judicial), advirtiéndose que ello posterga y afecta la indispensable reforma de la justicia<sup>28</sup>. En otras se ha puesto el énfasis en las exigencias del mercado globalizado que exige imparcialidad en los métodos heteronómicos de resolución de controversias para encontrar que el arbitraje garantiza la neutralidad que el Poder Judicial no necesariamente ofrece. Con la vigencia de la anterior Ley General de Arbitraje, ya advirtió la doctrina nacional que “en la LGA el Estado peruano no goza de beneficio alguno, debiendo actuar, por lo tanto como un particular más”<sup>29</sup>

En este contexto se ha afirmado también que en el esfuerzo por brindar seguridades a los inversionistas y al tráfico comercial en un país como el Perú, el Estado viene despojándose de sus tradicionales atribuciones exorbitantes en materia de contratación administrativa para contratar en igualdad de condiciones con los particulares. Así la opción arbitral sería una expresión concreta de la voluntad de Estado por ponerse de igual a igual con los particulares que contrata a la hora de llevar a un foro privado y neutral la dilucidación de las controversias patrimoniales<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Vid. A.M. Arrasate Arisnabarreta, “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 4, 2004, pp. 121 ss; A. Bullard, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, 2006, pp 155 ss.

<sup>29</sup> F. Cantuarias Salaverry, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, .2007, p. 154..

<sup>30</sup> F. Kundmuller Caminiti, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, Maestría de Derecho de la Empresa. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Graduados. Maestría de Derecho de la Empresa; J. Santistevan de Noriega, *Empresa y Contratación con el Estado*, t. I, pp. 123 ss y J.M. Trayter, “El Arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n° 51, 2003, pp. 228 ss.

Encuentro que no hay una sola y única explicación de la opción arbitral del art. 63 de la Constitución. Son admisibles todas ellas. Pero me parece difícil concebir que detrás de dicha opción haya una postergación de responsabilidades sobre la indispensable reforma judicial, creo que las dos últimas son las que justifican en mayor grado la opción del constituyente peruano que luego ha sido desarrollada, con relativa amplitud, por el legislador ordinario.

Ahora, una vez que el Estado interactúa como parte en un arbitraje, no me cabe la menor duda de que se genera un haz de diferencias con los particulares que en ningún caso puede dejarse de lado. No olvidemos que el arbitraje como justicia privada se basa en la voluntad libremente expresada por las partes y en los principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción. ¿Puede ser, en el marco de un arbitraje, el Estado o una de sus entidades igual que el privado que está al frente como contraparte? No pues el Estado, por la naturaleza de las cosas, no puede despojarse totalmente de su personalidad pública, o mejor, de las consecuencias del origen público de su personalidad.

Por ello, admitiendo plenamente que el Estado puede y debe someter determinadas controversias a arbitraje y debe comportarse dentro de ellos en pie de igualdad con los particulares, reconozco que esto no se logra a plenitud pues la personalidad pública del Estado obliga a diferenciar matices. Y si no, ¿por qué establecemos en la LA reglas diferentes para los arbitrajes en los que participa el Estado a aquellas aplicables a los que involucran a contrincantes particulares en materia de confidencialidad y publicidad de los laudos? ¿Bajo qué motivos justificamos que ciertas normas del Derecho interno no puedan ser esgrimidas por los Estados para exonerarse de sus compromisos arbitrales y proponemos que se legislen específicamente? ¿Por qué en los arbitrajes de corte administrativo la ley especial se ve obligada a establecer la prevalencia de las normas públicas como lo hace la Ley de Contrataciones del Estado (LEC), en materia de contratos de suministro con el Estado?

La participación del Estado es en mi criterio bienvenida en los arbitrajes pero las características propias de lo que ello significa supone un tratamiento diferenciado de los arbitrajes en los que intervienen partes estatales. Cuando el Estado actúa como un contratista en pie de igualdad con los particulares, como ocurre en el caso de las concesiones, la diferenciación del Estado es mínima y se encuentra establecida en la LA. Pero cuando el Estado en su contratación compromete

fondos del presupuesto público, los requerimientos que al efecto exige el art. 76 de la Constitución<sup>31</sup> obligan a una normativa especial con un mayor componente público. Esto último ocurre en los contratos de suministro que, en especial, dan lugar a un conjunto de reglas especiales que han sido incluidas en el nuevo régimen arbitral aprobado en el Perú por la LCE y que a título de *lex specialis* rigen para los arbitrajes en el marco de la contratación con el Estado al amparo de la LCE.

## 2. ¿Arbitraje de Estado, arbitraje administrativo o arbitraje con el Estado?

Conviene definir en materia del arbitraje y Estado de qué estamos tratando: ¿hablamos de arbitraje del Estado como lo hace puntualmente el art. 4 LA en el marco de la norma general? ¿Se trata más del arbitraje administrativo en el ámbito de la ley especial de contrataciones con el Estado? ¿O nos expresamos mejor y hablamos de arbitraje con el Estado de manera genérica?

Soy partidario es la última expresión. El arbitraje “del” Estado me remite a un concepto de pertenencia o propiedad. Como si los arbitrajes “con” el Estado fueran a ser apropiados por las entidades del Estado para establecer reglas propias, lo que no es correcto pues la ley general arbitral (la LA) no lo permite. Por el contrario, cuando el Estado como el Perú admite someterse a arbitraje, la idea es que lo hace despojándose (hasta donde sea posible) de sus prerrogativas públicas para ponerse en pie de igualdad con los particulares con los que contrata, o con los que se relaciona a propósito de los temas patrimoniales del quehacer público, y dilucidar las controversias a través de una justicia privada que es la que practican y ofrecen los árbitros.

Por ello, tampoco sería correcto decir que en todo arbitraje en el que participa en Estado, el arbitraje se administrativiza y nos conduce al llamado “arbitraje administrativo”, que tiene sus reglas propias y constituye una modalidad especial dentro del marco de los arbitrajes a los que se somete el Estado al amparo fundamentalmente del DL 1017, bajo los términos de la nueva LCE.

---

<sup>31</sup> Art. 76. Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Pero el arbitraje con el Estado no se agota allí. Sabemos que al pactar el arbitraje Estado fuera de la mencionada LCE lo hace en el ámbito de la norma general de la LA, como lo hacía antes bajo los términos de la Ley General de Arbitraje, fundamentalmente en el campo de las concesiones, asociaciones público privadas, los contratos de estabilidad jurídica, etc. Pero no únicamente en estos casos de relaciones contractuales con el Estado. Por mandato de la ley el Estado también es parte en arbitrajes amparado en la habilitación que al efecto formulan diversas leyes que constituyen modalidades especiales de contenido patrimonial que suelen llamarse “arbitrajes sectoriales” por estar concebidos en leyes especiales sectoriales que hacen referencia a diversas modalidades estatales<sup>32</sup>.

En rigor, la más exacta formulación del tema que tratamos sería “el arbitraje con partes estatales”. Como veremos a continuación la expresión Estado abarca distintos sujetos públicos que pueden pactar convenios arbitrales o que están –por mandato de la ley– sometidos al arbitraje.

### *3. ¿Se trata de un verdadero arbitraje cuando la ley autoriza o dispone el arbitraje con el Estado?*

Punto indispensable a dilucidar es el relativo a la autenticidad de los arbitrajes con el Estado en el Perú. No se puede admitir que se trata en todos los casos de arbitrajes forzosos, aunque la ley los incluya como cláusulas generales de contratación para todos aquellos que contraten con el Estado, al igual que la obligación de otorgar fianzas que forma parte de la misma regulación en la contratación estatal regida por la LCE. Tampoco se puede decir que por enmarcarse en el ámbito administrativo los arbitrajes de contratación con el Estado (enmarcados dentro de la LCE) carecen de elementos esenciales del arbitraje como son por ejemplo la libre elección de los árbitros, la libre configuración de las reglas del arbitraje o ventajas dentro del procedimientos a favor de las partes estatales. No es así en el régimen legal dentro del que se desenvuelven los arbitrajes con el Estado en el Perú, sean en el ámbito general de la LA que se aplica en algunos casos, sea en el marco de la ley especial sobre contratación y arbitraje administrativo que está regido por la LCE y su reglamento.

---

<sup>32</sup> Esa en la calificación que hace *Lima Arbitration*. Vid. [www.limarbitration.com](http://www.limarbitration.com) / normas arbitrales sectoriales.

Para comenzar, dentro de ello tenemos que distinguir cuatro situaciones claramente diferenciadas:

i) aquellos arbitrajes en los que el Estado o sus dependencias pactan arbitrajes en materia de concesiones. En estos casos el centro de la contratación no está ubicado en el uso de recursos presupuestarios. El Estado actúa por lo general en igualdad de condiciones con los particulares con quienes celebra contratos para que la inversión privada se incorpore en el desarrollo de obras de infraestructura o servicio público. En el mismo nivel de promoción de inversiones para atraer recursos más que para gastarlos se ubican los contratos—ley o convenios de estabilidad jurídica o tributaria que tienen el propósito de garantizar la inmodificación de los términos contractuales, ofrecer arbitraje y regular la ejecución en el marco del Derecho civil y no en el ámbito administrativo; de

ii) los arbitrajes especiales para determinar el valor justo de un bien a expropiarse y la indemnización correspondiente o el *quantum* indemnizatorio de las sentencias de restitución de derechos proferidas por los tribunales internacionales de los que el Perú es parte; de

iii) los arbitrajes de inversiones en los que el Estado ha ofrecido por tratado, convenio o acuerdo internacional como garantías al inversión el arbitraje para la solución de las controversias generadas por la violación de los derechos sustantivos garantizados en dichos instrumentos internacionales; y de los

iv) arbitrajes administrativos derivados de la contratación de bienes y servicios del Estado regulados por la LCE que suponen la disposición de fondos públicos de carácter presupuestario en el marco del art. 76 de la Constitución.

De ellos en los tres primeros casos tenemos que se trata de arbitrajes en los que existe un convenio arbitral en el que las partes de una u otra manera participan voluntariamente en su celebración: sea por configuración específica en cada caso prevista en una oferta de arbitraje establecida en un proyecto de contrato de concesión previamente redactado (lo que ocurre en el caso (i) por ejemplo); sea por la aceptación de una oferta general en la que el Estado ofrece la posibilidad de arbitrar que es aceptada en cada circunstancia concreta por el propietario a ser expropiado (como ocurre en el caso (ii) en el que éste es designado en la ley especial como el sujeto pasivo que puede optar por contradecir el precio ofrecido por el sujeto activo expropiante en la vía arbitral o en la judicial, *a su libre elección*).

Igual ocurre con el beneficiario de una sentencia internacional (que goza de la misma opción entre el arbitraje y la vía judicial oficial). En todos estos casos la voluntad de arbitrar puede estar manifestada por adelantado por el Estado, a través de la ley habilitante correspondiente, pero el convenio arbitral se perfecciona caso por caso mediante la celebración específica y por anticipado incorporada a un contrato de concesión o de estabilidad preexistente.

Más aún, muchas veces estos contratos con de adhesión pues emanan de concursos públicos en los que integran las bases o pliegos para la selección del contratista y por la tanto el convenio arbitral viene preconfigurado; o están autorizados mediante acto administrativo a través de modelos (como ocurre con los convenios de estabilidad) en los que lo único negociable resulta ser la naturaleza de arbitraje *ad hoc* o administrado, nacional o internacional, o el reglamento de arbitraje a aplicar y el centro de arbitraje encargado de la administración (que puede ser CIADI, UNCITRAL o CCI).

El arbitraje de inversiones, que importa un arbitraje regido por el Derecho internacional público comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado por violación a normas contenidas en tratados o en el Derecho consuetudinario según el caso, suponen igualmente la aceptación voluntaria del inversionista de la oferta de arbitrar que el Estado ha ofrecido a través del instrumento internacional correspondiente. Es con la petición de arbitraje que se perfecciona el convenio para el caso concreto y a partir de allí se expresará la voluntad de las partes en la selección del tribunal arbitral y en la configuración de las reglas de procedimiento a las que se somete.

La doctrina al respecto señala:

“Desde un punto de vista académico, esta figura general un gran interés: el convenio arbitral está como “ofrecido” en el tratado que celebran los Estados o, si se quiere, opera como una suerte de estipulación a favor de terceros (los inversores privados); estos sujetos privados pueden demandar a un Estado nacional en un foro no estatal; tratados de Derecho internacional público sirven de base a un arbitraje en el que se resolverán cuestiones bajo reglas de Derecho que no son de Derecho internacional público, y en gran medida los tribunales arbitrales deberán interpretar y aplicar el Derecho estatal interno<sup>33</sup>.”

Algo similar ocurre en el arbitraje de contrataciones del Estado regido por la LCE en las que éste ha expresado su voluntad de arbitrar y el que contrata con las dependencias del Estado para suministrarle

---

<sup>33</sup> J.C. Rivera, *Arbitraje internacional y doméstico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 59.

bienes o servicios está aceptando su conformidad con tal voluntad. Es verdad que el Estado pone el arbitraje como condición general de la contratación y dispone que en caso no aparezca un convenio arbitral en un contrato de suministro éste se incorpora de pleno derecho, lo que lleva a muchos a decir que estamos frente a un arbitraje obligatorio impuesto. Esto es parcialmente cierto pues solamente es impuesto a quienes contratan con el Estado, en la misma condición que las fianzas que la ley exige sólo son impuestas a quienes contratan con el Estado.

La doctrina encuentra la siguiente explicación:

“El arbitraje es forzoso cuando ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente.

No existe en estos casos un acuerdo de voluntades que dé origen al sistema, sino la decisión del legislador que deja de lado el principio general del sometimiento a los jueces oficiales, y otorga legitimación al árbitro, atendiendo a la naturaleza y características de ciertos asuntos.

(...) En estos casos, la norma que impone el arbitraje hace las veces de cláusula compromisoria, cumpliendo el mismo cometido: excluir la jurisdicción judicial para dársela a los árbitros. Pero si no prevé todas las circunstancias requeridas para dar andamiaje al arbitraje, son las partes quienes deberán acordarlas a través del compromiso arbitral<sup>34</sup>.

Un administrativista peruano describe las cosas de la siguiente manera

“En este orden de ideas tenemos que la LCE y el RLCE regulan el arbitraje como medio obligatorio de solución de controversias en la etapa de ejecución del contrato, estableciendo con ello la modalidad de arbitraje obligatorio, indicando también las causales de procedencia e improcedencia<sup>35</sup>.”

También es cierto –y lo veremos más adelante– que junto con el convenio arbitral incorporado de pleno derecho viene una regulación específica de clara tendencia administrativa e inclinación hacia el Derecho público en los arbitrajes que se derivan de la contratación de la LCE. Pero lo que nos interesa distinguir son los efectos que se desencadenan una vez que el convenio comienza a operar en la etapa de ejecución contractual que es la única en que las controversias se arbitral: las partes que contratan con el Estado (los suministradores) tie-

<sup>34</sup> R.J. Caivano, *Arbitraje*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, pp. 83–84

<sup>35</sup> A. Retamozo Linares, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios*, Lima, Jurista Editores, 2009, p. 607.

ne plena posibilidad de determinar si se trata de un arbitraje administrado o *ad-hoc*, de escoger a su árbitro, a través de éste tienen la posibilidad de elegir al presidente del tribunal dentro de un rango – como se verá luego– que compromete por igual a la parte estatal y con el matiz de preferencia que se le impone al tribunal por las normas de Derecho público, se respeta el principio de igualdad de las partes y las normas básicas del arbitraje en general<sup>36</sup>.

No hay comparación entonces entre el arbitraje con partes estatales que viene teniendo gran desarrollo en el Perú con la *inexistencia de auténticos arbitrajes*<sup>37</sup> que algunos autores describen en relación a América Latina ni con las expresiones jurisprudenciales que en algunos países de esta parte del mundo han negado la naturaleza de verdaderos arbitrajes a formar puramente administrativas de solución de conflictos que no tienen correlato en lo que venimos experimentando en el Perú.

### III. El Estado y el régimen general arbitral previsto en la Ley de Arbitraje (DL 1071)

#### 1. El arbitraje nacional e internacional y el Estado

La nueva norma general de arbitraje (art.1º LA) delimita claramente su ámbito de aplicación: cubre los arbitrajes cuyo lugar se halle en territorio nacional. Entiendo que la ley se refiere a la sede en la que se desarrollan las actuaciones arbitrales y en la que opera el tribunal arbitral correspondiente, que está limitada al territorio peruano y a la aplicación de los términos de la LA. Como se ha señalado la nueva norma incorpora un régimen monista en el cual se regula tanto el arbitraje nacional o doméstico como el arbitraje internacional, señalando con precisión cuáles son los dispositivos que regulan de manera especial el arbitraje internacional (art. 1 DL 1071).

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 606 ss.

<sup>37</sup> *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *op. cit.*, p. 354 en la que se refiere a la “actividad administrativa arbitral” como conformante de lo que él describe como “el monopolio *ad intra* del Estado”. En cuanto a la jurisprudencia argentina, que el propio autor analiza en este acápite de su tratado, es claro que el voto emitido por los jueces argentinos C F. Fayt y E.S. Petracchi en la Sentencia de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2002 (*Meller*) al referirse al denominado Tribunal Arbitral de Obras Públicas. Está más bien referida a un tribunal administrativo como los conocemos en el Perú y no a un tribunal arbitral que se desenvuelve en un marco administrativo como son los que están regulados por el DL 1017 y su reglamento.

¿Puede el Estado al amparo de la LA someterse tanto a arbitraje internacional como al nacional? Puede, lo autoriza la Constitución en su art. 63 y en la misma línea lo prevé el art. 4 LA bajo determinados supuestos que veremos a continuación.

## 2. Reglas de la LA que habilitan a las entidades del Estado a someterse a arbitraje

A) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales

Dado que el Estado se rige por normas de Derecho público y su actuación está enmarcada en el principio de legalidad (sólo lo que la ley autoriza le está permitido al Estado y sus funcionarios), resulta fundamental conocer los alcances de la habilitación que la Constitución y la ley brindan a las partes Estatales para comprometerse en arbitraje. El art. 2 LA es lo suficientemente comprensivo para desbrozar el camino hacia la habilitación que les concede a éstas para arbitrar ciertas materias.

La LA establece:

“Art. 2º de enero de Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen(...)”

La regla señala tres elementos: (i) las materias de libre disposición conforme a Derecho; (ii) aquellas que señale la ley, entendida a mi juicio como las normas con rango legal que autorizan al arbitraje y (iii) los acuerdos internacionales que se hayan suscrito y que contengan una autorización para someter controversias a arbitraje.

Lo primero que debe definirse es ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad? No puede ser cualquier decisión del Estado pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. No siquiera los actos de gestión en la vida comercial (en que el Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición.

Pero hay evidentemente un ámbito patrimonial en el que el Estado y sus entidades se relacionan con los particulares, precisamente a propósito de la satisfacción de necesidades públicas que le obligan a relacionarse contractualmente con ellos y que están sujetas al tráfico comercial y a las relaciones patrimoniales. Por ello creo indispensable leer la referencia a las materias disponibles conforme a Derecho que contiene el art. 2 LA a la luz de la habilitación constitucional para arbitrar prevista en el art. 63 de la Constitución que se refiere expresamente a la arbitrabilidad objetiva de las controversias que surjan de los contratos que celebre el Estado para concluir que la única manera de asimilar las materias de libre disposición que ejercen los particulares con las materias sujetas a contratación en el campo estatal. Lo que el Estado contrata, a mi juicio, debe homologarse a lo que los particulares disponen libremente para efector arbitrales.

Más aún, esta es la tendencia que viene desarrollando la legislación: en el ámbito de la contratación con el Estado se permite el arbitraje, concretamente en las adquisiciones de bienes y servicios que hace el Estado bajo los términos de la LCE y en los regímenes concesionales contenidos en los DS 059 y 060-96-PCM, así como en el marco de los convenios de estabilidad jurídica que están regulados principalmente por los DLs 662 y 757, así como por su reglamento el Decreto Supremo N° 162-92-EF. Ello me permite afirmar que, en general, la nueva norma arbitral peruana (la LA) concibe la arbitrabilidad objetiva de todos los asuntos derivados de los contratos que celebra el Estado.

Pero la norma no se queda allí. El art. 2.1° LA concibe también la arbitrabilidad “de aquellas materias que la ley o los tratados y acuerdos internacionales autoricen”. Aquí si creo que el destinatario principal, aunque no único, de este precepto es el Estado y sus entidades pues, lógicamente, la autorización mediante norma con rango de ley es irremplazable en su caso por aplicación del principio de legalidad. Igual tratamiento me merece la referencia a los tratados internacionales, convenios internacionales o acuerdos de la misma naturaleza que celebre el Estado que se incorporan al régimen jurídico interno con rango de ley según se deriva de los artículos 55 y siguientes de la Constitución.

La extensión de la arbitrabilidad objetiva para cubrir las materias que por ley o tratado internacional se autorice es perfectamente apropiada en el art. 2 LA pues precisamente llena los vacíos que podrían producirse en un país en el que el arbitraje de asuntos del Estado viene siendo admitida de manera creciente. Así, el Estado no solamente

se somete a arbitraje para resolver controversias emanadas de sus relaciones contractuales (que equivalen en lo público a la libre disponibilidad en lo privado) sino también cualesquiera otras que la ley autorice a hacerlo. En otros asuntos de orden patrimonial destacan – aunque no son los únicos– los arbitrajes para determinar el monto del valor y de la cosa expropiada y de la indemnización que pueda al respecto reclamarse bajo las reglas de la ley especial de la materia (Ley N° 27117); y la determinación de las indemnizaciones dispuestas por tribunales internacionales de los que el Perú forma parte (Ley N° 27775). En ambos casos, siendo controversias patrimoniales, éstas no surgen de relaciones contractuales con el Estado y son arbitrables por mandato de leyes expresas.

En la misma dirección, el art. 2.1° LA incluye como materias arbitrables –ahora sí exclusivamente referidas al Estado– las que se autoricen tratados o convenios internacionales que el Perú haya suscrito bajo las modalidades de protección a las inversiones que están regidas por cada uno de los convenios o tratados bilaterales suscritos<sup>38</sup> con países individualmente o por los tratados de promoción comercial que contengan un capítulo de protección de inversiones como es el caso del recientemente perfeccionado entre el Perú y los EE UU<sup>39</sup>.

Aquí será de aplicación el sistema de arbitrajes CIADI, que se rigen por la Convención de Washington, que como es conocido constituye un mecanismo de reclamo de indemnizaciones de los inversionistas particulares contra los Estados por los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas bajo los términos de dichos tratados o bajo contratos nacionales que cuenten con una cláusula de acceso al arbitraje CIADI. Esta naturaleza indemnizatoria, por cierto, ratifica el carácter patrimonial de esta modalidad especial de arbitraje en que se ha constituido el arbitraje internacional de inversiones.

---

<sup>38</sup> El Perú a la fecha de redacción del presente artículo había suscrito 32 tratados de esta naturaleza. *Vid.* [www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)

<sup>39</sup> *Vid.* Tratado de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, Capítulo Diez sobre inversión, sección B Solución de Controversias, art. 10.16° a 10.26°; y Capítulo Veintiuno, Solución de Controversias (entre los Estados signatarios). [www.mincetur.gob.pe](http://www.mincetur.gob.pe)

B) Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicable al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido

En relación con esto último, habrá que tomar en cuenta la previsión adicional del art. 2.2º LA, que si bien se aplica al arbitraje internacional puede tener en mi concepto incidencia particular en el arbitraje de inversiones. Esta regla consiste en una disposición que prohíbe al Estado y a las empresas o sociedades controladas por el Estado, las alegar normas limitativas al arbitraje de su orden interno para sustraerse a las obligaciones que asumieron al suscribir un convenio arbitral. La regla, que proviene del Derecho suizo, también ha sido recogida en España en el art. 2.2º LA/2003, y tiene como propósito acentuar el tratamiento del Estado y las entidades que éste controla en las mismas condiciones con las de los particulares que celebran convenios arbitrales<sup>40</sup>.

“Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral”.

Por lo demás, la interdicción de recurrir a prerrogativas del Derecho interno para eludir la responsabilidad que se deriva de los convenios arbitrales celebrados por el Estado, o las personas jurídicas que éste controla, hace honor al principio de coherencia en la conducta comercial y procesal. Bajo el paraguas general del principio de la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, esta regla da cabida a la doctrina de los actos propios (conocida bajo el apotegma latino *venire contra fatum proprio non valet*) y cobija el principio de interdicción de la arbitrariedad que inspira en el Derecho constitucional moderno la conducta del Estado y de sus agentes.

¿Se agota la lista de materias arbitrables para el Estado en los temas previstos en los párrafos anteriores? No necesariamente pues la habilitación del art. 2.1º LA/2003 es amplia y permite que más adelante el legislador pueda autorizar el arbitraje en materias que involucren al Estado y sus entidades en los asuntos distintos a los contractuales, siempre entendiéndose –según mi parecer– que estarán refe-

---

<sup>40</sup> Vid. Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; Vid. F. Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje una perspectiva internacional*. Madrid, Iustel, 2005, pp. 265 ss.

ridas a relaciones de carácter patrimonial que constituyen el elemento natural de la solución de controversias arbitral.

C) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas

En la misma línea de habilitar el arbitraje que involucre a partes estatales el art. 4.2º LA permite el arbitraje entre éstas para dilucidar controversias que se deriven de los convenios y contratos celebrados entre ellas. Nuevamente en relación con el Estado, la nueva norma es fiel a la habilitación constitucional del art. 63 de la Carta pues limita la arbitrabilidad entre partes estatales a las controversias que se deriven de los convenios o contratos que hayan celebrado entre ellas. Esto supone una habilitación por mandato de la ley (en el lenguaje del art. 2.1º de la nueva norma) que estará generalmente vinculado a los asuntos patrimoniales entre entidades del Estado. Digo esto pues es claro que un conflicto de competencias que pueda generarse de una relación contractual o convencional entre instituciones del Estado no debe quedar sometido a arbitraje.

Para ello, si se trata de órganos constitucionales, está previsto el proceso competencial en el Título IX del Código Procesal Constitucional u otras forma de solución del Derecho público pues el debate sobre la competencia administrativa no puede asimilarse a una materia de libre disposición o de solución arbitral por mandato de la ley. Sin embargo, admito que pueden surgir controversias sobre la operatividad de los contratos y convenios celebrados entre instituciones del Estado que no tengan contenido patrimonial y que pueden ser sometidas a arbitraje bajo los términos del art. 2.2º LA, que tengan como propósito un laudo declarativo que esclarezca incertidumbres jurídicas y no incluya condena de carácter patrimonial.

Evidentemente el art. 4.2º LA limita el arbitraje entre entidades del Estado al arbitraje nacional únicamente. Esta restricción resulta perfectamente lógica pues no es concebible que disputas entre dependencias del Estado se sometan al arbitraje internacional. Por ello pienso que más que una autorización para el arbitraje nacional únicamente, este extremo de la norma que se comenta constituye una verdadera prohibición de recurrir al arbitraje internacional para resolver controversias que afectan exclusivamente a partes estatales.

D) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?

Habiendo quedado establecidas, en el marco de la LA, las materias que el Estado puede someter a arbitraje, resulta fundamental determinar la arbitrabilidad subjetiva del Estado. Ello supone responder a la pregunta: ¿a quiénes se abarca bajo la referencia al Estado en la norma general de arbitraje que aprueba la LA? ¿Cuáles son las entidades del Estado peruano que están habilitadas a comprometerse en arbitraje?

“Art. 6 de enero de Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de Derecho público, las empresas estatales de Derecho público, de Derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de Derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado. (...)”

A nuestro entender la respuesta que da la ley es la mas amplia posible aunque su redacción no ha sido lo suficientemente feliz. Se ha apartado la LA de las pautas del art. 1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que aspira a definir todo el ámbito de la Administración Pública. La norma transcrita de la LA abarca desde el Gobierno Nacional y dentro de éste se encuentran todas sus dependencias que integran el Poder Ejecutivo. Pero no se menciona a los otros poderes del Estado ni a los órganos constitucionales que no forman parte del Gobierno Nacional.

A mi entender, esto último no quiere decir que el Poder Judicial y sus dependencias, así como el Poder Legislativo y sus dependencias y los órganos constitucionales autónomos o las instituciones autónomas que no dependen del Gobierno Nacional no puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que celebran con los particulares o de los contratos y convenios que celebran con otras dependencias públicas. Es verdad que las leyes especiales o sectoriales que habilitan al arbitraje *ratione materiae* resuelven buena parte del problema pues tienen aplicación universal por su vinculación con el ejercicio del presupuesto nacional (como ocurre con la LCE sobre contratación con el Estado). No obstante, no me cabe la menor duda de que una interpretación extensiva de la arbitrabilidad subjetiva del Estado es permisible si se enmarca dentro de los términos del art. 63 de la Constitución.:

Me parece pertinente la enumeración de instancias regionales que contiene el art. 4.1º LA para dejar claramente establecido que a nivel de las dependencias regionales y municipales el arbitraje está debidamente autorizado. Esta referencia a mi juicio irá teniendo mayor importancia conforme los gobiernos regionales y locales avancen en la promoción de la inversión privada a través de concesiones y asociaciones público-privadas con miras al indispensable desarrollo de la infraestructura y los servicios básicos fuera de la capital del Perú.

A renglón seguido se cubre bajo la habilitación al arbitraje en el art. 2.2 LA a las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado y a las personas jurídicas de economía mixta en un esfuerzo destacable por incorporar dentro de ella a las distintas formas de empresas con participación del Estado que existen en el país. Así las instituciones creadas por ley que mantienen una personalidad pública caen bajo la categoría de personas jurídicas de Derecho público. Como también caen dentro de ellas las creaciones del Estado bajo el ropaje jurídico de personas jurídicas de Derecho privado o las de economía mixta que hayan sido creadas o que se creen en el futuro.

Por último, para evitar dejar de lado alguna habilitación para arbitrar *ratione personae* el art. 4.1º incluye a las personas jurídicas de Derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado. Más que una habilitación expresa – tratándose de personas jurídicas de Derecho privado, que en rigor no la necesitarían– la norma pretende evitar que el cumplimiento de funciones estatales (o públicas hubiera sido mejor decir) por parte de los particulares sirva como pretexto “por razón de la materia” para querer sustraerse a la obligación de arbitrar que se derive de los convenios arbitrales que puedan haber pactado o del mandato de arbitrar que esté contenido en una ley o eventualmente en una convención o tratado internacional.

E) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado y arbitraje nacional o internacional

¿Existe alguna limitación para que el Estado someta sus controversias al arbitraje nacional? No la existe. Por el contrario, la regla general es que las controversias de una parte estatal que se derive de contratos celebrados con privados nacionales, o con extranjeros domiciliados, han de someterse al arbitraje nacional conforme al art. 4.3º LA:

“3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

Pero si bien la regla general es absoluta para los nacionales domiciliados en el país, no lo es en otros casos. Si se trata de contratos celebrados con nacionales no domiciliados en el país o con extranjeros domiciliados o no, la norma permite que, discrecionalmente, que el Estado pueda someter la controversia a arbitraje internacional dentro o fuera del país conforme al art. 4.4<sup>o</sup> LA:

“4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.”

Por lo demás, tratándose de actividades financieras, el art. 4.5<sup>o</sup> LA permite una tratamiento más flexible pues autoriza a que el arbitraje se desarrolle dentro o fuera del país inclusive tratándose de contratos celebrados con extranjeros domiciliados en el Perú:

“5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

### ***3. Confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las que participa el Estado pero publicidad obligatoria de los laudos aplicable a todos los arbitrajes con el Estado***

Si bien la confidencialidad constituye uno de los elementos esenciales del arbitraje y uno de sus mayores atractivos, pues en ese marco se dilucidan controversias de orden patrimonial que principalmente interesan al ámbito privado de las personas naturales o jurídicas, al tratarse de arbitrajes que incluyen a partes estatales la reserva se relativiza en cuanto al resultado final del arbitraje: el laudo. Y es lógico pues, aunque las actuaciones arbitrales vayan a ser confidenciales y eso puede eventualmente interesarle a la parte estatal que arbitre, el resultado del arbitraje tendrá necesariamente repercusión pública. De aquí que, en materia arbitral, se esté desarrollando una tendencia hacia la publicidad del laudo tanto en el ámbito internacional como en el orden interno de los Estados.

Justo es reconocer que la primera piedra hacia la publicidad de los laudos en los que participa el Estado la puso el régimen de contratación para la adquisición de bienes y servicios desarrollado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Así ha quedado establecido, en aplicación del principio de transparencia, en el art. 52 LCE que aprueba la nueva Ley de

Contrataciones del Estado y lo prevé el art. 51.3º LA para el régimen general arbitral.

Se trata a mi juicio de una medida saludable para el escrutinio posterior de la solución de controversias en materia de contratación estatal que se añade al control de legalidad de los laudos que pueda llevar a cabo el Poder Judicial. Permite la fiscalización social de los actos de la administración del Estado –y por qué no del actuar de los árbitros que no forman parte de ésta y que cumplen una función de justicia privada en asuntos de contratación administrativa– que se admite en general en los asuntos del Estado y en particular los de ejecución presupuestal. Ello resultaba de particular importancia en la contratación de bienes y servicios del Estado en la que uno de los principios del régimen jurídico aplicable era y es, precisamente, el de transparencia como garantía de imparcialidad y probidad en la adquisición y el manejo de fondos públicos.

La misma laudable tendencia que tuvo su inicio en el arbitraje relacionado con la contratación con el Estado la ha seguido la norma general de arbitraje aprobada por la LA al consagrar la regla de confidencialidad para todas las incidencias de las actuaciones arbitrales pero también la publicidad del laudo con las que se les pone fin

La regla general de confidencialidad compromete a todos los participantes en las actuaciones arbitrales: los árbitros, el secretario arbitral, la institución que administra, los testigos y peritos y cualquier otra persona que intervenga durante el arbitraje y también una vez concluido éste. No debe olvidarse que se trata de asuntos entre privados y de orden patrimonial que se excluyen del conocimiento de la jurisdicción estatal por voluntad de las partes que acuden al arbitraje con pleno conocimiento de que se trata de un sistema de justicia privada confidencial. Y si el estado admite someterse a arbitraje es justo que lo haga con pleno respeto de esta regla general.

¿Las partes se someten a la confidencialidad? Todos los nombrados, mientras hayan intervenido en las actuaciones arbitrales, están obligados al deber de confidencialidad, bajo responsabilidad; como también lo están las partes, sus representantes y asesores legales. Para los primeros (árbitros, secretario, institución arbitral, testigos, peritos o cualquier otro participante) el deber de confidencialidad se mantiene sin límites establecidos y no tiene atenuantes en la ley. Para los últimos (partes, abogados y representantes legales), se establece sin embargo excepciones a la reserva: (i) cuando por mandato de la ley las actuaciones arbitrales tengan que hacer públicas, lo que cabe en el supuesto de litigios relacionados con el arbitraje o situaciones de si-

milar naturaleza; y, (ii) en especial cuando se quiere proteger el laudo, hacer cumplir un derecho contenido en él o ejecutar el laudo en sede del Poder Judicial en el que los procesos son públicos. En ambos casos la confidencialidad cede frente a la necesidad de hacer efectivo el resultado del arbitraje o impugnarlo ante la autoridad judicial

Estas reglas las establecen los arts. 51.1º y 52.2º sin que su interpretación ofrezca mayores dificultades a mi juicio:

“1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial”.

La gran excepción a la confidencialidad, aplicando el principio de transparencia en la actuación de las entidades del Estado, es el caso de arbitrajes en las que el Estado intervenga como parte. En estos casos el laudo será, una vez concluidas las actuaciones, público. ¿Supone esta excepción a la confidencialidad aplicable al Estado que todas las actuaciones e incidencias del arbitraje devienen en públicas? No lo veo así. Por el contrario, la ley deja claramente establecido que la excepción se aplica al laudo y no al resto de actuaciones arbitrales. ¿Qué significa que el laudo será público? A mi juicio supone que sea de conocimiento general por lo que estará sujeto a las reglas de transparencia y acceso a la información (Ley N° 27806 y sus modificatorias) y deberá ser colgado en las páginas web y portales de la institución públicas correspondiente.

“3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones”.

No hay excepción entonces a la publicidad del laudo conforme a la nueva norma. Todos en los que intervenga el Estado serán públicos una vez concluidas las actuaciones. ¿Qué se entiende para estos efectos por laudo sujeto a publicidad? Lo público es el laudo que está constituido la decisión final pronunciada por los árbitros y deben correr la misma suerte las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones que conforme al art. 58 LA se hayan resuelto. Todo ello, de haberse producido y sólo ello se hace público ello al término

del arbitraje. Es tan clara la norma que no deja dudas sobre la publicación de laudos parciales: todos los que se hayan emitido antes de que terminen las actuaciones arbitrales serán necesariamente confidenciales: una vez concluidas éstas llego a la interpretación de que los laudos parciales en los arbitrajes en los que haya participado el Estado también serán de conocimiento público para mantener la lógica de apertura hacia la transparencia que se impone cuando estamos frente a la actuación del Estado y de sus entidades.

Este principio de publicidad de los laudos consagrado en el art. 51.3º de la nueva ley me parece que es un principio de aplicación general válido para cualquier arbitraje en el que el Estado interviene como parte o las entidades estatales se han sometido a arbitraje. Por ello considero que es aplicable a todos los arbitrajes con el Estado que se rijan por la LA y también a los especiales o sectoriales, además de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) que lo recogió con anterioridad.

El motivo de esta aplicación general radica en que se trata de un principio que inspira todo el accionar del Estado que no debe estar sometido a limitaciones por aplicación de regímenes especiales que no lo prevén. Así los arbitrajes que resuelven controversias sobre los contratos de concesión, los convenios de estabilidad jurídica, el valor y la indemnización en casos de expropiaciones o sobre la indemnización reconocida en sentencias de tribunales internacionales en los que el Perú es parte, o sobre materia laboral en la que una de las partes es una entidad estatal (Ley N° 25593 de relaciones colectivas de trabajo, arts. 60 ss y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR) los laudos deberán ser públicos.

No cabe a mi juicio la aplicación de la ley especial de los arbitrajes llamados sectoriales a los que vengo refiriéndome sobre la ley general pues el principio de transparencia en relación al Estado es uno que inspira a su actuación en conjunto. No debe en consecuencia ceder ante interpretaciones especiales que limiten el conocimiento público del laudo en los arbitrajes con el Estado.

#### *4. Ejecución de laudos contra el Estado en materia de arbitraje de inversiones*

La Disposición Complementaria Décimo Cuarta contiene una regla singular en relación a la ejecución de laudos expedidos por tribunales arbitrales CIADI en los arbitrajes de inversión en los que particulares están legitimados para demandar a los Estados por contravenciones a los términos de los tratados de protección y promoción de inversiones

o a los de los contratos que puedan contener una cláusula de acceso a un tribunal CIADI. Ya he señalado que se trata de arbitrajes de alto contenido patrimonial pues fundamentalmente se discute en ellos una indemnización por el daño causado por los incumplimientos convencionales o contractuales a los que ha hecho referencia. Naturalmente entonces, se tratará de laudos en contra del Estado que fue llevado al arbitraje internacional.

“Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado; al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965”.

La norma general de la LA prevé en este caso un procedimiento de ejecución privativo, excluyendo cualquier posibilidad de aplicación de una norma que no sea la propia Convención de Washington, de 18 de marzo de 1965<sup>41</sup>, que contiene un régimen de ejecución privilegiado que supone ejecutar el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado. Ha querido el legislador dejarlo claramente establecido con lo cual la intervención de los tribunales nacionales para la ejecución de estos laudos se reduce a lo mínimo, en un esfuerzo por desterrar los privilegios que pueda tener los Estados frente a laudos que pueden contener condenas en contra de ellos.

#### **IV. El régimen arbitral especial de la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE)**

Como heredero del sistema de solución de controversias de la anterior Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado la LCE ha previsto normas especiales para el arbitraje que es necesario comentar para compararlas con el régimen arbitral general. Se trata del régimen especial de arbitraje de aplicación más frecuente en las relaciones de los particulares con el Estado. Sus particularidades nos llevan a analizar lo siguientes aspectos.

---

<sup>41</sup> Para una presentación breve y completa del sistema CIADI *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial...*, *op. cit.*, pp. 181 ss.

### *1. Normas especiales sobre arbitraje administrativo*

Las controversias sometidas a este sistema arbitral son las que se derivan de la ejecución de los contratos celebrados por las entidades del sector público (la más amplia definición administrativa para abarcar a toda dependencia, de cualquier nivel del Estado, que ejecute partidas del presupuesto nacional) en los procesos de contratación de bienes, servicios o obras (art. 1 LCE). De dicha contratación se derivan, en consecuencia, obligaciones y derechos que se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado (esto es la propia LCE) y que al momento de la ejecución contractual son susceptibles de producir controversias arbitrables

Las controversias pueden derivarse de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez de los contratos que los particulares celebren con el Estado una vez terminados los procesos de selección, que la LA prevé como obligatorios, siempre que se los procedimientos de solución de controversias se inicien antes de la fecha de culminación del contrato. En otras palabras, este arbitraje especial requiere que se haya celebrado un contrato para la adquisición de bienes servicios u obras pues en el período anterior a que este contrato exista, la solución de controversias es puramente administrativa, a través de recursos impugnativos, y no incluye la opción arbitral (art. 53 LCE).

¿Se trata de un arbitraje administrativo<sup>42</sup>? Prefiero llamarlo especial, con ciertos elementos del Derecho público, que se rige por la ley especial (en este caso la LCE) y al que supletoriamente se le aplica la norma general de la LA en la medida en que no sea preteridas por normas de Derecho público como veremos. Dentro de las particularidades están dos significativas: (i) la cláusula general de contratación que incluye el arbitraje como modalidad de solución de controversias (art. 40.b LCE), que se entiende –en caso de omisión administrativa– incorporada de pleno derecho al proceso de contratación y al contrato que se celebre, lo que nos lleva a discutir si aquí si estamos frente a un arbitraje obligatorio con el Estado; y (ii) la preeminencia de las nor-

---

<sup>42</sup> F. Kundmuller Caminiti, *op. cit.* Una posición abiertamente contraria a arbitrar las cuestiones litigiosas en las que es parte la administración la sostiene Alejandro Huergo Lora. *Vid.* A. Huergo Lora, “El arbitraje en el Derecho administrativo”, *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI* (S. Barona Vilar, dir.), Madrid, Thomson – Civitas, 2007, pp. 269 ss.

mas de Derecho público sobre las de Derecho privado según lo establece el art. 52 LCE.

## *2. Incorporación de pleno derecho de la cláusula de solución de controversias que habilita al arbitraje*

Los aspectos de Derecho administrativo que podemos encontrar en este arbitraje especial radican singularmente en la cláusula general de solución de controversias que obligatoriamente debe incluirse en las bases del proceso de selección, o en el contrato que vaya a celebrarse, para la adquisición de bienes servicios u obras. Esta cláusula no es por cierto negociable. Se trata virtualmente de de convenio arbitral, con el texto que apruebe el reglamento de la ley, que si no fuere incluida en las bases o en el contrato, se incorpora a éstos de pleno derecho.

¿Este convenio arbitral que se incorpora de pleno derecho, transforma este arbitraje en obligatorio? Me resisto a pensar que el arbitraje, que es el reino de la autonomía de la voluntad, prescinde de ésta para transformarse en una obligación impuesta por mandato de la ley. Prefiero admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación bajo la fórmula de que el Estado lo que hace, en la contratación regida por los términos de la LCE, extender una oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que éste adhiere. O, si se prefiere, admitir que el Estado, que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias, lo que hace adelantar por ley su voluntad de arbitrar contenida en la ley, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Preferiría asimilarla a una modalidad de contratación por adhesión; aunque admito que, a favor de la obligatoriedad del arbitraje, opera el propio sub título del art. 42 del DL 1917 que registra la denominación de “cláusulas obligatorias en los contratos”, dentro de las que se prevé: las garantías para asegurar su cumplimiento y buena ejecución, la cláusula de solución de controversias y la cláusula de resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

Veo en esta última “cláusula obligatoria” (relativa a la resolución del contrato) la arista pública de las atribuciones exorbitantes del Estado en la contratación administrativa. Pero me parece que la cláusula arbitral constituye más bien una muestra del desprendimiento de la superioridad del Estado frente a los particulares, para someterse a arbitraje que es justicia privada y que tiene entre sus postulados básicos el respeto al principio de igualdad entre las partes.

Sin embargo, los preceptos que comentamos a continuación me llevan a distinguir con claridad este régimen arbitral especial, con elementos administrativos propios, del régimen general en el que la prelación de normas es acorde con lo que establezcan la voluntad de las partes y en el que la LA hace un esfuerzo por evitar todo viso de primacía de la participación estatal en los arbitrajes sobre la de los particulares. Por el contrario, he señalado como en el arbitraje internacional le impide al Estado y a las personas jurídicas que controla hacer valer sus prerrogativas de Derecho interno para sustraerse a las obligaciones de un convenio arbitral.

### *3. Arbitraje necesariamente de Derecho y prevalencia de las normas de Derecho público*

Llama la atención también en el régimen arbitral especial la LCE la exclusión, de plano, del arbitraje de conciencia o equidad, unida a la preeminencia de la ley especial (de naturaleza pública) sobre la ley general (de naturaleza privada) prevista en el art. 52:

“El arbitraje será de Derecho, a ser resuelto por Árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de Derecho público y las de Derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del Derecho”.

Aquí queda fuertemente marcado el elemento público en el régimen arbitral especial pues, por encima de lo que puedan pactar las partes, la ley obliga a hacer prevalecer las normas de la ley y su reglamento, así como otras normas de Derecho público que puedan ser aplicables con preferencia sobre las de Derecho privado. No hay duda que la voluntad del legislador ha sido la de mantener, en un método de solución de controversias basado en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad para la regulación de las actuaciones arbitrales, un componente eminentemente público que nos lleva a concluir que se trata de un régimen arbitral con características propias del Derecho administrativo. A esto es a lo que equivale el lenguaje de la ley cuando el art. 42 LCE se refiere al “Derecho público” y a la obligación de mantener obligatoriamente un orden de preferencia de éste sobre las normas de Derecho privado

#### *4. Regla sobre la especialidad del presidente del tribunal arbitral o del árbitro único*

El art. 52º LCE establece determinados requisitos para el desempeño como árbitro único o presidente de un tribunal arbitral en la resolución de las controversias que se susciten en la etapa de ejecución de los contratos de suministro con el Estado. De una parte (i) exige –en coherencia con la exclusión del arbitraje de conciencia en este tipo de actuaciones arbitrales– que quien ejerce como árbitro único o presidente del tribunal sea abogado, lo que es reiterado por el art. 220º del Reglamento de dicha norma conocido como el RLCE. No hay norma expresa que exija la colegiatura pero por las disposiciones generales sobre la agremiación de los abogados se entiende que ello es exigible para cumplir con la función arbitral en estos casos especiales.

De la otra parte los dispositivos legales citados exigen que (ii) los abogados para ejercer como presidentes de tribunal o árbitros únicos deberán acreditar su especialidad en Derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado lo que aún no ha sido objeto de regulación especial, que no sea la incorporación a la lista de árbitros del organismo supervisor de la contratación estatal (CONSUCODE, hoy transformado en OSCE) y la inscripción como proveedor del Estado que resulta obligatorio para todo el que brinde servicios al Estado, entre los que se encuentran los que se van a desempeñar como árbitros. A tal efecto, el organismo supervisor es el encargado de dictar las normas de implementación correspondiente<sup>43</sup>.

#### *5. Principios aplicables al arbitraje y a los árbitros*

Aunque las normas con rango de ley no lo hayan previsto, ni el reglamento correspondiente lo haya precisado, una directiva interna del organismo supervisor que aprobó el Código de Ética aplicable a los árbitros señala ocho principios rectores de su actividad: independencia, imparcialidad, equidad, eficiencia, integridad, confidencialidad, intermediación y transparencia.

No se trata de principios privativos del arbitraje de contrataciones del Estado pues todos ellos están insertos explícita o implícitamente

---

<sup>43</sup> Vid. Directiva N° 0004–2006/CONSUCODE/PRE, denominada “Requisitos y Procedimientos para la Incorporación de Árbitros y Conciliadores en el Registro de Neutrales de CONSUCODE”, [www.osce.gob.pe](http://www.osce.gob.pe).

en los códigos de ética de los principales centros de arbitraje del Perú. Lo importante es destacar que éstos son compatibles con los estándares del debido proceso en materia arbitral y con los cánones de integridad que deben respetar los árbitros en cualquier parte del punto. Baste leer el encabezado transcrito de cada principio para así admitirlo, aunque a mi juicio tres de ellos requieren de un mínimo desarrollo: el principio de *equidad* es entendido como el que obliga a tratar en todo momento con igualdad a las partes y darles la oportunidad de hacer valer sus derechos lo que resulta especialmente relevante para garantizar la autenticidad del arbitraje cuando participa el Estado; el de *eficiencia* como la dedicación y diligencia para conocer en forma integral la controversia; y el de *inmediación* como el que impele a fomentar una relación frecuente e inmediata con ambas partes durante las audiencias y actuaciones arbitrales con exclusión de todo contacto con separado con alguna de las partes.

#### *6. Publicidad de los laudos*

El mismo art. 52 LCE obliga a la publicidad de los laudos arbitrales en función del principio de transparencia. Esta sana disposición ahora está contenida para todo arbitraje con el Estado en la norma general por lo que me remito a los comentarios antes formulados a propósito de la regla especial de publicidad de los laudos en los que participa el Estado contenida en el 51.3º LA.

No debe confundirse la publicidad del laudo con la confidencialidad del arbitraje que compromete a los árbitros, a las partes, a los peritos y a los testigos y a la secretaría arbitral a guardar reserva respecto de las actuaciones arbitrales, los medios probatorios, la materia controvertida y el laudo arbitral conforme a la LA, sin perjuicio de que el laudo se haga público. La publicidad del laudo brindará acceso a la información sobre su contenido y permitirá el debate y la crítica académica, pero ello no autoriza a que se levante la reserva del contenido de todas las actuaciones arbitrales o que alguno de los participantes sometido a tal reserva tenga la discrecionalidad de verse por tal publicidad liberada de ella. Es claramente distinguible la publicidad del laudo, en tanto que documento que pone fin a la controversia y adquiere el valor de la cosa juzgada, de la reserva de las actuaciones arbitrales que en los arbitrajes con el Estado se mantiene en la misma forma que en los arbitrajes comerciales y de inversiones.

#### IV. Conclusiones

A) No es frecuente ni indispensable que la Constitución reconozca al arbitraje como método de solución de controversias patrimoniales. La mayoría de países no lo hacen, ni siquiera aquellos en los que el arbitraje está floreciente y tiene larga data pues éste se funda en la libertad de contratar que le corresponde como derecho fundamental a toda persona y se regula por normas con rango de ley que por ser amigables con el arbitraje contribuyen al desarrollo de esta expresión de libertad en el tráfico comercial y de otras transacciones de naturaleza patrimonial. Sin embargo, las más recientes Constituciones de América Latina dan cuenta de casos en los que para bien o para mal el arbitraje ha alcanzado reconocimiento constitucional: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Paraguay Perú y Venezuela.

B) Este reconocimiento constitucional del arbitraje en América Latina tiene tres claras tendencias: (i) su inserción como derecho fundamental de la persona de recurrir a la vía arbitral para resolver controversias patrimoniales –que encuentra su raíz en la Constitución de Cádiz de 1809– y se expresa claramente en la Carta Fundamental de Costa Rica; (ii) la ubicación del arbitraje en ámbito jurisdiccional para diferenciarlo (caso del Perú) o para incluirlo (caso de Colombia) ; y (iii) su orientación restrictiva o parcialmente prohibicionista que se refleja principalmente en las nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador para las controversias en materia de hidrocarburos o que involucren al Estado con personas naturales o jurídicas privadas.

C) Si bien tal reconocimiento en el art. 139.1º de la Constitución ha atraído atención de los comentaristas sobre arbitraje en el Perú, la habilitación para que el Estado y sus dependencias arbitren –contenida en el tercer párrafo del art. 63 de la Carta, concordado con el párrafo segundo del art. 62– tiene singular importancia por la amplia habilitación que concede para que se produzcan arbitrajes con el Estado en el Perú.

D) Así, la arbitrabilidad subjetiva del Estado en el Perú deriva del régimen constitucional que habilita a las personas de Derecho público a someter las controversias derivadas de los contratos que suscribe en general (art. 63) y de los contratos ley de manera particular (art. 62) en el marco de lo previsto por la ley.

E) En el régimen legal peruano la *arbitrabilidad objetiva* de los asuntos del Estado comprende las controversias que se deriven de los contratos que suscribe pero también de otros actos que no son de origen contractual, pero que tienen contenido patrimonial. Así ocurre cuando lo puede disponer expresamente la ley o un convenio o acuerdo internacional suscrito por el Estado peruano, según lo prevé el art. 2.1º LA. Ejemplo de controversias con el Estado cuya arbitrabilidad está definida por la ley y, no por su origen contractual, lo encontramos en los arbitrajes para resolver el quantum de la cosa expropiada y de la indemnización por actos expropiatorios (Ley N° 27227) y de las indemnizaciones originadas en la ejecución de sentencias proferidas por tribunales internacionales de los que el Perú forma parte (Ley 27775). Dentro de esta última modalidad arbitral, por cierto, no se enmarcan la ejecución de los laudos emitidos por los tribunales arbitrales CIADI que se rigen por la Disposición Complementaria 14ª LA y se ejecutan privilegiadamente al amparo de la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965.

F) La LA contiene en su art. 4 un régimen comprensivo de reglas para regular el arbitraje con el Estado. Esto de por sí constituye un avance significativo en materia del régimen general arbitral. Desde el punto de la *arbitrabilidad subjetiva*, no obstante, las expresiones utilizadas para habilitar el arbitraje de las dependencias del sector público de la manera más abarcadora posible no han sido las más felices. LA se han concentrado en autorizar el arbitraje de las dependencias del gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales, sin comprender a otros poderes del Estado distintos al Ejecutivo y a los órganos constitucionales autónomos. La interpretación, en consecuencia, de los términos del art. 4.1º LA debe realizarse a la luz de la amplia referencia a la habilitación para arbitrar que recibe el Estado, sin distinciones, en el marco del art. 63 de la Constitución.

G) Existen en el Perú cuando menos cuatro modalidades de arbitraje con el Estado claramente distinguibles: (i) bajo el régimen de concesiones en el que el convenio arbitral se encuentra incorporado a un contrato previamente elaborado cuya centralidad no se ubica en el ejercicio presupuestario del Estado; (ii) bajo opciones que ofrece la ley en los casos de la valorización de la cosa a expropiarse o de la indemnización restitutoria dispuesta mediante sentencia proferida por un tribunal internacional; (iii) bajo la garantía ofrecida por el Estado mediante un tratado, convenio o acuerdo internacional de inversiones de arbitrar bajo el Derecho internacional las controversias que se de-

riven del incumplimiento de las normas previstas en los tratados; y (iv) bajo el régimen de suministro de bienes y servicios al Estado regulado por la LCE, que supone el uso de fondos presupuestarios, en el que se impone como cláusula general a los contratistas un convenio arbitral que tiene una regulación particular. En los tres primeros casos o existe perfecta celebración de un convenio arbitral para cada caso o se perfecciona dicho convenio a través de la opción o aceptación de la oferta que hace el demandante de arbitraje a una parte Estatal involucrada; en el último caso se habla de un arbitraje obligatorio al que las propias normas denominan “arbitraje administrativo”.

H) El arbitraje peruano de contrataciones del Estado regido por la LCE y su reglamento no puede confundirse con lo que la doctrina ha calificado como “inexistencia de auténticos arbitrajes” pues ellos, aunque partan de un convenio arbitral incorporado de pleno derecho y exigible en todo contrato a título de cláusula general de contratación, permiten a los particulares la libertad de participar en la elección de los árbitros, en la configuración del procedimiento arbitral, sobre base de igualdad en las actuaciones arbitrales y sin privilegios reconocibles a la parte estatal.

I) Lo anterior no niega que en el arbitraje de contrataciones con el Estado, existan diferencias marcadas entre el régimen arbitral general de la LA y el régimen especial de la LCE en cuanto a:

i) *El principio de igualdad entre las partes.* En efecto, el régimen general consagra este principio y lo aplica plenamente al Estado con miras a poner en los arbitrajes en pie de igualdad a la parte estatal con la parte privada. Así se pone de manifiesto, a favor de la inevitabilidad en el arbitraje internacional, en el art. 2.2 de la LCE que veda al Estado, o las personas jurídicas que éste controle, utilicen las prerrogativas de su Derecho interno para sustraerse a las obligaciones que emanan de un convenio arbitral válidamente celebrado. En la misma línea, la Disposición Complementaria Décimo Cuarta, relativa a la ejecución de los laudos CIADI, privilegia los mecanismos previstos en la Convención de Washington aún en situaciones en que los laudos puedan contener condenas emanadas de arbitrajes de inversión contra el propio Estado. Por su parte, en Código de Ética aplicable a los árbitros en materia de contratación con el Estado impone como principio el tratamiento igualitario a las partes y la oportunidad de brindar a cada una de ellas la oportunidad para hacer valer sus derechos.

ii) Mientras tanto, la LCE consagra la *prevalencia de las normas de orden público* en el arbitraje con el Estado por encima de las de naturaleza privada y obliga a que esta preferencia por lo público sea rigurosamente respetada.

iii) Asimismo al excluir del arbitraje de contrataciones regido por la LCE al arbitraje de conciencia, las normas obligan a que en la composición del tribunal, la presidencia deba recaer en un abogado. Adicionalmente dicho profesional del Derecho debe acreditar especialización en Derecho administrativo, arbitraje y contratación con el Estado. Igual requisito profesional y acreditación se aplica si se tratase de un árbitro único.

iv) En la medida en que la norma general (el art. 34 LA) consagra la plenitud de *autonomía de la voluntad* de las partes en la regulación de las actuaciones arbitrales, el régimen especial de contratación con el Estado previsto en el marco de la LCE consagra la *obligatoriedad del arbitraje e impone, de pleno derecho, la incorporación de una cláusula arbitral* contenida en el reglamento de la ley para resolver todas las controversias entre las entidades del sector público y los contratistas, a condición de que dichas controversias hayan surgido dentro del período de ejecución del contrato. Este período comprende: desde la terminación del proceso de selección hasta cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.

v) Estas diferencias no son simples pues en su aplicación práctica crearán tensiones entre la ley general arbitral (la LA) que propicia la igualdad entre las partes y la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales y la ley especial de contrataciones con el Estado (la LCE) que privilegia la aplicación de las normas de orden público e impone la solución arbitral de las controversias de manera obligatoria.

vi) La autotomía del arbitraje frente al Poder Judicial y la “desprocesalización” de las actuaciones arbitrales –que constituyen una impronta marcada en el régimen general de la LA– se hacen extensivas al régimen especial de contrataciones del Estado regulado por la LCE y encuentra aquí un punto de coincidencia con el régimen general. La divergencia radica en el grado de “administrativización” de los arbitrajes con el Estado en la legislación de contratación con el Estado que aparece definitivamente pronunciado en la LCE, por la preferencia en la aplicación de las normas de orden público, dado el origen presupuestas de los recursos, y simplemente no existe en el régimen arbitral general del DL 1071.

vii) Si se comparan los términos de ambas normas legales (la LA y la ley especial de arbitraje en la contratación con el Estado la LCE) se puede advertir que provienen de legisladores con distinta orientación arbitral: La LA como ley general más privatista y respetuosa de la autonomía de la voluntad en línea con los avances ocurridos en el mundo en materia de arbitraje comercial; y la LCE, como ley especial de la contratación con el Estado, más publicista y de corte administrativo que se distancia de la corriente general del arbitraje comercial para integrar un régimen distinto y propio del arbitraje con el Estado que se enraíza parcialmente en el Derecho administrativo ya que su centralidad está ubicada en el uso de los recursos presupuestales en el marco del art. 76º de la Constitución.

J) Esta diferencia puede traer como consecuencia que en los arbitrajes que se rigen por leyes especiales –también llamados arbitrajes sectoriales, en área como las relaciones laborales, los procedimientos de expropiación, la ejecución de sentencias de tribunales internacionales o la regulación de servicios públicos– se desarrolle una tendencia a hacer prevalecer normas de orden público sobre el principio de igualdad y las normas de Derecho privado que constituyen la esencia de la materia arbitral. Corresponderá a la jurisprudencia y a las prácticas que se adopte a este respecto dilucidar y desarrollar los parámetros de la tendencia que ha marcado el legislador especializado de manera oportuna y ponderada atendiendo siempre a la centralidad de la contratación, vale decir, si ésta se ubica en la ejecución de recursos presupuestarios o se ubica en tareas fuera de dicha ejecución y dentro del marco promocional de la inversión que compromete en estos días el quehacer estatal.

K) La LA impone una regla de transparencia en cuanto a la publicación de los laudos en los que participa el Estado que –a nuestro juicio– es aplicable a todos los arbitrajes regidos por la norma general y también a los regidos por las normas especiales. En efecto, igual disposición se encuentra en los arbitrajes de la Ley de Contratación del Estado (art. 52 LCE). Sin embargo, en otros regímenes de arbitraje con el Estado como el derivado de las concesiones regidas por el régimen por las normas con rango de ley contenidas en el Decreto Supremo 059 y 060–96–PCM, de la Ley de Expropiaciones y de la Ley de Ejecución de Sentencias de Tribunales Internacionales o en el arbitraje laboral o en el previsto en el marco de la regulación de los servicios públicos, no se prevé expresamente esta saludable medida de transparencia. Considero que la norma general de la LA sobre publi-

cación de los laudos debe hacerse extensiva a éstos también por la superioridad del principio de transparencia cada vez que el Estado es parte de una controversia arbitral.

Miraflores, 6 de septiembre de 2009

**RESUMEN:** La arbitrabilidad subjetiva del Estado en el Perú deriva del régimen constitucional que habilita a las personas de Derecho público a someter las controversias derivadas de los contratos que suscribe en general (art. 63) y de los contratos ley de manera particular (art. 62) en el marco de lo previsto por la ley. Admitiendo plenamente que el Estado puede y debe someter determinadas controversias a arbitraje y debe comportarse dentro de ellos en pie de igualdad con los particulares, la personalidad pública del Estado obliga a diferenciar matices. La participación del Estado debe ser bienvenida en los arbitrajes pero las características propias de lo que ello significa supone un tratamiento diferenciado. Cuando el Estado actúa como un contratista en pie de igualdad con los particulares, como ocurre en el caso de las concesiones, la diferenciación del Estado es mínima y se encuentra establecida en la LA. Pero cuando el Estado en su contratación compromete fondos del presupuesto público, los requerimientos que al efecto exige el art. 76 de la Constitución obligan a una normativa especial con un mayor componente público. Esto último ocurre en los contratos de suministro que, en especial, dan lugar a un conjunto de reglas especiales que han sido incluidas en el nuevo régimen arbitral aprobado en el Perú por la LCE y que a título de *lex specialis* rigen para los arbitrajes en el marco de la contratación con el Estado al amparo de la LCE.

**PALABRAS CLAVE:** ARBITRAJE – ARBITRABILIDAD – ARBITRAJE DE ESTADO – CONTRATOS DE ESTADO – CONFIDENCIALIDAD.

**ABSTRACT:** *In Peru, State's possibility of resorting to arbitration derives from the constitutional regime. Within the law framework, this regime authorises that public entities resort to arbitration in controversies arising from contracts in general (art. 63) and law –contracts in particular (art. 62). Once it is admitted that State can, and have to, resort to arbitration to solve certain controversies in equal terms than private parties, the public nature of the State requires considering some differences. When the State acts as a contractor, as is the case with concessions, those differences, established in the Arbitration Law (AL), are minimal. On the contrary, when public funds are compromised, art. 76 of the Constitution forces to apply a special regulation with a stronger public component. This occurs in supply contracts that, especially, give rise to a set of especial rules which have been included in the Peruvian recent arbitration regime (LCE), which applies to State contracts as *lex specialis*.*

**KEY WORDS:** ARBITRATION –ARBITRABILITY- STATE ARBITRATION –STATE CONTRACTS – CONFIDENTIALITY