



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

**FACULTAD DE HUMANIDADES
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**

TESIS

“LA IMPOSICIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN
CONTRATACIONES CON EL ESTADO”

PARA OBTENER EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

JOSÉ LUIS VILCHES CONDE

ASESOR

DR. HUGO AUGENCIO GONZALES AGUILAR

LIMA, PERÚ, MARZO DE 2018

DEDICATORIA

A toda mi familia y amigos, por su apoyo incondicional a lo largo de toda mi vida
universitaria y académica

AGRADECIMIENTO

A mi padre José Luis Vilches Huamán y a mi Madre Máxima Eduvina Conde Vilchez por el amor y el apoyo incondicional que siempre me han brindado.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación titulado “La imposición de la cláusula arbitral en Contrataciones con el Estado”. Veremos que en la actualidad el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflicto, siendo una alternativa de elegir por la jurisdicción del arbitraje a voluntad de las partes, pero en la actualidad como se observa eso no pasa en las diversas licitaciones que el estado ofrece, ya que te imponen la cláusula arbitral, a efectos de seguir concursando o una vez ganado la buena pro. Debemos tener presente que el arbitraje es la potestad de las partes, pero en el presente trabajo demostramos que en la práctica no es así, puesto que, actualmente en nuestro país se práctica de la imposición de la cláusula arbitral en contratación con el Estado, haciendo que de esta manera se desnaturalice la finalidad del arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflicto.

Palabras clave: Derecho, Arbitraje, Cláusula arbitral.

ABSTRACT

The present research work entitled "The imposition of the arbitration clause in Contracting with the State", at present the arbitration being an alternative mechanism of conflict resolution, I feel an alternative to choose by the jurisdiction of the arbitration at will of the parties, But at the present time as it is observed that does not happen in the various tenders that the state offers you impose the arbitration clause, in order to continue competing or once won the good pro. We must bear in mind that arbitration is the power of the parties, but in the present work we show that in practice this is not the case, nowadays in our country practice of the imposition of the arbitration clause in contracting with the State, being in this way denaturalizing its purpose of the arbitration, as an alternative means of conflict resolution.

Key words: Law, Arbitration, Arbitration Clause.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema.....	2
1.1.1 Descripción del problema	2
1.2. Formulación del problema.....	3
1.2.1 Problema general.....	3
1.2.2 Problemas específicos.....	3
1.3 Objetivos	3
1.3.1 Objetivo general.....	3
1.3.2 Objetivos específicos	4
1.4. Justificación e importancia	4
1.4.1 Justificación teórica.....	4
1.4.3 Justificación práctica.....	6
1.5 Limitaciones	7
1.5.1 Limitación temporal.....	7
1.5.3 Limitación bibliográfica.....	8

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Marco Teórico	10
2.1.1. Generalidades.....	11

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 Tipo y diseño de investigación	33
3.1.1 Tipo de Investigación	33
3.1.2. Diseño de investigación	33
3.2. Población y Muestra.....	34

3.2.1. Población	34
3.2.2. Muestra	35
3.3. Hipotesis	35
3.3.1. Hipótesis General	35
3.3.2. Hipótesis Específica.....	36
3.4. Variables – Operacionalización.....	36
3.5 Técnica e Instrumentos.....	39
3.5.1 Técnicas	39
3.5.2 Instrumentos	40
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
4.1. Resultados	43
4.1.1. Procesamiento y descripción de gráficos.....	43
4.2. Discusión de Resultados.....	49
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1 Conclusiones.....	52
3.2. Recomendaciones	54
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	
ANEXOS	

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Tabla en referencia a los modelos de técnica, instrumento, ventajas y desventajas.	40
Tabla 2	¿Se impone la cláusula arbitral al momento de suscribir el contrato en contrataciones con el Estado?	44
Tabla 3	¿Se afecta la libertad contractual al momento de imponer la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado?	45
Tabla 4	¿En contratos con el Estado la cláusula arbitral ya se encuentra estipulada?	46
Tabla 5	¿Considera usted que falta más difusión sobre el arbitraje en Contrataciones con el Estado sobre todo a nivel de Empresas?	47
Tabla 6	¿En la actualidad el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos es muy eficaz?	48

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 01	44
Figura 2	Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 02	45
Figura 3	Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 03	46
Figura 4	Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 04	47
Figura 5	Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 05	48

INTRODUCCIÓN

Al iniciar la investigación, referido a la “imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado en el Perú”, nos encontramos con una serie de contradicciones, así también con una imposición que el estado realiza a través de sus contratos, dicha imposición vulnera los derechos de quienes contratan con el estado, poniéndolos en un lugar, en donde no pueden acudir al sistema judicial, si es que se presentaran algún tipo de controversias, las cuales detallaremos líneas adelante.

En la actualidad la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el estado en el Perú es actualmente una práctica muy difundida y no se justifican su imposición en las licitaciones hechas por el Estado, debemos tener claro que el arbitraje, es un medio alternativo de solución de conflictos y como se puede observar en la abundante doctrina sobre la voluntad de las partes y por medio del cual las partes renuncian al fuero judicial, es decir renuncian a la tutela que el estado brinda a través del Poder Judicial.

Así pues, podemos señalar que actualmente el arbitraje se ha difundido mucho su práctica y su aplicación pero con ciertos cuestionamientos sobre el desarrollo del arbitraje, debemos entender que la globalización y el crecimiento económico generan muchas controversias en los diferentes campos de la economía, las reglas del arbitraje son un factor de suma importancia, pues esto deriva para el correcto funcionamiento del arbitraje y la actuación de los árbitros y el espíritu de ello es que las reglas en el arbitraje son flexibles y reposa en la autonomía de las partes es decir la voluntad y dentro de la discrecionalidad de los jueces.

Sin embargo, no siempre es así, la voluntad de las partes queda relegada puesto que en los contratos ya viene establecido la cláusula arbitral, y esto sin haber puesto en conocimiento menos haber brindado suficiente información al que

contrata con el estado, pues de lo contrario no podrá contratar con el estado, porque en su mayoría ya está insertada la cláusula arbitral.

El contenido del presente trabajo está realizado en 5 capítulos:

Capítulo primero: Contiene planteamiento del problema; formulación del problema; los objetivos, la justificación y las limitaciones.

Capítulo segundo: Contiene el marco teórico, la visión histórica, los antecedentes nacionales e internacionales, antecedentes en el derecho peruano; las causas de la imposición de la cláusula arbitral en las contrataciones con el Estado.

Capítulo tercero: Se desarrolla la metodología de investigación, en la cual consta del tipo y diseño de la investigación, los instrumentos de recolección de datos, con la confiabilidad y validez. Asimismo, la población y muestra y las hipótesis.

Capítulo cuarto: Contiene los resultados de la investigación y la discusión. Capítulo se va exponer la discusión de los resultados, que nos permitirán demostrar o rechazar la hipótesis general y las específicas, de la investigación.

Capítulo quinto: Finalmente, se precisan las conclusiones, las recomendaciones, las referencias y los perspectivas, anexos que proporcionan una información relevante que sustentan la tesis.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

1.1.1 Descripción del problema

El arbitraje es una institución jurídica, siempre ha generado discusiones, sobre todo su naturaleza jurídica, en este sentido asumimos que, en el convenio arbitral, las partes deciden renunciar y aceptan la solución de sus conflictos que pueden derivar del contrato y renunciar a la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión de los árbitros, a partir de ello las partes se someten de manera exclusiva al arbitraje y concluirá con la emisión del Laudo Arbitral.

En la actualidad, hay diversos efectos positivos y negativos, pero debemos mencionar la poca jurisprudencia en materia de arbitraje nos aleja demasiado de una realidad que un no se cumple con implementar al cien por ciento el arbitraje como alternativa de solución de conflicto de las controversias, pero esto no es así, debido a que muchas veces una de las partes muchas no es informado del alcance del Arbitraje y recién cuando se resuelve el contrato por cualquier causa, recién se toma conocimiento que no puede plantear sus pretensiones frente a la vía judicial y sino que tendría que someterse aún arbitraje.

En este sentido, podemos enunciar que el acuerdo de arbitraje es un acuerdo en donde las partes deciden someter cualquier controversia que deriva de la relación contractual, es en este sentido donde nace la figura denominada de la cláusula compromisoria. Pero a lo largo de la evolución del arbitraje ha venido sufriendo cambios de manera abismal, hasta el punto que se han modificado, pero debemos señalar que el arbitraje ha existido de mucho más antes, sino que no se daba la importancia requerida.

1.2. Formulación del problema

En tanto en referencia a la formulación del problema, debemos entender que es expresión en síntesis el desarrollo del trabajo de investigación y cuyo resumen contiene toda una estructura del desarrollo del trabajo de investigación realizado. En este contexto define Tamayo (2003) “La formulación del problema consiste en reducir en su más mínima expresión de síntesis el desarrollo del trabajo investigativo contemplado en el anteproyecto. Mediante la formulación se puede captar la estructura interna del problema identificado.” (p.94).

1.2.1 Problema general

¿Cuáles son las causas de la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado en Perú?

1.2.2 Problemas específicos

1) ¿Cuáles son las consecuencias de la afectación a la imposición de la cláusula arbitral en el Perú?

2) ¿Cuáles son las consecuencias con respecto a la aplicación de medidas legales que dispongan la información pormenorizada de la cláusula arbitral?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Determinar cuáles son las causas de la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado en Perú

1.3.2 Objetivos específicos

Determinar cuáles son las consecuencias de la afectación a la imposición de la cláusula arbitral en el Perú

¿Determinar cuáles son las consecuencias con respecto a la aplicación de medidas legales que dispongan la información pormenorizada de la cláusula arbitral?

1.4. Justificación e importancia

1.4.1 Justificación Teórica

En nuestro medio, de la Puente la Lavalle ha referido que no solo por aplicación supletoria del artículo 1361 del Código Civil, que dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, sino también y especialmente por lo establecido por el artículo 9° de la Ley (se refiere a la Ley General de Arbitraje derogada), según el cual el convenio arbitral obliga a las partes a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

En este sentido, por nuestra parte podemos advertir que el convenio arbitral viene hacer el acuerdo de las partes es decir de dos o más partes que de manera libremente se someten a la jurisdicción del arbitraje, a fin de resolver las diferencias o conflictos que derivan o se hayan presentado o pueden presentar en el futuro, pero hacemos hincapié la parte debe estar debidamente informado, puesto que en la actualidad las empresas muchas veces no tienen conocimiento de los efectos de someter a la vía del arbitraje en cuanto al costo del proceso arbitral.

Asimismo, la posición de este magistrado (“no jurisdiccionalista”) ha puesto de manifiesto en su voto singular concordante, emitido en la sentencia recaída en los expedientes acumulados N° 6149 y 6662-2006-PA/TC bajo el siguiente texto:

El arbitraje, como un mecanismo de composición de controversia privadas, no constituye una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino un instituto – el arbitraje en sí mismo – que tiene una protección especial derivada del hecho de haber sido incorporado en la Constitución (garantía institucional). Dicha protección, esencialmente, se dirige al legislador, quien pese a contar con un amplio margen para configurar al instituto del arbitraje, sin embargo, está impedido de disponer de él, a no ser que para tal efecto ejerza el poder de reforma constitucional.

Por otro lado, en la jurisprudencia de este Tribunal han sido diversas las ocasiones y oportunidades en las que hemos destacado que los derechos que integran la tutela procesal efectiva son garantías formales y materiales que deben observarse y respetarse en todo tipo de procedimientos que tengan por objeto dilucidar los derechos y deberes de las personas, con independencia de la naturaleza de dichos procedimientos. Y así como hemos insistido en la necesidad de su respeto en el seno del proceso judicial, también lo hemos hecho en el seno del proceso judicial, también lo hemos hecho en el seno de procedimientos administrativos disciplinarios o en el seno de los procedimientos contemplados en los estatutos de las personas jurídicas de derecho privado. Y a nadie se le ha ocurrido que, por ello, dichos procedimientos tengan o hayan asumido la condición de procedimientos de la naturaleza jurisdiccional.

El arbitraje, pues no es otra cosa que un medio alternativo de solución de conflictos, cuyos fundamentos reposa en la voluntad de las partes, y por medio del cual éstas renuncian a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tiene la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal. Con estas salvedades, mi voto es porque se declare improcedente la demanda, como se ha efectuado en la sentencia en mayoría. (p. 37).

1.4.2 Justificación metodológica

En el aspecto metodológico, con nuestro aporte se colaborará con la implementación de instrumentos, tales como la guía de cuestionarios y guía de entrevista, los cuales nos servirán para recolectar o analizar, contribuyendo de este modo a la definición de conceptos que hasta ahora quedan en el limbo, siendo oportuno señalar también ayudará a estudiar más adecuadamente el arbitraje y sus principios y su naturaleza del arbitraje.

Para lograr el cumplimiento de los objetivos de la presente investigación se acudió al empleo de técnicas de investigación como los instrumentos del cuestionario, guía de entrevista, guía de análisis documental y doctrinario. A través de la aplicación del cuestionario, se busca conocer los hechos y sus efectos en la realidad.

1.4.3 Justificación práctica

De acuerdo con los objetivos de la investigación, el presente trabajo el resultado busca es contribuir a las incorporaciones de un marco de un

plan te información la incorporación de una regulación sobre el arbitraje en el Perú, en la cual se debe insertar una cláusula de información expresa a las partes del contrato, bajo responsabilidad de los funcionarios.

1.5 Limitaciones

En este sentido, Bernal señala que las limitaciones de la investigación se refieren. Que toda investigación tiene limitación por diversos factores lo que impide hacer una investigación completa. (Bernal, 2006, p. 105)

Siendo así. Se coordinarán los siguientes aspectos para limitación la investigación:

- Limitaciones de tiempo; La presente investigación contó con un corto tiempo, teniendo en cuenta que el investigador realiza otras actividades.
- La investigación solo se limitó a aspectos dogmáticos y teóricos de su aplicación y su viabilidad práctica, ante esta crítica situación de la actualidad.
- Las limitaciones temporales para visitar las principales bibliotecas de universidades, puesto que no cuentan con mucha información sobre el tema de investigación.
- Las limitaciones financieras, ya que para el desarrollo de la presente investigación no se contó con un financiamiento externo, sino únicamente con los recursos económicos propios.

1.5.1 Limitación temporal

En lo que refiere a este tipo de limitación, podemos detallar que hubo, falta

de tiempo para obtener información sobre el tema, el horario de trabajo y otras actividades que realizaba el investigador, lo cual no permitía poder realizar una investigación exhaustiva del tema.

1.5.3 Limitación bibliográfica

Ahora en lo que refiere a las limitaciones que se presentaron en el impulso de este trabajo de investigación, no encontramos con las dificultades en cuanto al material bibliográfico respecto al tema a investigar, pues acceder a la información en algunos aspectos, fue un tanto difícil.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Marco Teórico

En esta parte del marco teórico hace referencia a la delimitación de todo el trabajo de investigación en relación a las guías de investigación, expresar proposiciones teóricas (Tamayo, 1999, p.139) que se han tomado en cuenta para su desarrollo y aplicación, establecer aspectos de diferentes autores en cuanto al tema de desarrollo ha desarrollado.

Así podemos añadir que el marco teórico es aquella exposición o muestra en relación a las investigaciones anteriores sobre instrumentos bibliográficos y documentales las cuales moldearan el diseño de la investigación en el campo y orientará el análisis de los datos recogidos en el terreno.

De esta manera podemos resaltar que el marco teórico, es el desarrollo de la investigación, este desarrollo tendrá el objetivo de sostener el enfoque que toda investigación científica debe seguir, pues de esta forma se consigue la teoría que permite argumentar la tesis.

En ese sentido señalamos que no debemos enfocar solo en realizar un resumen o una revisión de lo que se investigó con anterioridad, por el contrario, se debe realizar un estudio más profundo con el fin de encontrar el sentido de la investigación.

De esta manera argumentamos, que es sumamente importante que toda investigación que se realice, tenga sustento sobre un problema determinado, cuyo propósito será el de brindarle solución, con mucha más razón, si esta

ha sido ya estudiada anteriormente por otros investigadores y que, pese a ello, no pueden delimitar una solución adecuada o firme. En tal sentido la función o el papel que cumple el marco teórico es de ajustar una serie de ideas o conceptos, aprehenderlas aisladamente, para así poder interpretar con mayor alcance nuestro problema de investigación, del mismo modo nos ayudará a desarrollar los problemas secundarios y nos otorgará en el planteamiento de la hipótesis una justificación adecuada y satisfactoria.

finalizando, podemos destacar en función al marco teórico, que para dar con el problema, es de suma importancia realizar ideas o conceptos, así como también dar sustento a las hipótesis o las afirmaciones de la investigación, que más adelante se tendrán que interpretar y comprobar.

2.1.1. Generalidades

2.1.1.1. Laudo Arbitral

El título cuarto de la ley General de Arbitraje, comprende todo lo referente al laudo arbitral, el concepto de laudo arbitral, es básicamente el pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral y recibe ese calificativo para diferenciarlas de las sentencias que dictan los jueces. Cada cuestión planteada en el convenio arbitral del laudo, sin menoscabo del que

corresponde como resolución definitiva, corresponde ser sujeto de un pronunciamiento expreso y debidamente fundado. En teoría las partes fijan el plazo para laudo de no ser así el laudo debe pronunciarse dentro de los 20 días hábiles posteriores de vencida la etapa de prueba inclusive puede extenderse por 15 días más hay supuestos en que si el laudo no se produce dentro del plazo mencionado el convenio arbitral se extingue y en efecto el laudo que se emita con posterioridad podrá ser declarado nulo siempre y cuando sea impugnada en tiempo hábil.

Pues bien, conforme lo dispone la Ley General de Arbitraje el laudo arbitral de un proceso arbitral de derecho debe contener necesariamente lo que sigue lugar y fecha de expedición nombre de las partes y de los árbitros la cuestión supeditada a arbitraje y una integrada referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión fundamentos de hecho y derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas y por último la decisión.

Así también el laudo debe comprender lo referido a los gastos del arbitraje que abarca las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; del secretario que se hubiere nombrado si éste no fuese árbitro los gastos de protocolización del laudo y en su caso de la retribución de la institución arbitral.

En conclusión, la Ley General de Arbitraje faculta al Juez preceptuar la publicación en los diarios y/o revistas de un aviso en donde se haga mención de haberse tenido que recurrir a la instancia judicial para obtener la ejecución de laudo. Evidentemente quien lo solicita asume los costos de esta publicación.

2.1.1.2. Antecedentes del problema

Constituyen los recursos ya realizados anteriormente, relacionados con el problema a investigar, los cuales le van a servir de apoyo y sustento para su desarrollo. Según Tamayo. (2006) señala “en los antecedentes se trata de hacer una síntesis conceptual de las investigaciones o trabajos realizados sobre el problema formulado con el fin de determinar el enfoque metodológico de la investigación” (p.73). Entre los trabajos previos de identificación que sirvieron de base al mismo se encuentran los siguientes:

2.1.1.3 Internacionales

Maldonado (2010) en la Tesis “Algunas Consideraciones sobre el Convenio Arbitral insuficiente: Interpretación y alternativas”; sustento en la Universidad San Francisco de Quito- Ecuador; para obtener el Título de Abogada y concluye que:

El convenio arbitral insuficiente surge de la defectuosa redacción de las partes. Según el criterio de Frédéric Eisemann, esto impide producir efectos vinculantes entre las partes, apartar el procedimiento de la intervención judicial, otorgar competencia a los arbitras para fallar y generar las mejores condiciones para que el laudo pueda ejecutarse. (p.122).

Martínez, 2007, en la Tesis “Algunas consideraciones sobre la cláusula Arbitral desde la Legislación Colombiana y mexicana”; sustento en la Universidad Iberoamericana de México.

La manifestación de la voluntad, a través de la cual las partes se comprometen a someter sus diferencias ante un tribunal arbitral, debe indefectiblemente ser dada de forma expresa, clara e inequívoca. Por Consiguiente, no coincidimos con los autores que sostienen la posibilidad de una aceptación tácita del pacto arbitral, ni mucho menos, la posibilidad de la existencia de un pacto arbitral verbal. La formalidad de la cláusula arbitral es precisamente la que da certeza a los particulares de los efectos que produce esta figura. .(p.91).

2.1.2.5. Nacionales

Madueño, (2016) en la Tesis “Retos y perspectiva del Arbitraje de Consumo en el Perú”; sustentaron en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas de la Escuela de Posgrado en Derecho a la Empresa; Lima – Perú; para optar el grado de Magister en Derecho a la Empresa concluyeron:

Estimamos que la opción de crear esta vía alternativa constituye un importante esfuerzo a efecto de poder lograr soluciones más céleres e integrales a los conflictos contractuales de consumo, dada la incapacidad del Estado de hacerlo a través de las vías tradicionales. En efecto, y cuando se pueda señalar que parte del

problema se pueda arreglar contratando más funcionarios y abriendo más oficinas de la autoridad de consumo, resulta que por imperativos constitucional estos no podrían resolver los problemas típicamente contractuales se solucionan en la vía judicial o arbitral; no así en la vía administrativa. (p.180).

Córdova (2013), en la tesis “*¿arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*” Sustentó en la Facultad de Derecho en la Universidad de Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú.

Que el arbitraje es un contrato, y como tal se le debe aplicar los principios del derecho contractual. Uno de estos principios es el de la relatividad de los contratos, por el cual el contrato es la ley entre las partes, por lo que los efectos de los mismos solo recaen sobre ellas y no se extiende hacia terceros. Esto no es más que el fiel reflejo de la autonomía privada expresada en la libertad de las partes de regular actos jurídicos. (p. 329).

2.2.- Bases teóricas científicas

El presente trabajo de investigación que se propone, cuenta con los siguientes antecedentes, Heinz (2001) define como marco teórico: “El marco teórico es el resultado de la selección de teorías, conceptos y

conocimientos científicos, métodos, y procedimientos, que el investigador requiere para describir y explicar objetivamente el objeto de investigación, en su estado histórico, actual o futuro. (p. 81).

Generalidades De Arbitraje

En la actualidad el Arbitraje es considerado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos alternativo al poder judicial, bajo esta línea, el arbitraje viene como una opción para todos aquellos que desean contratar y resolver sus controversias con la participación de un tercero, en consecuencia, el arbitraje ofrece a las partes contratantes para resolver sus conflictos mediante la cláusula arbitral en el contrato.

Ahora bien, históricamente el arbitraje nació como una costumbre, para Díez Picazo (2011) señala que “hay arbitraje cuando los contendientes eligen ellos mismos al tercero y se obligan de antemano a aceptar su dictamen, que es ya por eso rigurosamente una decisión” (p.18). Para completar, debemos señalar que finalmente habrá un proceso arbitral distinto al proceso judicial, pero por voluntad expresa de las partes.

Conforme transcurre el tiempo el Arbitraje se desarrolló más en el uso comercial de manera positivamente, así para Matheus (2006) “El arbitraje no es ejercicio de jurisdicción ni “común” ni “especial” sino el desarrollo procesal del principio negocial de la autonomía de la voluntad” (p.10). Como puede observarse para someter una controversia aún arbitraje es exclusivamente de las partes mediante la expresión de manera expresa y voluntaria.

Asimismo, sobre el arbitraje refiere Cantuarias. (2007) La referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales o extracontractuales, con o sin contenido patrimonial, la ley de arbitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrales y por ello evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje (p.9).

En la actualidad se puede observar que el arbitraje está ganando terreno en varios campos del derecho, como es materia laboral, materia de consumo, materia de derecho civil, en este sentido Cantuarias señala que no se debe enumerar una lista debido a que la tendencia mundial va creciendo en diversas áreas la aplicación del arbitraje.

Ahora bien, la Real Academia Española define al Arbitraje como una “Acción o facultad de arbitrar, procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros” (p.20). bajo esta línea se debe sostener que para recurrir al arbitraje es de mutuo acuerdo entre las partes involucradas, teniendo conocimiento que será un tercero en que resolverá la controversia de cuestión patrimonial. Debemos señalar que materias que no son patrimoniales no se puede someter aún arbitraje.

Como puede observarse, el arbitraje se practica desde hace mucho tiempo atrás, y en la actualidad se constituye como un mecanismo

alternativo de solución de conflictos por las empresas que contratan con el Estado y en otras áreas de cuestiones patrimoniales. Ahora puedo afirmar, que en la actualidad el arbitraje pese a tener cuestionamientos sobre su jurisdicción, se ha vuelto el más usado para solucionar las controversias.

En este sentido se puede afirmar, que las empresas recurren al arbitraje, porque responde en buena medida la satisfacción de los recurrentes frente a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Asimismo, cuestionamos la imposición de la cláusula arbitral en el Perú, sobre todo en Contratación con el Estado, dónde se impone o mejor dicho para poder licitar o participar en contrataciones tienes primero que aceptar el arbitraje porque así lo dispone el contrato o las bases.

Debemos señalar que es muy bueno fomentar cualquier medio alternativo de solución de conflictos que ayudan a solucionar controversias surgidas de un contrato. Ahora si bien es cierto la carga procesal en Poder Judicial es abismal y esto genera un retraso terrible en la solución de conflictos, haciendo que un proceso pueda demorar años sin resolver. Ahora es claro que en la actualidad el más recurrido para solucionar una controversia son el Arbitraje y el Poder Judicial, pero cada uno con sus ventajas y desventajas, claro que el arbitraje se creó con la necesidad de descongestionar la alta carga judicial que existen en los juzgados.

Respecto quién toma decisión en el arbitraje y en el poder judicial, debemos dejar en claro establecido lo siguiente en el arbitraje por la

decisión y acuerdo de las partes optadas el que tiene la última palabra es un tercero imparcial denominado “arbitro” el que emite una resolución final llamado Laudo Arbitral. En cambio, en el Poder Judicial quien emite una sentencia es el un “Juez”, debido a que el Estado es el que brinda tutela jurisdiccional y tiene poder coercitivo.

Asimismo, una de las desventajas del arbitraje es el costo excesivo de los honorarios que perciben los árbitros, y en la mayor parte de los procesos arbitrales, sino se llega a pagar los honorarios de los árbitros se congelan los procesos, incluso un tiempo transcurrido estos pueden ser archivados por falta de pago. En relación a los costos, en el arbitraje es asumido por las partes al 100%, mientras que en el Poder Judicial el costo es asumido en su mayor parte por el Estado por cada proceso que se presente. A raíz de los problemas constantes que tiene el Estado con diferentes proveedores no tiene ni idea de los que es la cláusula arbitral, y al momento de querer solucionar una controversia se dan cuenta que en el contrato se estableció la cláusula arbitral, sin tener mucho de ellos el alcance de la cláusula arbitral.

En palabras de Soto (2008) en relación al arbitraje señala lo siguiente:

La experiencia ha demostrado que la congestión de los servicios de administración de justicia impartidos por el Poder Judicial, así como la demora en los fallos, la incertidumbre, la falta de especialización de los jueces y la falta de confianza en la función judicial han servido de alicientes para preferir al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. (p.30).

En la actualidad la acumulación de expedientes hace muy tediosos para que se pueda llevar una correcta administración de justicia y la desconfianza va creciendo cada vez más en el Poder Judicial, debido a la alta desconfianza que se genera en la actualidad y que la corrupción se ha enquistada en las altas esferas del poder.

Sobre el efecto del arbitraje señala MacLean; su importancia del arbitraje va más allá de los puros casos individuales y del por qué a todos nos debería interesar el fortalecimiento y el buen funcionamiento del arbitraje. En primer Lugar, en su versión más elemental, el arbitraje es importante como instrumento de alivio de las presiones gigantescas creadas por la acumulación de procesos atrasados en la gran mayoría de los tribunales del mundo. El segundo papel y efecto que el arbitraje tiene en la sociedad consiste en complementar y compensar las limitaciones y deficiencias reconocidas de las que adolecen la organización de las jurisdicciones y la formación de los jueces en la mayoría de países en el mundo de hoy. La formación de los jueces, y hasta de los abogados, deja mucho que desear, y su propio carácter masivo lo está volviendo cada vez más formalista e inadecuada respecto de las necesidades de la sociedad. Los requerimientos del comercio internacional, de la inversión y las finanzas no se ven satisfechos en un número muy grande de países de todo el mundo. Materias tales como las causas marítimas, de seguro, finanzas, compras de futuros y valores se han vuelto tan sofisticadas y especializadas que solo los que conocen bien el sector pueden resolver con facilidad este tipo de causas. Así, el arbitraje, con sus recursos

ricos y casi limitados, puede brindar respuestas y soluciones ideales en casi todos los campos imaginables. El tercer y más importantes papel y efecto del arbitraje en las sociedades es el de Némesis de los sistemas judiciales. La afirmación del arbitraje en el área de la resolución de controversias se da como respuesta al hecho de que algo anda mal en los sistemas judiciales, y a las comunes y persistentes deficiencias en los jueces.

Asimismo, MacLean señala sobre la importancia de los árbitros en la sociedad, la formación de los árbitros, el arbitraje administrativo, el costo del arbitraje, en esta línea debemos señalar que el arbitraje es una solución efectiva de un mecanismo de alternativa de solución de conflictos, se debe trabajar por mejorar esta institución y sobre todo brindar una orientación acerca de las ventajas del arbitraje a los proveedores que contratan con el Estado, aunque en la actualidad el arbitraje está impuesto en las contrataciones con el Estado.

Estamos de acuerdo con la posición sostenida el efecto del arbitraje de manera positiva se debe a la alta carga procesal, y al excesivo formalismo y ritualismo de nuestro poder judicial dentro del proceso judicial, en cuanto al arbitraje, se debe señalar que el arbitraje se adecua a las partes en cada caso por resolver y se someten a las reglas del juego dentro del marco de legalidad.

Ahora bien, García Toma, señala (2008) La jurisdicción arbitral es aquella que emana de la facultad de resoluciones extrajudiciales de un litigio, pleito, controversia o diferencia, que las partes

otorgan al árbitro y que finaliza con una disposición llamada laudo. El fundamento de la institución del arbitraje-cuya regulación legal se encuentra contenida en la Ley General de Arbitraje radica en la necesidad de poner término en forma expeditiva y rápida a un litigio, así como en respaldar la confianza que las partes depositan en los árbitros. Pueden someterse a este procedimiento las controversias determinadas o determinables por la ley, y sobre las cuales los particulares tienen facultades de libre disposición; extinguiendo respecto a ellas el proceso judicial existente o evitando el que pudiera promoverse. Igualmente, pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebran con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes, sean también objeto de un arbitraje nacional. (p.614-615).

Todos los autores coinciden en señalar que para recurrir al arbitraje es la expresión voluntaria de las partes de someterse al fuero arbitral renunciando al Poder Judicial para poder solucionar controversias surgidas entre las partes. Desde hace tiempo hay un descontento generalizado de parte de los recurrentes sobre el funcionamiento eficaz del sistema judicial en nuestro país por varios factores entre ellos la carga procesal, corrupción etc.

Naturaleza Jurídica Del Arbitraje

Sobre la naturaleza jurídica del Arbitraje, tenemos que recurrir al artículo 139 de nuestra constitución de 1993 encontramos al arbitraje como una jurisdicción especial. En la actualidad hay una discusión entre los especialistas del Derecho en calificar si el arbitraje tiene o no jurisdicción, para otros simplemente el arbitraje carece de jurisdicción y para otros su jurisdicción del arbitraje es legítimo.

En actualidad se puede percibir dos posiciones en pugna por un lado tenemos la Teoría Contractual y por otro lado tenemos la jurisdiccional.

Teoría Contractual

El arbitraje existe gracias a la voluntad expresa de las partes contratantes, toda la voluntad se de manera expresa y esto se inserta en la cláusula arbitral, por medio del cual las partes deciden de manera voluntaria someterse bajos los lineamientos del arbitraje. Debemos señala que prima el acuerdo de las voluntades es lo que determina si aceptan o no la cláusula arbitral para resolver un conflicto o controversia que surgiera de un contrato.

En palabras de Robert MacLean (2008) ha señalado lo siguiente:

Se ha dicho y repetido una y otra vez que el arbitraje está aumentando en su importancia porque ofrece a las personas más confidencialidad y competencia, menores gastos y formalidades, y, además, porque ahorra tiempo. Esto es así y podría ser suficiente, de no ser que esta lista brinda una visión correcta pero

solo parcial de la realidad, y deja de lado otros elementos muy importantes que también cabe considerar. (p.191).

Desde el punto de vista del Profesor Robert MacLean el arbitraje tiene una importancia porque ofrece una rápida solución a las partes y tiene un principio de confidencialidad entre las partes, asimismo debemos señalar que uno de las ventajas del arbitraje es la celeridad en los procesos en que se desarrolla debido a que el tribunal toma competencia del caso.

En tanto en su libro de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Landa Arroyo (2010) señala que:

La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (uní o pluripersonal) conlleva una renuncia expresa a que dicha Litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso”. Stc 03261-2005-AA.FJ 5 (p. 283).

Es claro en señala en la sentencia del Tribunal Constitucional desarrollado por el Landa en que se precisa que el arbitraje surge solamente de la voluntad de las partes de manera expresa, al aceptar la cláusula arbitral renuncias al fuero judicial de manera expresa y categórica, para ello es necesario tomar en cuenta los aspectos

esenciales del arbitraje que las partes deben tener conocimiento.

Por su parte Ledesma (2007) define al arbitraje de la siguiente manera respecto a su jurisdicción.

El arbitraje es jurisdiccional debido a que la eficacia de este no depende de la voluntad de las partes de someter a la decisión de un tercero la resolución de la controversia surgida entre ellas, sin duda la voluntad es necesaria para que el arbitraje surja, pero una vez manifestado, los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su jurisdicción por las partes lo acuerdan, pero si función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley. (p.31).

Para la autora citada el arbitraje concluye que para dar origen al arbitraje es la voluntad de las partes y someterse a que un tercero resuelva la controversia dentro de su jurisdicción, es decir dentro del marco legal establecido en la Constitución de 1993.

El Arbitraje en la Constitución de 1993 desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

Su marco normativo se encuentra en la Constitución Política del Perú de 1993 conforme señala los artículos.

Artículo 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 previsto en el contrato o contemplado en la ley. En el presente artículo en mención, se refiere a la voluntad de las partes de contratar netamente con fines lícitos, en la actualidad podemos definir a la libertad de contratar como un derecho fundamental de todas las personas.

Asimismo, Enrique Bernales señala en referencia al artículo en mención que existen dos grandes teorías: La teoría de los derechos adquiridos, dice que si un acto jurídico-en este caso un contrato-se realizó al amparo de cierta normatividad, es dicha normatividad la que rige para los hechos sucesivos que se desprendan de ese contrato, aunque en el transcurso del tiempo dichas reglas originales sean modificadas o derogados por otras. Los derechos adquiridos son, entonces, los de regirse por un acuerdo de voluntades que se tomó como válido en el momento de ser establecido. Por otro lado, señala la teoría de los hechos cumplidos sostiene que a cada hecho se le aplica la norma vigente en su momento. Entonces, si un contrato se hizo durante la vigencia de una primera norma, pero uno de los hechos que se desprenden del cumplimiento de ese contrato ocurre cuando una segunda norma distinta derogó a la primera entonces se deberá aplicar la segunda y no la primera norma.

En este sentido no podemos olvidar que la teoría de los hechos

cumplidos es comprendida en el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil. En este sentido la voluntad de contratar es válida para las partes.

Artículo 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 someterlo a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. (Bernaes, 1996, p. 318). En el presente artículo se puede determinar que el mismo Estado autoriza y garantiza que las controversias se pueden someter aún arbitraje, el artículo 62° y 63° de la constitución señala el camino de manera clara, siendo las partes de manera voluntaria someterse a la jurisdicción del arbitraje, aunque se discute mucho si tiene o no jurisdicción.

Artículo 139° Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. El artículo en mención determina que la constitución otorga una jurisdicción al arbitraje, para que las partes puedan solucionar sus conflictos de naturaleza contractual, haciendo una interpretación a los artículos 62°,63° y 139° el Estado fomenta el Arbitraje como una alternativa de solución de conflictos distintos al poder judicial.

En este orden, nuestra Constitución señala reconoce la jurisdicción arbitral, que en la actualidad se discute de manera continua su

jurisdicción, pero faculta a las partes a que pueden recurrir al arbitraje para resolver sus controversias. En esta línea señala Matheus El Arbitraje se justifica en la autonomía volitiva en orden a suscribirse el acuerdo o convenio arbitral de sometimiento al arbitraje; y, desde esa perspectiva, el convenio arbitral como expresión de la autonomía de la voluntad se tipifica como un negocio jurídico antes que como un contrato productor de obligaciones. En este sentido para recurrir al arbitraje parte de la voluntad y consentimiento de las partes en un negocio jurídico contractual.

El Convenio Arbitral

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o que pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial es señala el (artículo 9 de la LGA) En esta línea Soto Coaguila (2008) señala que el “convenio arbitral es indispensable para dar nacimiento al arbitraje. Mediante su estipulación las partes someten sus conflictos a la competencia de un tribunal arbitral”. (p.11).

Es preciso señalar que la cláusula arbitral tiene cinco ejes fundamentales y que de acuerdo a Fernando (2008) es la siguiente:

- (i) una clara descripción de cuáles son los conflictos sometidos a arbitraje, (ii) el acatamiento a la decisión del árbitro que deriva de ese adverbio “definitivamente” y por ello resulta esencial, (iii) la

designación correcta de la institución(confieso que alguna vez me han hecho reír los abogados con designaciones insólitas de instituciones inexistentes, que dejen el pacto de arbitraje pendientes de un hilo que se corta en cualquier momento),(iv) el número de árbitros pero allí agrego que debemos expresar si será uno o serán tres, y finalmente (v) el procedimiento de elección de dichos árbitros establecidos en forma muy clara. (p. 201).

Como puede determinarse, los elementos principales del arbitraje son muy importante para la jurisdicción arbitral, debido a que el arbitraje cuenta con una jurisdicción reconocida en la Constitución, en este sentido, el arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se puede apreciar que el Estado fomenta mucho el arbitraje en temas de contrataciones con el Estado.

Ahora bien, en su Artículo trece de la Ley General del Arbitraje señala sobre el convenio arbitral que es un acuerdo que las partes someten sus controversias al arbitraje, en esta línea la Ley define al convenio arbitral de manera expresa como un acuerdo. Ahora bien, por acuerdo se entiende que las partes expresan su libre voluntad de acordar como resolver sus controversias y si están pueden someterse a la jurisdicción arbitral.

Para otros autores, señalan que al arbitraje se inicia con el consentimiento de las partes, y ese acuerdo genera derechos y obligaciones en materia contractual, debido a que las controversias pueden surgir en cualquier momento de la ejecución del contrato

celebrado por las partes, en este orden, una fijada la vía arbitral las partes renuncias de manera definitiva a la jurisdicción judicial para resolver controversias.

Asimismo, para Matheus el convenio arbitral, antes que un contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes. El arbitraje se justifica solo en la autonomía negocial de quienes suscriben el convenio arbitral, pese a la existencia de dos teorías básicamente contrapuestas, la llamada naturaleza jurisdiccional del arbitraje de un lado y de otro la contractual, lo que importa, es la actividad del árbitro que resuelve la controversia.

Ahora, para la suscripción del convenio arbitral en una persona jurídica debe estar totalmente facultado para iniciar un arbitraje o debe estar en estatuto de la Empresa. En este orden el convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales y son los siguientes según el profesor Matheus;

El llamado efecto positivo que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones. Con la invocación del convenio arbitral como excepción se reafirma la competencias de los árbitros y se acoge el “principio de competencia de la competencia”- Kompetenz Kompetenz- dirigido a evitar que las controversias sometidas a su “competencia”- la del

árbitro en entienda- puedan ser sustanciadas a través de la competencia que pueda atribuirse a la jurisdicción estática en base a que el árbitro posee competencia para decidir sobre la inexistencia, nulidad y caducidad del convenio arbitral. (p. 47).

En palabras simples, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, con una jurisdicción establecida en la Constitución. En esta misma línea es la voluntad de las partes de juega un rol fundamental para el desarrollo del arbitraje. Ahora bien, los árbitros son designados por las partes y son persona privadas y no necesariamente tienes que ser abogado, pues dicho árbitro emitirá un laudo, pero debemos señalar que este Laudo arbitral carece de coercibilidad.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo y diseño de investigación

3.1.1 Tipo de Investigación

Existen una diversa variedad de tipos de investigación, en ese sentido, las discusiones para aceptar los diferentes tipos, las discusiones nos proponen situaciones imprecisas en, formas, enfoques y estilos. Entonces podemos decir que en síntesis y desde un enfoque semántico, los tipos son métodos ya establecidos para alcanzar el conocimiento adecuado.

La investigación realizada para la que se logre concretar el trabajo hecho por el investigador, es de tipo no experimental, en ese sentido podemos argumentar que, es un trabajo de investigación en donde hacemos notar situaciones tal y como se dan en su entorno natural, para después analizarlos y llegar a conclusiones certeras.

En nuestro trabajo se ha aplicado una metodología de enfoque cuantitativo, teniendo en cuenta que se ha hecho el uso del cuestionario a las personas y que asimismo de dicho resultado se le ha aplicado la estadística y las matemáticas mediante el programa de SPS y asimismo de tipo básico por lo que se busca entender los hechos teóricos ya determinados

3.1.2. Diseño de investigación

Con relación al diseño de investigación, señalamos que es básicamente para obtener respuestas a los interrogantes y comprobar con la hipótesis

planteada en el presente trabajo y señala que nuestro trabajo se centra en un diseño de investigación Descriptivo, debido a que busca describir y analizar de manera general cómo se manifiesta los hechos, cuáles son las principales características descritas y sus consecuencias principales del tema de investigación. Es explicativa, porque analiza exhaustivamente y explica cómo ocurre un fenómeno y en qué condiciones se desarrolla la investigación

3.2. Población y Muestra

3.2.1. Población

En lo que refiere a población de una investigación podemos decir que esta se encuentra conformada por todos los elementos, así como personas y objetos que son parte del fenómeno que fue determinado y delimitado en el estudio del problema de nuestra investigación.

Ahora, en relación a la población en la investigación ha sido conformada básicamente por abogados especializados en arbitraje, gerentes generales, que representa una porción considerable y de forma adecuada del cual se obtendrá resultados e información muy importante para la investigación. El presente trabajo es de muestreo de base no probabilístico, debido a que es necesaria la opinión de especialistas destacados, cuya muestra se determina de Muestreo Aleatorio simple con un margen de error en un 10%.

3.2.2. Muestra

En lo que refiere a la muestra podemos argumentar que es o viene a ser un subconjunto exactamente específico, adecuado y que tiene validez de la población, es decir, un conjunto de personas, sucesos, circunstancias, objetos, etc., de los mismos que se recopilará o adjuntará los datos.

Dado que para la confiabilidad y sostener resultados coherentes y consistentes se ha determinado a nuestro juicio que sustenta en dos ejes principales de inclusión y exclusión.

Inclusión: Abogados especializados en materia de Arbitraje, gerentes de empresas. En la exclusión se encuentran, los abogados que no son especializados en arbitraje, estudiantes de derecho, profesionales que no se dedican a la investigación en campo del derecho y afines entre otros.

3.3. Hipótesis

3.3.1. Hipótesis General

La imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el estado vulnera el principio básico del arbitraje que es la voluntad, de las partes.

3.3.2. Hipótesis Específica

La imposición de la cláusula arbitral genera consecuencias perjudiciales para las partes.

La aplicación de medidas legales de disposición de información y lineamientos pormenorizados genera consecuencias positivas entre las partes.

3.4. Variables – Operacionalización

Se entiende por variables a las características o algunas cualidades de una realidad planteada que son muy susceptibles de asumir valores, y pueden tener una ligera variación, en determinados casos puede tener un valor fijado de manera determinada. Algunos autores señalan que es muy complejo medir una variable.

Identificación de las Variables

En la presente investigación se obtuvo datos de los dominios de los siguientes valores.

A= Variables de la realidad

- A1= La imposición de la cláusula arbitral
- A2= Genera la vulneración y genera la indefensión y el quebrantamiento del principio básico del Arbitraje la libertad de decidir.

B = Variables del Marco Referencial

- B1 = Planteamientos Teóricos
- B2 = Normas

X = Variables del Problema

- X1 = La imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado.
- X2 = Ilegitimidad

La variable X: La práctica ilegítima de la imposición de la cláusula arbitral en Contrataciones con el Estado.

La Variable Y: Vulnera la voluntad de la parte sometida a contratar con el Estado.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación; se ha utilizado el método explicativo debido que explicamos la relación causal de la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado, no solo perseguimos describir el problema que genera controversia, sino buscamos encontrar las causas que general el problema.

Lugar y periodo de investigación

El presente trabajo se realizó en el Estado Peruano y una población definida, en el agosto del 2016 hasta junio del 2017.

Procedimiento y análisis estadístico de los datos.

Finalmente, los datos analizados en el presente trabajo y cuadros fueron elaborados y presentados utilizando los programas de MS EXCEL, y el procesador de texto WORD 2007, y el programa de POWER POINT para la presentación y el SSPS para obtener datos certeros.

El trabajo versa sobre un tema netamente jurídico y debido a que en el campo del Derecho predomina los análisis cualitativos; de manera lógica y hermenéutico, apoyados en las diversas posturas teóricas y jurídicas y hemos centrado todas nuestras fuerzas en la normatividad vigente y las

teorías sentadas por los diferentes autores y reiteramos que en nuestro trabajo predomina el análisis cualitativo como puede apreciar en el desarrollo del marco teórico.

3.5 Técnica e Instrumentos de investigación

Las técnicas que se aplicaron en el trabajo realizado son las siguientes que a continuación se detallan.

Primero; Técnicas de encuesta. - consiste en medir por medio de esta técnica que a la vez nos permitirá obtener una respuesta en relación de nuestras variables, y las encuestas realizadas a los profesionales de Arbitraje.

Segunda: Técnica de la entrevista: Esta técnica consiste en realizar un contacto directo con la persona entrevistada para obtener un resultado más certero en la búsqueda de nuestros datos y a la vez estos serán procesados

Tabla 1

Tabla en referencia a los modelos de técnica, instrumento, ventajas y desventajas.

TÉCNICA	INSTRUMENTO	VENTAJAS	DESVENTAJAS
ENCUESTA	Cuestionario	Se puede aplicar a un grupo extenso	Que la información recibida es aparente
ENTREVISTA	El investigador	Comunicación directa entre el investigador y el entrevistado	El tiempo a realizar la entrevista es muy corto

Elaboración propia.

3.5.2 Instrumentos

Los instrumentos que se dieron uso en esta tesis, fueron cuestionarios, los cuales estuvieron conformados por preguntas cerradas. Ahora con respecto a la entrevista, el instrumento fue el investigador pues es el quien se encargo de realizar y elaborar las

preguntas, y recabarlas, estas preguntas fueron realizadas de manera personal.

3.5.2.1 Cuestionario

A través de este instrumento, las preguntas fueron detalladas y específicas, en ese sentido decimos que las preguntas formuladas a los diferentes encuestados, fueron sobre el hecho de investigación.

3.5.2.2 Observación de campo

Observación de campo; mediante este instrumento, se alcanzó reconocer aquellos hechos que son capaces de ser interpretados.

Así podemos argumentar, que este instrumento nos permitió sistematizar las experiencias para luego observar los resultados.

CAPÍTULO IV
RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Resultados

4.1.1. Procesamiento y descripción de gráficos

El instrumento que se ha utilizado para la recopilación es una encuesta diseñada con el apoyo del asesor metodológico y temático sujeta a mejoras, vale enfatizar que por la naturaleza del presente trabajo la investigación que los resultados alcanzados y que son materia de debate y análisis no determina los elementos que son parte de la discusión, conclusiones y resultados en cuanto es de tipo no experimental. En tal sentido dicha información es sólo referencial o complementaria.

Son un total de 05 tablas, 05 gráficos y la descripción del mismo de cada uno de ellos que contiene toda la información valiosa que aporta para la obtención de las conclusiones.

Tabla 2

¿Se impone la cláusula arbitral al momento de suscribir el contrato en contrataciones con el Estado?

ENCUESTADOS	RESPUESTAS	PORCENTAJE
SIEMPRE	18	60%
NUNCA	2	7%
ALGUNAS VECES	5	17%
POCAS VECES	5	17%
TOTAL	30	100%

Elaboración propia.

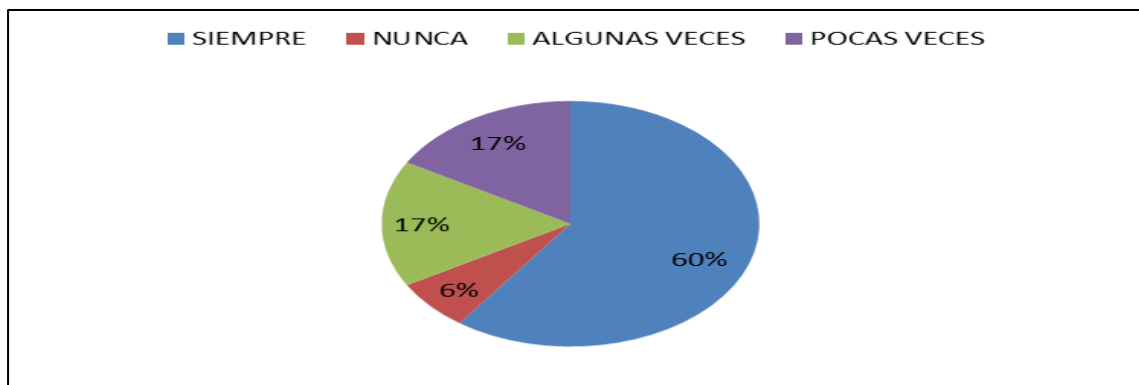


Figura 1. Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 01.
Elaboración propia.

Descripción: En la Tabla 1 se registra que del total de encuestados, considera usted que en la actualidad se impone la cláusula arbitral al momento de suscribir el contrato en contrataciones con Estado. el 60% señala siempre, frente al 17% que refiere algunas veces, frente al 17% que refieren pocas veces y frente aún 6% que señala que nunca.

Tabla 3

¿Se afecta la libertad contractual al momento de imponer la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado?

ENCUESTADOS	RESPUESTAS	PORCENTAJE
SIEMPRE	23	77%
NUNCA	1	3%
ALGUNAS VECES	4	13%
POCAS VECES	2	7%
TOTAL	30	100%

Elaboración propia.

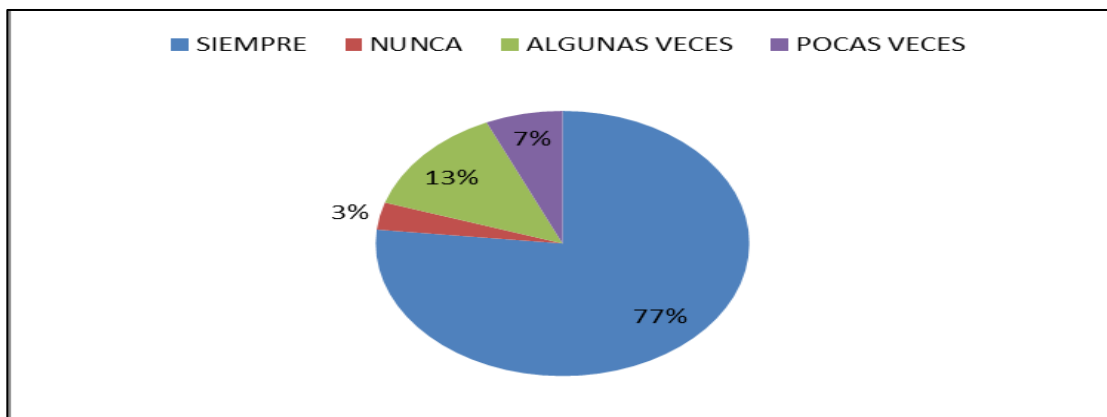


Figura 2. Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 02.
Elaboración propia.

Descripción: En la Tabla 3 se registra que, del total de encuestados, considera usted que se afecta la libertad contractual al momento de imponer la cláusula arbitral en Contrataciones con el Estado. el 77% señala siempre, frente al 13% que refiere algunas veces, frente al 17% que refieren pocas veces y frente aún 3% que señala que nunca.

Tabla 4

¿En contratos con el Estado la cláusula arbitral ya se encuentra estipulada?

ENCUESTADOS	RESPUESTAS	PORCENTAJE
SIEMPRE	25	83%
NUNCA	2	7%
ALGUNAS VECES	2	7%
POCAS VECES	1	3%
TOTAL	30	100%

Elaboración propia.

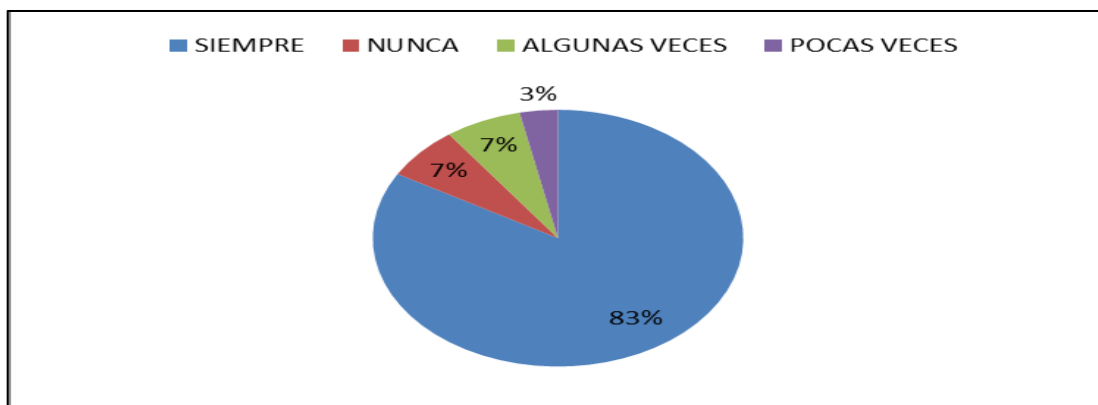


Figura 3. Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 03.
Elaboración propia.

Descripción: En la Tabla 4 se registra que del total de encuestados, considera usted que en contratos con el Estado la cláusula arbitral ya se encuentra estipulada en los contratos sin el consentimiento de la otra parte, el 83% señala siempre, frente al 07% que refiere algunas veces, frente al 07% que refieren nunca y frente aún 3% que señala que pocas veces.

Tabla 5

¿considera usted que falta más difusión sobre el arbitraje en Contrataciones con el Estado sobre todo a nivel de Empresas?

ENCUESTADOS	RESPUESTAS	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	3	10%
MAS O MENOS	1	3%
NO HAY INTERES	2	7%
TOTAL	30	100%

Elaboración propia.

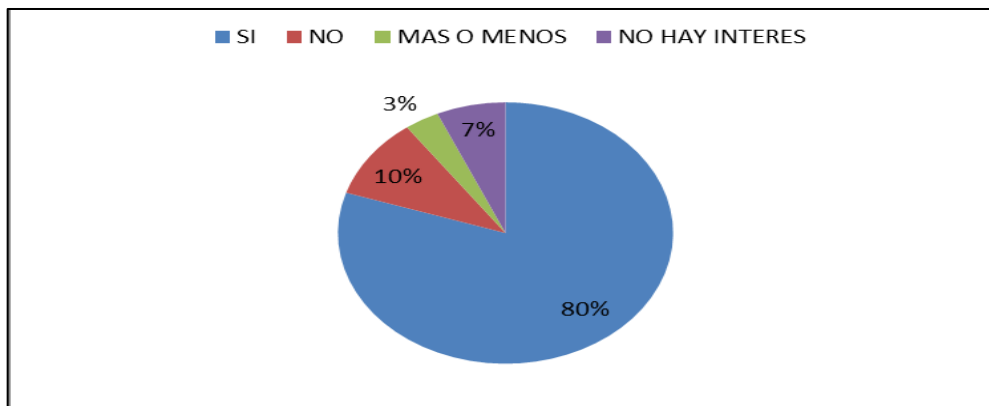


Figura 4. Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 04.
Elaboración propia.

Descripción: En la Tabla 5 se registra que del total de encuestados, considera usted que falta más difusión sobre el arbitraje en Contrataciones con el Estado sobre todo a nivel de Empresas, el 80% señala si, frente al 10% que refiere NO, frente al 07% que refieren que no hay interés, y frente aún 3% que señala más o menos.

Tabla 6

¿En la actualidad el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos es muy eficaz?

ENCUESTADOS	RESPUESTAS	PORCENTAJE
SI	5	17%
NO	22	73%
MAS O MENOS	1	3%
POCAS VECES	2	7%
TOTAL	30	100%

Elaboración propia.

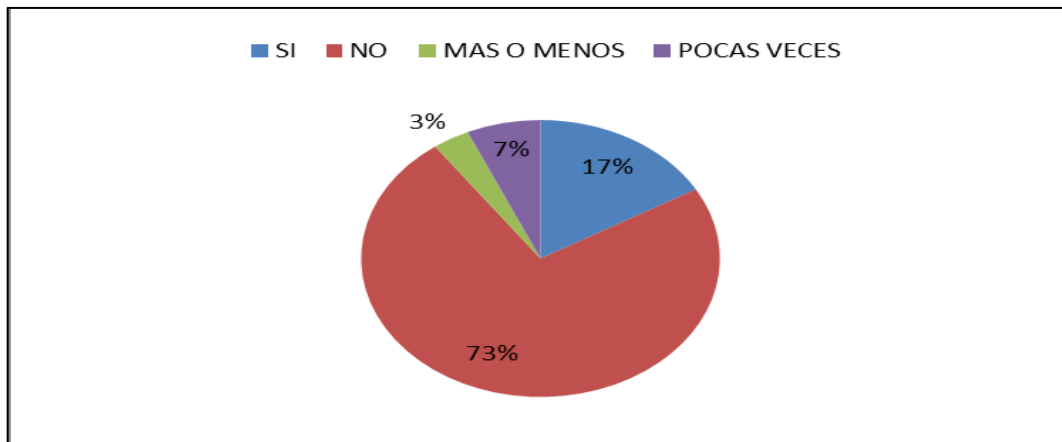


Figura 5. Resultados en porcentaje en relación a la pregunta 05.

Elaboración propia.

Descripción: En la Tabla 6 se registra que del total de encuestados, considera usted que En la actualidad el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos es muy eficaz, el 73% señala NO, frente al 17% que refiere SI, frente al 07% que refieren que pocas veces, y frente aún 3% que señala más o menos.

4.2. Discusión de Resultados

En esta etapa se realizó el análisis de la información alcanzada, con el mero propósito de comprobar las hipótesis y el logro de los objetivos establecidos en el presente trabajo, para lo cual se procesó la información empírica, procediéndose de la siguiente manera:

La **Hipótesis general** del presente estudio de la siguiente manera: Se determinó que la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado, genera la vulneración del principio básico del arbitraje, la libertad contractual y esto genera indefensión; y, en consecuencia, corresponde fijar lineamientos para poner la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado al momento de la suscripción, también la regulación en las bases del concurso.

Cuando hablamos de la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado, no hay duda que la parte afectada es la Empresa que suscribe el contrato por no saber el alcance de la cláusula arbitral y esto provoca una indefensión a la empresa la que suscribe el contrato, en cuanto surge una controversia a raíz del contrato suscrito, la parte automáticamente renuncia al fuero jurisdiccional del Poder Judicial para hacer valer sus derechos. Pero la responsabilidad es del Estado en cuanto en todo tipo de contratos y las bases señala que será el arbitraje para resolver cualquier conflicto entre las partes. En este sentido se determinó que el tema específico de la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado, es necesario fijar lineamientos para el establecimiento de la cláusula arbitral y fijar todo sus ventajas y

desventajas a la Empresa que contrata con el Estado, para que puedan estar bien informada de los alcances de la cláusula arbitral, y no se deja en indefensión a la empresa.

Hi: Hipótesis Específica: Se determinó que el hecho de no contar con un lineamiento para la cláusula arbitral en contrataciones con el Estado, afecta de manera directa a la parte perjudicada que desconocía el arbitraje. En este sentido hay una responsabilidad directa del Estado por no informar correctamente de los alcances del arbitraje para solucionar una controversia, en este sentido si el Estado no brindo la información necesaria sobre la cláusula arbitral la parte perjudicada antes de la suscripción del Contrato puede optar el Órgano jurisdiccional a fin de hacer valer sus derechos es decir en el Poder Judicial.

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

PRIMERO: En definitiva, la imposición de la cláusula arbitral genera indefensión a la otra parte en cuanto no tiene la información necesaria que regula el arbitraje, y el hecho imponer el arbitraje vulnera la libertad contractual de manera libre y voluntaria. En este sentido ya no estaríamos expresando nuestra voluntad contractual sino la imposición por parte del Estado a dilucidar futuras controversias en la vía arbitral.

SEGUNDO: Difundir el arbitraje en contrataciones con el Estado, brindando todas las facilidades a efecto que las empresas que desean contratar con el estado sepan cuál el alcance de la cláusula arbitral en un contrato. Asimismo, bajo el principio básico de la libertad contractual las partes deben llegar aún acuerdo sobre el sometimiento al arbitraje las futuras controversias que pueden suscitar.

TERCERO: En la actualidad el arbitraje no se encuentra difundido en su totalidad, la gran parte de las empresas que licitan con el estado desconocen por completo la vía arbitral, por ende, la cláusula arbitral. Las empresas al momento que surge la controversia recién se percatan de los alcances del arbitraje, cuando ellos deberían saber antes que firmar el contrato.

CUARTO: Asimismo, falta que en la actualidad el arbitraje va mostrando señal de debilidad e ineficiencia al no poder ejecutarse los laudos emitidos por los árbitros o Tribunales Arbitrales, en este sentido el arbitraje en la actualidad no sería un mecanismo efectivo de resolver una controversia

puesto que siempre para su ejecución de los laudos se tiene que acudir al Poder Judicial para su ejecución.

5.2. Recomendaciones

PRIMERO: Todas las entidades del Estado deben implementar lineamientos para la cláusula arbitral y buscar una modificación el momento de suscribir un contrato con el Estado y este debe informar de manera correcta dentro de todos los alcances posibles. Por la cual se deberá proponer al congreso un proyecto de ley; en donde se deje sin efecto las imposiciones y se plantee conocimiento general de las cláusulas arbitrales en contrataciones con el estado.

SEGUNDO: Se debe brindar una facultad coercitiva a los árbitros a fin de que puedan ejecutar los laudos arbitrales, para que el arbitraje cumpla con su rol principal de un mecanismo alternativo de solución de conflictos y que sea de manera eficaz.

TERCERO: Establecer una Página web; en donde se pueda verificar las funciones y efectos de las cláusulas arbitrales que esté controlado por el Ministerio de Justicia, y de esta manera se pueda prevalecer la libertad consensual del contrato; y asimismo funcione también de registro de árbitros e instituciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Aguilar F. (2008); *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima, Perú:
Instituto Peruano de Arbitraje.

Bernal Torres, C (2006); *Metodología de la investigación* (2ª ed.).
México: Editorial Leticia Gaona Figueroa

Bernales Ballesteros, E. (1996); *La Constitución de 1993* (2ª ed.). Lima,
Perú: ICS Editores.

Cantuarias, F. (2007), *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima,
Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

De la Puente y Lavalle M. (2005). Convenio Arbitral. En: Arbitraje on
Line. *Boletín jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la
Cámara de Comercio de Lima*, 3 (6).

Diez, P. (2011). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (3ª ed.).
Barcelona: Editorial Ariel

García Toma, V. (2008); *Los derechos fundamentales en el Perú*. Lima,
Perú: Editorial; Jurista Editores E.I.R.L.

- Heinz. (2001); *Nueva guía para la investigación científica*. México: Editorial Planeta Mexicana S.A de C.V
- Landa Arroyo; C. (2010); *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Ledesma Narváez; M. (2007); *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- MacLean, R. (2005); *Una justicia para el habitante común*. Lima, Perú: Universidad Privadas de Ciencias Aplicadas.
- Matheus, C. (2006); *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Lima, Perú: Semper Veritas Ediciones.
- Ramos. (2011). *Como hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Editorial Grijley. S. R.L.
- Sampiere, C. (2010); *Metodología de la Investigación*. México: Editorial S.A. DE C.V.
- Soto Coaguila, C. (2008); *Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley N° 26572. En arbitraje Comercial y Arbitraje de*

Inversión: El Arbitraje en el Perú y en el Mundo. Lima, Perú:
Ediciones Magna.

Soto Coaguila; C. (2008); *El Arbitraje en el Perú y el Mundo.* Lima,
Perú: Instituto Peruano de Arbitraje.

Tamayo, T. (2003). *El proceso de investigación científica.* Valderas:
Limusa Noriega Editores.

Tesis

Maldonado (2010). *Algunas Consideraciones sobre el Convenio Arbitral insuficiente* (Tesis para optar el Título de Abogada). Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec>

Martínez, (2007). *Algunas consideraciones sobre la cláusula Arbitral desde la Legislación Colombiana y mexicana* (Tesis para optar el grado de magister), Repositorio de la Universidad Iberoamericana de México. Recuperado de www.bib.uia.mx

Madueño (2016). *Retos y perspectiva del Arbitraje de Consumo en el Perú* (Tesis para optar el grado de Magister). Repositorio de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas de Lima. Recuperado de www.repositorioacademico.upc.edu.pe

Córdova (2013). *¿arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios* (Tesis para optar el Título de Abogado). Universidad Católica del Perú, Lima

ANEXOS

PROYECTO DE LEY

Los congresistas de la república que suscriben (...) en ejercicio del derecho a iniciativa, en la formulación de leyes que le confiere el Art. 107 de la constitución Política del Perú y los Artículos 74 y 75 del reglamento del Congreso de la República pone consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de Ley.

El congreso de la República, ha dado

La ley siguiente

Que se incorpore en el Decreto Legislativo 1071 (que norma el arbitraje), en el título II del convenio arbitral, los siguientes artículos:

Artículo 13 A.- Dejar sin efecto la imposición de la cláusula de arbitraje, para que el convenio arbitral se establezca a razón del conocimiento personal de las partes en especial de la parte privada de todo el procedimiento de ejecución arbitral, para la verificación de su pro y su contra, evitándose de esta manera cualquier abuso de derecho.

Artículo 13 B.- Que los arbitro sean personas del ámbito jurídico social y que estén registrados en el Ministerio de Justicia, debiéndose crear un portal web en donde se visualice a dichas personas y las instituciones de arbitraje, para ver su habilitación, debiéndose estar este portal a conocimiento de toda la población.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

1.- Importancia del conocimiento personal del procedimiento de ejecución del convenio arbitral para su establecimiento.

Que en todo caso como la imposición de un convenio arbitral se ha demostrado que trae consigo problemas entre las partes aún más teniendo presente que la parte privada se ve afectado por el desconocimiento de dicha imposición y de su ejecución arbitral, en razón del procedimiento de tal manera que esta imposición ha generado un abuso de derecho, lo cual debe corregirse.

En la actualidad la imposición de la cláusula arbitral en contrataciones con el estado en el Perú actualmente una práctica muy difundida y no se justifican su imposición en las licitaciones hechas por el estado, debemos

tener claro que el arbitraje, es un medio alternativo de solución de conflictos y como se puede observar en la abundante doctrina sobre la voluntad de las partes y por medio del cual las partes renuncian al fuero judicial, es decir renuncian a la tutela que el estado brinda a través del Poder Judicial.

Asimismo, en la última década se ha presentado un gran número de laudos arbitrales ante los registros públicos, habiéndose identificados casos, en los que las decisiones arbitrales han sido pasibles de falsificación, afectándose en algunos casos la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del registro, la misma que constituye una de las garantías del sistema Nacional de los registros públicos.

2.- EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LOS PRESENTE ARTÍCULOS EN LA PRESENTE NORMA.-

En el presente proyecto en donde se incorpora estos artículos de la cláusula arbitral con conocimiento público y el control de los árbitros, mantendrá el contexto del Decreto Legislativo 1071; por lo que no afecta disposiciones ni principios constitucionales y registrales a partir del día siguiente de su publicación.

3.- ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO. -

La aceptación de esta propuesta, no producirá gastos al tesoro público, por el contrario, va permitir la correcta aplicación de la institución arbitral teniendo una clausula arbitral consensual y de conocimiento general dejando de lado las imposiciones; asimismo que el control de árbitros e instituciones permitirá la transparencia en los procesos de arbitraje y asimismo en los actos registrales.