

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO



Análisis de los cuestionamientos actuales al arbitraje

Breve explicación de cómo las reglas IBA pueden ser herramientas para dar mayor transparencia al sistema

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR

Chirinos Ravenna, Ana Francesca

ASESOR

Albán Peralta, Walter Jorge

2021

RESUMEN

Se observa en el Perú un incremento sostenido del número de arbitrajes en contrataciones con el Estado, por lo que es cada vez más trascendente el interés público que subyace en ello. Por ende, las disputas del arbitraje se tratan bajo el escrutinio de la sociedad en general y lamentablemente, casos como el de Orellana e investigaciones como las realizadas a raíz de Lava Jato han puesto en materia de discusión la transparencia del arbitraje.

Por ello, el objetivo de este artículo es contribuir un poco más al entendimiento de la realidad arbitral de modo que se hagan más observables ciertas realidades del arbitraje peruano y se identifiquen preliminarmente algunos aspectos susceptibles de mejora como son las designaciones de los árbitros y el deber de revelación. También, se plantea una propuesta primigenia de marco normativo usando como base las reglas del International Bar Association (en adelante IBA) y teniendo en consideración características propias de nuestro contexto.

Cabe mencionarse que esta investigación es en su mayoría de metodología dogmática, ya que usa normativa, doctrina y jurisprudencia para fundamentar el razonamiento. Sin también se presentan cifras y datos obtenidos de estudios e informes jurídicos para dar solidez a la argumentación. Una de las conclusiones principales es que dada la existencia de materias especializadas con pocos profesionales en dichos campos y de un creciente número de arbitrajes los parámetros numéricos de las IBA deben ser modificados para que puedan ser herramientas idóneas para nuestro sistema jurídico.

SUMMARY

A sustained increase in the number of arbitrations in contracting with the State is observed in Peru, so the public interest underlying this is becoming more transcendent. Therefore, arbitration disputes are dealt with under the scrutiny of society in general and, unfortunately, cases such as the Orellana case and investigations such as those carried out as a result of Lava Jato case have put the transparency of arbitration under discussion.

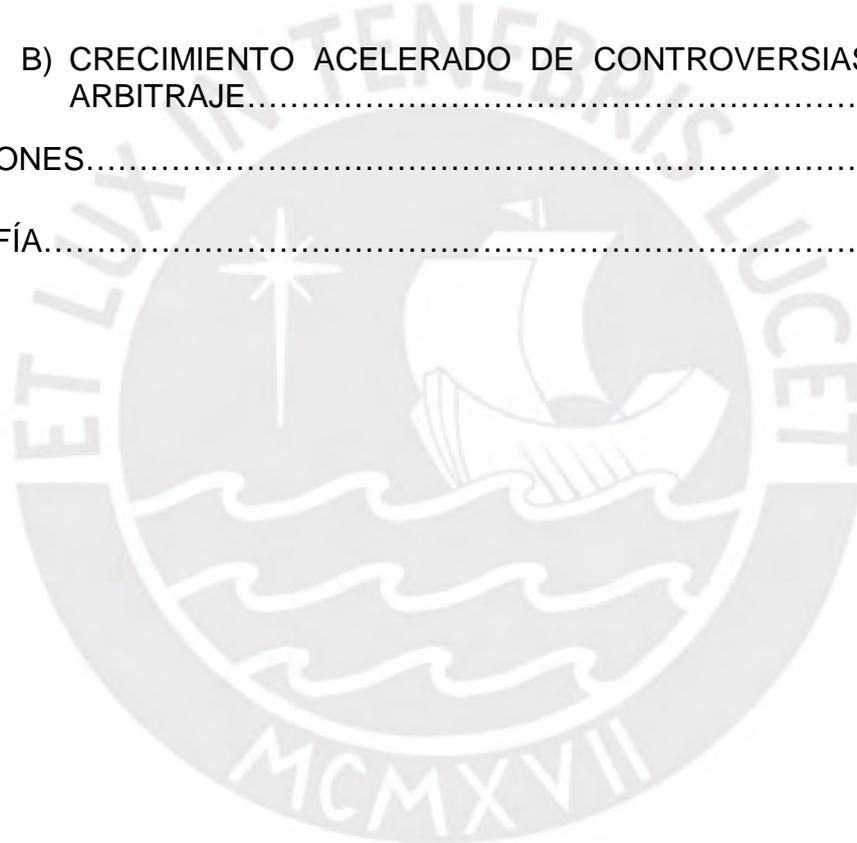
Therefore, the objective of this article is to contribute a little more to the understanding of the arbitration reality in such a way that certain realities of Peruvian arbitration become more observable and some aspects susceptible to improvement are preliminarily identified, such as the appointments of the arbitrators and duty of disclosure . Also, an original proposal o normative framework was made using as a basis the rules of the International Bar Association (hereinafter IBA) and taking into account characteristics of our context.

It should be noted that this research is mostly dogmatic methodology, since it uses legislation, doctrine and jurisprudence to support the reasoning. Also, figures and data obtained from legal studies and reports are also presented to give strength to the argument. One of the main conclusions is that considering the existence of specialized subjects with few professionals in these fields and a growing number of arbitrations, the numerical parameters of the IBA must be modified so that they can be suitable tools for our legal system.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	6
II.	MARCO TEÓRICO-NORMATIVO.....	8
II.1.	ANTECEDENTES.....	8
II.2.	BASES TEÓRICAS DEL ARBITRAJE.....	10
II.2.1.	¿QUÉ ES EL ARBITRAJE?.....	10
II.2.2.	LA REALIDAD DEL ARBITRAJE PERUANO.....	10
	A) ¿ES INSTITUCIONAL O AD HOC?.....	11
	B) ¿QUIÉN PIERDE CON MÁS FRECUENCIA EL CONTRATISTA O EL ESTADO?.....	13
II.3.	BASES NORMATIVAS DEL ARBITRAJE	15
II.3.1.	MARCO NORMATIVO DEL ARBITRAJE.....	15
II.3.2.	MARCO NORMATIVO DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO.....	17
	A) LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO, LEY N° 30225.....	17
	B) EL REGLAMENTO DE LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO.....	19
III.	CUESTIONAMIENTOS AL ARBITRAJE Y PROPUESTA PRIMIGÉNIA DE SOLUCIÓN CENTRADA EN LAS IBA.....	19
III.1.	PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS QUE SE HACEN AL ARBITRAJE.....	20
III.1.1.	DESIGNACIÓN FRECUENTE DE LOS ÁRBITROS POR LAS MISMAS PARTES.....	20

III.1.2. RELATIVIZACIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN.....	22
III.2. PROPUESTA DE MEJORA DEL ARBITRAJE PERUANO EN BASE A LAS REGLAS IBA.....	23
III.2.1. BREVE EXPLICACIÓN DE LAS REGLAS IBA.....	23
III.2.2. CÓMO SE PODRÍA MEJORAR EL ARBITRAJE USANDO LAS IBA ADAPTADAS A NUESTRA REALIDAD.....	27
A) TEMAS ESPECIALIZADOS Y POCOS PROFESIONALES QUE DOMINEN ESAS MATERIAS.....	29
B) CRECIMIENTO ACELERADO DE CONTROVERSAS QUE VAN A ARBITRAJE.....	30
IV. CONCLUSIONES.....	32
V. BIBLIOGRAFÍA.....	34



I. INTRODUCCIÓN:

La etapa de ejecución de los contratos al igual que cualquier actividad humana no está exenta de desacuerdos es ante esta posibilidad que el Estado reconoció en la Carta Magna de 1979 y posteriormente, en la Constitución de 1993, la jurisdicción arbitral como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

De la misma forma, el Perú desde 1998 por medio de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, consagró al arbitraje y a la conciliación como herramientas obligatorias para la solución de controversias en el ámbito de las contrataciones con el Estado.

Cabe precisar que el contexto peruano es de carácter excepcional, debido a que nuestro país es el único que instauró la obligatoriedad de la institución jurídica del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos para el conglomerado del apartado público (Albán, 2008). Ello a su vez facilitó el aumento del número de arbitrajes de forma exponencial y contribuyó a que las disputas del arbitraje se tratarán bajo el escrutinio no solo de los actores del mundo arbitral sino también bajo el de la sociedad en su conjunto al estar en disputa un interés público.

Lamentablemente, casos como el de Orellana e investigaciones como las realizadas a raíz de Lava Jato han puesto en materia de discusión la transparencia del arbitraje. Por ende, es necesario entender en qué consisten los cuestionamientos o malas prácticas que se podrían estar dando en esta institución para dar alternativas de perfectibilidad al sistema.

El objetivo de este artículo es contribuir un poco más al entendimiento de la realidad arbitral especialmente en temas de contrataciones públicas. De tal forma que se puedan hacer más observables ciertas realidades del arbitraje peruano y se identifiquen preliminarmente algunos aspectos susceptibles de mejora que merecen especial interés como son el tema de las designaciones de los árbitros y el deber de revelación.

En adición a ello, se planteará una propuesta primigenia de mejora usando como base las reglas International Bar Association (en adelante IBA) y teniendo en consideración características propias de nuestro contexto.

Esta investigación es en su mayoría de metodología dogmática, ya que se usa normativa, doctrina y jurisprudencia para fundamentar el razonamiento. No obstante, también se emplean cifras y datos obtenidos de estudios e informes jurídicos serios y confiables sobre la materia.

Es pertinente esclarecer que al igual que toda investigación tiene limitaciones, la principal es que la mayoría de las fuentes son de naturaleza virtual y que los informes usaron laudos del 2003 - 2013. Sin embargo, el uso de estos datos responde a que no hay investigaciones de índole cualitativo recientes que den valores tan confiables sobre el tema; por ende, son las más fidedignas para ser analizadas en este artículo.

Asimismo, otra limitación propia de la investigación es la brevedad de la misma, ya que este es solo un artículo académico que trata de dar una perspectiva acotada de una problemática mucho más compleja y delicada. Por lo que la propuesta de alternativa de solución usando las IBA ameritaría un trabajo mucho más amplio que en esta oportunidad solo se explicará de forma acotada.

A continuación, se planteará primero el marco teórico-normativo de la institución del arbitraje. Segundo, se brindará un desarrollo sobre dos cuestionamientos que se hacen al arbitraje, la designación de los árbitros y el deber de revelación.

Tercero, se dará una propuesta preliminar de mejora en la regulación para el arbitraje peruano vinculado al uso de las IBA adaptadas a los parámetros de nuestro contexto. Por último, se presentarán las conclusiones a las que se llegó luego del análisis.

II. MARCO TEÓRICO-NORMATIVO:

En este apartado se dará un marco teórico-normativo, enfocado en los antecedentes, la definición de arbitraje, la realidad del arbitraje en el país y el sustento normativo de la figura arbitral.

II.1. ANTECEDENTES

Como antecedente cabe mencionarse que, con la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 que fue promulgada en el año 1996, y que se guió por los parámetros de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional del 21 de junio del año 1985, lo que se hizo fue crear una disposición normativa que convirtiera en más accesible la utilización del arbitraje, en comparación a las anteriores regulaciones en dicho ámbito (Cantuarias, 1996). Este fue uno de los primeros grandes avances en la materia y sentó las bases para que; posteriormente, se colocara en la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley N° 26850 la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias cuando se trate de temas en los que la discusión desembocase en un interés público.

Tal como menciona Carolina Gamarra, “para los conflictos surgidos desde que se inicia la ejecución del contrato, sea por razones de incumplimiento contractual o por interpretación del contrato, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha establecido una vía obligatoria en la cual las partes deben someterse a una conciliación o arbitraje, según lo acordado” (2009).

Esta particularidad del sistema peruano que establece el deber de ir a arbitraje en controversias que impliquen como una de las partes al Estado se sustenta en la especial protección que se debe dar al interés que protege cualquier entidad perteneciente a los órganos de gobierno, ya que este interés es de naturaleza pública y; lógicamente, amerita un mayor grado de transparencia y cuidado.

El arbitraje concebido como obligatorio en temas de contrataciones tal como indican Guzmán Barrón, Zúñiga y Seminario, es un fenómeno propio del marco

regulatorio peruano, ya que el Perú es el único país que por regla de aplicación general somete a discusión en arbitraje las controversias de sus contratos sean de bienes, de servicios o de obras (2016). Esta especificidad es relevante y se vincula fuertemente con el hecho de que se quería generar cambios en el sistema arbitral de modo que se favorecieron las inversiones en el país al hacer más atractivo el sistema de resolución de conflictos que se poseía.

Esto se hace evidente en la cita de Córdova referente a la Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje, la cual indica que las modificaciones que se plantean en la nueva ley estaban direccionadas a incrementar la competitividad de nuestro país como sede de procesos arbitrales, de tal forma que pudiese escogerse al Perú como un lugar idóneo para arbitrar gracias a un marco normativo seguro y predecible, que respondiese a estándares de índole internacional (2013).

Entonces, la consagración del arbitraje como obligatorio en controversias derivadas de contrataciones con el Estado respondía a razones prácticas como una creciente necesidad de inversión y una mejora indispensable que afianzarse la evolución del sistema normativo acorde a las perspectivas internacionales.

Asimismo, es necesario tener presente que el arbitraje cuando implica al Estado involucra un interés público por lo que es aún más delicado el tema de cómo se resuelven este tipo de controversias y cuáles son los lineamientos que los árbitros usan para cumplir con su labor de forma objetiva.

Los cambios en la normativa, aunque adecuados en su mayoría, obviaron el hecho que el arbitraje es una figura jurídica creada para ser usada entre privados. Por lo que en temas de contrataciones con el Estado resultó forzado obligar a organismos del gobierno a participar de forma similar a la de un privado en la disputa de controversias. Para entender mejor esta premisa se requiere definir qué es en sí el arbitraje y cuál es la realidad de sus cifras en nuestro país.

II.2. BASES TEÓRICAS DEL ARBITRAJE

Dada la delicadeza de la materia arbitral y la importancia de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos en temas de contrataciones con el Estado es preciso desarrollar, aunque sea de forma escueta las bases teóricas de esta institución.

II.2.1. ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE?

El arbitraje es conceptualizado por Montero, Ortells y Gómez como una figura jurídica de carácter heterocompositivo, en la cual una tercera persona elegida por un convenio previamente establecido por las partes resuelve de forma objetiva y justa la controversia que se funda en intereses jurídicos. Siempre que la materia sea de naturaleza arbitrable al ser integrante de la esfera de libre disposición de las personas (1995).

Tal como se desprende de la cita antes expuesta, el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos en el cual un tercero resuelve la controversia y es escogido por la autonomía de las partes. Además, el conflicto se enraíza en intereses relevantes jurídicamente que se encuentran en contraposición.

Ello, es una muestra de cómo esta institución jurídica responde de forma primordial a conflictos de índole privada; no obstante, dada la obligatoriedad actual del arbitraje en temas que involucren al Estado se hace evidente e imprescindible un análisis de cómo es que se está desarrollando en la práctica esta figura. De modo que se aprecia cuántos arbitrajes son de temas que impliquen al Estado, cuántas veces pierde este, si es mayor la proporción de arbitrajes institucionales u *ad hoc*, entre otros aspectos que se profundizarán enseguida.

II.2.2. LA REALIDAD DEL ARBITRAJE PERUANO

En este punto me centraré en los resultados obtenidos en un estudio del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante CARC PUCP) que trata el tema de las tendencias del arbitraje

en contrataciones públicas. También, se usará la información obtenida por la Contraloría General de la República (en adelante Contraloría) en un informe sobre la misma temática.

A) ¿ES INSTITUCIONAL O AD HOC?

Según el estudio realizado por el CARC PUCP, a diferencia de lo que acontece en otros países, en donde hay mayor cantidad de arbitrajes institucionales respecto al arbitraje *ad hoc*. Es *sui generis* que en el caso peruano en temas de arbitraje en la contratación pública esto es totalmente inverso, ya que el 71.8% de los arbitrajes en materia de contratación pública son de tipo *ad hoc* (2014).

Esta particularidad del Perú llama la atención ya que; otra vez, pone como objeto de observación el carácter único del arbitraje en el país. Asimismo, resulta interesante, ya que tal como menciona dicho estudio el arbitraje del Estado posee dos características muy particulares.

La primera es que en él se discuten controversias relativas a incumplimientos contractuales de bienes y fondos de origen público y; segundo, en él participan funcionarios públicos, que representan al Estado, (...) por lo que evidentemente existe un interés público en las decisiones que en este arbitraje se produzcan (2014).

Entonces, dada la importancia de este interés público resulta peculiar que no existan mecanismos que permitan esclarecer y dar aún más transparencia a ciertos cuestionamientos que se hacen actualmente al arbitraje en general y en especial al de contrataciones con el Estado y que ponen en tela de juicio la transparencia del mundo arbitral, sobre todo después de los escándalos de Orellana y Lava Jato.

En concordancia con los resultados obtenidos en el estudio del CARC PUCP, el análisis de la Contraloría indica que en “la evolución del empleo de los tipos de arbitraje para el periodo 2003-2013, se observa que si bien el arbitraje *ad hoc* a nivel acumulado es el que concentra el mayor porcentaje de los laudos (62%), el

arbitraje institucional a partir del año 2010 hasta el año 2013 muestra un crecimiento sostenido, siendo la tasa de crecimiento promedio anual de 46%. De 110 arbitrajes en el año 2010 pasaron a registrar 340 arbitrajes en el año 2013” (2014).

En otros términos, los resultados muestran como el porcentaje de arbitrajes *ad hoc* en temas de contrataciones con el Estado es mayor en comparación con el de arbitrajes institucionales; no obstante, hay una tendencia hacia que se aumente progresivamente el número de arbitrajes institucionales que se realizan. La opinión mayoritaria y la adoptada por la Contraloría es que el crecimiento relevante del arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc*, sería resultado de que el arbitraje institucional compone una herramienta de resolución de conflictos más confiable.

Debido a que cuenta con procesos previamente establecidos a los cuales las partes se someten libremente. De la misma forma, la Contraloría considera que al estar a cargo de instituciones especializadas con árbitros seleccionados se contribuye a que las partes de la relación contractual escojan este tipo de arbitraje para garantizar la calidad de los resultados bien fundamentados contenidos en los laudos y la posterior ejecución, de los mismos, disminuyendo las posibilidades de que se someta el laudo a anulación (2013).

Esta tendencia del arbitraje pone en realce la búsqueda de una mayor transparencia en la resolución de controversias por medio del arbitraje. Esto me ayuda a plantear que dado el contexto actual de cuestionamientos al arbitraje por la forma en que se cumplen con lineamientos de objetividad en la resolución de casos y la designación de los árbitros. Sería pertinente replantear ciertos aspectos del arbitraje de modo que se dé aún más confianza a las partes y a los sujetos involucrados sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros.

En el arbitraje es imprescindible no solo ser ético sino parecerlo a los ojos de las partes, ya que esta figura jurídica se basa primordialmente en la confianza (Rodríguez, 2020). Es así, como considero que sería adecuado modificar ciertos

aspectos como el deber de revelación y la designación dando mayor claridad sobre cómo llevarlos a cabo en la práctica jurídica.

B) ¿QUIÉN PIERDE CON MÁS FRECUENCIA EL CONTRATISTA O EL ESTADO?

Retomando el tema de los mitos sobre el arbitraje es necesario poner en discusión la premisa sobre quién es el que pierde más en arbitraje en materia de contrataciones con el Estado.

El informe del CARC PUCP, contundentemente indica que no siempre pierde el Estado y que dicha idea es completamente errónea, lo evidencia de la siguiente forma:

“Existen dos tendencias claras: El Estado “gana” el 24.8% de los arbitrajes en los que es demandado, pues no se le ordena realizar pago alguno, en otras palabras, paga 0%. Solo en un 35.4% de las veces en que es demandado el Estado es condenado a pagar del 81% al 100% del monto que se le demanda, es decir que debe pagar la totalidad o casi la totalidad de lo que se le demanda. El resto de las veces el Estado es condenado a pagar solo del 20% al 80% de lo que se le demanda, pero aquí los porcentajes en que esto ocurre no superan en ningún caso el 7% de las veces. A todas luces la famosa afirmación acerca que el “Estado pierde todos los arbitrajes” es absolutamente errónea” (2014).

Es decir, el Estado resulta vencedor en un 24.8% de los arbitrajes que fueron revisados en la investigación del CARC PUCP, y no hubo ningún tipo de pago en ellos. Respecto a los arbitrajes en los que se le condenó el pago no fue por cuantías altas respecto a lo demandado por el contratista, entonces, no se podría considerar que el Estado siempre pierde en términos absolutos, sino que se le condena al pago, pero este no es representativo en comparación con lo solicitado en la demanda.

La Contraloría señala sobre el mismo tema que “de la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003 - 2013, el Estado ha obtenido

resultados desfavorables en el 70% (1969) del total de laudos. Los resultados favorables solo representan el 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transaccionales” (2013). Estos porcentajes a primera vista al igual que los del CARC PUCP, muestran que el Estado cuantitativamente pierde más; no obstante, de la misma forma que en el otro estudio es necesario ahondar en el tema de los montos que verdaderamente se llegan a pagar.

Es así como la Contraloría afirma que se llegó a la conclusión que “de los 1969 laudos arbitrales con resultado desfavorable para el Estado en el periodo 2003 - 2013, se ha determinado que el Estado debió realizar un pago total de S/. 1128 millones, de los cuales el 89% corresponde a pretensiones diversas (S/. 1005 millones), es decir a pretensiones económicas distintas a la de indemnización por daños y perjuicios (como, por ejemplo, el pago de liquidaciones de obra, mayores costos, mayores gastos generales, enriquecimiento sin causa, ampliación de plazo, entre otros)” (2013).

Entonces, se observa que, aunque el Estado aparentemente pierde en mayor cantidad de arbitrajes los montos por los que responde en la realidad son en su mayoría por pretensiones diversas. Lo que significa que el pago que se realiza no es por todo lo solicitado en las diversas demandas de los contratistas o por daños y perjuicios, sino por otro tipo de pretensiones.

Lo antes mencionado, muestra como la premisa de que el Estado siempre pierde en arbitraje es falsa. Además, cabe precisar que no necesariamente el mecanismo de solución de controversias del arbitraje es el culpable de que el Estado pierda, sino que existen causas estructurales que convergen y dan lugar a dicha situación.

La árbitra Mariella Guerinoni Romero señala que entre las causas que afectan al Estado en el arbitraje se encuentran errores del área usuaria al plantear requerimientos especialmente en temas muy técnicos, problemas en la gestión de contratos por parte del Estado, deficiencias en consultas, logística, carencia en el empoderamiento, capacitación y de respaldo de procuradores, entre otros (2014).

Es así como se puede afirmar que el Estado no es el gran perdedor en el arbitraje y que los montos que se pagan en la práctica responden a pretensiones diversas. Además, todo ello se debe a la multiplicidad de deficiencias que lamentablemente afectan al Estado en su funcionamiento normal.

Por lo que no es una realidad que el arbitraje sea un mecanismo perverso y falto de transparencia que va contra el interés público como se ha afirmado a raíz de los escándalos de Lava Jato o las malas prácticas de Orellana. Sino que más bien el arbitraje al igual que todo es perfectible y tiene que evolucionar para poder lograr su fin que es la paz social, justicia y la resolución adecuada de conflictos.

II.3. BASES NORMATIVAS DEL ARBITRAJE

En esta sección del artículo se explicará a grandes rasgos en que consiste el marco normativo actual del arbitraje y en específico del arbitraje en contrataciones con el Estado. De tal forma que se puedan sentar las bases para analizar con posterioridad los cuestionamientos al arbitraje y la propuesta de cambio en base a las reglas IBA.

II.3.1. MARCO NORMATIVO DEL ARBITRAJE

La normativa sobre el arbitraje peruano usa como principal base la tercera ley de arbitraje, también denominada el Decreto Legislativo N° 1071. Esta norma ha sido modificada en parte por el Decreto Legislativo N° 1231. Por lo que a continuación se profundizará que indica este marco jurídico sobre el tema del arbitraje enfocándonos en las designaciones y el deber de revelación que son dos de los ámbitos en los que más se cuestiona al arbitraje.

En primer lugar, cabe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1071 estipula algunos parámetros para los dos temas que se cuestionan en el arbitraje; sin embargo, considero que no son tan claros al establecer cuáles son los lineamientos por los cuales se designa a un árbitro o las circunstancias en las que

se debe dar mayor información a las partes ante la posibilidad de un conflicto de intereses.

En el arbitraje es usual que las partes adopten voluntariamente las reglas del IBA para guiarse en temas del deber de revelación. Retomando, el análisis de la tercera ley de arbitraje se puede vislumbrar que en artículos 22 al 26 se establecen criterios para el proceso de designación del tercero que resolverá el caso. No obstante, no se ahonda en los temas de ética que estos árbitros deberían seguir si quisieran aceptar el nombramiento. Asimismo, tampoco se da un valor numérico que ayude a señalar un umbral máximo de casos que pueden aceptar con las mismas partes.

Uno de los pocos artículos que explicita el tema de la incompatibilidad de intereses en temas de arbitraje es el artículo 21 que señala que “tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas” (2008). Este artículo, aunque interesante porque coloca el tema en discusión es muy amplio y desde mi perspectiva, amerita ser complementado con una evolución normativa que atienda a los cuestionamientos actuales al arbitraje.

Cabe mencionarse que el artículo 28 inciso 1 señala que el árbitro debe “revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia” (2008). De la misma forma que en los artículos antes citados se observa que el inciso 2 afirma que el “árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.” (2008).

Como se aprecia en base a lo antes expuesto, hay un deber de revelación que el árbitro debe cumplir a cabalidad para garantizar la imparcialidad, independencia y autonomía en su actuar. Si bien es cierto que los lineamientos que da la normativa son útiles, no son tan claros al exponer las circunstancias que ameritan ser reveladas a las partes, ni la forma en que esto debe llevarse a cabo, ni lapsos de

tiempo en que debe realizarse la revelación, entre otros aspectos. Por ello, considero que sería útil esclarecer aún más el tema con modificaciones que ayuden al cumplimiento de estos deberes en el arbitraje y a la vez contrarrestan en parte los cuestionamientos al arbitraje por supuestas malas prácticas en él.

Para culminar este apartado cabe decir que el Decreto Legislativo N° 1231, realizó ciertos cambios mínimos a la ley de arbitraje. Este reformuló el artículo 20 sobre la competencia del árbitro, y el artículo 28, referente a las razones tanto de la abstención como de recusación.

Es un hecho que estas modificaciones surgieron en un contexto en el cual se comenzaba a cuestionar el arbitraje, en la que lo primordial era mejorar las garantías para lograr mayor objetividad del sistema. Esto me remite de nuevo a la necesidad de una evolución en los aspectos que aún no han sido modificados pero que también lo ameritan para aumentar la transparencia del arbitraje.

II.3.2. MARCO NORMATIVO DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Enseguida se darán algunas ideas fuerza sobre la ley de contrataciones del Estado y el reglamento de dicha norma. Se ligará la explicación a los temas de ética, de tal forma que se pueda observar aspectos relevantes para dar mayor transparencia y funcionalidad al sistema.

A) Ley de contrataciones del Estado, Ley N° 30225

La Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 que se encuentra vigente estipula en su artículo 2 los principios que rigen las contrataciones entre los que se encuentran: la libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social e integridad.

Estos lineamientos poseen como finalidad conjunta la establecida en el artículo 1, la cual es que se orienten o maximicen los recursos públicos repercutiendo en

mejores condiciones para toda la sociedad. Esto se relaciona estrechamente con la importancia de salvaguardar los intereses públicos que son de carácter general y nos conciernen a todos como sociedad.

El párrafo inicial del artículo 2 menciona que estos principios son lineamientos para la actuación de quienes intervengan como sujetos en las contrataciones con el Estado. Desde mi visión, no son lo suficientemente precisos respecto al tema ético de los árbitros. Principalmente se enfocan en las etapas del proceso de contratación *per se*, por lo que deberían ser complementados en temas como la designación de árbitros o el deber de revelación.

Es cierto que el artículo 45 da premisas sobre los medios de solución de controversias en materia de ejecución contractual e indica algunos requisitos que debe seguir un árbitro para ser designado. Además, se abordan ciertos temas éticos referentes a los lineamientos que deben seguir los árbitros como ;por ejemplo, la independencia e imparcialidad y brindar información a las partes. Sin embargo, no son lo suficientemente claros y taxativos sobre cómo debe manejarse el deber de revelación o como se lleva a cabo la designación ,especialmente, en temas en que hay pocos profesionales que dominan el área.

Esta norma nos remite al Código de Ética para el arbitraje de contrataciones del Estado, de esta manera se quiere afianzar aspectos que la ley no había fijado del todo. Dicho código en su artículo 2 trata el tema de los principios de la función arbitral, dando pautas para entender cuáles son los parámetros éticos que debe seguir un árbitro. En adición a ello, el artículo 3 de las reglas de conducta de un árbitro especifica más cuando este tercero debe abstenerse de aceptar una designación.

El artículo 4 del mismo cuerpo normativo da premisas sobre el deber de revelación y sobre la temática de los conflictos de intereses. Los artículos antes analizados, son una mejora en la regulación poniendo énfasis en temas de ética; sin embargo, aún resultan perfectibles.

El artículo 4 es adecuado; no obstante, no especifica que se debe hacer en materias en las que hay pocos árbitros que puedan conocer un tema por requerir un alto grado de especialización. Por ello, en este trabajo se quiere sustentar que las IBAs serían un mecanismo adecuado para dar una mayor claridad al arbitraje y favorecer la transparencia.

B) El reglamento de ley de contrataciones del Estado

El Reglamento de Ley de Contrataciones con el Estado ahonda en temas éticos que deben guiar el actuar de los árbitros. El artículo 231 explicita los impedimentos para ser árbitro. En la misma línea, el artículo 233 abarca el tema de la independencia, la imparcialidad y la comunicación de información que deben respetar los árbitros durante el proceso.

A continuación, el artículo 254 expresa un conjunto de supuestos en los cuales se estaría cayendo en infracciones a los deberes éticos del arbitraje; sin embargo, resulta insuficiente sobre todo ante los cuestionamientos que se están haciendo actualmente a la objetividad y transparencia del arbitraje.

Considero que sería útil para mejorar el tema del deber de revelación realizar una distinción clara entre información renunciable e irrenunciable. Para ello, la temática de los semáforos presentada en las reglas IBA podría ser una buena herramienta, ya que establece lineamientos con indicadores temporales y sobre el número de arbitrajes que puede aceptar un árbitro con las mismas partes.

III. CUESTIONAMIENTOS AL ARBITRAJE Y PROPUESTA PRIMIGÉNIA DE SOLUCIÓN CENTRADA EN LAS REGLAS IBA

En los siguientes párrafos, se centrará el análisis en los cuestionamientos que se realizan actualmente al arbitraje en el Perú y se ahondará en una propuesta preliminar para un cambio en la regulación. Asimismo, se presentará como las IBAs adaptadas a nuestra realidad serían un buen mecanismo para esclarecer temas como la designación de los árbitros y el deber de revelación.

III.1. PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS QUE SE HACEN AL ARBITRAJE

III.1.1. DESIGNACIÓN FRECUENTE DE LOS ÁRBITROS POR LAS MISMAS PARTES

Es casi indiscutible que una gran mayoría de los árbitros son personas con alta preparación técnica y por ello, son elegidos para resolver controversias. Sin embargo, es necesario ante el panorama actual de cuestionamientos lograr que se establezcan mejores estándares de transparencia que garanticen la objetividad en la designación de árbitros. De esta forma, aunque no necesariamente se eliminaría la posibilidad de que las partes y los árbitros se pongan de acuerdo para laudar en una determinada línea o de una forma específica, sí se podría garantizar un mayor nivel de imparcialidad.

Esclareciendo que partes nombran a que árbitros se podría observar si es que existen problemas en una futura designación por conflicto de intereses o simplemente por existir probabilidades de una menor objetividad e independencia al momento de resolver o laudar. Ello puede darse por razones diversas y alejadas del mal endémico que es la corrupción. Puede ser producto de la intrínseca pérdida de objetividad al ser árbitros cuya mayoría de ingresos provienen de una sola fuente; en otras palabras, de una parte, que los nombra en una gran cantidad de procesos.

Posturas como la del árbitro Alfredo Bullard en el seminario Ética vs Corrupción en el Arbitraje muestran claramente algunos de los problemas de los nombramientos frecuentes. Él indica que la designación constante puede ser indicador de muchas situaciones, la primera y la mejor es que la persona es un buen árbitro y por ello lo nombran. No obstante, ello parece tener una limitación, ya que la designación continua provoca problemáticas como que al ser nombrado constantemente se está recibiendo un flujo de dinero constante que el árbitro recibe (2016).

Esto a su vez; según Bullard, puede ser entendido como muestra de que se está perdiendo objetividad e imparcialidad. Enseguida, acota que él conoce casos de profesionales del arbitraje que han sido nombrados en 72 oportunidades por la misma parte. Lo que puede ser señal de que el árbitro está “encamisado”, en otras palabras, que se le nombra constantemente porque se ajusta a los intereses que las partes quieren proteger y no es verdaderamente objetivo. Ello debe tratar de evitarse o limitarse ya que afecta la imagen del arbitraje (2016).

Tal como se colige de la cita antes parafraseada, el nombramiento frecuente por una misma parte puede desencadenar en una dependencia económica indirecta por el flujo de ingresos que como árbitro se obtiene. El arbitraje como mecanismo heterocompositivo y alternativo de resolución de conflictos debe buscar formas razonables y adecuadas para que se limite el tema de las designaciones frecuentes de árbitros por las mismas partes. De tal manera que se dé transparencia y se garantice la objetividad en el proceso. Además, de que se mejore la percepción generalizada sobre la razón de ser del arbitraje que es resolver situaciones conflictuales.

Es un hecho que el arbitraje se guía por la confianza depositada por las partes en un árbitro y por la autonomía privada basada en la libertad de elección. Por ende, se tienen que buscar alternativas que permitan limitar el tema de las constantes designaciones sin quitar la flexibilidad propia del arbitraje.

Autores como Gonzalo Jiménez y Lucas Osorio señalan que los árbitros nombrados por los diversas partes arbitrales no son sus “representantes” en la configuración del Tribunal Arbitral. Sino que por el contrario cuando ya han sido designados y han aceptado, entran al conglomerado del Tribunal Arbitral, por lo que absolutamente todas sus acciones se encuentran sujetas a la obligación de ser independientes e imparciales (2013).

En otras palabras, los árbitros nombrados por las partes no son personas que velan por los intereses propios de la parte que los designó, sino que están en la obligación de ser autónomos y libres en su actuar durante todo el proceso. El nombramiento de un árbitro se debe basar en las cualidades éticas y su capacidad

técnica que pueda contribuir a la resolución de un caso. Por ende, resulta indispensable que se establezcan mecanismos que eviten una dependencia económica que afecte la integridad de la persona que acepta ser el árbitro.

III.1.2. RELATIVIZACIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN

Tal como se ha evidenciado en los apartados referentes al marco normativo del deber de revelación, si bien está siendo regulado, dicho marco normativo resulta insuficiente debido a la complejidad propia de esta obligación. Si bien es un hecho que las reglas del IBA son pactadas por las partes para normar los arbitrajes, esto no es obligatorio y lo que prima es la libertad de autodeterminación del árbitro.

El autor Carlos Alberto Matheus señala respecto a este deber que revelar la información cumple primordialmente una función de carácter preventivo que quiere disminuir los futuros riesgos de recursos como la anulación y que ello se sustente en supuestos incumplimientos o problemas con la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro. Pues, para que se cumpla esto ante los ojos de las partes imprescindible la plena claridad sobre los vínculos que el árbitro pueda mantener con los sujetos involucrados en el proceso (2010).

Entonces, es un hecho que el deber de revelación previene futuros conflictos evitando la falta de transparencia entre las partes. Por ello, es necesario que se dé más taxatividad a esta situación de modo que se facilite qué información revelar y bajo qué circunstancias, disminuyendo la posible asimetría informativa que se pudiese dar entre las partes.

El autor Róger Rubio menciona tres requisitos que se deben tener en consideración cuando se realiza una declaración correspondiente al deber de revelación. En primer lugar, indica que esta debe ser **oportuna**, y esto no solo hace referencia a que se de en el momento preciso en cuando se nombra y se acepta al árbitro, sino también apenas aparezca cualquier situación de conflicto de interés, o que pudiese generar la duda en las partes sobre el deber independencia o imparcialidad en cualquier etapa del proceso.

En segundo lugar, esta información debe ser **completa** indicando tanto factores numéricos, como cuántas veces han sido designado por qué partes, con quienes compartió tribunal y en que posiciones, qué abogados participaron en qué procesos, incluyendo representantes, considerando los bufetes de abogados, con fechas, entre otros. El doctor afirma que siempre se insiste en esos temas, pero a veces aun así hay ocasiones en que las declaraciones que se obtienen que no son en todos los casos buenas. Por último, la revelación tiene la obligación de ser **específica**, lo que significa que deben evitarse imprecisiones, vaguedades de modo que las partes puedan evaluar y sopesar la información que se les da (2013)

Se desprende de los planteamientos antes expuestos, que la revelación debe abarcar todos los supuestos que sucedieron antes del proceso o que acontezcan durante él y que puedan poner en tela de juicio la imparcialidad del árbitro como persona idónea tanto en el ámbito ético como profesional para resolver un caso.

Dada la dificultad propia de saber qué información revelar y en qué momento se ha favorecido un contexto en el cual algunos sujetos del mundo arbitral han comenzado a relativizar este deber de revelación de tal forma que favorecen sus propios intereses y no los de las partes.

El deber de revelación como se ha estado realizando en los últimos tiempos ha llevado a cuestionamientos afectando el arbitraje; por lo que desde mi visión sería adecuado crear reglas similares a las IBA en el Perú para mejorar la forma en la que esta obligación es cumplida por los árbitros en nuestro país.

III.2. PROPUESTA DE MEJORA DEL ARBITRAJE PERUANO EN BASE A LAS REGLAS DEL INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA)

III.2.1. BREVE EXPLICACIÓN DE LAS REGLAS IBA

Los nombramientos frecuentes de los mismos árbitros en casos como los de Lava Jato u Orellana generaron fuertes críticas al arbitraje y revelaron que es menester normar la materia un poco más con el fin de disminuir los riesgos de esta figura sea utilizada negativamente por personas cuyos fines son contrarios al sistema

jurídico. Esta preocupación también se hace observable en las IBA cuando se señala que en el ámbito nacional y en el arbitraje internacional hay un deseo de que no se compliquen los procesos arbitrales por constantes acusaciones sin fundamento contra los árbitros. Aunada a la necesidad de que la legitimidad del procedimiento no sea perjudicada por la inseguridad y carencia de uniformidad en los estándares de objeciones, recusaciones y revelaciones (IBA, 2014, p.10).

Así es que considero oportuno el explicitar qué deben los árbitros revelar para evitar conflictos posteriores y , de este modo, lograr que se conserve la eficiencia del procedimiento. Entre los problemas de la flexibilización de la obligación de informar a las partes y los nombramientos frecuentes de un mismo árbitro se destacan los conflictos de intereses. En el ámbito de los arbitrajes internacionales, las normas del IBA señalan lo siguiente:

En primer lugar, (a) el árbitro debe rechazar su designación en caso de poseer dudas sobre su independencia o imparcialidad y, si manifestara dichas dudas iniciado el proceso, debe negarse al continuar desempeñando ese papel (IBA, 2014, p.14). En otras palabras, si se presenta una duda razonable a su independencia o imparcialidad como árbitro, debería abstenerse de proseguir en el caso; sin embargo, ciertas veces se desconoce el rol público que tiene la solución de la disputa y se prefieren los intereses económicos e individuales por lo que sería necesario con cambios y mayor taxatividad en la normativa evitar que se pueda relativizar la revelación.

En segundo lugar, las normas del IBA estipulan que (b) rige el principio de abstención en caso de surgir posterior al nombramiento, escenarios en los que un tercero con buen juicio y con conocimiento de los hechos importantes del asunto considera la existencia de dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, salvo que las partes aceptaran al árbitro conforme a lo establecido en la norma general número 4 de la IBA (IBA, 2014, p.14).

De modo que, si durante el arbitraje acontece un hecho que imposibilita consumir los deberes éticos que el rol de árbitro implica, lo recomendable es abstenerse. No obstante, en algunos casos, en la práctica, los árbitros no informan de ello, y

son las partes quienes elaboran recusaciones ante el conflicto de intereses o cuando consideran que se está desvirtuando el proceso.

En tercer lugar, se deben revelar (c) las circunstancias por las que un tercero con buen juicio y con conocimiento de los hechos del asunto concluye que la decisión del árbitro se ve influenciada por factores diferentes a los méritos del caso presentados por las partes y son estimadas justificadas (IBA, 2014, p.14). El hecho de que las partes tengan la posibilidad de plantear recusaciones ante situaciones que son posibles causales de incompatibilidad con el fin de solucionar un caso es adecuado. Sin embargo, ciertas veces el problema de una mala revelación de información y posterior desencadenamiento de una recusación puede afectar el proceso.

Por ello, se debe crear una normativa en la que de manera objetiva se coloquen supuestos que permitan determinar cuándo se requiere que el árbitro se abstenga, informe, que es disponible, renunciante entre otros puntos relevantes.

Para Felipe Osterling la confianza depositada en los árbitros está relacionada a sus cualidades profesionales, técnicas y, sobre todo, con su moral. Es decir, su independencia e imparcialidad, la primera es verificable porque se refiere a la relación objetiva, ya sea personal o profesional, entre el árbitro y una de las partes. La segunda, es más difícil de comprobarla porque es abstracta, ya que es un estado mental: que implica la ausencia de todo sesgo al resolver una controversia (2007). El cumplimiento del deber de revelación es la forma en que se comprueba la transparencia y objetividad en el resolver del árbitro.

Respecto al deber de revelación del árbitro este tiene la potestad de sopesar si existen hechos que deban revelarse. Asimismo, considerará si el arbitraje acaba de iniciar o si está en una fase avanzada del proceso (IBA, 2014, p.14). En otras palabras, es innecesario que frente al menor conflicto de intereses se revele toda la información, sino que el árbitro tiene la facultad para precisar el grado de relevancia de la información a revelar; no obstante, dados los cuestionamientos actuales considero que sería mejor dar lineamientos propios que ayuden a saber cuándo se debe revelar que información como árbitro.

Del mismo modo, la *Cour d'appel de París* ha indicado que el árbitro debe revelar a las partes toda circunstancia que afecte su juicio y provoque en la mente de las partes una duda razonable sobre su imparcialidad e independencia, los cuales son la médula de la función arbitral (2009). Las normas y la judicatura francesa han revelado que es menester conservar la imparcialidad e independencia de los árbitros mediante el deber de revelación. No obstante, en Perú, temas similares recién están recibiendo mayor importancia hace un tiempo.

Sin embargo, ciertos autores ya se habían percatado en la necesidad de una regulación más fuerte y clara en el arbitraje. Felipe Osterling señala que los deberes de los árbitros de revelación y declaración disminuyen la desventaja informativa de las partes para evaluar la capacidad de los árbitros que solucionarán sus controversias. No obstante, cuánta y qué información se considerará suficiente para satisfacer este fin es, debido a su cuantía y elevada subjetividad, una materia controvertida (Osterling, 2014). El primordial problema del deber de revelación es la determinación de qué información es obligatoria para su cumplimiento óptimo, debido a la discrecionalidad que se deja en el tema.

En la actualidad, hay listados que actúan como un semáforo que orientan la toma de decisiones y, por ende, aseguran una competencia mayor. Estos son listados de circunstancias (roja, naranja y verde) que pueden originar un conflicto de intereses (Ezcurra, 2015). Considero que este mecanismo es un buen modo para decidir qué información es necesaria para alcanzar un procedimiento que respete la ética. Sin embargo, se carece de sanciones, fiscalizaciones u obligaciones en su uso, lo cual impide que posean efectividad real, por ello, desde mi perspectiva debería regularse el arbitraje empleando como base estos semáforos.

Similar a un semáforo de tránsito (a) en el listado rojo se consideran las circunstancias en que nadie es capaz de ser juez y parte en simultáneo. Por ejemplo, no se puede designar árbitro al gerente general de una parte que se someterá al arbitraje. En este caso, de ningún modo se elimina el conflicto de intereses (Ezcurra, 2015). Considero que, en este listado, se deberían poner supuestos de imposibilidad de desempeñarse como árbitro en un procedimiento,

tales como relaciones familiares directas o ser representante de una empresa determinada.

Posteriormente, (b) en el listado naranja se consideran las circunstancias que según las partes provocan dudas sobre la imparcialidad. Estas circunstancias se deben revelar, y si en 30 días no se presenta una objeción, se las aceptan (Ezcurra, 2015). En este listado se tendrían que agregar supuestos taxativos de lo que es una probable causal de afectación del procedimiento.

Por último, (c) en el listado verde se incluyen las circunstancias que no generan dudas acerca de la imparcialidad. Asimismo, no es necesario revelar dicha información (Ezcurra, 2015). Se consignan temas como ser ponente en un evento académico que es acerca de una materia relacionada al caso. Con todo ello, las reglas de IBA tiene potencial de resultar una herramienta útil para crear una regulación en materia arbitral siempre tomando en cuenta las especificidades de nuestro sistema, aspecto en el que nos enfocaremos en las siguientes líneas.

III.2.2. CÓMO SE PODRÍA MEJORAR EL ARBITRAJE USANDO LAS IBAS ADAPTADAS A NUESTRA REALIDAD

Las IBAs son lineamientos no normas jurídicas, por lo tanto, no preponderan frente a las leyes en vigencia y aplicables por un Estado, tampoco prevalecen sobre las reglas que las partes hayan seleccionado para un arbitraje. Sin embargo, estas reglas que fueron propuestas en el 2004 por el Comité de Arbitraje de la IBA, tenían como finalidad ser bien recibidas por la comunidad del arbitraje internacional y ayudar a la imparcialidad e independencia en el arbitraje. De tal forma que todos los sujetos involucrados en el arbitraje, las partes en conflicto, los secretarios arbitrales, los árbitros, las instituciones arbitrales, los tribunales estatales, entre otros, pudiesen usarlas de considerarlo pertinente (IBA, 2014, p.11).

Entonces, las IBAs resultan ser un mecanismo útil para lograr el cumplimiento de la autonomía y objetividad de un árbitro en su decidir; no obstante, no pueden prevalecer sobre las normas internas. Por lo que es necesario crear una

regulación propia que ayude aún más a esclarecer temas en el arbitraje nacional y que además resuelva las especificidades de nuestro arbitraje.

Tal como indica el doctor Fernando Cantuarias, nuestro ordenamiento jurídico ya ha venido adaptándose a los estándares internacionales, el marco normativo ha diferenciado entre arbitrajes a nivel nacional e internacional y ha establecido los lineamientos adecuados para la práctica del arbitraje internacional, al haber instaurado la Ley Modelo de UNCITRAL. En el Perú se vislumbra ello con la Ley General de Arbitraje, la ley N° 26572, que ha incorporado casi por completo la Ley Modelo de UNCITRAL, facilitando de esa manera la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras (1996).

Centrándonos en el tema de los arbitrajes internacionales, el Perú ha realizado cambios trascendentes para fortalecerlo; sin embargo, en el caso de los arbitrajes nacionales no se ha seguido la tendencia con la misma intensidad por lo que algunos temas como la designación y el deber de revelación ameritan una evolución normativa.

La árbitra Pierina Guerinoni afirma que en el arbitraje gran parte del proceso depende de las cualidades de los árbitros sean de carácter técnico o ético. Es innegable que en el mundo arbitral existen profesionales con gran integridad y que no permiten que situaciones atentatorias contra la transparencia del proceso ocurran. Asimismo, también considera que hay instituciones serias y prestigiosas que realizan funciones de secretaría arbitral y verifican el adecuado acontecer del procedimiento (2011).

Es un hecho que en el arbitraje hay personas que se comportan de acuerdo a la ética que se espera de ello, no obstante, considero que las reglas del IBA con ciertas modificaciones permitiría dar aún más objetividad al proceso. Al instaurarse semáforos de obligatorio cumplimiento como los IBA sobre qué información debe o no ser revelada y modificar cuantas veces una misma parte puede nombrar a un mismo árbitro disminuiría la posibilidad de que se realicen actos contrarios a los intereses que el sistema jurídico quiere proteger. A continuación, se precisarán

dos aspectos que se deberían tomar en cuenta para modificar a las IBA acorde al arbitraje peruano.

A) Temas especializados y pocos profesionales que dominen esas materias

Uno de los aspectos en los que se observa que las reglas IBA necesitarían un cambio acorde a nuestro sistema sería en el factor numérico, ya que hay materias especializadas en las que hay pocos profesionales disponibles para aceptar arbitrajes y por ende, los números que expresan las IBA serían demasiado limitantes. Es necesario tener en cuenta que la elección de una cantidad siempre es arbitraria, pero si para su determinación se viera actualmente cuántos profesionales hay en ciertos campos quizás podría lograrse una mejora regulatoria que diese transparencia al sistema sin resultar en una inflexibilidad del arbitraje.

Cabe poner énfasis en que las IBA no han desconocido del todo la existencia de un problema relativo a la cantidad de personas lo suficientemente preparadas como para dirimir controversias en el arbitraje. En el listado naranja de las IBA hay un el pie de página que expresa que “en cierto tipo de arbitrajes, como el arbitraje marítimo, deportivo o el relativo a materias primas, puede que la práctica sea escoger a los árbitros de un colectivo más reducido o especializado de personas. Cuando en un tipo concreto de arbitraje sea costumbre que las partes seleccionen repetidamente a un mismo árbitro para distintos asuntos, no será necesario poner de manifiesto esta circunstancia si todas las partes en el arbitraje deberían estar familiarizados con esta costumbre” (2014).

Esta premisa resulta sumamente reveladora, ya que muestra la existencia de materias en las que hay poca cantidad de profesionales que puedan cumplir el rol de árbitros. Por lo que las designaciones frecuentes de los mismos árbitros por las mismas partes responden a un mercado limitado y el observar este hecho *per se* como un conflicto de intereses no resultaría correcto.

Esta problemática se acrecienta aún más en el arbitraje peruano, ya que poseemos aún menos personas adecuadas para resolver diversidad de materias.

Por lo que desde mi perspectiva debería analizarse en la realidad cuantos profesionales aproximadamente son árbitros y establecerse nuevos lineamientos cuantitativos de tal forma que el factor numérico no sea tan limitante como en las IBA, pero que siga sirviendo para dar transparencia.

De tal forma que en nuestro mercado arbitral que es aún más reducido que el del arbitraje internacional, se puedan hacer aplicables estos parámetros IBA mejorando el sistema, pero sin desatender el hecho de que el arbitraje debe ser flexible pero al mismo tiempo confiable como mecanismo alternativo de solución de controversias.

El abogado Gonçalves explica que la especialización de los árbitros implica que las partes se encuentran en la libertad y la facultad de nombrar a árbitros que tienen la preparación técnica para una materia específica que está siendo controvertida. Un claro ejemplo, es el derecho marítimo o temas de *commodities*, en los que hay un reducido número de sujetos que analizan los casos (2011). En el arbitraje se ven muchas veces temas muy detallados y complejos que implican que haya pocas personas ideales para el nombramiento, entonces, hay que tener en cuenta esto para verificar el tema de las designaciones constantes de un árbitro por las mismas partes.

Entonces, las IBA adaptadas al Perú tendrían que ver los criterios numéricos para determinar cuándo un árbitro ya no debe aceptar un caso en temas especializados, debido a que hay pocos profesionales que puedan cubrir estos arbitrajes de forma adecuada. La normativa debería señalar semáforos para esclarecer las designaciones y el deber de revelación, pero en estos temas se debe tratar de ser más flexible debido a la naturaleza de estas materias tan particulares en las que hay pocas personas idóneas para resolver.

B) Crecimiento acelerado de controversias que van a arbitraje

Otro aspecto interesante que se debe tener en cuenta para adaptar las IBA sobre la designación de los mismos árbitros por las mismas partes es que en los últimos

años se ha dado un aumento de la cantidad de controversias que van a arbitraje. De tal forma que los parámetros de las IBA tendrían que responder a esta necesidad de nuestro mercado arbitral para ser realmente eficientes en el marco normativo peruano.

Autores como Marco Rodríguez, mencionan que “en los últimos años el arbitraje se ha convertido en una alternativa de gran acogida a la hora de solucionar controversias derivadas de actos jurídicos en los que las partes maximizan su autonomía de la voluntad. A diferencia de la justicia ordinaria (poder judicial) una de las ventajas relativas del arbitraje es la menor duración en su tramitación y la flexibilidad con la que se desarrollan sus actuaciones” (2014).

Es en este contexto de crecientes arbitrajes, un marco regulatorio ligado a dar mayor transparencia al sistema tendría que evaluar que dado que hay cada vez más arbitrajes también es más usual que se designe a ciertos árbitros para dirimir controversias. Por lo que no se podría colocar en nuestra normativa las mismas cifras numéricas que en las IBA, sino que tendría que adaptarlas tomando en consideración la importancia de este hecho innegable que es el aumento de los arbitrajes de forma exponencial en el Perú.

Asimismo, quisiera hacer la atinencia de que este aumento de los arbitrajes se vislumbra también en que actualmente y tal como indica Thirgood, existe multiplicidad de instituciones en materia arbitral que resuelven controversias, y esto se hace observable en la competencia honesta entre estos (2004). En otras palabras, se evidencia el aumento de sujetos involucrados en el mundo arbitral, tanto de partes que disputan temas por esta vía como de instituciones que llevan dichos procesos.

Desde mi visión este panorama también explica por qué se nombró constantemente a ciertos árbitros que ya poseían notoriedad en el mercado. Sin embargo, esto no descarta el hecho de que una normativa como la IBA podría dar más transparencia por medio de los semáforos e indicaciones más taxativas sobre cómo se debe revelar la información a las partes de modo que se mantenga siempre la objetividad ante los ojos de las mismas.

Las IBA adaptadas a nuestro contexto tendrían que dar transparencia a las circunstancias específicas en que se informa de modo que se facilite verificar cuando un árbitro está cumpliendo con la imparcialidad. A la vez tendrían que poner un nuevo límite cuantitativo de veces que pueden ser nombrados pero que no desconozca el hecho que no hay tantos árbitros en general y menos si hablamos de materias muy técnicas aunado a que hay cada vez más arbitrajes a nivel nacional. Por último, se darán una síntesis a las ideas principales del artículo y las conclusiones a las que se llegó.

IV. CONCLUSIONES

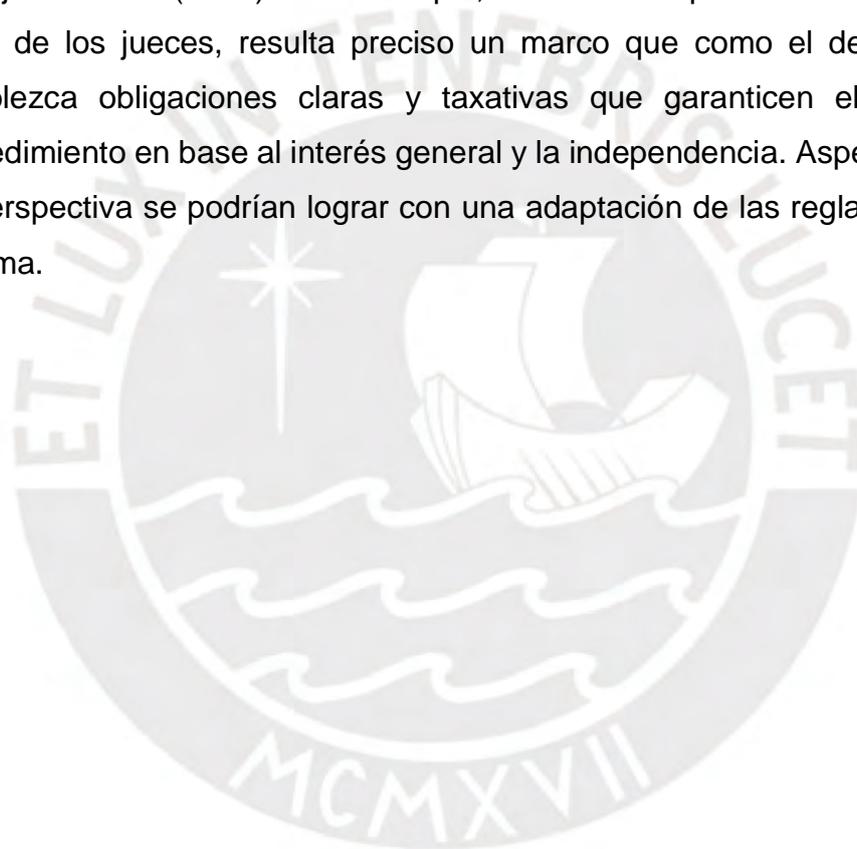
En virtud de lo antes expuesto, se puede concluir que el arbitraje es una institución jurídica de notable trascendencia y cuyo contexto normativo ha venido evolucionando. De tal forma que se ha vuelto el mecanismo alternativo de resolución de conflictos obligatorio en temas de contrataciones con el Estado. Lo que implica que muchas veces el arbitraje se resuelve respecto de intereses públicos, lo que le da una impronta de especial delicadeza y lo coloca en el centro de atención de diferentes actores de la sociedad.

Lamentablemente, en la actualidad esta figura jurídica ha venido siendo cuestionada. Motivos que provocan que en la primera parte de este trabajo se esclarezca con cifras de informes serios que el Estado no es el gran perdedor del arbitraje y que la mayoría de arbitraje es *ad hoc* pero que esto a su vez va en decrecimiento.

Cabe mencionarse que a raíz de escándalos como los de Orellana y Lava Jato, se ha provocado que temas como el deber de revelación y la designación constante de árbitros por las mismas partes sean motivo de discusión. Es en este contexto, que se propone de forma primigenia por medio de este artículo académico adaptar las reglas IBA para perfeccionar aún más la normativa y por medio de los semáforos esclarecer que se debe informar a las partes.

Asimismo, se toma en consideración que dada la existencia de materias especializadas con pocos profesionales en dichos campos y de un creciente número de arbitrajes los parámetros numéricos de las IBA deben ser modificados para que puedan ser eficaces en su fin que es dar transparencia sin quitar flexibilidad al sistema.

Tal como afirma, Antonio Merchan actualmente deriva de los cuerpos normativos una relevante igualdad entre la figura del árbitro y la del juez, en otras palabras, podemos afirmar que los árbitros se representan en la mente del legislador como unos jueces más (1981). De modo que, si los árbitros poseen facultades similares a las de los jueces, resulta preciso un marco que como el de los jueces les establezca obligaciones claras y taxativas que garanticen el desarrollo del procedimiento en base al interés general y la independencia. Aspectos que desde mi perspectiva se podrían lograr con una adaptación de las reglas IBA a nuestro sistema.



V. BIBLIOGRAFÍA

Normativa:

Decreto Legislativo N° 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Poder Ejecutivo. (2008). Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf

Decreto Legislativo N° 1231. Poder Ejecutivo (2015). Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-e-incorpora-normas-y-dispos-decreto-legislativo-n-1231-1292707-1/>

Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 (2014). Consejo de la IBA. Recuperado de <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>

Ley 30225. Ley de Contrataciones del Estado. Congreso de la República (2014). Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>

Reglamento de Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Poder Ejecutivo. (2018). Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018-EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2030225.pdf

Doctrina:

Albán, W. (28 de marzo de 2018). *Proética*. La transparencia y la contrarreforma en el arbitraje. Recuperado de <https://www.proetica.org.pe/blog/la-transparencia-y-la-contrarreforma-en-el-arbitraje/>

Bullard, A. (2006). “*Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos*”.

Revista Peruana de Arbitraje (2) Lima.

Cantuarias, F. (1996). “La Nueva Ley General de Arbitraje -Ley No. 26572”. En: *Gaceta Jurídica*, T. 25, Lima, 1996; Fernando Cantuarias Salaverry, “Nueva Ley General de Arbitraje Peruano –Ley No. 26.572”. En: *Jurisprudencia Argentina* No. 5998, Buenos Aires.

Córdova, J. (2013). *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*. (Tesis de Licenciatura, Perú). Recuperado de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/4963>

Ezcurra, H. (2015). Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses. *Ius et Veritas*, 50, 234-239. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/14817/15373/>

Gamarra, C. (2009). Reflexiones sobre la nueva ley de contrataciones del estado en materia de solución de controversias en el proceso de selección. *Círculo de Derecho Administrativo*. (7). 218-229. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14023/14645>

Gonçalves, A. (2011). *El arbitraje: ¿Qué es y cuáles son sus ventajas e inconvenientes?*. Recuperado de <https://es-static.z-dn.net/files/d07/f5e0565e96afd7f1ac335d8a6006705c.pdf>

Guerinoni, M. (17 de abril de 2011). Propuesta. La ética en el arbitraje administrativo. Recuperado de <http://edicionespropuesta.blogspot.com/2011/04/la-etica-en-el-arbitraje-administrativo.html>

Guerinoni, M. (2014). Panel de Arbitraje, Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012, Volumen 28, Estudio Mario Castillo Freyre.

Guzmán-Barrón, C; Zúñiga, R. & Seminario, C. (2016). “Ética en el arbitraje de contratación pública: problemas y soluciones”. *Arbitraje PUCP*. 94-116. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/17029/17327

Jiménez, G. & Osorio, L. (2013). Los llamados ‘Árbitros de Parte’. *Revista del Club Español del Arbitraje*, 18, 64. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4665505>

Matheus, C. (2010). “Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI”. En: *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones* 3(2). España: 2010, p. 463.

Merchan, A. (1981). *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Publicaciones de la U. De Sevilla; Utrera.

Montero, J., Ortells, M., & Gómez, J. (1995). *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Editorial Bosch.

Osterling, F. (2007) “La necesidad de unificar las normas sobre Arbitraje en América Latina como consecuencia de la globalización”. En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Conferencia%20arbitraje.pdf>

Osterling, F. (2014). “Conflicto de intereses el deber de revelación y declaración de los árbitros”. Lima. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/EI%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf>

Rodríguez, M. (2014). Panorama actual del arbitraje en la contratación estatal. *Vox Juris*. N° 27, Lima: 2014, 125-136. Recuperado de https://www.google.es/search?source=hp&ei=c7fX_aeBMTZ5gLkI4TgDQ&q=crecimiento+de+la+cantidad+de+arbitrajes&oq=crecimiento+de+la+cantidad+de+arbitrajes&gs_lcp=CgZwc3ktYWlQAzIFCCEQoAE6CAgAELEDEIMBOgUIABCxAzoCCAA6CAguELEDEIMBOgsIABCxAxDHARCjAjoLCAAQsQMqXwEQrWE6

