

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS ARBITRAJES BAJO
LAS NORMAS DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

*Una reflexión a propósito de los actos de corrupción
cometidos en sede arbitral*

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA
JURISDICCIONAL QUE PRESENTA:**

Augusto Luis Durand Díaz

ASESOR:

César Augusto Higa Silva

Lima, 2024


Informe de Similitud

Yo, César Augusto Higa Silva, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado La confidencialidad en los arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado. Una reflexión a propósito de los actos de corrupción cometidos en sede arbitral, del/de la autor(a) / de los(as) autores(as) Augusto Durand Diaz, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35.%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 15/04/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 15 de abril del 2024

.....

Apellidos y nombres del revisor: HIGA SILVA, CÉSAR AUGUSTO	
DNI: 40101071	 CÉSAR HIGA SILVA
ORCID: orcid.org/0000-0002-9842-2150	

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud a la Pontificia Universidad Católica del Perú, a la Escuela de Posgrado y a los profesores de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, sin cuyo estímulo brindado no habría sido posible materializar el presente trabajo.



DEDICATORIA

A la persona que tanto insistió en que estudie una maestría.



RESUMEN

Como punto de partida, se menciona al arbitraje como concepto, su naturaleza jurídica, los principios que les rodea y su vinculación con el orden público. Aquí aparece, una de sus características fundamentales: la confidencialidad que, por ser privada, busca resguardar el prestigio y/o reputación de las partes y de los árbitros.

Más adelante, se aborda el objetivo de esta tesis; describir y discutir una realidad jurídica en el arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado, las cuales cuentan con dos elementos propios del sector público: (i) el interés público y (ii) el principio de transparencia abarca, entre otros aspectos, el derecho fundamental a obtener la información.

En ese escenario, la confidencialidad se confronta con el interés público en esta clase de arbitrajes. Así, podemos observar que, a nivel normativo, se presenta lo siguiente:

- En la ley de arbitraje, está regulada la confidencialidad y ésta se aplica supletoriamente en las normas de contrataciones con el Estado.
- Si una de las partes es el Estado, debe primar el interés público y el buen uso de los recursos públicos; advirtiéndose que la Ley de Arbitraje es aplicable para ambas situaciones. Sin embargo, entre particulares no es obligatoria la transparencia.

Esta tensión normativa hizo que estos arbitrajes fuesen un potencial factor creador de espacios de corrupción, lo que implica considerar la posibilidad de crear un marco normativo independiente de arbitraje estatal que pueda armonizar a la confidencialidad con el interés público y el principio de transparencia bajo las normas de contrataciones del Estado.

Palabras claves: arbitraje, confidencialidad, interés público, transparencia, corrupción.

ABSTRACT

As a starting point, arbitration is mentioned as a concept, its legal nature, the principles surrounding it and its relationship with public order. Here appears one of its fundamental characteristics: confidentiality, which, due to its private nature, seeks to protect the reputation of the parties and the arbitrators.

Further on, the objective of this thesis is addressed: to describe and discuss a legal reality in arbitration under the rules of State contracting, which have two elements typical of the public sector: (i) the public interest and (ii) the principle of transparency, which even contains access to information as a fundamental right.

However, at present, confidentiality is confronted with the public interest. Thus, we can observe that, at the regulatory level, the following is present: -The confidentiality contained in the arbitration law applies supplementarily in the rules of contracting with the State. -Between private parties, transparency is not mandatory. On the other hand, if one of the parties is the State, concepts such as the public interest and the adequate use of public resources must prevail; it should be noted that the arbitration law is applicable to both situations.

This regulatory tension has made these arbitrations a potential factor creating spaces for corruption, which implies considering the possibility of creating an independent regulatory framework for state arbitration that can harmonize confidentiality with the public interest and the principle of transparency under the rules of state contracting.

Keywords: arbitration, confidentiality, public interest, transparency, corruption.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO.....	2
DEDICATORIA.....	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
ÍNDICE	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE Y SU RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	9
1.1 Concepto de arbitraje.....	9
1.1.1 Naturaleza del arbitraje	10
1.2 Características del arbitraje.....	12
1.3 Principios generales que rigen en el arbitraje	12
1.3.1 Principio de confidencialidad	13
1.3.2 Principio de autonomía de la voluntad de las partes	14
1.3.3 Principio de plenitud del arbitraje o de intervención mínima de los órganos judiciales.....	15
1.3.4 Principio de separación y autonomía del acuerdo arbitral.....	16
1.3.5 Principio de favor negotii	16
1.3.6 Principio de eficacia negativa del acuerdo de arbitraje.....	17
1.3.7 Principio kompetenz-kompetenz.....	17
1.3.8 Principio de flexibilidad	18
1.3.9 Principio de oralidad	19
1.3.10 Principio de buena fe.....	19
1.3.11 Principios éticos de la función arbitral.....	20
1.4 El arbitraje en las contrataciones públicas.....	23
1.4.1 Marco teórico de las contrataciones públicas	23
1.4.2 Ley de arbitraje.....	25
1.4.3 Antecedes y vinculación entre las normas de contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje	29
CAPÍTULO II. LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS ARBITRAJES NACIONALES, EL INTERÉS PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	35
2.1 La confidencialidad en los arbitrajes.....	35

2.1.1	Concepto de confidencialidad en el arbitraje entre particulares	35
2.1.2	La confidencialidad bajo las normas de contrataciones del Estado.....	42
2.2	El interés público y el principio de transparencia en las normas de contrataciones del Estado	45
2.2.1	El interés público: concepto.....	45
2.2.2	El principio de transparencia: antecedentes y normativa	47
	Normativa vinculada al principio de transparencia.....	48
2.2.3	Publicidad, transparencia y acceso a la información en la constitución y legislación en el Perú	51
2.3	La tensión entre la confidencialidad del arbitraje en las normas de contrataciones del Estado versus el principio de transparencia e interés público.....	54
CAPÍTULO III. EL ARBITRAJE Y LA CORRUPCIÓN.....		60
3.1	La corrupción en sede arbitral.....	60
3.1.1	Algunos casos de corrupción identificados en sede arbitral.....	60
3.1.2	Corrupción en sede arbitral peruana entre privados	63
3.1.3	La experiencia peruana de casos de corrupción vinculados a arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado, a propósito del caso Odebrecht.....	65
CAPÍTULO IV. NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO INDEPENDIENTE DE ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO.....		81
4.1	Justificación de la creación de un marco normativo independiente de arbitraje estatal	81
4.2	Criterios a considerar en pro de una nueva norma de arbitraje.....	84
4.2.1	Decreto de Urgencia 020-2020	84
4.2.2	Regulación sobre buenas prácticas en el arbitraje en contrataciones con el Estado desde la óptica de la defensa jurídica del Estado.....	86
4.3	Buenas prácticas en arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado	87
4.4	Bloque de recomendaciones.....	90
CONCLUSIONES.....		95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		97

INTRODUCCIÓN

Desde 1993, la Constitución Política del Perú otorga al Estado la autoridad para solventar sus propias disputas, cuando se han dado por una relación contractual, a la jurisdicción arbitral.

En ese contexto, a partir del año de 1998, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —Ley 26850— introdujo por primera vez que cada contrato que el Estado vaya a suscribir contenga cláusulas de solución para tipos de controversias según la conciliación, ya sea extrajudicial o arbitral; en otras palabras, se reemplazó la jurisdicción ordinaria (fuero común) por la jurisdicción arbitral; condiciones que han permanecido inalterables en el tiempo y, por el contrario, se han consolidado para dotarlo de mayor eficacia y carácter vinculante. Asimismo, se fomentó la inclusión de los principios de transparencia y del interés público, por estar en juego los recursos del erario nacional, las adquisiciones de bienes, obras y servicios.

Tiempo después, en el año 2008, se publicó una nueva Ley de Arbitraje a través del Decreto Legislativo 1071, el cual, entre otras novedades legislativas, señaló expresamente que en aquellos arbitrajes en los que tuviera participación el Estado, tanto las secuencias de actos arbitrales como el laudo serían públicos al finalizar el proceso; mientras tanto, las cuestiones materia de controversia quedaban sujetas al deber de confidencialidad.

Es así como el presente trabajo busca cuestionar si la confidencialidad regulada en la Ley de Arbitraje y aplicable de manera supletoria en las normas de contrataciones del Estado, es contradictoria a la transparencia y al interés público que debe guiar todos los actos del Estado incluyendo la jurisdicción arbitral.

Y es que, en los últimos años, se han puesto al descubierto varios casos de corrupción en sede arbitral. Por ejemplo, los casos Odebrecht. Este escenario permitió ver cómo la jurisdicción arbitral fue utilizada para cometer actos delictivos, siendo la confidencialidad un factor relevante para favorecer actos de corrupción, con las peligrosas consecuencias económicas para el país.

De esta manera, lo expuesto en los párrafos precedentes permite reflexionar, si acaso se necesita una modificación al marco normativo vigente, a fin de no repetir las malas prácticas que afectaron y/o afectan al arbitraje como institución; menoscabando sus supuestas ventajas frente a la jurisdicción ordinaria dentro de un sistema de justicia.

CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE Y SU RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 Concepto de arbitraje

El arbitraje, desde una perspectiva histórica, es una institución que nace aun antes de la existencia del Estado. Ello se explica porque el conflicto intersubjetivo es inherente al ser humano (Montaño, 2009p. 78). Como lo explica Patricio Aylwin Azocar, después de alguna evolución se empieza a renunciar al derecho de decidir disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad. Es decir, tanto el ofendido como el ofensor solicitan ante el individuo designado de común acuerdo para que se regule la composición que el segundo deberá pagar al primero; o en otros casos, ese tercero ofrece a los litigantes su mediación y los exhorta a cumplir con el arreglo pacífico. Este componedor, aunque sea el propio rey o jefe de grupo, no tiene ninguna jurisdicción obligatoria, sólo interviene en los asuntos que las partes le someten voluntariamente y no puede imponer coercitivamente sus decisiones, siendo su única fuerza, el compromiso contraído por los contendores de acatarlos. (Aylwin Azocar: 1998). Por consiguiente, si los conflictos han existido desde el inicio de la humanidad, también coexistió el arbitraje en rango temporal con el hombre hasta la creación del Estado.

Así también, desde una perspectiva doctrinal algunos autores afirman que el arbitraje constituye una instancia jurídica independiente y separada del sistema judicial (Soto Coaguila, 2008). De igual forma, es una figura jurídica que tiene como origen las actividades económicas resultantes de intercambios comerciales entre agentes particulares y en el ámbito privado. Esto es, pertenece más al Derecho Comercial o Mercantil que al Derecho Público o Administrativo, cuyas características más resaltantes son el principio de legalidad y la defensa constante de los intereses del Estado (Soto Coaguila, 2008, p. 5).

Aunado a ello, conforme a Monroy Cabra (1998), el arbitraje es una forma:

de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más personas, mediante la actuación de una o más personas [árbitro único o tribunal], los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace su función. (p. 1)

Seguidamente, para el tratadista colombiano Benetti Salgar (2001), el arbitraje es “la solución de un conflicto cuyo objeto sea transigible por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen investidura de jueces de

Estado, ni ninguna otra de carácter oficial” (p. 15).

Por su parte, la American Arbitration Association (AAA) afirma que el arbitraje es “la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria”. Asimismo, presume la presencia de un desacuerdo de intereses entre las partes involucradas, que solicitan la intervención de un árbitro en quien confían debido a su integridad y neutralidad, para que actúe como juez y resuelva la disputa (Chillón& Merina, 1978).

Sin perjuicio de lo expuesto, Narváez (2014) explica que “el arbitraje es el ejercicio de la autonomía privada de voluntad, bajo un modo heterocompositivo, en un escenario privado” (p. 30).

Por lo desarrollado, el arbitraje es una figura jurídica de naturaleza privada o mercantil que atiende a dos características esenciales para su ejercicio efectivo: i) acuerdo de voluntades: pues constituye un método alternativo de solución de controversias para los agentes privados y ii) es una jurisdicción excluyente de la ordinaria (poder judicial) puesto que, de manera voluntaria, los sujetos intervinientes en el arbitraje se someten a una jurisdicción de carácter particular y acatan lo que resuelve un tercero imparcial.

1.1.1 Naturaleza del arbitraje

Al respecto, en esencia el arbitraje se manifiesta en cuatro posturas relevantes que diversos autores desarrollan.

Teoría contractualista

La primera de ellas es la teoría contractualista, la cual atribuye naturaleza contractual al arbitraje, pues considera que el laudo emitido por el árbitro es el resultado de un contrato de mandato celebrado con las partes (Cantuarias & Aramburú, 2014, p. 30). En otras palabras, los agentes económicos tienen el derecho a resolver sus controversias como crean conveniente, obligándose a la vía arbitral pero no a las decisiones judiciales obligatorias, siempre y cuando no se vulnere el interés y el orden público (Cantuarias & Aramburú, 2014, p. 30).

En esa misma línea, Barona Vilar (2006, p. 42) explica que lo que justifica “jurídicamente la institución es el convenio arbitral [; esto es], el contrato entre las partes” y para las partes. De ahí se origina el arbitraje, y es precisamente en él donde se evidencia la voluntad de la supeditación de la discrepancia. Todo ello se realiza con el afán de conformar, de manera progresiva, el desarrollo del proceso arbitral.

Por lo tanto, el arbitraje tiene naturaleza contractual cuando nace el convenio arbitral que se plasma finalmente en un contrato (Vera Cacho, 2014, p. 44).

Teoría jurisdiccionalista

Seguidamente, en la teoría jurisdiccionalista, el Estado, como único ente con poder para conocer y fallar en un determinado asunto en armonía con el ordenamiento jurídico, delega esta potestad en los árbitros para que diriman la controversia, porque el Estado y no las partes, los autoriza para ello (Vera Cacho, 2014, p. 44).

La misma línea la argumenta Martínez Manotas, ya que explica que los árbitros son jueces que ejercitan la actividad jurisdiccional del Estado por delegación, puesto que el arbitraje es un proceso autorizado por ley (Vera Cacho, 2014, p. 44). Por lo tanto, la designación del árbitro mediante el acuerdo arbitral constituye una ampliación de las funciones del Estado por la cual el laudo se considera una verdadera sentencia.

Teoría mixta o ecléctica

En la teoría mixta o ecléctica se combinan los elementos de las dos tesis anteriores y se concluye que el arbitraje tiene naturaleza jurídica propia (Ledesma, 2014, p. 30). Este modelo considera al arbitraje en su etapa inicial como una institución jurídica de naturaleza contractual donde se impone el acuerdo de voluntades y en la etapa final, ostenta un carácter procesal público sometido al control del poder estatal (Ledesma, 2014, p. 30). Por su parte, la teoría autónoma a palabras de González de Cossío (s. f.) establece que “el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, de carácter autónomo que, en consecuencia, reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para ayudar y facilitar la consecución armónica del arbitraje” (pp. 16-17).

Teoría autónoma

Esta teoría también es denominada como teoría acerca de la naturaleza propia del arbitraje. Algunos autores consideran que esta nueva concepción sobre la naturaleza del arbitraje surge luego del devenir de los estudios que se han realizado tomando como base estas tres teorías: la contractualista, la jurisdiccionalista y la ecléctica (Vera Cacho, 2014, p. 45). Así pues, con base en los apuntes pertinentes, la Constitución Política del Perú (1993) se inclinó hacia la teoría jurisdiccionalista. Su artículo 139, inciso 1, establece:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación (Constitución Política del Perú, 1993, art. 139, inciso 1).

El arbitraje y el orden público

En la doctrina nacional y extranjera, el orden público constituye “un límite en la materia que puede ser sometida al arbitraje” (Álvarez, 2005, p. 13). Así también se considera que en la práctica se sostiene que puede ser materia de arbitraje un tema regulado por una normativa de orden público (Rivera, 2009, p. 266).

1.2 Características del arbitraje

De acuerdo con Herrera (2018), el arbitraje es consensual porque las partes seleccionan al árbitro. Asimismo, el árbitro es neutral, además el arbitraje es un procedimiento confidencial y la decisión del Tribunal Arbitral es definitiva, vinculadora y fácil de ejecutar (Herrera, 2018, p. 26).

Por otro lado, el arbitraje es una vía rápida de solución de conflictos, pues el árbitro tiene una capacidad de constatación y ponderación del conjunto de conflicto que enfrenta a las partes, de modo que su decisión puede tener presente con mayor precisión el conjunto de matices que presenta la complejidad de intereses propia de las relaciones laborales. De manera similar, el procedimiento de arbitraje puede tratar conflictos que están más allá de la jurisdicción de las autoridades públicas, como los conflictos de intereses. Seguidamente, el arbitraje es una fórmula que refuerza su efectividad en el plano de la pacificación del conflicto laboral (Cruz Villalón, 2012, pp. 123-124).

En palabras de Marianella Ledesma, el arbitraje contiene aspectos de especialidad y privacidad en el que ambos atienden a transmitir un clima de confiabilidad y se construye a partir de la posibilidad que tienen las partes para designar a los jueces que van a resolver la controversia y la confidencialidad que involucra a toda persona vinculada con el procedimiento, incluso si es ajena a las partes, como son los testigos, peritos y asesores legales (Ledesma, 2014, p. 30).

1.3 Principios generales que rigen en el arbitraje

Los principios generales del arbitraje brindan un escenario para comprender los cimientos desde donde nace la institución arbitral, el rol protagónico de las partes y su relación con los árbitros durante el proceso arbitral. Su importancia radica en que permite apreciar las enormes diferencias con un proceso judicial desarrollado en la jurisdicción ordinaria (Díaz Honores, 2019). Asimismo, los principios que guardan relación con el arbitraje, según la doctrina nacional, se dividen en: principios delimitadores del arbitraje y la jurisdicción, los principios relativos al acuerdo arbitral, los principios relativos a la función arbitral y a la relación con las partes, principios relativos al procedimiento arbitral y principios relativos al laudo arbitral (Ledesma, 2014, p. 30).

Dentro de los principios delimitadores se encuentran los mencionados a continuación.

1.3.1 Principio de confidencialidad

Este principio se encuentra establecido en el artículo 51 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 51.- Confidencialidad.

1. Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones (Decreto Legislativo 1071, art. 51).

Este artículo hace referencia a la acción de reserva en el proceso arbitral que deben tener las partes tomando en cuenta que este mecanismo no tiene un carácter irrestricto, más al contrario, pues cabe la posibilidad de que las actuaciones arbitrales de que puedan ser redirigidas al conocimiento de otras entidades indiferente del curso que tome el proceso hasta la emisión del laudo o después de él.

Sobre lo dicho, Ledesma (2014) propugna lo siguiente:

La privacidad constituye otra de las ideas fuerza del arbitraje. Ella justifica la confidencialidad que debe primar en el arbitraje, lo que implica que la información vertida en el procedimiento arbitral no debe ser revelada sin el consentimiento de quien proporcionó dicha información. (p. 29)

Mientras que autores como Díaz Honores (2019) refuerzan la idea del principio de confidencialidad, pues “este principio tiene como finalidad que todos los actores involucrados en el proceso de arbitraje guarden reserva del mismo” (p. 107). Del mismo modo, Soto Coaguila expone que “los árbitros están obligados a mantener total reserva de la información que se actúe en el proceso arbitral. En el procedimiento arbitral solo intervienen los árbitros, las partes y los abogados de las partes” (2008,p. 30).

1.3.2 Principio de autonomía de la voluntad de las partes

Se trata de un principio que conforma uno de los pilares más importantes del arbitraje y se manifiesta mediante el acuerdo arbitral, toda vez que, son las partes quienes deciden no someterse a la jurisdicción ordinaria y elegir el arbitraje como la herramienta que permite solucionar controversias.

Al respecto, el Tribunal Supremo de España, en el ATS 112/2002 del 7 de octubre de 2003, en su sexto fundamento de derecho, señala la importancia de la autonomía de la voluntad en el arbitraje:

El contenido del orden público internacionalmente considerado, no menos cierto es que la misma, ya como cualidad moral, ya como deber jurídico, se encuentra ineludiblemente atemperada cuando se trata de un arbitraje, en donde la independencia de la voluntad de las partes tiene capital presencia e importancia, y alcanza, o puede alcanzar, tanto a la determinación de quiénes han de integrar el órgano arbitral, como a la forma de su designación, como, en fin, al procedimiento en el que se ha de desenvolver el arbitraje. (Tribunal Supremo de España, ATS 112/2002, f. j. 6)

De acuerdo con Fernández Pérez (2017), el acuerdo arbitral, al ser un acto jurídicamente complejo, se configura como un contrato con la finalidad de producir efectos procesales y generar elementos de “heterogénea eficacia” (p. 44). Por ello, al originarse de la voluntad de las partes, estas se vinculan recíprocamente, tal es así que su existencia y validez intrínseca produce problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (Fernández Pérez, 2017, p. 44). En ese sentido, para la solución de estos problemas le serán aplicables las reglas generales de los contratos. En consecuencia, su origen es la autonomía de la voluntad; no obstante, lo que lo diferenciará en el fuero arbitral es el objeto —que es procesal—, ya que las partes excluyen la competencia del órgano jurisdiccional invistiendo a los árbitros con la potestad de decidir a través de normas adjetivas (Fernández Pérez, 2017, p. 44).

Ledesma (2014), por su parte, explica que el acuerdo arbitral constituye una doble estructura que explica una diversidad entre las normas materiales y procesales que convergen para su regulación. Las normas materiales determinarán las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; mientras que las segundas estipulan los efectos procesales del acuerdo que produce un “alcance derogatorio” de la competencia de los tribunales judiciales y de los árbitros (p. 34).

1.3.3 Principio de plenitud del arbitraje o de intervención mínima de los órganos judiciales

El principio de plenitud del arbitraje se enfoca en la mínima intervención de otros órganos judiciales, por no decir que, hace referencia a la no interferencia de estos en las controversias que suscitan en el fuero arbitral.

En ese sentido, Fernández Rozas et al. (2018) manifiestan que

El acuerdo arbitral posee un efecto negativo que comporta la exclusión de la intervención de los tribunales de justicia para entender en el mismo objeto que ha sido sometido al arbitraje y ello está respaldado en buena medida en el Derecho convencional y en la generalidad de los sistemas nacionales, como el español [...]. El efecto negativo del acuerdo arbitral alcanza, por tanto, la órbita procesal de la controversia planteada. Invocada en tiempo y forma ante la instancia judicial, la existencia del acuerdo arbitral impide y limita la intervención judicial durante el desarrollo del procedimiento arbitral a aquellos supuestos tasados, en los que se precise asistencia judicial. (p. 179)

Asimismo, BORN explica que “la mayoría de los sistemas jurídicos avanzados en materia arbitral parten del reconocimiento de un principio genérico de mínima intervención judicial en el arbitraje” (Born, 2014, p. 999).

En España, el Tribunal Supremo Español colige que, “en los asuntos que se rijan por esta ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta así lo disponga” (Tribunal Supremo de España, ATS 1221/2005, f. j. 2).

También, se añade que, “en esencia, el principio de mínima intervención judicial, como garantía de la autonomía e integridad del arbitraje, se predica de los supuestos en que dicha intervención se justifica por razones de control” (Fernández Rozas et al., 2018, p. 106).

En consecuencia, tomar en consideración este denominado principio implica identificar que existe una interferencia por lo menos de un órgano judicial distinto al arbitraje pero que no se condice con todos los casos que se desarrollan dentro de un proceso común de arbitraje, esto es, acarrea entonces una especie de excepcionalidad a la regla. Este apartado por lo tanto refuerza nuestra idea que será desarrollada con posterioridad en esta investigación.

1.3.4 Principio de separación y autonomía del acuerdo arbitral

La relevancia del acuerdo arbitral como manifestación del arbitraje son sin duda los principios de separación y autonomía del acuerdo arbitral. Así pues, estos son los siguientes:

A consideración de los autores Fernández Rozas et al. (2018):

El principio de separabilidad del acuerdo arbitral se analiza generalmente comprendido dentro de la relación entre la cláusula y el contrato que la contiene. Esto es, su formulación instrumental pretende que el acuerdo arbitral sea entendido como un contrato en sí mismo, como un negocio “abstracto” en relación con el contrato, en donde su validez o nulidad quede disociada de la del contrato donde se incardina o al cual se refiere. (p. 137)

Virgós Soriano (2006) esgrime:

La separabilidad favorece, en verdad, el cauce arbitral, al asegurar que, de estar así acordado por las partes, este procedimiento sea siempre el modo de solución de diferencias entre ellas, cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto. (p. 13)

En síntesis, el principio de separación y autonomía del convenio arbitral atiende a asegurar la materialización del procedimiento arbitral sin supeditación a ser modificable por factores externos, sino que de manera subsidiaria y bajo el acuerdo de las partes, quienes han generado parámetros contractuales que solo ellos pueden ejercer, a fin de poder poner fin a la controversia suscitada entre ambos ante la observancia de un tercero imparcial.

1.3.5 Principio de favor negotii

Según este principio la validez formal del acuerdo arbitral tiene como presupuesto la forma escrita. Ya que la validez formal del acuerdo arbitral es un presupuesto indispensable para la extensión del alcance de sus efectos a las partes que lo han suscrito (Fernández Rozas et al., 2018, p. 106).

Además, se añade que

la formalización acredita la existencia de una expresión suficiente de la voluntad inequívoca de las partes firmantes para asumir recíprocamente la obligación contractual de someter sus discrepancias —nacidas de la ejecución de una relación comercial concreta— al arbitraje acordado, sea este *ad hoc* o institucional. Por lo tanto, esta exigencia se convierte en herramienta esencial para solventar aquellos supuestos en los que alguna de las partes impugne la

eficacia del acuerdo arbitral, invocando su eventual nulidad o su ineficacia para impedir el pleno despliegue de sus efectos. (Fernández Rozas et al., 2018, p. 153)

La formalidad manifestada en evidencia escrita garantiza la eficacia del objeto por la cual se ha iniciado un proceso arbitral, es decir, por la cual existe una voluntad divergente entre las partes que evidencia un conflicto entre estos.

1.3.6 Principio de eficacia negativa del acuerdo de arbitraje

Este principio alude a la no interferencia del fuero judicial en tanto y en cuenta sea válido el acuerdo arbitral vigente; en otras palabras, se encuentre conforme a ley. Por lo tanto, el límite de la intervención del órgano jurisdiccional se encuentra en la eficacia del cumplimiento de los requisitos de la legislación arbitral para la procedibilidad del mismo proceso arbitral.

En palabras de Fernández Rozas et al. (2018) en cuanto a este principio:

El efecto negativo del acuerdo arbitral alcanza, por tanto, la órbita procesal de la controversia planteada. Invocada en tiempo y forma ante la instancia judicial, la existencia del acuerdo arbitral impide y limita la intervención judicial durante el desarrollo del procedimiento arbitral a aquellos supuestos tasados, en los que se precise asistencia judicial (p. 179).

Además, añaden lo siguiente:

Instado el tribunal estatal por una de las partes, su declaración de incompetencia debe ser reglada y causal, basada en la comprobación formal de la validez y de la eficacia del acuerdo arbitral, esto es, del cumplimiento de los requisitos sustantivos y formales exigidos por la legislación aplicable para que el acuerdo arbitral concernido despliegue todos sus efectos jurídicos. (Fernández Rozas et al., 2018, pp. 179-180)

1.3.7 Principio kompetenz-kompetenz

El principio *kompetenz-kompetenz* es conocido en el derecho internacional; sin embargo, es importante enfatizar su relevancia en el ámbito arbitral.

Díaz Honores (2019) comenta:

Este principio consiste en que el Tribunal Arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar, continuar y decidir sobre las actuaciones arbitrales, hasta resolver la controversia mediante la emisión del laudo. Una vez instalado el Tribunal Arbitral, solo este podrá resolver cualquier cuestión o controversia que surja durante las

actuaciones arbitrales, incluso relativas a materias de su propia competencia, evitando que alguna de las partes busque sustraerse del arbitraje pretendiendo llevar la discusión a un fuero distinto al arbitral. (p. 108)

Este principio constituye otro de los límites que protegen la eficacia del fuero arbitral. Por ello, Haining y Zeller (2010) afirman que

este postulado se ha erigido como un instrumento esencial para la práctica, en el sentido de permitir a los árbitros pronunciarse sobre el fondo del asunto de una manera expedita y lograr la consecución de su objetivo cuál es llevar a término la controversia suscitada por las partes (p. 493)

Así también, González de Cossío (2007) expone que

su establecimiento y acogida se ha presentado en el marco de las legislaciones arbitrales comerciales internacionales más avanzadas, pero aún no se ha alcanzado la unicidad esperada, toda vez que las normas no han logrado uniformar criterios sobre el particular. (p. 63)

En ese mismo sentido, Vásquez Palma (2010) sintetiza las postulaciones de los anteriores autores, puesto que este principio a consideración del autor presenta una conexión fuerte con la autonomía de las partes, ya que ellos son quienes transferirán la potestad, es decir, la competencia al árbitro para poder resolver el asunto materia de controversia. Así pues, ellos deben tomar en conocimiento “incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y solo si comprueba que este es nulo o inválido, quedarán inhibidos de poder hacerlo” (p. 181).

1.3.8 Principio de flexibilidad

El principio de flexibilidad se fundamenta en la determinación de que el proceso arbitral se rige por reglas de orden privado, más no de orden público. Ello es justamente lo que diferencia al proceso arbitral de los procesos judiciales, pues estos últimos a consideración de algunos autores son ritualistas y rígidos. Por eso, la legislación peruana sobre arbitraje permite la aplicación de procedimientos arbitrales que actúan como complemento a la voluntad de las partes. Asimismo, ello se distiende de algunas excepciones de orden garantista, ya que las normas legales, en su mayoría son dispositivas y facultativas (Díaz Honores, 2019, p. 107).

Esta observación la refrenda Flores Rueda (2006), quien explica que “la flexibilidad del arbitraje permite que las partes libremente convengan el procedimiento al que se ha de ajustar el Tribunal Arbitral y que, a falta de tal acuerdo, el Tribunal Arbitral dirija el procedimiento del modo que considere apropiado (p. 312).

Además, añade que está ligado íntimamente con el principio de autonomía de las partes:

La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento les permite seleccionarlas y adaptarlas a sus necesidades concretas y a las particularidades del caso. Ello incluye la posibilidad de sujetarse al reglamento de arbitraje de alguna institución, a la legislación sobre arbitraje de algún sistema legal o convenir puntos específicos del procedimiento. Esto cobra especial importancia en los arbitrajes internacionales, ya que se evitan problemas derivados de los distintos sistemas jurídicos a los que las partes interesadas suelen pertenecer. (Flores, 2006, p. 313)

1.3.9 Principio de oralidad

Dicho pilar tiene su argumento en que su finalidad busca “procurar que los actos procesales se realicen de manera oral en audiencias donde participen las partes del arbitraje” (Díaz Honores, 2019, p. 108).

Por su parte, Nieva Fenoll (2009) explica que,

a fin de decidir sobre la celebración de un arbitraje en forma oral o escrita, debe atenderse a la naturaleza sumaria o plenaria del arbitraje. Puede distinguirse entre arbitrajes sumarios y arbitrajes plenarios, en función de la complejidad de las cuestiones planteadas, la insuficiencia probatoria y la necesidad de rapidez en la respuesta jurisdiccional. (p. 399)

Esta búsqueda de la oralidad en el proceso arbitral importa la necesidad y el grado de dificultad que refleja un determinado proceso. Frente a ello es necesario lograr una rápida respuesta para la solución de las controversias planteadas, en tanto que, esa es una de las razones por las que se opta por resolver las discrepancias con el arbitraje.

1.3.10 Principio de buena fe

Respecto a este principio, Castillo y Roqué (2020) mencionan que “la buena fe procesal tiene una importancia especial en el contrato de arbitraje, ausente en otros contratos, que no implican el establecimiento de reglas procesales a través de las cuales deberán ventilarse las controversias que las partes determinen” (p. 225).

Mientras que Díaz Honores (2019) sostiene que “el cumplimiento de este principio implica que las partes actúen de manera honesta y leal dentro del proceso arbitral” (p. 108).

Por su parte, el autor Castagnino (2019) considera:

Ciertamente, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva no representan clases de buena fe, pero son orientadoras en cuanto a sus efectos, y haciendo uso de ellas, hemos identificado tres (3) funciones básicas generales que tiene la buena fe en el arbitraje:

1.3.10.1 Es garantía de la palabra otorgada, fundamentándose en el carácter exclusivo y excluyente del arbitraje, así como en su naturaleza convencional.

1.3.10.2 Sirve para interpretar el acuerdo arbitral, tomando en cuenta la intención común de las partes.

1.3.10.3 Modela la conducta de las partes, árbitros y centro de arbitraje, con la finalidad de que se comporten de manera normal, recta y honesta. A continuación, se procederá con el análisis de cada una de dichas funciones. (p. 292)

El principio de buena fe bajo la óptica doctrinal, tiene raíces antiquísimas en tanto proviene de la creación pretoriana. Así también representa la existencia de una garantía de la palabra de las partes, en tanto que es una herramienta que ayuda a la interpretación y esclarecimiento de las intenciones de ambas.

1.3.11 Principios éticos de la función arbitral

Ya desarrollados con precisión los principios precedentes, es menester mencionar algunos otros relacionados a los principios éticos de la función arbitral y de la inmunidad o de responsabilidad limitada del árbitro en ese orden respectivamente:

Deber de revelación del árbitro

El deber de declaración está regulado en el artículo 52.8 de la Ley de Contrataciones del Estado, norma que señala lo siguiente:

Artículo 52.- Solución de controversias.- [...]

52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3. del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el

cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), según la sanción impuesta. La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso. (Ley de Contrataciones del Estado, artículo 52.8).

En ese sentido, Fernández Rozas et al. (2018) esgrimen:

El contenido de la declaración del árbitro debe ser lo suficientemente precisa como para que las partes puedan evaluar la pertinencia de su eventual recusación. Así,(...) a título de ejemplo, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, mantenga el árbitro con alguna de las partes, las relaciones académicas, las relaciones sociales y profesionales de contenido sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes, las relaciones de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje. (p. 209)

Según Alonso Puig (2008), el compromiso de divulgar conlleva principalmente una obligación ética del árbitro. Este deber surge de la confianza y la buena fe que las partes depositan en él, y consiste en informar sobre cualquier situación que pueda cuestionar justificadamente su imparcialidad o independencia.

Por lo tanto, con todas las anotaciones pertinentes, el deber de declaración del árbitro debe imponerse en vista de la necesidad de proteger los derechos legales de las partes y reafirmar las características de imparcialidad e independencia que rigen en el arbitraje. El árbitro, por lo tanto, debe ceñirse a lo normado en el artículo 52, puesto que es su deber garantizar un proceso justo, transparente e imparcial.

El Principio de imparcialidad

Sobre la esencia de este principio, el proceso arbitral tiene su cimiento en “la labor de los árbitros”, es por eso que se debe desarrollar bajo los parámetros del principio de independencia. Sin embargo, el principio de independencia se diferencia del principio de imparcialidad en tanto que el primero corresponde a un asunto objetivo, mientras que la imparcialidad es, en esencia, subjetiva. Esto en razón de que el árbitro en el proceso arbitral no debe favorecer “ni de palabra, acto u omisión a ninguna de las partes” (Díaz, 2019, p. 107).

En ese sentido, Febles Pozo (2019) explica:

La selección del árbitro es un eslabón fundamental en la cadena procesal del arbitraje, cobrando especial importancia la imparcialidad en todas sus actuaciones. La imparcialidad del árbitro exige la ausencia de predisposición subjetiva hacia una de las partes. La imparcialidad del árbitro se presupone por las partes desde el inicio del procedimiento arbitral, con el objetivo de que el mismo pueda establecerse válidamente, se refiere a la ausencia de sesgo del árbitro hacia una de las partes. (p. 141)

Principio de independencia

En conexión con lo anterior, el principio de independencia

es un presupuesto habilitante objetivo y material respecto de las partes y de la institución arbitral, al implicar una valoración objetiva, dirigida a determinar si el árbitro y una de las partes actúan bajo una relación de parentesco o, v.gr., bajo una relación de negocios o de carácter financiero. (Fernández Rozas et al., 2018, p. 217)

Así también, el principio de independencia es la ausencia de dependencia, de supeditación o de los vínculos de los árbitros, de manera que se podrá desarrollar como un tercero neutral que decidirá sobre la resolución de una controversia. En ese aspecto, el árbitro no debe tener ningún tipo de vínculo ni interés con las partes en el proceso arbitral, ni antes, ni durante, ni después de este (Caputo, s. f., pp. 2-3). Así las cosas, este principio también tiene una confluencia con el principio de revelación como deber del árbitro de dar a conocer cualquier situación, escenario que pueda generar inseguridades en las partes.

Ante la posibilidad de confirmarse cualquier duda suscitada de la declaración del árbitro, las partes tendrán la facultad de prescindir de ese árbitro, en tanto que tienen la potestad de poder decidir quién manejará y decidirá sobre la controversia (Caputo, s. f., p. 3). A ello también se añade que el principio de independencia afianza la exclusividad de las funciones arbitrales en los árbitros o tribunales, en tanto que estos no se encuentran supeditados a cualquier disposición que pueda limitar ciertas potestades.

1.4 El arbitraje en las contrataciones públicas

1.4.1 Marco teórico de las contrataciones públicas

Contrato

Según el Código Civil, un contrato es el convenio entre dos o más partes para establecer, regular, modificar o dar por terminada una relación legal que involucra bienes y obligaciones (Artículo 1351 CC). En consecuencia, un contrato representa un acuerdo voluntario que puede ser alcanzado entre dos o más individuos con el fin de definir, regular, cambiar o poner fin a los derechos y deberes derivados de una relación legal que involucra el patrimonio (Ayala, 2017).

De ahí que es necesario comprender que cuando en un contrato una de las partes es el Estado o una entidad del Estado, estamos ante una contratación pública. Por lo cual, el contrato es el medio en el que se establecen las relaciones de coordinación, organización, colaboración e intercambio con los particulares de manera que se obtendrá como resultado bienes, servicios u obras para poder satisfacer necesidades públicas (Decreto Legislativo 1017).

Concepto de contratación pública

La contratación pública se configura como un acto jurídico de naturaleza pública donde el Estado se constituye como una de las partes que, dejando de lado su potestad *ius imperium*, pacta un acuerdo de voluntades con un particular a fin de poder llevar a cabo una determinada actividad de interés público.

En palabras de Llerena (2008):

La Contratación Pública se define como el acuerdo entre el proveedor y una Entidad Pública, donde el primero se obliga a entregar un bien, a realizar un servicio o a ejecutar una obra cumpliendo los estándares de calidad y precio, y el segundo se obliga a pagar el precio de dichos bienes, servicios u obras y dar facilidades al proveedor para el cumplimiento de las prestaciones. (p. 5)

El arbitraje en las contrataciones públicas

La obligatoriedad del Arbitraje en materia de Contratación Pública hace que el adecuado desempeño y desarrollo de la actividad arbitral sea fundamental para el bienestar del país.

Por esta razón, la Constitución Política del Perú indica, en su artículo 63, lo siguiente:

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las

controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 63)

Así también, otras normas (como el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) hacen mención del arbitraje tanto para los efectos de la resolución, modificaciones del contrato o ante la presencia de vicios en los contratos, así se establece lo siguiente:

Artículo 137.- Efectos de la resolución

[...]

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida (Decreto Supremo 350- 2015-RF).

También en la norma de especialidad, en materia internacional, se establece:

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral. (Decreto Legislativo 1071, art. 2, inc. 2)

Del mismo modo, en su marco normativo, se reconoce expresamente el arbitraje como una vía para resolver las disputas que puedan surgir durante la ejecución de un contrato:

Artículo 184.- Arbitraje

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

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la institución arbitral debe encontrarse debidamente acreditada ante OSCE, correspondiendo a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje *ad hoc*, la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje por escrito.

En caso haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, sin acuerdo o con acuerdo parcial, el arbitraje respecto de las materias no conciliadas deberá iniciarse dentro del plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley.

Si las partes han convenido que las controversias se sometan previamente a una Junta de Resolución de Disputas (JRD), el inicio del arbitraje y su plazo se rige por lo dispuesto en el artículo 213. (Decreto Supremo 350-2015-RF)

En ese sentido, es menester colegir que el contrato es un mecanismo de solución de controversias que fue recogido del Derecho Privado al ámbito de las Contrataciones del Estado por la Ley 26850 (Rojas, 2015, p. 222). Es por ello que el arbitraje en la contratación pública en el que se ocurre la intervención del Estado ostenta un interés público porque los laudos arbitrales vierten sus efectos sobre las obligaciones contractuales que se generan de él en el que el Estado paga con los fondos públicos y, además, intervienen en él los funcionarios públicos, quienes ejercen una determinada función pública (Rojas, 2015, p. 222).

El convenio arbitral

Emerge como el medio por el cual dos partes, mediante un pacto de voluntades, deciden por fin a las controversias suscitadas en el devenir de sus intereses. Ya se ha explicado que el convenio arbitral es el fundamento de los principios rectores del arbitraje como el principio general de autonomía de la voluntad de las partes y el deber de confidencialidad, entre otros. En tanto y en cuanto bajo este convenio arbitral, las partes se obligan a determinados lineamientos pactados por ellos, verbigracia el haber escogido el fuero arbitral excluyendo de esa forma al fuero judicial. Es así que el convenio arbitral es el contrato pactado por las partes en el arbitraje propiamente dicho.

En la norma peruana, la Ley de Arbitraje explica la importancia del contrato y la expresa permisión para someterse al arbitraje. Así lo contiene en su artículo 4 inc. 2:

Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.

[...]

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional. (Decreto Legislativo 1071, art. 4, inc. 2)

1.4.2 Ley de arbitraje

1.4.2.1 Evolución legislativa del arbitraje

Evolución histórica a nivel internacional

No es extraño que el arbitraje tenga una presencia milenaria. Esto es, no es ajena a los cambios antiquísimos de la humanidad en materia de solución de conflictos. En concordancia con ello, Villarán (s. f.) explica que el arbitraje ha sufrido constantes

cambios desde el inicio y a lo largo de la historia de la humanidad. Por lo que, explica:

Es de tenerse presente que, el arbitraje es el medio de solución de conflictos más antiguo en la historia. A la fecha, debería constituir una alternativa efectiva frente a la morosidad de los jueces estatales y presenta grandes beneficios en el ámbito del derecho comercial y del derecho internacional privado. (p. 1)

Así también, considera que, desde el Derecho Romano, es de conocimiento general que existió el proceso público y privado y, sobre este último su rasgo particulares que la definición del litigio o controversia se otorga a través de un acto inicial de parte, puesto que está involucrado un interés particular, por la cual la controversia no se encomendaba a un órgano jurisdiccional, sino a uno privado que las partes escogían. Seguidamente, en la Edad Media el arbitraje se transformó en la forma más común de resolución de conflictos. Esto, a la larga, generó la hegemonía del comercio y la existencia de las asociaciones gremiales, pues los comerciantes acudían al arbitraje para resolver sus conflictos (Villarán, s. f., p. 1).

Luego, en Francia, con el edicto de Francisco II, de agosto de 1560, el arbitraje ostentó un carácter obligatorio para determinadas materias como “las diferencias entre mercaderes por asuntos relativos a mercancías, las demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración”. Además, en España con la constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 280, se le da al arbitraje un rango constitucional, pues reconoció los derechos de sus ciudadanos a resolver sus controversias por medio de los árbitros a la luz “del ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes”, pues ellos son los que tienen la facultad de elegir el que mejor les convenga (Villarán, s. f., p. 1).

En Inglaterra, el primer antecedente sobre normas de Arbitraje es la ley que el parlamento inglés aprobó en 1698. En ella se introdujo una cláusula por la cual las partes tenían prohibido revocar de manera unilateral el acuerdo arbitral. En América, el arbitraje en los Estados Unidos nace con la promulgación del New York Arbitration Act de 1920. A nivel de Latinoamérica, en Argentina acoge el proceso arbitral en el Código De Procedimientos Civiles que data de 1981, hasta antes de ello, la estructura arbitral normativa recogía atisbos franceses, por la cual los convenios arbitrales para litigios futuros no eran válidos. Mientras que en Brasil con el Código Civil de 1917 se regula al arbitraje.

El arbitraje en la ley nacional

En la ley nacional, el arbitraje se encontró expresamente contenido en la Constitución Política de 1839. Al respecto, Villarán (s. f.) identifica que el arbitraje en aquel momento era concebido como una garantía individual que se regulaba frente a las garantías

nacionales. Así también menciona que en el Estatuto Provisorio de 1855 recoge una fórmula legislativa similar a la anterior, que rezaba: “Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes” (Estatuto Provisorio, 1855, art. 11). De igual forma en la Constitución Política de 1919, que en su artículo 48 señalaba: “Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio” (p. 1). Además, se incorporó en el art. 233, numeral 1, la jurisdicción arbitral.

En paralelo, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 equiparaba el arbitraje a un juicio sujeto a revisión ante el Poder Judicial; lo que restaba eficacia al laudo arbitral. Más adelante, el Código Civil de 1984 describió una distinción innecesaria entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; la primera configurada por un pacto entre las partes por el que decidían someterse a arbitraje cuando aún no existía controversia; y, la segunda, configurada en el acuerdo al que las partes debían llegar obligatoriamente una vez surgida la disputa. Tal distinción entre ambos pactos y la obligación de celebrar el compromiso arbitral luego del nacimiento de la controversia, determinaba que el arbitraje resultara pues una institución poco práctica para ser utilizado como mecanismo de solución de controversias.

Sobre el particular, tenemos que:

antes de la promulgación de la vigente Ley General de Arbitraje - Ley 26572, el arbitraje se encontraba regulado por el Código Civil, el cual recogió las figuras de la “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”; y por el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912(4), que hacía referencia al denominado “juicio arbitral”. (Soto Coaguila, 2008, p. 5)

Sobre esa apreciación, el autor Villarán comenta que

el desarrollo del arbitraje se dio a través de la cláusula compromisoria y compromiso arbitral que fue incorporado en el texto del Código Civil promulgado por el Decreto Legislativo 295, en el Libro VII - Fuentes de las Obligaciones Título IX se regulan los capítulos primero referido a la Cláusula Compromisoria, arts. 1906 y 1907 y el capítulo segundo concerniente al Compromiso Arbitral arts. 1909 a 1922. (Villarán, s. f., p. 1).

Recién, el 9 de diciembre de 1992, se expide el Decreto Ley N.º 25935, norma que derogó el régimen arbitral anterior contenido en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Código Civil de 1984.

Siendo su principal innovación, la eliminación de la distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, mejorando el acceso y la efectividad del arbitraje. No obstante, aún se mantenía la posibilidad de que el Poder Judicial determinara el contenido del convenio arbitral a través de la integración del convenio, el cual era un procedimiento vinculado a la designación de árbitros en defecto de las partes o de la institución arbitral organizadora.

Asimismo, los procedimientos vinculados con los recursos de apelación y anulación contra laudos arbitrales no eran tan claros y lucidos. El 20 de diciembre de 1995, se promulga la Ley General de Arbitraje N.º 26572, que deroga y sustituye el citado decreto ley. Actualmente, se encuentra vigente el Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje vigente desde el 1 de setiembre de 2008, norma que ha sufrido varias modificaciones tales como el Decreto Legislativo N.º 1231 y Decreto de Urgencia N.º 020-2020.

Clasificación de los Arbitrajes

Según los Árbitros

De derecho

En el arbitraje de derecho, el Tribunal Arbitral resuelve el conflicto suscitado entre las partes aplicando el derecho vigente. Por tanto, su determinación debe basarse en lo establecido por las regulaciones efectivas. Es preciso anotar que los árbitros pueden, además de aplicar de forma exclusiva e irrestricta la ley o norma legal vigente, pueden acudir a las demás fuentes del derecho, como la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales inherentes del derecho y la costumbre. [Sobre este respecto, recordar que la] LGA señala que los arbitrajes de derecho deben ser conducidos por abogados, ello debido a su conocimiento de la disciplina jurídica. (Soto Coaguila, 2008, p. 9)

De conciencia o equidad

Estos tipos de tribunales aplican su entendimiento de lo que es justo y/o equitativo. Es decir, no considera para resolver la controversia ni las leyes ni algún tipo de reglamento. En la antigua norma de arbitraje peruana, se establecía que si las partes no pactaban el tipo de arbitraje, se presumía de conciencia o equidad. En la actualidad, es diferente. Es decir, es de derecho.

Según su Jurisdicción

Nacional

El arbitraje nacional, al igual que los demás tipos de arbitraje, se rigen por los principios y reglas de imparcialidad, celeridad, idoneidad e igualdad. La ley aplicable es la ley nacional,

salvo que se pacte otra. Las controversias que se puedan dilucidar se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje.

Internacional

En el arbitraje internacional, las partes de diferentes sistemas jurídicos puedan resolver sus controversias de una manera vinculante. En esta instancia, la legislación vigente influye en la legitimidad del convenio de arbitraje, el nombramiento de los árbitros o el procedimiento, según las circunstancias puntuales. Para lo cual, la LGA actual establece diversos supuestos para que la controversia sea considerada un arbitraje internacional

(i) Según la Administración del Arbitraje

Arbitraje *ad hoc*

En el arbitraje *ad hoc* no interviene ninguna institución arbitral como ente intermediario entre las partes y el tribunal para resolver una controversia. Es decir, son ellos los que se encargan de la gestión y organización del proceso arbitral.

Arbitraje institucional o administrado

En el arbitraje institucional o administrado, son las instituciones que ofrecen sus servicios para administrar los arbitrajes y ser un intermediario entre las partes y el tribunal arbitral. Es decir, una vez que las partes hayan pactado que institución de arbitraje es la más idónea según su conveniencia, serán estas últimas las que elegirán a los árbitros más aptos. Asimismo, Maguiña afirma que

las instituciones arbitrales cuentan con reglamentos preestablecidos que permitirán el adecuado desarrollo del arbitraje. Estos reglamentos por lo general tienen normas referidas a la elección de los árbitros, la constitución del Tribunal Arbitral, reglas para resolver las recusaciones que se pueden presentar contra los árbitros a lo largo del procedimiento, reglas del procedimiento arbitral en general, de las audiencias, las relacionadas con los plazos, entre otras. (2007, p. 4)

1.4.3 Antecedes y vinculación entre las normas de contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje

Se conoce que la regulación del arbitraje en materia de contratación pública, se encuentra contenida tanto en la norma de contrataciones gubernamentales como en la Ley de Arbitraje. Sin embargo, cada una de ellas, en esencia, configuran importantes

puntos evidenciados en la norma, que se deben tomar en cuenta.

La norma que regula el arbitraje establece que puede aplicarse a diversas materias, salvo excepciones contenidas en la norma; sea en el ámbito privado y público (art. 1 y 2 de la Ley General del Arbitraje).

En cambio, la norma que regulan las contrataciones públicas tiene una regulación especial puesto que se rigen, en buena medida, bajo reglas que interesan al orden público (art. 2 de la Ley de Contrataciones del Estado).

En consecuencia, dicho articulado atiende a un plano público y la Ley General del Arbitraje a un ámbito público y privado, la cual le otorga una característica más flexible y, por lo tanto, expansiva.

A mayor abundamiento, Castillo y Sabroso exponen que la norma general del arbitraje es aplicable

incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI); y, en general, todos los tratados bilaterales de inversión (TBI o BIT), así como los multilaterales en los que, por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje). (Castillo & Sabroso, 2009, p. 47)

Por otro lado, en la norma de contrataciones públicas, esta es regida exclusivamente por el Ministerio de Economía y Finanzas, pues esta entidad estatal es a quien se le ha conferido la competencia del diseño de políticas sobre la materia y su regulación (art. 2, Ley Contrataciones del Estado).

Cabe recordar que, con la implementación del Decreto Ley N.º 25935 (Ley General de Arbitraje promulgado en el año 1992), se le brindó la oportunidad al Estado de ser parte de un proceso arbitral. Si bien el decreto no ordenaba el uso de este mecanismo de manera obligatoria para resolver disputas, sí otorgaba la opción a las partes involucradas en asuntos contractuales de hacer uso del arbitraje si así o deseaban, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones.

Así, podemos apreciar que el segundo párrafo del artículo 1º del citado Decreto, señalaba lo siguiente:

Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos de nivel central a

lo local, y de otras entidades de carácter público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho.

Así, el Decreto Ley N° 25935 brindaba la posibilidad para que el Estado también fuera parte de un arbitraje. Aunque dicho dispositivo normativo no señalaba que era obligatorio resolver una controversia con tal mecanismo, sí daba la posibilidad de hacerlo si las partes así lo deseaban y si se cumplía con la condición establecida: que sirviese para resolver pretensiones y controversias derivadas de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

Año 1998: Presencia del Estado en los arbitrajes

Indudablemente, un hecho significativo que transformó la administración de justicia en el Perú fue la disposición establecida en el artículo 41° de la Ley N.º 26850– Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del año 1998 –, donde se estableció por primera vez la cláusula obligatoria de solución de controversias:

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

Esto significaba entonces asumir que la vía arbitral era más adecuada que la justicia ordinaria para resolver estos conflictos, más que nada por el tiempo que demoran los procesos judiciales.

Nótese que, la jurisdicción arbitral en el Estado se ha mantenido hasta la fecha, a pesar de la aparición de nuevas leyes y reglamentos de contrataciones con el Estado; coligiéndose que, tuvo éxito su innovación en el sistema jurídico peruano.

Empero, se debe recordar cuales fueron estos argumentos que motivaron este gran cambio para el sistema de justicia en el Congreso de los años noventa que generó su publicación el pasado 30 de julio de 1997 siendo el presidente de la República Alberto Fujimori, el presidente del Consejo de ministros Alberto Pandolfi y Jorge Camet titular de Economía y Finanzas.

En ese contexto y días previos a su aprobación, el Congreso de la Republica se encontraba en su segunda legislatura ordinaria. Vale decir entre los meses de marzo y junio del año 1997. Así, el 2 de julio de 1997, empezó el debate del nuevo texto sustitutorio del Proyecto de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Según el diario de debates consignado en la página web del congreso, se advierte que se inició con las palabras del congresista Juan Carlos Lam Álvarez perteneciente al fenecido partido político Cambio 90- Nueva Mayoría quien además era el presidente de la Comisión de Fiscalización encargada de revisar el proyecto de ley; precisándose que el dictamen fue aprobado por unanimidad.

El discurso del Congresista Lam Álvarez fue el siguiente:

“La presente iniciativa se enmarca dentro de los objetivos de la reforma del Estado, que busca una mayor eficiencia en todos sus aspectos y propugna el mejor uso de los recursos estatales mediante la contratación de bienes, servicios y obras de óptima calidad en el momento oportuno y a costos adecuados.

Actualmente, los procesos de adquisiciones y contrataciones del Estado vienen siendo regidos por una antigua y dispersa normatividad que no pocas veces ha sido la causa de que las entidades, los funcionarios y los contratistas cometan errores u omisiones, e incluso de que en algunos casos se generen corruptelas”. (Diario de debates: julio 1997)

Asimismo, agrego que hubo una coordinación permanente entre actores del sector público y privado. Por el lado del sector público obtuvieron la opinión del Poder Judicial, la Presidencia del Consejo de Ministros, el CONSULCOP (Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), el Consejo Nacional Superior de Consultoría (CONASUCO), el Ministerio de Economía y Finanzas, la Contraloría General de la República y de la Superintendencia de Banca y Seguros; y por el lado del sector privado, obtuvieron la opinión de la Asociación Peruana de Consultoría, la Sociedad Nacional de Industrias, la Cámara Peruana de Construcción y la Cámara de Comercio de Lima.

Es importante aclarar que, en la intervención del congresista Lam Álvarez para la aprobación del Proyecto de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se señaló el tema del arbitraje, lo que implica que su discusión no fue considerada a pesar la importancia que este cambio traería al propio sistema jurídico.

Otro hecho que no paso desapercibido en dicha sesión plenaria fue la intervención del congresista Luis Cáceres Velásquez quien, al tomar la palabra, siendo de la oposición, hizo referencia explícita al arbitraje, al señalar que:

Aquí, dentro de una de las modificaciones más importantes, está la que se refiere a la generación del arbitraje. Parece que la mayoría se ha enamorado del arbitraje: arbitraje para el fuero agrario, arbitraje para los predios en los asentamientos humanos, arbitraje para los problemas que hay en los centros laborales, en fin, arbitraje por todos lados. Ahora nos traen el arbitraje para la cuestión de los contratos.

Al Tribunal de Licitaciones le reducen su intervención solamente para la parte inicial, hasta que se decida la buena pro. Antes de la buena pro, los problemas que se pueden producir son competencia del Tribunal de Licitaciones y Obras Públicas; pero todo lo que viene después debe ser sometido forzosamente al arbitraje. Un arbitraje, señora, que no va a dejar jurisprudencia, que no va a establecer luces para la mejor conducta de los organismos públicos que intervengan en estas licitaciones ni tampoco de los propios licitantes. Eso no es aportar para el buen desarrollo del país.

Y en otro momento de su intervención, señalo lo siguiente:

Estamos debatiendo apresuradamente, tan apresuradamente que hace pocas horas ha sido distribuido el proyecto, por tanto, hay correcciones, y las partes interesadas en el Perú desconocen esta temática.

Recuerdo, señora presidenta, que una de las críticas que hacían los de Cambio 90-Nueva Mayoría antes del golpe del 5 de abril era que justamente en anteriores parlamentos se discutían apresuradamente los temas, y por eso reclamaban prepublicaciones. Ahora que pueden hacerlo y poner en práctica lo que antes proclamaban y preconizaban, ¿por qué no lo ponen en práctica? Más bien hacen todo lo contrario, no solamente con esta iniciativa, sino con otras. Cuántas propuestas han sido presentadas en forma sorpresiva. Además, se nos amenaza con cortarnos el escaso tiempo que tenemos para hablar. [...]

Toda cuestión previa u observación de parte de la oposición, la mayoría la rechaza con el peso de sus votos. En comparación con las mayorías de otros tiempos, de cuyas actuaciones yo he sido testigo, me siento más oprimido con los manazos de ahora que con los carpetazos del pasado. Lamento que no haya habido siquiera una amplitud de criterio para unas pocas horas más de debate de esta ley tan importante. Espero que, por lo menos, algunas de las correcciones sugeridas hayan de ser atendidas por la comisión. (Diario de Debates: Julio 1997)

Finalmente, el 3 de julio de 1997, con 48 votos a favor, 1 en contra y 14 abstenciones, fue aprobado el proyecto de ley, sin mayor debate vinculado a la inclusión de la nueva figura jurídica del arbitraje y sus posibles consecuencias, incluso más importante fue su conversión en un mecanismo obligatorio para resolver querrelas en contratos celebrados con la Administración Pública.

Por todo lo expuesto, se colige que razones políticas más que económicas fueron las que llevaron a la aprobación del proyecto de ley que incluía el arbitraje como figura obligatoria en la normativa de contrataciones del Estado, dejando de lado quizás, debatir sobre las consecuencias de su inclusión vinculado al arrastre económico que se había logrado con las privatizaciones que implicaba grandes sumas de dinero en las distintas inversiones

efectuadas en el Perú en la segunda mitad de la década de los noventa; ocasionando definitivamente un cambio en el sistema de justicia al fomentar la jurisdicción arbitral ya reconocida por la Constitución.



CAPÍTULO II. LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS ARBITRAJES NACIONALES, EL INTERÉS PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

2.1 La confidencialidad en los arbitrajes

2.1.1 Concepto de confidencialidad en el arbitraje entre particulares

El arbitraje nace en la esfera privada y se constituye como uno de los pilares más relevantes sobre la cual se edifica el arbitraje comercial de carácter internacional (Febles Pozo, 2020, p. 467). En ese sentido, Jiménez-Blanco (2015) explica que doctrinalmente no se ha reconocido la confidencialidad en el arbitraje en tanto que este es inherente a su propia naturaleza. Agrega, además, que tiene su basamento en las concepciones históricas en las soluciones extrajudiciales que afloraron en el seno de una concepción netamente privatista (p. 739).

Asimismo, la confidencialidad también se encuentra relacionada a la protección de la reputación de las partes, de los documentos presentados durante el proceso y de guardar secreto de las actuaciones arbitrales de los diversos actores que participan en dicho proceso sea Tribunal Arbitral, secretario, institución arbitral, abogados, representantes, asesores legales, etc.

La confidencialidad y los procesos arbitrales entre particulares

La confidencialidad en el sector privado busca regular los procesos arbitrales bajo ciertas reglas de la buena fe siendo conscientes que no involucran interés público y que no está en juego los recursos públicos del Estado.

Por ello, según Fernández Rozas (2009):

Una actuación arbitral que ha asumido plenamente y sin reservas un código ético se alza como elemento esencial en tres distintas direcciones: el propio prestigio profesional de los árbitros, el del centro de arbitraje que eventualmente haya intervenido en su designación y, en definitiva, de la propia institución arbitral en un marco geográfico determinado. (pp. 335-378)

De igual forma, en la mayoría de los reglamentos internos y códigos de ética arbitral se encuentra plasmado el desarrollo de las normas de confidencialidad, siendo el más preciso la *Nota 32* elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la organización del proceso arbitral:

Un acuerdo sobre la confidencialidad puede abarcar, por ejemplo, una o más de las siguientes cuestiones: la documentación o información que deban mantenerse confidenciales (por ejemplo, elementos de prueba, alegaciones escritas y orales, el hecho mismo de que se esté realizando un arbitraje, la identidad de los árbitros, el contenido del laudo); medidas para mantener la confidencialidad de esa información y de las vistas; procedimientos especiales a emplear para mantener la confidencialidad entre varios usuarios o caso de considerarse que el correo electrónico no está, a su paso por redes públicas suficientemente protegido contra el acceso no autorizado); las circunstancias en que podrá ser revelada, total o parcialmente, la información confidencial (por ejemplo, cuando se trate de datos que sean ya de dominio público o si lo exige la ley o algún reglamento). (CNUDMI, 2016, p. 44)

Sumado a ello, es conocido que las discusiones y/o deliberaciones del Tribunal Arbitral, así como el contenido del laudo son confidenciales, a menos que las partes lo autoricen u otras excepciones legales. Además, se precisa que, ante la ausencia de acuerdos de confidencialidad, las partes son libres en convenir de revelar circunstancias de su propio proceso siempre y cuando contenga información que no sea de interés público.

En esa línea argumentativa, constituye un elemento vinculante para la consolidación de un arbitraje y la aplicación de un buen uso de la confidencialidad, la línea de conducta de los árbitros basada en los valores éticos de cada persona que repercute de manera directa en la conducción de un proceso arbitral.

Ello se ve reflejado en mayor medida en aquellos arbitrajes institucionales en que las normas éticas que deben cumplir los árbitros descansan fundamentalmente en dos principios, el de la imparcialidad e independencia, cuyo objetivo es consolidar la confianza en el propio centro de arbitraje. En efecto,

la imparcialidad de la función jurisdiccional constituye una cualidad estimada que se predica en la persona que asume la función de resolver conflictos intersubjetivos, con rectitud, esto último entendido como lo *justo*. De esto se desprende que imparcialidad y justicia han estado siempre vinculadas, presentándose la imparcialidad como la concreción circunstancial de lo justo. (Percy, 2018, p. 99)

Por las razones antes mencionadas, resulta fundamental una apropiada elección de los árbitros por las partes y estos cuentan con este espacio privilegiado (arbitraje) para resolver sus controversias respondiendo principalmente a proteger los intereses de cada una de aquellas.

La confidencialidad y su diferencia con la privacidad

La confidencialidad viene rodeada de otros elementos que no significan lo mismo pero que, en efecto, guardan mucha relación entre sí. Uno de ellos se refiere a la palabra privacidad, que “[...] en el arbitraje, limita a la posibilidad que tienen las partes de prohibir la presencia de personas ajenas a dicho procedimiento” (Fernández Rozas, 2009, p. 338). Mientras que la confidencialidad es el derecho que le asiste a las partes a que no se revele nada de lo que acontece en el procedimiento arbitral.

También, la privacidad tiene que ver con el consentimiento de las partes durante un proceso arbitral, pues son ellos quienes permiten o no, que terceros puedan acceder a las audiencias arbitrales, procedimientos programados por el Tribunal, entre otros (Cepeda, 2013).

En otras palabras, a consideración de Febles Pozo (2020),

la privacidad es un límite a la transparencia en el procedimiento arbitral, y, aun teniendo un amplio reconocimiento normativo en las reglas arbitrales de un gran número de instituciones arbitrales, a diferencia de la confidencialidad, la privacidad no constituye, ni puede ser asumida como una garantía de la confidencialidad en el arbitraje. (p. 49)

En ese sentido, existe una correspondencia entre la confidencialidad y la privacidad, pero se distinguen por su naturaleza. Esto es, la confidencialidad no implica, en sí misma, la privacidad del arbitraje. Por lo tanto, invocar la confidencialidad en un arbitraje entre particulares es el derecho que tienen las partes en no divulgar todo lo que acontece durante el procedimiento arbitral, llegando incluso a personas ajenas que hayan participado de una forma u otra.

Divergencias a la confidencialidad en el arbitraje internacional

Llama la atención que, cuando señalamos en el punto anterior sobre privacidad, podemos inferir que, en el arbitraje internacional, dicha posibilidad ha sido incorporada en las reglas arbitrales de la mayoría de las instituciones sobre la materia, e incluso en la normativa interna de los Estados sin problema alguno.

En cambio, dicha percepción no lo encontramos en la confidencialidad, lo que ha generado un problema de interpretación y conexidad con la privacidad, a pesar de que ambos conceptos persiguen un mismo objetivo: “la restricción de terceros ajenos al arbitraje para evitar el conocimiento de toda la información, o de la información confidencial durante el procedimiento” (Febles Pozo, 2020, p. 470).

Al respecto, autores como Fernández Masiá (2007) que explican lo siguiente:

La confidencialidad del procedimiento arbitral es actualmente una de las mayores críticas con las que se enfrenta el arbitraje internacional y más en concreto cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones. Ello se debe no solo a las lógicas obligaciones de publicidad de los actos gubernamentales derivadas del ordenamiento interno de dicho Estado, sino de forma muy especial a los intereses públicos que se ven a menudo comprometidos en el desarrollo de los litigios o al menos en su resultado final. (p. 4)

Siendo esto así, a nivel internacional y durante mucho tiempo, se pensó que el deber de confidencialidad era una presunción en el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, no fue hasta el pronunciamiento del Tribunal Superior de Australia en el caso *Esso Australia Resources Ltd. v. El honorable Sidney James Plowman* (1995), que despertó el debate sobre la existencia, alcance y naturaleza del deber de confidencialidad en el arbitraje en todo el mundo y se discutió la premisa si la misma es inherente a la aceptación en el arbitraje.

Trata sobre un arbitraje entre una empresa de servicio público de propiedad estatal versus una empresa proveedora de gas. El Tribunal Superior de Australia sostuvo que las partes no estarían restringidas de divulgar la información obtenida del proceso arbitral al ministro de Energía y Minerales. Es decir, un tercero, que no era parte del proceso arbitral, tenía derecho a descubrir información y documentos relacionados con el arbitraje en curso por motivos de interés público.

Sobre ello, dicho colegiado sostuvo que el deber general de confidencialidad no debe estar implícito en un acuerdo de arbitraje, ya que ello no representa a un arbitraje privado, ya sea por motivos de costumbre en la práctica arbitral, o para dar validez al carácter privado de los procedimientos arbitrales. Es decir, el hecho que el procedimiento arbitral se lleve en privado no implica que haya una obligación implícita que frene la divulgación de informes y documentos vinculados al procedimiento arbitral. Además, cualquier obligación de guardar confidencialidad es susceptible de una excepción concedida en nombre del interés público.

Lo señalado en los párrafos precedentes trae a colación otro inconveniente, pues no existe unanimidad en las distintas jurisdicciones del mundo en las que la ley de la sede del arbitraje registre o afirme la confidencialidad del proceso de arbitraje. Tal como lo identifica el profesor (Caivano, 2010/2011), al realizar una investigación sobre el enfoque comparativo sobre el deber de confidencialidad en el derecho comparado sobre arbitraje comercial:

Tipo de ley	Concepto	Países que lo conforman	
Ley tipo 1	No se menciona el principio de confidencialidad	<ul style="list-style-type: none"> • Uruguay • Argentina • Honduras • Chile • Paraguay • Holanda • Guatemala • Colombia • Panamá • Canadá • México • Estados Unidos • Gran Bretaña • Italia • Bélgica • Portugal • Suecia 	<ul style="list-style-type: none"> • Dinamarca • Suiza • Alemania • Austria • Bulgaria • Egipto • Botsuana • Uganda • Túnez • Corea • Japón • Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Ley Tipo 2	Se menciona de manera general sin especificar su alcance	<ul style="list-style-type: none"> • Bolivia • Brasil • España 	<ul style="list-style-type: none"> • Francia • Venezuela
Ley Tipo 3	Se menciona de manera específica el deber de confidencialidad.	<ul style="list-style-type: none"> • Nueva Zelanda • Perú 	<ul style="list-style-type: none"> • Escocia • Australia

Por lo expuesto, resulta evidente la divergencia entre los países para adoptar criterios homogéneos vinculados al principio de confidencialidad. Asimismo, existen otras situaciones para tener en cuenta las que agudizan tal discrepancia. Así, tenemos lo siguiente:

Jurisprudencia del Reino Unido

En el caso de los Tribunales de Inglaterra, la misma jurisprudencia había establecido que por la naturaleza del arbitraje y al existir una obligación implícita en la ley, las partes no podían divulgar ni utilizar para ningún fin documentos preparados en el arbitraje o presentados por cualquier testigo (Kantaria, 2010).

Empero, en el caso *Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd [2008] EWCA Civ 184*, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, si bien es verdad que reconoció la obligación referida en el párrafo anterior, también lo es que identificó cuatro escenarios en que la divulgación de tal información sí puede ser permitida, que son (1) consentimiento, (2) autorización del Tribunal, (3) para proteger los intereses legítimos de una parte arbitral

e (4) interés público (Trans-lex.org, s. f.)

Disposiciones de algunos centros de arbitraje internacional

En el extranjero, no podemos dejar de lado la regulación establecida sobre confidencialidad en el artículo I del Apéndice II del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de 2017 (ICC) cuyo texto es:

Artículo 6: Confidencialidad

El trabajo de la Corte es de carácter confidencial y debe ser respetado por todos los que participan en ese trabajo en cualquier capacidad. El Tribunal establece las normas sobre las personas que pueden asistir a las reuniones del Tribunal y sus Comités y que tienen derecho a tener acceso a los materiales relacionados con el trabajo del Tribunal y su Secretaría. (Cámara de Comercio Internacional, 2017)

De lo expuesto, se desprende que en arbitrajes entre privados se maneja una información reducida tales como nombre de las partes, la cláusula de arbitraje pactada, la descripción general de la materia controvertida y la cuantía en la cual el rol de cada secretario general cumple un papel fundamental por velar por la confidencialidad. En ese sentido, Serván (2020) estima lo siguiente:

En el caso de la ICC (Cámara de Comercio Internacional), prima el acuerdo de partes. Si no existe un pacto al respecto, se le puede requerir al tribunal que dicte alguna medida relacionada con la confidencialidad del procedimiento o alguna otra materia con el objetivo de proteger información específica. (p. 52)

Y en el caso de la ICDR (Centro Internacional de Resolución de Disputas), existe un deber de confidencialidad que alcanza a los árbitros y a los administradores del arbitraje (el centro), pero deja la confidencialidad al acuerdo de las partes o las medidas que dicte tribunal, con el objetivo de proteger secretos comerciales o información confidencial (p. 52).

Con base en lo expuesto, dichas entidades hacen concluir que, desde la óptica de los agentes económicos, la confidencialidad es un factor trascendental para el arbitraje comercial en todo el mundo. Únicamente se debe tener presente que la regla primordial será el pacto de las partes pronunciándose sobre la confidencialidad sea en el propio convenio o invocando algún Reglamento arbitral que contenga una disposición expresa.

Cuando una de las partes es el Estado

Sobre este punto en particular, resalta casi de inmediato el principio de transparencia como límite al deber de confidencialidad. Siendo el Estado, se debe mencionar al interés público como un factor preponderante en dicho análisis.

Para este trabajo, el interés público no se limita a un tipo de arbitraje específico. De tal manera que puede afectar tanto al arbitraje comercial internacional como al arbitraje de inversiones.

Es aquí donde aumenta la tensión normativa entre la confidencialidad y la transparencia. Este último por ser una característica inherente cuando una de las partes es el Estado. Pues, en los últimos años, cada vez es más común y frecuente la participación estatal en arbitrajes comerciales. En ese contexto,

no es posible ignorar que bajo el escudo protector de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional pueden ocultarse, y de hecho se ocultan, actuaciones ilegales o corruptas llevadas a cabo dentro del propio entramado empresarial, tanto por parte de empresas públicas como privadas y hasta de los propios funcionarios. (Febles Pozo, 2020, p. 478)

Este escenario no hace más que enfatizar lo señalado en el referido caso australiano *Eso Australia Resources C/ Honourable Sidney James Plowman* (Suprema Corte de Australia, 1995), el cual concluye que la confidencialidad no puede considerarse un atributo inherente y fundamental del arbitraje. Es más, debe predominar el legítimo interés de la sociedad en acceder a información pertinente sobre los asuntos en los que participan las autoridades respectivas del ámbito público (Suprema Corte de Australia, 1995, número 38).

En consecuencia, este tema no se encuentra del todo consolidado a pesar de que la confidencialidad, en términos generales, sigue siendo un rasgo importante en el arbitraje internacional. No obstante, se evidencia una tensión normativa con la transparencia cuando una de las partes es el Estado. Es innegable que el interés público es un factor predominante si existen recursos públicos en juego y que un tribunal privado puede generar repercusión social y/o económico con sus laudos arbitrales emitidos.

Siendo esto así, corresponde dejar en claro lo siguiente:

- a) En el arbitraje de inversiones, en los que siempre participan Estados, el interés público tiene una fuerte influencia para invocar transparencia y participación pública, ya que necesariamente afecta el presupuesto público, el cual, debe hacer frente a las cuantiosas demandas de dinero solicitado por los inversionistas; justificándose además en la preocupación de la ciudadanía por los temas de transparencia en aquellos procesos arbitrales que puede generar un impacto significativo en su erario como consecuencia de la recaudación de los impuestos pagados por la sociedad. (Katranstiostris: 2014)
- b) En el arbitraje internacional, en los que participa un Estado, así como del propio derecho internacional de las inversiones, resulta fundamental la transparencia como

cuestión procesal relevante para el Inversionista conocido como Investor – State Dispute Settlement; lo que implica además que dicha circunstancia distingue dos elementos procesales fundamentales: (i) La publicación de la información y los documentos presentados al inicio y durante el procedimiento y (ii) la participación de terceros y el acceso público durante el procedimiento arbitral. (Calamita: 2014).

En esa línea argumentativa y a mayor abundamiento, se colige que tanto las reglas como la jurisprudencia en el CIADI han ido priorizando por la naturaleza de estos procesos a la publicidad como un factor que desplaza a la confidencialidad en este tipo de arbitrajes.

2.1.2 La confidencialidad bajo las normas de contrataciones del Estado

Como se ha mencionado en el capítulo anterior, las normas de contrataciones del Estado no establecen de manera literal la confidencialidad cuando describen el procedimiento para la solución de controversias. No obstante, determina la jerarquía de las normativas para la resolución de conflictos mediante arbitraje. Es ahí donde se señala textualmente que

las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público (art. 45.10 de la Ley 30225).

Esta situación normativa hace que la Ley de Arbitraje contenida en el Decreto Legislativo 1071 se aplique de manera supletoria a los procesos arbitrales bajo las normas de contrataciones del Estado, cuya norma que hace referencia a la confidencialidad se divide en tres partes:

La primera parte describe la posibilidad de pactar en contrario respecto a la confidencialidad. Es decir, la regla general es que las actuaciones arbitrales sean confidenciales para las partes, el Tribunal Arbitral, secretario, institución arbitral y en general, cualquiera que intervenga en las mismas, bajo responsabilidad.

Al respecto, por no cumplir con el deber de confidencialidad, Guillermo Lohmann (2011) ha establecido tres categorías de responsabilidad:

La primera es la responsabilidad civil. Por tanto, la responsabilidad puede ser contractual, como es el caso entre las partes y los árbitros o entre las partes y la institución administradora, que sin duda hay una relación contractual de servicios. O puede ser extracontractual, si, por ejemplo, quien comete la

infracción es un delito.

La segunda es la responsabilidad penal. Los artículos 156 y 165 del Código Penal establecen los tipos de las infracciones a los derechos de intimidad y la obligación de secreto, respectivamente.

La tercera es, si podría llamarse así, de carácter administrativo e incluso laboral, cuya aplicación concierne a las instituciones arbitrales, imponiendo sanciones a las partes, a los árbitros y al personal vinculado al arbitraje. (pp. 583-584)

La segunda parte describe las excepciones legales que pueden ocurrir en la etapa final del proceso arbitral. Es decir, la confidencialidad se verá levantada cuando se presenta un recurso de anulación o ejecución en la vía judicial; más aún si, en la mayoría de supuestos, el expediente arbitral pasará a formar parte integrante del expediente formado en la jurisdicción ordinaria en donde se ventile la pretensión de la anulación de laudo o de la ejecución, según corresponda.

En otras palabras, no se exige el deber de confidencialidad en supuestos como: (a) exigencia legal por autoridad judicial o fiscal, b) para interponer un recurso de anulación de laudo en sede judicial y c) ejecutar el laudo en sede judicial.

La tercera parte, recientemente modificada, a través del Decreto de Urgencia 020-2020 reseñada en el periódico oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2020 describe el momento exacto en el que las actuaciones y el laudo arbitral son públicas. Esto ocurre cuando concluye el proceso arbitral. De igual modo, se hizo énfasis en lo siguiente:

Que, la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitraje entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afecten los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país.

Que, resulta urgente y necesaria la modificación del marco normativo vigente, en los procesos arbitrales en los que interviene como parte el Estado peruano, a fin de fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen graves perjuicios al Estado peruano. (Decreto de Urgencia 020-2020, 2020)

Asimismo, este Decreto de Urgencia que modifica la confidencialidad en la Ley de Arbitraje, lo hace sobre una norma general que también es supletoria a la norma especial

(Ley de Contrataciones del Estado). Esto genera un problema ya que resulta razonable interpretar que la reciente modificación a la Ley de Arbitraje no es aplicable a la legislación especial, más aún si el Decreto de Urgencia no deroga ninguna norma especial.

Así las cosas, la Ley de Arbitraje actual que incluye las modificaciones efectuadas por el acotado decreto de urgencia es aplicable de manera supletoria cuando la Ley que norma las Contrataciones del Estado no regule los aspectos establecidos en la norma general. Ello implica que cualquier cambio para mejorar atributos de transparencia, publicidad e interés público debió hacerse en la propia norma de contrataciones del Estado. Y si no fuese así, buscar una fórmula legal para armonizar la transparencia con el deber de confidencialidad cuando una de las partes es el Estado o crear una norma especial para el tratamiento adecuado en esta clase de arbitrajes.

La confidencialidad en el Perú y los centros de arbitrajes

Con relación a este tema, las instituciones arbitrales muestran su preocupación por mantener el control de todo acervo documentario que mantenga en custodia, garantizando la respectiva reserva de todo lo actuado, incidiendo en el carácter de confidencial todas sus actuaciones, siendo incluso de obligatorio cumplimiento para todo aquel que participe en ella bajo cualquier denominación.

En el Perú, las instituciones arbitrales con mayor reputación son el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, la CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica (en adelante, la CARC-PUCP). Ambas instituciones regulan la confidencialidad en sus propios reglamentos, sin hacer distinción entre las partes, sea entre particulares o cuando una de las partes sea el Estado.

Además, se hace hincapié que la regulación sobre la confidencialidad no impide que los centros de arbitraje puedan brindar información estadística relativas a sus actividades siempre que no se identifique a las partes o se pueda dar a conocer los hechos materia de la controversia salvo pacto en contrario.

Por otro lado, una realidad preocupante es que no existe una norma que regule y aplique requisitos mínimos indispensable para constituir un Centro de Arbitraje y es que, en la actualidad, cualquier persona puede poner su centro de arbitraje sin tener requisitos mínimos indispensables sea de forma (infraestructura o mobiliario mínimo) o de fondo (existencia de un Reglamento de Arbitraje acorde con el sistema normativo cuando una de las partes sea el Estado o existencia de una Corte Arbitral con personas de reconocida trayectoria académica y moral); precisándose además que tampoco existe

ninguna supervisión o monitoreo sobre los Centros de Arbitrajes actuales en el cumplimiento de tales requisitos, lo que puede ocasionar que determinados arbitrajes se lleven a cabo en instituciones arbitrales de dudosa reputación o procedencia, más aún si la norma especial únicamente señala que sea arbitraje institucional.

2.2 El interés público y el principio de transparencia en las normas de contrataciones del Estado

2.2.1 El interés público: concepto

El interés público como concepto indeterminado

El término “interés público” debe ser definido siguiendo una estructura que no necesariamente encuentra respaldo en las normas jurídicas o en el propio derecho. Y es que, alegando interés público, el Estado es capaz de intervenir en la economía y en el comportamiento de los ciudadanos pudiendo incluso restringir derechos fundamentales, entre otras situaciones.

Siendo un concepto indeterminado y que, además “ha sido un comodín útil para sostener posiciones totalmente distintas frente a un mismo problema y en un mismo momento” (Rodríguez, 1994, p. 63) tenemos que recurrir a la filosofía del derecho como fuente para encontrar ciertas respuestas que la ciencia del derecho *per se* no nos puede brindar en primer término y poder entre ambas, lograr una definición con el mayor grado de exactitud posible.

Sin profundizar en nociones de filosofía que podrían alejarnos de la finalidad de la investigación, resulta pertinente tener en cuenta dos tendencias interpretativas elaboradas por Ronald Dworkin (1984), quien afirma que existen dos grupos contrapuestos; por un lado,

aque aquellos grupos teóricos del derecho quienes, ante un concepto jurídico indeterminado, prefieren considerar la intencionalidad del legislador, es decir, lo que los autores de la Constitución tuvieron en mente al momento de redactar determinado concepto, negando la posibilidad de adaptar su aplicación a nuevos supuestos sociales; constituyendo una visión estrecha limitando a aquellos derechos reconocidos por un grupo limitado de personas en una época fija de la historia.

Y, por otro lado,

aque aquellos grupos de filósofos, quienes, ante un concepto jurídico indeterminado, pueden hacer la distinción entre *concepto* y *concepciones*. Por ejemplo, será concepto cuando se desprenda de la norma superior que existía un núcleo de

casos protegidos por la Constitución, dejando abierta la posibilidad de que sus intérpretes posteriores puedan introducir nuevos casos y soluciones; evolucionar sin establecer límites. Lo contrario, será la versión descrita en el apartado precedente por parte de aquellos grupos del derecho. (p. 213)

Entonces, la relación concepto jurídico indeterminado y Constitución es fundamental, toda vez que esta última, por su naturaleza, es el cuerpo normativo que más conceptos indeterminados posee y, por ende, donde más colisionan la filosofía del derecho y los problemas jurídicos encontrándose, verbigracia, al interés público como uno de ellos.

Justamente, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 0090-2004-AA/TC del 5 de julio de 2004, con la participación de los magistrados Alva Orlandini -Presidente-, Revoredo Marsano, Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Gonzales Ojeda, hizo aclaraciones sobre el interés público, indicando que el interés público se refiere a aquellas cuestiones que benefician a la colectividad en su conjunto, siendo así equivalente al interés general de la comunidad. La atención a estas necesidades representa uno de los propósitos fundamentales del Estado y fundamenta la estructura administrativa. Asimismo, señala:

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. [...]

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad (Tribunal Constitucional, Sentencia 090-2004 AA/TC).

De lo expuesto, podemos concluir que el Tribunal Constitucional no se ha animado a definir o precisar el concepto de interés público, más aún, si no existe en el Perú norma expresa que lo defina. Sin embargo, lo que sí se puede encontrar de la mencionada sentencia es que

(i) es un concepto indeterminado, (ii) tiene que ver con todo aquello que beneficie a la comunidad en general y (iii) el interés público se construye sobre la base de la motivación de las decisiones sin caer en la arbitrariedad.

Por consiguiente, el interés público es un instrumento para alcanzar determinados objetivos socialmente deseables en un lugar y momento determinado, sin llegar a percibirlo únicamente como la satisfacción de un grupo mayoritario (Caivano, 2008, p. 65). Hecho que puede afectar conceptos elementales como política pública y bien común dentro un Estado Constitucional de Derecho.

El interés público en las normas de contrataciones del Estado

Es cierto que no hay concepto uniforme sobre el interés público; no obstante, si es invocado de manera permanente en la mayoría de las normas emitidas en nuestro país y, la Ley de Contrataciones del Estado no es la excepción.

Así, la gama de contratos que suscribe la administración pública se llevan a cabo por su finalidad pública lo que implica que el interés público se encuentra detrás a la suscripción del referido contrato, otorgando al Estado diversas herramientas para garantizar que las prestaciones se ejecuten de manera ininterrumpida asegurando su continuidad en el tiempo (Taboada, 2020).

Aunado a ello, el interés público en el arbitraje también se encuentra durante la etapa de ejecución contractual (Alejos Guzmán, 2020, p. 142) y al momento de recurrir a un mecanismo de solución controversias, sea conciliación y/o arbitraje, precisándose nuevamente que la norma especial es la Ley de Contrataciones del Estado y la norma general es la Ley de Arbitraje, la cual se aplica de manera supletoria (Alejos Guzmán, 2020, p. 147).

2.2.2 El principio de transparencia: antecedentes y normativa

Antecedentes

Inicialmente, en el año 2001, la Defensoría del Pueblo publicó el Informe Defensorial 60 denominado “El Acceso a la Información Pública y la Cultura del Secreto”. Dicho documento resalta la necesidad de transparencia de la gestión estatal como característica esencial de un Estado democrático. Asimismo, hizo hincapié que son los funcionarios públicos los que deben rendir cuentas ante la sociedad civil sobre las decisiones que toman, encontrándose expuestos a fiscalización de los ciudadanos a través de peticiones de acceso a la información, salvo excepciones establecidas por ley.

Acorde con el Informe, en el Perú se constata una antigua **cultura del secreto** (el resaltado es propio) expresada en la negativa injustificada de las autoridades a proporcionar información; lo que genera consecuencias nefastas, puesto que se permiten:

el crecimiento de poderes secretos y ocultos que han carecido de todo tipo de control, fomentando —además— la corrupción. A tratar de enfrentar esta difícil situación y promover una cultura de la transparencia responde el presente informe, que examina los alcances del derecho a la información reconocido por

el artículo 2º inciso 5) de la Constitución. (Defensoría del Pueblo, 2001, p. 9; DGPE, OEA, 2013, p. 3)

Efectivamente, la Constitución Política de 1993 consagra el acceso a la información pública como un derecho fundamental, pues establece que cualquier individuo tiene el derecho de requerir información de cualquier entidad pública sin necesidad de justificar su solicitud, y debe recibirla dentro del período legal establecido, asumiendo los costos asociados al pedido. Esta disposición no se aplica a la información que afecte la privacidad personal ni a aquella expresamente excluida por ley o por razones de seguridad nacional (Constitución Política del Perú, art. 2.5, 1993)

De esa forma, es una singular manera de empoderar a la sociedad civil y supervisar a las principales autoridades por las decisiones tomadas en beneficio o no para la comunidad, generando un efecto positivo, puesto que mejora las políticas públicas y la lucha frontal contra la corrupción.

Siendo esto así, y siguiendo a la doctrina internacional y a diversas organizaciones internacionales, se establece que el derecho al acceso a la información es fundamental, y la transparencia actúa como el instrumento que facilita su ejercicio efectivo, de ahí que, el concepto de transparencia sea la posibilidad de saber que ostenta todo ciudadano y la posibilidad de acceso y alcance a la información permitida por el Estado para cumplir dicha finalidad (DGPE, OEA, 2013, p. 3).

En ese sentido, la importancia de la transparencia radica en futuros beneficios intangibles que recibe la población tales como: (i) una mejora en la burocracia del aparato público haciendo funcionarios más responsables, competentes y honestos al momento de tomar decisiones y, sobre todo (ii) constituye un arma en la lucha contra la corrupción.

Sobre este último punto, se debe enfatizar que la información es sin duda, la herramienta más importante contra la corrupción, toda vez que permite a los ciudadanos o a los medios de comunicación utilizar documentos oficiales para exponer presuntos casos de corrupción y una mala gestión pública; así como aumentar las opciones de identificar prácticas corruptas, sirviendo como un potencial desincentivo para situaciones similares de corrupción.

Normativa vinculada al principio de transparencia

Al respecto y para efectos de contar con una referencia absoluta tanto a nivel internacional como nacional, el principio de transparencia se ha dividido en dos aspectos.

A nivel Internacional

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fijó en su 108º periodo ordinario de sesiones, declaró su convencimiento acerca de que, para lograr una transparencia significativa, un paso importante es el derecho a acceder a la información del Estado, y que esta es una forma de fortalecer la democracia.

En ese sentido, el cuarto principio incide en que los Estados tienen la obligación de vigilar que este derecho tenga una acción real. Los casos en que hubiese limitaciones, asociados a peligros reales e inminentes que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas, deben haber sido establecidos previamente por la ley. (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 15)

La Declaración de Chapultepec, adoptada por la Sociedad Interamericana de Prensa en México D.F., el 11 de marzo de 1994, suscrita por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa el 12 de febrero de 2001, recoge entre sus principios el de acceso a la información, según el cual: “[...] 3. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público” (Defensoría de Pueblo, 2020, p. 16).

A nivel nacional

La Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, norma que ya cuenta con un Texto Único Ordenado (TUO) proveniente del Decreto Supremo 021-2019-JUS, publicado el miércoles 11 de diciembre de 2019 en el periódico oficial El Peruano, el cual consta de seis (6) títulos, dos (2) capítulos, cuarenta (40) artículos; y (3) disposiciones transitorias, complementarias finales. Es importante realizar un análisis detallado del artículo 17, dado que establece excepciones al ejercicio del derecho de obtención de información:

Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho:

Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: [...]

4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso. (D. S. 021-2019-JUS, 2019, art. 17.4)

Teniendo como referencia el “Manual para funcionarios sobre excepciones al derecho de acceso a la información pública” (Defensoría del Pueblo, 2016), las excepciones mencionadas en el artículo en cuestión hacen alusión a las limitaciones extraordinarias en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, la cual se basa “en la protección de ciertos bienes o derechos constitucionales” (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 17) siempre y cuando el daño real e inminente por la revelación de la información sea mayor al daño del interés público por conocer la información. Por lo que, la interpretación de las excepciones es restringida y su aplicación solo está permitida en los casos expresamente establecidos en el Texto Único Ordenado de Ley.

Con relación a este último punto, merece atención remitirse al contenido del numeral 6 del referido artículo 17, cuyo texto es: “6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República” (D. S. 021-2019-JUS, 2019, art. 17). Se colige que no puede establecerse ninguna otra excepción por normas de menor jerarquía.

Asimismo, de modo obligatorio se debe fundamentar la negativa mediante un informe por escrito que contenga:

- a) La sustentación de que la información se encuentra comprendida en el régimen de excepciones previsto en el TUO de la Ley;
- b) La prueba de que la divulgación de la información podría causar un daño sustancial a algún derecho o bien jurídico protegido por el régimen de excepciones establecido en el TUO de la Ley y
- c) la prueba que demuestra que el daño al derecho o al bien jurídico que se busca proteger será mayor que el interés público en acceder a la información restringida. (D. S. 021-2019-JUS, 2019, art. 17)

Finalmente, el numeral 4 del artículo 17 del TUO de la Ley guarda directa relación con el trabajo realizado por las procuradurías públicas de cualquier entidad estatal al momento de atender solicitudes invocando la Ley de Transparencia sobre casos judiciales y/o arbitrales.

Lo aludido en los párrafos anteriores se utiliza para realizar una interpretación a la confidencialidad contenida en el artículo 51 de la Ley de Arbitraje cuando interviene el Estado peruano en los arbitrajes. Ello genera una expresa precisión a las excepciones fijadas en las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Ahora bien, una cosa es interpretar a la confidencialidad según la Ley de Arbitraje observando las excepciones antes mencionadas y otra cosa, muy distinta, es verificar si es lo correcto o no, atendiendo a diversos factores, como características de la norma especial de contrataciones del Estado y si tales excepciones se pueden aplicar invocando el interés público y acceso a la información público en la propia ley.

2.2.3 Publicidad, transparencia y acceso a la información en la constitución y legislación en el Perú

Sin lugar a duda, al tratar de publicidad, transparencia y acceso a la información en la Constitución, que mejor referencia que una sentencia del propio Tribunal Constitucional.

De acuerdo con el argumento 12 de la sentencia expresada en el Expediente 020-2003-AI/TC, se establece que la contratación pública está regida por la transparencia:

La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. (Expediente 020-2003-AI/TC, fundamento 12)

Así también, el Colegiado concluye que

la transparencia se garantizará cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general (Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 12).

Esta jurisprudencia encuentra asidero en el artículo 2 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, al precisar que

las contrataciones del Estado se rigen bajo el principio de publicidad por el cual el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre competencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones. (Ley de Contrataciones del Estado, artículo 2)

Entonces, la publicidad es una herramienta para garantizar la transparencia en el sector público en las contrataciones estatales cuyo procedimiento es peculiar debido a la utilización de fondos públicos para adquirir bienes, servicios u obras. Tal situación corresponde a un enfoque que rodea a las compras públicas. Así también es el poder que tiene el ciudadano de acceder a ella y cuáles serían sus particularidades y respaldo legal para solicitarlo.

Particularidades de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

El Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fue aprobado por el Decreto Supremo 0021-2019-JUS y su artículo 3 se refiere a que toda la información que posea el Estado se presume pública, excepto en los casos específicamente vistos por la ley. En efecto, son las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación las que pueden menoscabar el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente 3035-2012PHD/TC, que:

De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción (STC 02579-2003-HD/TC), de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas. (Tribunal Constitucional, Expediente 3035-2012PHD/TC, fundamento 5)

De tal manera, el Tribunal Constitucional en el fundamento 13 de la sentencia 2579-2003-HD/TC ha precisado que,

como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que solo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la

información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado. (Tribunal Constitucional, Expediente 3035-2012PHD/TC, fundamento 13)

Esto es, son las entidades públicas quienes deben justificar la necesidad de que quede en reserva cualquier información que el ciudadano haya podido solicitada requerir. Nótese que la Ley de Transparencia establece que “la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones de los artículos 15 a 17 de la mencionada ley (art. 13, párr. 2).

Asimismo, la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señala que las excepciones descritas en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos casos en los que se puede restringir el derecho al acceso a la información pública. Estas excepciones deben interpretarse de manera restrictiva ya que implican limitar un derecho fundamental.

Para la presente investigación, considero que, de todas las excepciones señaladas en los artículos mencionados, es el numeral 4 del artículo 17 correspondiente a la información confidencial, la que más se adecua para justificar cualquier negativa en brindar información sobre procesos arbitrales o judiciales a cualquier ciudadano. Ese numeral indica que el acceso a la información pública no podrá ser ejercido en relación con:

4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso. (Ley 27806, art. 17.4)

Esta coyuntura permite asumir que la información que cualquier ciudadano solicite respecto a los arbitrajes no concluidos bajo las normas en contrataciones del Estado podría ser restringida siempre y cuando las procuradurías públicas de cada entidad y encargadas de brindar esa información, justifique adecuadamente su negativa en concordancia con el numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje.

Así las cosas, dicha negativa no debe alcanzar a peticiones relacionadas a identificar los miembros del Tribunal Arbitral, la materia controvertida o tipo de contrato sometido al arbitraje, los honorarios de los árbitros y conocer la etapa en la que se encuentra. Toda vez que, los ejemplos mencionados no generan revelación de estrategia alguna sea para el trámite o para la defensa de un determinado proceso.

Por lo tanto, de las citadas disposiciones legales y pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se concluye que toda información es de acceso público. No obstante, en

caso se invoquen las excepciones previstas en la ley, estas deben estar debidamente justificadas y es el Estado el obligado a probar, ya que cuenta con la carga de la prueba.

Sobre este punto, conviene mencionar que para el autor de esta tesis y dada su experiencia en el ejercicio de la defensa jurídica en varias procuradurías públicas, esta justificación también comprende a los escritos ya presentados ante un Tribunal y que forman parte del expediente arbitral, toda vez que, puede afectar otros procesos arbitrales sea del mismo contrato o vinculados por razón de la materia y que se encuentren en giro cuya estrategia aún no se ha dilucidado pero que, si se tiene acceso, puede afectar su derecho de defensa de la Entidad que defiende.

2.3 La tensión entre la confidencialidad del arbitraje en las normas de contrataciones del Estado versus el principio de transparencia e interés público

Como se ha mencionado, el deber de confidencialidad se encuentra regulado en el Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje. Por otro lado, la Ley de Contrataciones del Estado regula el interés público y el principio de transparencia como pilares fundamentales en los contratos realizados con los contratistas utilizando los recursos o fondos públicos de todos los peruanos. También la confidencialidad es una característica esencial de los regímenes arbitrales comercial e internacional como del de inversiones. Sin embargo, la información basada en la confidencialidad no necesariamente es impenetrable (Febles Pozo, 2020, p. 471).

Siendo esto así, resulta válido afirmar que, en los arbitrajes, bajo las normas de contrataciones del Estado, existe también una característica fundamental de todo Estado Constitucional de Derecho, como es el interés público (Caivano, 2010/2011, p. 65).

Ahora bien, cuando una de las partes es el Estado ¿cómo se debe interpretar al deber de confidencialidad regulada en la Ley de Arbitraje en los arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado? Pues resulta paradójico asumir que la norma especial del arbitraje (esto es, la Ley de Contrataciones del Estado) regule la transparencia y el interés público, mientras que la norma general desarrolla la confidencialidad en correspondencia con la Ley N.º 27806.

Durante la presente investigación, se realizaron varias entrevistas a determinadas personas que, por su ocupación, participan de manera directa, con el día a día, en los arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado. Así, la lista de personas que colaboraron con este trabajo fueron las siguientes:

Nombre	Cargo
Katty Mariela Aquize Cáceres	Procuradora pública del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego
Álvaro Aguilar Ojeda	Secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana (CAAC)
Fernando Vidal Malca	Procurador público del Ministerio de la Producción
Especialista en arbitraje	Centro de Arbitraje de la CCL

Comentarios de procuradores públicos, especialistas y secretarios generales de centros de arbitrajes

Los profesionales descritos en el cuadro precedente tienen amplia experiencia en el manejo de arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado. Cada uno de ellos aportó al presente trabajo sus impresiones sobre este punto en particular, dando respuesta a diversas preguntas formuladas por el autor, siendo una de ellas, y para el presente capítulo, la siguiente:

En su experiencia profesional, ¿Considera usted que existe algún conflicto vigente entre las normas de contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje vinculado con el deber de confidencialidad? De ser afirmativa su respuesta, ¿cómo considera usted que se debería realizar la interpretación normativa de la confidencialidad en los arbitrajes bajo la norma de contrataciones del Estado?

Todas las entrevistas fueron realizadas a través del aplicativo Zoom y todos los entrevistados manifestaron por escrito su consentimiento dando cumplimiento al protocolo establecido por la Escuela de Postgrado.

Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

Entrevistado	Respuesta
Álvaro Aguilar Ojeda	En principio, tenemos 3 artículos en la Ley de Arbitraje que están referidos a la confidencialidad. Los 2 primeros numerales tienen una base dispositiva y están pensados en un arbitraje privado comercial. El tercer numeral se refiere a las actuaciones arbitrales cuando una de las partes es el Estado. Este último punto establece que las actuaciones sean públicas una vez concluya el arbitraje. Va en la misma línea de la Ley de Contrataciones. No obstante, no debería haber una regulación de ese tipo en la Ley de Arbitraje porque dicha norma está pensada para arbitrajes entre particulares. Ahora

	<p>bien, al contestar la pregunta, la respuesta sería tienes una norma especial sobre una norma general, la cual es supletoria. Entonces ¿Por qué regulas la norma general sobrearbitraje y no lo haces en la norma especial sobrecontrataciones del Estado? Es decir, la Ley de Arbitraje tiene una estructura de más de 50 años con la Comisión de Nueva York, la ley modelo UNCITRAL y pensada en un modelo internacional. Sin embargo, empiezan a poner elementos que distorsionan esa lógica dentro de la normativa.</p> <p>Ahora, claro está que nuestra norma especial, o sea, la ley para contratar con el Estado, no se dedica solo a regular el arbitraje. Posees un conjunto completo de normativas que regulan tanto los procedimientos de selección como la ejecución de contratos. Mi preocupación es que se pretende regular temas que están pensados para privados; sin embargo, hay que considerar que el Perú es el único país que obligatoriamente somete sus controversias en arbitraje. Es una excepción y ello, al margen de lo que hablamos, es en buena hora, toda vez que, pese a los problemas con los que se ha enfrentado el arbitraje sigue siendo una mejor opción que la jurisdicción ordinaria.</p> <p>Por otro lado, comparto la inquietud en que debe haber mayor transparencia cuando una de las partes es el Estado. El problema es el ¿cómo? No hay que seguir modificando una norma general pensada para una lógica distinta entre particulares. En todo caso, si quieres tener un sistema de resolución de conflictos tomando en cuenta las características especiales cuando una de las partes sea el Estado, entonces haz una norma especial que tenga permanencia en el tiempo y que no se esté modificando a cada rato en el tiempo, toda vez que lo único que genera es incertidumbre.</p>
Fernando Vidal Malca	<p>Efectivamente, yo considero que hay una suerte de tensión entre lo regulado en la norma especial y el arbitraje sobre la confidencialidad. Y esto se da porque la génesis del arbitraje tiene un origen civil y regula obviamente un mecanismo para resolver controversias entre particulares. Dentro de esa lógica, la confidencialidad es totalmente válida, pero si ya nos encontramos en un arbitraje cuando una de las partes es el Estado, obviamente hay un interés perfectamente válido de que se trata la controversia y algún tipo de acceso a la información se debe tener.</p>
Katty Aquize Cáceres	<p>Existe una aparente contradicción entre la norma de</p>

contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje. Digo que es aparente porque esa contradicción se resuelve fácilmente con una interpretación sistemática entre la norma especial, general y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Si nosotros tomamos las 3 normas, tal contradicción no existe y que, se puede solucionar, donde la respuesta es que, efectivamente, prima el interés del Estado, los principios de transparencia, pero también debemos tener en cuenta que la Ley de Transparencia tiene tres artículos que detallan en qué casos podemos considerar confidencial, clasificada y no debe ser entregada siempre y cuando esté debidamente justificada. Al respecto, el Tribunal de Transparencia ha emitido una Resolución que ha circulado a todas las procuradurías a través de la PGE, el cual, si bien es cierto, habla del Poder Judicial, podemos hacer un símil con el arbitraje en apego con lo referido en el artículo 139 de la Constitución al precisar que el arbitraje también es un fuero. Siendo esto así, el contenido de dicha resolución manifiesta que será el Poder Judicial quien decida si esa información será entregada o no. Haciendo una analogía en el arbitraje, debería ser el Tribunal Arbitral quien decida la suerte de la solicitud de acceso a la información cuando los procesos se encuentren en trámite. Sin embargo, con esta situación no estoy muy de acuerdo ya que, hay algunas cosas que deberían ser reservadas no por falta de transparencia sino porque muchas veces lo solicitado es usado de manera indebida en desmedro del propio Estado. Por ejemplo, la Procuraduría saca un informe "x" haciendo una evaluación costo beneficio del porque no se debe iniciar un arbitraje. ¿Te parece lógico? La respuesta es no. Ese tipo de información debe manejarse de manera reservada ya que nosotros defendemos los intereses y el peculio del Estado. La mejor salida es guiarnos por lo que dice el Tribunal de Transparencia, aunque la información que nos obligan a entregar es utilizada negativamente en otros procesos. Si a eso le sumamos la Directiva de OSCE 004-2020 sobre confidencialidad mediante el cual señala que la reserva o la confidencialidad mencionada se puede levantar en los siguientes casos:

a) Si ambas partes han autorizado expresamente su divulgación o uso.

	<p>b) Cuando sea necesario hacer pública la información por exigencia legal.</p> <p>c) Cuando un órgano jurisdiccional o el Tribunal de Contrataciones del Estado, dentro del ámbito de su competencia, solicite información y/o la remisión de actuados a la Secretaría Arbitral o al Árbitro único.</p> <p>Si bien es cierto que el Tribunal de Transparencia no es un órgano jurisdiccional, también lo es que, si te niegas, las partes pueden presentar un <i>habeas data</i>, el cual, puede durar varios años y luego terminas entregando la información.</p>
Especialista en arbitraje ¹	<p>A nivel general, un principio importante en el arbitraje tradicionalmente ha sido la confidencialidad.</p> <p>A nivel internacional se está comenzando a evaluar si puede haber una mayor transparencia. Ahora bien, en el caso peruano, es el artículo 51, numeral 3 de la Ley de Arbitraje donde se regula la confidencialidad.</p> <p>En la actualidad, este numeral se modificó, señalándose que tanto el laudo como las actuaciones arbitrales serían públicas una vez concluido el proceso arbitral, por lo que no hay conflicto de normas. Sin embargo, si hubiera algún tipo de discrepancia entre la norma de arbitraje y la norma especial, prevalecerá esta última por el principio de especialidad.</p>

Estas intervenciones permiten inferir que existen dos tipos de respuestas. Aquellos que, manifestaron que si existe conflicto vigente sobre la confidencialidad entre la norma especial y la norma general; y, aquellos que manifestaron que no existe conflicto debido a la interpretación sistemática que debe realizarse con la norma inherente de transparencia a la información pública.

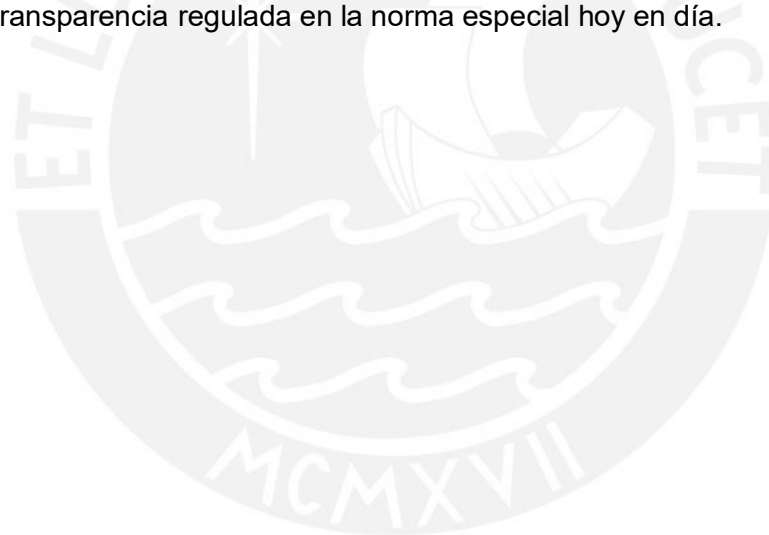
No obstante, tienen puntos en común, tales como el origen de la Ley de Arbitraje. Existe unanimidad que fue creada básicamente para arbitrajes entre particulares siguiendo el modelo Uncitral y en un contexto determinado. En esos años, el país empezaba a gozar de cierto crecimiento económico, la suscripción de tratados de libre comercio cobraba mucha importancia y era indispensable mejorar las condiciones de las contrataciones públicas. En ese contexto, en el año 2008 se publicó el Decreto Legislativo 1017, el cual contenía la Ley de Contrataciones del Estado, y ese mismo año, y por días de diferencia, se publicó el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.

Siendo esto así, la confidencialidad fue aplicada de manera supletoria como un deber

¹ Seudónimo utilizado por la entrevistada al no haber autorizado el uso de su nombre para la presente investigación.

que tiene que ser respetado por las partes y protegidos por el Tribunal Arbitral o Árbitro Único sea en las normas de contrataciones del Estado y/o en los reglamentos de los centros de arbitraje que la consagran. También señalaron que está regulado en las normativas de contratación pública, dos elementos afines con el sector público tales como: (i) el interés público y (ii) el principio de transparencia que contiene incluso el acceso a la información como derecho fundamental, regulado en las normas de contrataciones del Estado (art. 2, inc. c-f).

Por lo expuesto, soy de la opinión que esta situación genera tensión normativa cuando existe una entidad pública ya que, siempre habrá un interés por conocer cuál es la controversia, por lo que es atendible contar con un nivel de acceso a la información. El tema fundamental es saber los límites de la información que se puede dar a los ciudadanos y que no afecten principalmente la estrategia de defensa de los procesos arbitrales en trámite. Todo ello, se puede plasmar en una norma exclusiva para arbitrajes en contrataciones del Estado. De tal manera que sería un importante paso para armonizar la confidencialidad regulada en la norma general con los principios de interés público y de transparencia regulada en la norma especial hoy en día.



CAPÍTULO III. EL ARBITRAJE Y LA CORRUPCIÓN

3.1 La corrupción en sede arbitral

3.1.1 Algunos casos de corrupción identificados en sede arbitral

Caso Gunnar Lagergren (Argentina)

El caso Gunnar Lagergren es un caso emblemático en particular ocurrido en el extranjero vinculado a la corrupción en el arbitraje.

Se trata del ICC No 1110 del año 1963, resuelto por el árbitro único Gunnar Lagergren quien declaró su falta de competencia para dictar el laudo, tras haber verificado que entre una empresa extranjera y un ciudadano argentino se había firmado un contrato que tenía como trasfondo sobornar a funcionarios argentinos para que la empresa extranjera obtuviese una importante contrapartida monetaria.

Frente a dicho reclamo, el árbitro afirmó que “no puede negarse que existe un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas proclamando que los contratos que violan las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos no ejecutables y no pueden ser amonestados por tribunales o árbitros. Esta corrupción es un mal internacional, es contraria a los buenos principios morales y a los principios de orden público compartidos por la comunidad de naciones”.

Aunque fue criticado por la manera de resolver el fondo de la controversia al no aplicar correctamente la *doctrina* de separabilidad del convenio arbitral para conservar su competencia, fue importante para “sentar las bases” para posteriores pronunciamientos por parte de los tribunales arbitrales para atreverse a confrontar la corrupción como tema de fondo. Lo rescatable en todo caso de su pronunciamiento fue que el árbitro Lagergren concluyó lo siguiente:

- (i) El acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado”, y que las comisiones a pagarse se utilizarían “en su mayor parte para el pago de sobornos.”
- (ii) Adicional a ello, indicó que ningún tribunal —fuera arbitral o judicial— podía entender un caso de estas características, debido a que “los contratos que implican una violación grave a la moral (“bonos mores”) y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser sancionados por jueces o árbitros. (Quiñones, 2015, p. 285).

A consideración personal, esta es una de las primeras sentencias que, invocando al orden público internacional y advirtiendo actos de corrupción tipificados en la ley aplicable, analiza respecto a la incompetencia del árbitro. Llama la atención que este pronunciamiento se dio mucho antes de las diversas convenciones internacionales sobre la materia; por lo que se puede afirmar que marcó un punto de partida al considerar a la corrupción como un factor que pone en riesgo a la jurisdicción arbitral.

Sin embargo y, atendiendo al principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, pese a que exista un delito o un acto contrario a las normas de orden público internacional, tal circunstancia no puede afectar la competencia del tribunal. Y es que, la corrupción no perturba a la cláusula arbitral sino al objeto del contrato.

World Duty Free c. Kenia

El caso World Duty Free c. Kenia de fecha 4 de octubre de 2006 fue un caso administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), siendo la controversia principal, el incumplimiento del contrato. Los hechos fueron los siguientes:

El Sr. Ali, presidente de World Duty Free, quería obtener la concesión de las tiendas libres de impuestos en Nairobi y Mombasa. Su socio keniano, el Sr. Sajjad, le recomendó que planteara la solicitud para obtener la concesión directamente ante el presidente de Kenia, Su Excelencia Daniel Moi. Para ello, se desplazaron a la residencia oficial del presidente, llevando consigo una cartera repleta con dos millones de dólares en billetes, que entregaron a su asistente personal

Al salir, el asistente les devolvió la cartera y los dólares habían desaparecido. No obstante, la cartera estaba llena de granos de maíz. El Sr. Sajjad se mostró encantado: “Al presidente le gusta tu propuesta —es una magnífica señal—”.

El presidente Moi efectivamente ordenó que el contrato de las tiendas libres de impuestos se otorgara a World Duty Free. El contrato se firmó y la empresa invirtió una considerable suma de dinero en ejecutar su proyecto.

Años después, surgieron problemas en la ejecución del contrato y el Gobierno keniano lo canceló de forma irregular según World Duty Free. El estado reaccionó declarando la nulidad del contrato en el momento en que se enteró de que había sido obtenido por medio de pagos corruptos.

Seguidamente, World Duty Free inició un arbitraje contra el Estado alegando incumplimiento del contrato, y pidiendo la devolución de las tiendas o una indemnización por un importe de 500 millones de dólares.

El tribunal desestimó la demanda de World Duty Free al entender que la corrupción es contraria al orden público internacional, y contraria al Derecho inglés y keniano (derecho aplicable al contrato). Por ello aceptó la declaración de anulación del contrato formulada por Kenia, y negó a la demandante legitimación activa, por haber cometido una violación del orden público internacional. (Fernández-Armesto, 2018, p. 20).

Al respecto, siempre una alegación de corrupción constituirá un desafío tanto para el Estado *como* para el Tribunal Arbitral en cómo proceder. Para lo cual, y siendo los casos mencionados pertenecientes a los arbitrajes internacionales, los factores a tener en cuenta se resumen en la carga de la prueba y la oportunidad para ofrecerla considerando la jurisprudencia internacional sobre la materia.

En este caso, el acto de corrupción fue antes a la inversión efectuada y fue utilizado como prueba para acreditar el soborno. En efecto, en tales circunstancias, los tribunales arbitrales han mostrado rechazo en continuar con el proceso y analizar el fondo de la controversia, lo que implica que la demanda se termina rechazando, alegando cuestionamiento sobre la legalidad de la inversión efectuada.

Ahora bien, conviene resaltar que el propio Tribunal sustentó que carecía de jurisdicción al interpretar el artículo 25.1² de la Convención CIADI, y es que contempla un requisito implícito de legalidad, pero que no se acata cuando se da algún acto de corrupción, tal como se puede apreciar del párrafo 157 de laudo del caso World Duty Free (2006) cuyo texto es el siguiente:

Considerando las leyes nacionales y convenciones internacionales sobre la corrupción y las decisiones adoptadas sobre esta materia por cortes y tribunales arbitrales, este Tribunal se encuentra convencido de que el cohecho es contrario al orden público internacional de la mayoría, si no todos, los Estados o, para utilizar otra fórmula, al orden público transnacional. (párr. 157)

En otras palabras, la coima pagada fue para que la inversión diera frutos en el país de Kenia. En consecuencia, es indubitable que el caso arbitral se encuentra inmerso en la ilegalidad vinculada con la inversión, lo que vulnera el consentimiento del Estado a un arbitraje CIADI y afectando los principios de orden público internacional.

Por todo lo expuesto, se puede colegir que la actitud primigenia del arbitraje contra la corrupción no fue la más directa y más bien, se le veía como un problema con el cual, se tenía que convivir; tal como sucede en la jurisdicción ordinaria.

No obstante, hoy en día, el arbitraje internacional está asumiendo una postura distinta y confrontacional con la corrupción, lo cual genera un impacto positivo en la comunidad arbitral, más aún si nadie discute que los pagos indebidos o mal llamados “coimas” distorsionan las normas de orden público internacional.

En función de las ideas anteriores se permite concluir que, hoy en día, en el arbitraje internacional existe una tendencia en demostrar una alta responsabilidad gubernamental por parte del Estado vinculado a la protección del interés público; lo que genera, una mayor transparencia procesal en esa clase de arbitrajes; más aún si estos casos nos demuestran que tanto los demandantes, coincidente siempre con el inversor, y los demandados con los Estados anfitriones o receptores de la inversión, enfrentan desde diferentes perspectivas el actuar ilícito de ciertos Estados en el ámbito de las inversiones (Henckels, 2018).

3.1.2 Corrupción en sede arbitral peruana entre privados

En el punto anterior, se pudo apreciar como los gobernantes, los funcionarios y los políticos de un país se dejan comprar por intereses particulares, afectando directamente al arbitraje internacional.

Pues bien, el Perú no es ajeno a estas situaciones y el hecho que sean arbitrajes entre privados no impide que se generen actos de corrupción a través de, por ejemplo, arbitrajes simulados. Siendo uno de ellos, el caso “Orellana”, uno de los más famosos y emblemáticos casos del año 2014. Y es que, contemplaba una simulación de procesos arbitrales cuyo propósito principal era despojar de su propiedad a los legítimos dueños (Cornejo, 2012, p. 16).

En efecto, una de las modalidades que ejercía esta red criminal era simular a través de dos personas naturales o testaferros de Orellana un contrato en el que se estipulaba una supuesta disposición de un bien inmueble en el que ninguno de ellos eran los verdaderos propietarios. En buena cuenta, celebraban contratos de compraventa de inmuebles en el que no había ningún tipo de vínculo entre el inmueble objeto del contrato y los sujetos intervinientes en dicho acto jurídico. O sea, el testaferro vendedor no era el auténtico propietario del bien inmueble y aparentemente lo enajenaba al testaferro comprador. Es importante destacar que estos acuerdos, formalizados mediante escritura pública ante un notario, incluían una disposición de arbitraje. Esta disposición establecía que, en caso de desacuerdo entre las partes sobre la puesta en marcha o interpretación del contrato, se resolvería mediante un proceso de arbitraje. En ese momento, se engendraba la oportunidad perfecta para activar una “controversia” y por ende el inicio de un proceso arbitral.

En paralelo y para que no exista problemas a futuro, se estipulaba cuál era el centro de arbitraje donde se llevaría a cabo el arbitraje. Como bien se sabe, tal estipulación se encuentra permitida y las instituciones arbitrales elegidas eran de dudosa reputación, en donde muchas veces, los árbitros se encontraban coludidos con los testaferros.

Obviamente, dicho arbitraje finalizaba con la emisión de un laudo que daba la razón a una de las partes otorgándole la supuesta propiedad y el laudo era utilizado para inscribir dicho derecho ante los registros públicos. En Registros Públicos, pagaba sobornos a determinados registradores para lograr la inscripción, motivo por el cual, el ex jefe de la SUNARP, Álvaro Delgado Sheelje fue condenado a prisión efectivo por haber participado en el tráfico de inmuebles de la Red Orellano entre los años 2009 a 2013.

En el ejemplo citado, surge un cuestionamiento: ¿Por qué el Arbitraje resultó tan atractivo para cometer ese acto ilícito? Sin lugar a duda, una de las razones principales fue utilizar al fuero arbitral —reconocido por la Constitución— para administrar justicia y un factor que pudo contribuir a ese acto ilícito fue la confidencialidad. Puesto que, tal proceso arbitral, desde su inicio hasta su fin no era público ni tampoco podía ser de fácil acceso para cualquier tercero. De esta forma generando que se tome conocimiento el perjudicado al momento de la ejecución del desalojo, previa inscripción del laudo en los Registros Públicos.

Así, se obtuvo el despojo de un bien inmueble a un tercero utilizando un mecanismo de resolución de conflictos, concertando voluntades dirigidas al aprovechamiento del arbitraje y vulnerando su principal propósito la cual es administrar justicia.

Es relevante mencionar que, en esos años, no existía norma alguna que sancione la corrupción entre privados durante el periodo antes señalado. No fue sino hasta el 4 de setiembre de 2018, divulgada en el periódico oficial El peruano el Decreto Legislativo 1385, norma que sanciona la corrupción en el ámbito privado dirigido a esas “conductas que afectan el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal de las empresas” (Decreto Legislativo 1385, preámbulo).

Si bien es cierto que está orientado al delito en el ámbito mercantil o económico y no en el ámbito de la administración de justicia, también es cierto que se agrede a la concertación de voluntades para la simulación de arbitrajes, modalidad que, como se mencionó, utilizaba la red criminal de Rodolfo Orellana.

Por lo expuesto, la esfera privada cumple un rol importante al regular procesos arbitrales bajo las reglas de la buena fe y ética. A pesar de que no involucran interés público y no están en juego los recursos públicos del Estado, ello no la hace invulnerable a los actos de corrupción afectando tanto al mercado de bienes y servicios como a la administración de justicia (arbitraje).

3.1.3 La experiencia peruana de casos de corrupción vinculados a arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado, a propósito del caso Odebrecht

Antecedentes

El Caso Odebrecht tuvo una repercusión mundial, pero, sobre todo, en la región de Latinoamérica. El Perú fue uno de sus protagonistas o más bien, uno de los lugares donde la empresa brasileña obtuvo la adjudicación de una considerable cantidad de obras públicas y concesiones.

Como lo señaló IDL-Reporteros, Odebrecht fue la principal contratista con el Estado por más de 15 años, logrando adjudicarse alrededor de 24 proyectos entre obras y concesiones por más de 35 millones de soles (Moreno y Cabral, 2016, p. 1). Una vez firmados los contratos, tales montos seguían creciendo y ello se debía a los sobrecostos exigidos por el contratista y concedidos por el Estado. Según la referida investigación periodística, tales sobrecostos alcanzaron una suma mayor a 4 mil 600 millones de soles, relacionadas con la ejecución de 15 obras más la etapa de construcción de la carretera interoceánica Norte y Sur (tramos II y III). Asimismo, se pudo conocer como el consorcio brasilero, a través del arbitraje y sumado a un Estado incompetente e ineficiente, pudo obtener al menos “254 656 753 dólares entre los años 2003 y 2016” (Moreno y Cabral, 2016, p. 1).

Es así como, entre los años 2018 y 2019, existió un elevado número de recusaciones contra los árbitros investigados por el Ministerio Público, dado que, se puso en cuestión su integridad y calidad moral, afectando sus obligaciones de independencia e imparcialidad. Tales recusaciones en su mayoría fueron resueltas como fundadas, tal como se puede observar de los informes publicados en el portalweb del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

Recusaciones planteadas por el Caso Odebrecht y su impacto en la comunidad arbitral

Luego de hacerse público la noticia periodística del 4 de mayo de 2018 (Gaceta Constitucional, 2018), se hizo notorio la presunta existencia de pagos realizados a favor de los árbitros en los procesos arbitrales en contra del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quienes estaban incluidos en la pesquisa preliminar expandida por el Ministerio Público acerca de las actividades de Odebrecht, empresa que ejecutó uno de los mayores caso de sobornos internacionales y corrupción relacionados con la ejecución de obras públicas en el País y en parte del Continente.

En efecto, de acuerdo con la fiscalía, los 19 árbitros, habrían aceptado y recibido dinero con la finalidad, no solo de influir sino además de decidir con fallos favorables al interés

de la empresa Odebrecht.

Los árbitros investigados por haber recibido sobornos a cambio de laudarse a favor de la Constructora Odebrecht en diversas controversias con el Estado Peruano fueron: 1. Jorge Horacio Canepa Torre, 2. Randol Edgar Campos Flores, 3. Luis Felipe Pardo Narváez, 4. Richard James Martín Tirado, 5. Weyden García Rojas, 6. Luis Fernando Pebe Romero, 7. José Humberto Abanto Verastegui, 8. Emilio Cassina Rivas, 9. Jesús Iván Galindo Tipacti, 10. Mario Eduardo Juan Martín Castillo Freyre, 11. Gregorio Martín Ore Guerrero, 12. Daniel Martín Linares Prado, 13. Oscar Eduardo Jesús Falen Inchaustegui, 14. Fernando Enrique López Miranda, 15. Martín Eduardo Musayon Bancayan, 16. Alberto José Montezuma Chirinos, 17. Franz Nunzio Fernando Kundmuller Caminite, 18. Fernando Cantuarias Salaverry y 19. Alfredo Enrique Zapata Velasco.

En ese contexto, la Procuraduría del MTC formuló varias recusaciones dirigidas al Centro de Arbitraje de la CCL, CARC- PUCP y a la Dirección de Arbitraje del OSCE. Se utilizaron los mismos hechos para formular recusaciones, según corresponda, contra los árbitros antes señalados. Sin embargo, ocurrió un hecho inusual y es que, para algunas instituciones arbitrales como la Dirección de Arbitraje del OSCE lo declaro infundada. En cambio, para otros centros de arbitraje, como la Pontificie Universidad Católica del Perú, lo declaro fundada.

Para una mejor ilustración, se pasará a relatar un breve resumen de una de las recusaciones interpuestas por el MTC a la Dirección de Arbitraje del OSCE y otra realizada al CARC- PUCP.

Así tenemos:

- **Ante la Dirección General de Arbitraje ante el OSCE**

RECUSACIÓN INFUNDADA PRESENTADA CONTRA EL ÁRBITRO FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY ANTE LA DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL OSCE EN EL CASO ARBITRAL EL PROYECTO ESPECIAL PARA LA PREPARACIÓN Y DESARROLLO DE LOS XVIII JUEGOS PANAMERICANOS DEL 2019 Y EL CONSORCIO SAN ISIDRO	
Hechos que sustentaron la recusación contra Fernando Cantuarias Salaverry	Principales argumentos que la dirección de arbitraje del OSCE emitió a través de la Resolución N.º 212-2018-05ce/dar de fecha 22 de noviembre de 2018.
(i) La presunta existencia de pagos realizados a favor de los árbitros en los procesos arbitrales en contra del MTC, en los que habría indicios de la participación en los hechos involucrados del árbitro, cuya recusación se formula y que forma parte de la investigación preliminar ampliada por el Ministerio Público, según así se	(i) El deber de revelación impone al árbitro una obligación in tuito personae para que informe de cualquier circunstancia que desde su punto de vista subjetivo (valoración interna) considere que pueda generar dudas justificadas a las partes (punto de vista subjetivo) respecto a su independencia e imparcialidad (...) de manera que el ocultamiento de tal información puede derivar en la pérdida de la confianza y por ende en la descalificación del citado profesional;

<p>refiere en la noticia periodística del 4 de mayo de 2018;</p> <p>(ii) El descubrimiento de estos pagos dentro del contexto de las investigaciones practicadas a Odebrecht, por los actos que ésta ejecutó como parte del mayor caso de sobornos internacionales y corrupción relacionados con la ejecución de obras públicas en el País y en parte del Continente.</p> <p>(iii) De acuerdo con la fiscalía, los 19 árbitros (en los que se encuentra el árbitro FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY), habrían aceptado y recibido donativos (dinero) con la finalidad, no sólo de influir sino además de decidir con fallos favorables al interés de la empresa ODEBRECHT.</p>	<p>(ii) En atención a ello, no contamos con elementos probatorios concluyentes para determinar que el señor Fernando Cantuarias Salaverry a la fecha de la interposición de la presente recusación conocía indubitablemente de parte de la Fiscalía Supraprovincial, quien es titular de la investigación en su contra, los hecho que motivaron el inicio de las investigaciones preliminares en el marco de la investigación fiscal realizada en su contra; (...) de los medios probatorios aportados por la Entidad, se advirtió que la referida investigación a la que se encuentra sujeto el árbitro recusado por presuntos actos de corrupción se encuentra en la etapa de investigación preliminar (diligencias preliminares) esto es, se estarían recabando elementos e indicios urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento, esto es las declaraciones del colaborador eficaz 14-2017 y su delictuosidad, así como asegurar los elementos de su comisión; (vi) por tanto, si la propia Fiscalía Supraprovincial señala en el numeral 3.2.2 de la Disposición Complementaria N° 10 que se estaría acopiando diversos elementos de convicción para el objeto de la referida investigación, no podríamos concluir que el sólo mérito de los hechos expuestos por el colaborador eficaz 14-2017 que dio como consecuencia el inicio de las diligencias preliminares conducentes a la investigación brinden garantías de veracidad sobre los hechos imputados al árbitro Fernando Cantuarias Salaverry; y, (...) no encontramos elementos probatorios concluyentes que nos llegue a demostrar que el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry haya incurrido en infracción a su deber de revelación, por lo que la recusación debe declararse infundada”.</p>
--	---

Como se puede apreciar, los primeros hechos vinculados a los casos de corrupción por los árbitros del caso ODEBRECHT se dieron a conocer en el mes de mayo de 2018, lo que motivo la presentación de un escrito de recusación, la cual fue resuelta recién en el mes de noviembre de 2018, declarando infundada dicho pedido por los motivos señalados en el cuadro precedente. En el caso antes señalado, el OSCE desarrolla su análisis basado en que no es suficiente ser objeto de una investigación fiscal para concluir que el árbitro recusado haya incurrido en infracción a su deber de revelación, más aún si no se llega a determinar que conocía de dicha investigación fiscal al momento de interponer la recusación.

- **Ante el Centro de Arbitraje de la PUCP**

RECUSACIÓN FUNDADA PRESENTADA CONTRA EL ÁRBITRO FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY ANTE EL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA PUCP VINCULADO AL CASO ARBITRAL CONSORCIO VIAL HUALLAY y PROVIAS NACIONAL.	
<p>Hechos que sustentaron la recusación contra Fernando Cantuarias Salaverry</p>	<p>Principales argumentos brindados por el CARC- PUCP a través de la Res. Adm. N.º 1 del 19 de noviembre de 2018 perteneciente al Expediente N.º 951-13-16</p>
<p>(i) Aparece el reportaje periodístico llamado “El Millonario Negocio de los Arbitrajes”, publicado en el diario La República el 4 de mayo de 2018. Dieron a conocer la existencia de una investigación fiscal (Carpeta Fiscal N.º 22-2017) basada en declaraciones del aspirante a Colaborador Eficaz N.º 14-2017, quien afirmaba que la empresa ODEBRECHT, en concertación con varios árbitros y ex funcionarios del MTC, habrían acordado emitir laudos a su favor, logrando un beneficio al margen de la ley por más de 240 millones de soles, perjudicando a los intereses del Estado.</p> <p>(ii) Asimismo, se brinda una relación de árbitros que presuntamente se encontrarían involucrados en actos delictivos, incluyendo al árbitro recusado.</p>	<p>(i) Para la Corte de arbitraje, distingue dos momentos de la recusación. 1. Los hechos que dieron lugar a la ampliación de la investigación preliminar y 2. Los hechos que dieron lugar al incidente de recusación.</p> <p>(ii) En ese caso, el presunto agraviado a cargo del Ministerio Público es el Estado Peruano, siendo la entidad involucrada el MTC; la cual, en el presente arbitraje es la parte demandada.</p> <p>(iii) En otro aspecto, la persona bajo investigación preliminar es el árbitro sujeto a recusación y una de las partes del arbitraje, específicamente la parte demandada, es la agraviada en la investigación preliminar. Por lo tanto, según la opinión de la Corte de Arbitraje, existe una relación continua entre la parte que ha presentado la recusación y el árbitro, tanto en el procedimiento arbitral como en la investigación antecesora realizada por el Ministerio Público.</p> <p>(iv) Para estos efectos, es preciso ponderar la situación en la cual el árbitro a cargo de resolver una controversia es, al mismo tiempo, investigado preliminarmente por un presunto delito, en agravio de una de las partes del presente arbitraje. Ello implica que el Estado, se encuentra obligado a colaborar con el esclarecimiento de los hechos y a calificar, mediante la elaboración de informes jurídicos o técnicos, la actuación del referido árbitro en los hechos que fueron objeto de pesquisa, lo que, siendo objetivos, configura, un supuesto que justifica la disminución de la confianza en la performance de dicho arbitro.</p>

De lo expuesto, se colige que el CARC- PUCP tomó en cuenta también otros factores como la conducta del recusado, haciendo hincapié que las investigaciones se centran, principalmente, en el carácter y desempeño como arbitro de la parte investigada, concluyendo que, al árbitro Cantuarias Salaverry se le esta investigando por su conducta como árbitro en el ejercicio de un arbitraje anterior y constituye un hecho objetivo que la indagatoria previa ante el Ministerio Público involucra al árbitro recusado y tiene directa vinculación con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones,

Febrero 2019

Más adelante, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios Manuel Chuyo Zavaleta ordenó una medida cautelar de inamovilidad mediante el cual, ordenó el allanamiento de varios inmuebles pertenecientes a la lista de árbitros recusados e investigados.

Dicha noticia fue difundida a través de la publicación en el diario “Perú 21” del 12 de febrero de 2019, conforme se puede apreciar del siguiente titular:



Nuevamente, la Procuraduría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó varias recusaciones a diversas autoridades arbitrales tanto en el sector privado como en el sector público. No obstante, vale la pena resaltar una en particular y guarda relación con el cambio de opinión, en este caso, de la Dirección General de Arbitral del OSCE.

Así tenemos lo siguiente:

RECUSACIÓN FUNDADA PRESENTADA CONTRA EL ÁRBITRO FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY ANTE LA DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL OSCE EN EL CASO ARBITRAL EL PROYECTO ESPECIAL PARA LA PREPARACIÓN Y DESARROLLO DE LOS XVIII JUEGOS PANAMERICANOS DEL 2019 Y EL CONSORCIO SAN ISIDRO	
Hechos que sustentaron la recusación contra Fernando Cantuarias Salaverry	Principales argumentos que la dirección de arbitraje del OSCE emitió a través de la Resolución N.º 247-2019-OSCE/DAR de fecha 16 de diciembre de 2019.
<p>(i) A través de la nota periodística del diario Gestión, publicada por su página web² el <u>6 de febrero de 2019</u>, se conoció que la Policía Nacional del Perú y la Fiscalía, intervino 14 propiedades de varios árbitros, quienes habrían favorecido al margen de la ley a la constructora brasileña ODEBRECHT en perjuicio del Estado. Uno de los investigados era el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry.</p> <p>(ii) Por otro lado, el domingo 10 de febrero de 2019, en el programa Punto Final conducida por la periodista Mónica Delta, el Dr. Fernando Cantuarias ADMITIÓ que en abril del 2012, se reunió con el entonces Funcionario Público Gamarra Roig, quien era el Director de Concesiones del MTC y cuyo motivo de la reunión fue “evaluar” la posibilidad de nombrarlo como árbitro en un caso; no obstante, según las declaraciones del colaborador eficaz 14-2017, en esa reunión se habría decidido cuál iba a ser la materia controvertida y el monto reclamado por ODEBRECHT; acordando, además, que los honorarios arbitrales serían superiores a las tablas de los centros arbitrales.</p> <p>(iii) Asimismo, mediante nota periodística del 12 de febrero de 2019, en el diario Perú 21, en cuyo titular se lee: “Son abogados y catedráticos, pero cobraron como futbolistas”, “Árbitros de ODEBRECHT Congelados”, se evidencia del anexo uno (1) de la nota periodista que desde diciembre de 2018, las propiedades de cuatro de los 19 árbitros implicados en este aparente fraude, están congeladas por el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; siendo uno de ellos el árbitro recusado; se evidencia además, según lo señalado por el Colaborador eficaz que habría existido un encuentro en la oficina de ex funcionario del MTC, Celso Gamarra Roig, en las que habrían participado el árbitro Canepa, el árbitro recusado y Loor Campoverde, abogado de ODEBRECHT, donde se habría acordado someter a arbitraje ad hoc los gastos adicionales en la Vía de Evitamiento de la carretera</p>	<p>(i) Sostiene que, en un procedimiento de recusación contra un árbitro cuyo sustento es una investigación penal en su contra, lo importante no es probar los hechos investigados ni las imputaciones formuladas (atribución reservada a las autoridades competentes) ni tampoco definir la responsabilidad penal del imputado (quien recibe la salvaguarda de ser considerado inocente hasta que demostrase lo contrario), sino constatar la relevancia y razonabilidad de circunstancias que llevan a generar dudas justificadas de independencia e imparcialidad del árbitro recusado en relación al caso concreto que le corresponde resolver.</p> <p>(ii) Así, es notorio que el contexto en el cual se plantearon anteriores recusaciones contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry ha variado si se toma en cuenta que ahora no solo se han explicitado con mayor detalle los hechos materia de persecución penal contra dicho profesional si no que además la calificación que otorga el propio marco jurídico-penal a la investigación revela que se ha pasado de una simple indagación preliminar a una imputación formal con graves cargos donde se requiere indicios reveladores de presuntos ilícitos, lo que, permite ponderar con mayor objetividad aquellas circunstancias relacionadas al caso concreto en particular y su incidencia en el ejercicio independiente e imparcial de la función arbitral.</p>

² <https://gestion.pe/peru/politica/son-investigados-presunto-pago-irregular-odebrecht-arbitros-257902>

Interoceánica Norte – Tarapoto, por lo que ODEBRECHT reclamaba US\$ 28 millones.	
--	--

Por lo expuesto, este cambio de opinión efectuado por la Dirección General de Arbitraje de la OSCE en una misma situación y derivado del mismo episodio de corrupción con la Constructora ODEBRECHT pero luego de ocurrida la prisión preventiva contra 14 árbitros el pasado 4 de noviembre de 2019, resulta discutible, ya que meses antes (noviembre del 2018), el CARC- PUCP llegaba a una conclusión diferente vinculada a la pérdida de confianza por generar una duda razonable y justificada respecto a la imparcialidad e independencia, sin que esto afecte la presunción de inocencia poseída por cada ciudadano según la Constitución Política del Perú, toda vez que se cuestionaba su reputación en el desempeño como árbitro para resolver una determinada controversia el cual se encontraba afectada como consecuencia de los recientes acontecimientos.

Hasta la fecha, no hay una sola sentencia firme en contra de los árbitros investigados por corrupción en nuestro país, sin embargo, no se quiere dejar de tomar nota de lo señalado en la Resolución N.º 9 del 3 de diciembre de 2020 perteneciente al Expediente N.º 00029-2017-35-2002-JR-PE-03 emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios cuya parte pertinente hace mención que también son arbitrajes ad hoc los que motivaron esta investigación por corrupción, tal como se muestra a continuación, advirtiendo que el resaltado es propio:

<p>2.1.7 <i>En cuanto al investigado Ramiro Rivera Reyes (árbitro), señala que, en el fundamento 65 de la Resolución N.º 6, se concluyó que, de la valoración en conjunto, se encuentra evidencia de las presuntas irregularidades que habría cometido Rivera Reyes en el proceso arbitral ad hoc S/N. Refiere que también existe coherencia sobre lo declarado por el Colaborador Eficaz N.º 508-2019, Fernando Llanos y Ronny Llor, con relación a que se habría entregado un soborno en dicho proceso arbitral. No obstante, precisa el a quo que, si bien la Sala de Apelaciones ha descartado el estándar probatorio de sospecha grave para imponerle la prisión preventiva, lo cierto es que hay suficientes elementos de convicción para la imposición de una medida menos gravosa como es la suspensión preventiva de derechos. Además, señala que el desarrollo argumentativo de los elementos de convicción es similar al del procesado Abanto Verástegui porque ambos conformaron el Tribunal Arbitral en el</i></p>	<p>2.1.11 <i>En lo que concierne al investigado Daniel Martín Linares Prado (árbitro), el juzgador refiere que se le atribuye el delito de cohecho pasivo específico, porque en su intervención como árbitro designado por Odebrecht en el proceso arbitral ad hoc s/n, cuyo laudo se emitió el 2 de marzo de 2015, habría solicitado indirectamente a Odebrecht un “bono de éxito” a través de un elevado honorario laboral (soborno indirecto), por lo que recibió la suma de S/ 354 570.05 cuando debió cobrar solo S/ 40 000.00, conforme al acta de instalación del Tribunal Arbitral. Así, recibió el monto total de S/ 394 570.05. Argumenta que, en el fundamento jurídico de la Resolución N.º 6, el Tribunal de Apelaciones ha manifestado que ninguno de los aspirantes a colaboradores eficaces sindicó que Linares Prado haya cobrado algún soborno, circunstancia que también ha sido reconocida por el fiscal superior en audiencia pública.</i></p> <p><i>Por tanto, el a quo considera que su sola</i></p>
---	---

<p><i>proceso arbitral ad hoc S/N, que falló por unanimidad en favor de la organización criminal trasnacional Odebrecht. Así, el juzgador señala que, evaluados los elementos de convicción, se establece razonablemente el riesgo de reiteración delictiva, con irreparables consecuencias para el agraviado (Estado).</i></p> <p><i>Por tanto, concluye que se mantienen inalterables los elementos incriminatorios postulados en el presente estadio procesal que vinculan al procesado Rivera Reyes con el delito de cohecho pasivo, pues aprovechando su condición de árbitro, decidió en favor de la empresa Odebrecht a cambio de beneficiarse económicamente, situación que implica un riesgo de reiteración delictiva.</i></p>	<p><i>participación en un proceso arbitral y la emisión de un pronunciamiento favorable a Odebrecht, sumado a que no se han insertado nuevos elementos de convicción en el actual estadio, hacen insuficientes las razones para establecer la probabilidad de reiteración delictiva, según la lógica de que sin una causa anterior el pronóstico es nulo.</i></p>
---	---

Todo lo señalado en los párrafos anteriores, no pasó inadvertido por la comunidad arbitral los resultados que las entidades públicas obtuvieron como consecuencia de las recusaciones planteadas, pudiendo establecerse que:

- a) En toda controversia en el marco de las contrataciones públicas está en juego los fondos públicos destinados a cubrir necesidades de diversos sectores de la población, por lo que, resulta indispensable que la figura del árbitro se encuentre exenta de todo cuestionamiento a su idoneidad, independencia, imparcialidad y honestidad.
- b) Los casos señalados vinculados a las recusaciones fueron de corrupción en arbitrajes de contratos de obra pública (casos Odebrecht). Tales procesos, al haberse tratado de “confidenciales”, pasaron desapercibidos la designación de los árbitros y sus honorarios, así como las materias controvertidas y lo que las entidades podían desembolsar en caso perdieran el proceso.
- c) Lo acontecido debe dejar una lección en el prestigio de los árbitros y también en el prestigio de los Centros de Arbitrajes que hayan intervenido en su designación. Y es que, basta que se estén utilizando recursos públicos para ejercer la defensa jurídica del Estado en los arbitrajes estatales para que el principio de transparencia sea el que debe regir en esos casos, dejando la confidencialidad para asuntos vinculados con la estrategia de defensa de algunas de las partes y/o cualquier otra excepción señalada en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Finalmente, y tal como se indica en la prensa (Moreno y Cabral, 2016), no se tiene con exactitud el número exacto de procesos arbitrales, mediante el cual, Odebrecht ha recurrido al arbitraje para resolver sus conflictos. Llama la atención que la razón que

alegan es la “secretividad del sistema”. En otras palabras, se refieren a la confidencialidad que se encuentra vigente e inmersa en nuestra legislación especial sobre las normas de contrataciones del Estado. Argumento que ha sido utilizado por los propios árbitros investigados, según refiere el informe periodístico de IDL-Reporteros al señalar lo siguiente:

Diversos árbitros consultados para esta investigación se negaron a declarar basados en el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071, que les impone guardar silencio sobre cualquier proceso.

Procesos casi secretos que, por la incapacidad o corrupción del Estado le dieron un escalón más de beneficio a la empresa brasileña protagonista del escándalo de corrupción más grande de Latinoamérica (Moreno, Floríndez & Laura, 2016).

En consecuencia, se evidencia una contradicción con el deber de transparencia en la información vinculada con el Estado, lo que permite inferir que la presencia de la confidencialidad en la norma supletoria a la ley especial en contrataciones del Estado genera estos espacios para favorecer la corrupción en el arbitraje, perjudicando una vez más, la finalidad del fuero arbitral, el cual, es administrar justicia.

Sin embargo, no todo son malas noticias. Hace poco, en la revista digital CIAR (2022) se comentó un laudo arbitral emitido en este país. Las partes fueron Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial (Corpac) contra la Municipalidad Provincial del Callao y el Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A. (Finver), cuyo Tribunal Arbitral estuvo formado por Elvira Martínez Coco (presidenta), Hugo Sologuren Calmet y Óscar Urviola Hani, administrado en el CARC- PUCP, mediante el cual, declaró el contrato materia de la controversia nulo por corrupción y, como consecuencia de ello, suspendió el arbitraje relacionado con un conflicto originado en la construcción de la nueva sede de Corpac.

Lo interesante del caso es que, según se refiere, el Tribunal manifestó que se ha producido un pago ilícito de prestaciones realizadas por una empresa estatal frente a otra entidad del Estado y se debe entender como un pago indebido, por lo que se ordena restituir el dinero abonado, llegando incluso a determinar que ninguna de las partes es parte vencida ni vencedora porque todas las partes intervinieron en el convenio corrupto, por lo que cada una de ellas asume sus propias costas.

En consecuencia, la jurisdicción arbitral bajo las normas de contrataciones del Estado no es ajena a esta preocupación mundial como lo es la corrupción y da gusto que, un tribunal peruano haya imitado prácticas realizadas en el arbitraje internacional vinculadas con normas anticorrupción.

Lo expuesto hace recordar nuestro enfoque interno sobre el particular. Es decir, el Plan Nacional de la Lucha Anticorrupción (2012-2016) contenido en el D. S. 046-2013-PCM, el cual establece que

la corrupción es definida para los fines del Plan como el “uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona. (D. S. 046-2013-PCM, 2013)

Dentro de la política anticorrupción en el Perú establecida en el referido plan, no se desarrolló de manera profunda la importancia que tiene el arbitraje en las contrataciones públicas al ser un mecanismo de solución de controversias obligatorio. Empero, y atendiendo al contexto de los años, ya se vislumbraba los modelos de anticorrupción haciendo hincapié a los principios de transparencia y acceso a la información pública. Un ejemplo de ello fue la publicación del Decreto de Urgencia 020-2020, norma que, en su parte considerativa, reconoce que se necesita asegurar la transparencia en los procesos arbitrales para evitar futuros actos de corrupción para salvaguardar los intereses del Estado que puedan generar perjuicios económicos para el país.

Por lo tanto, podría considerarse la posibilidad que los propios árbitros puedan advertir situaciones de corrupción en su proceso arbitral, tal como infiere Paitán y Quiroga (2016), al afirmar que

el arbitraje como jurisdicción plenamente reconocida tiene sus propios niveles normativos que son a los que acudimos para solucionar una controversia, así tenemos de manera muy genérica primero el convenio arbitral, las reglas de conducción del proceso, la ley aplicable y finalmente las prácticas internacionales. Dado que usualmente no existen disposiciones directas referidas a cómo afrontar un caso teñido de corrupción, es que un árbitro atento y experimentado deberá hacer uso de aquella(s) fuente(s) que le permita dentro del proceso que ventila poder reconocer, analizar y evaluar los elementos de corrupción en relación con la resolución de controversia planteada, que es justamente el encargo dado que le respalda la institución arbitral. (p. 152)

Comentarios de procuradores públicos, especialistas y secretarios generales de centros de arbitraje

Al igual que en el capítulo anterior, se realizaron preguntas a las mismas personas, quienes son detalladas a continuación:

Nombre	Cargo
Katty Mariela Aquize Cáceres	Procuradora pública del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego
Álvaro Aguilar Ojeda	Secretario General del CAAC
Fernando Vidal Malca	Procurador público del Ministerio de la Producción
Especialista en arbitraje	Centro de Arbitraje de la CCL

En esta oportunidad, el tema a tratar fue la corrupción y el impacto que tiene sobre el arbitraje. Cada uno de ellos, aportaron al presente trabajo sus impresiones sobre este punto en particular, dando respuesta a diversas preguntas formuladas por el suscrito, siendo una de ellas, y para el presente capítulo, la siguiente:

En su experiencia profesional, ¿cómo considera el impacto de la corrupción en la sede arbitral?

Cabe precisar que, todas las entrevistas fueron realizadas a través del aplicativo Zoom. Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

Entrevistado	Respuesta
Álvaro Aguilar Ojeda	<p>La corrupción ha sido bastante complicada. No solamente por un tema de imagen del sistema sino también por algunos casos mediáticos que involucran el interés público. Con buena intención, se ha sobre regulado el Sistema, lo que implica mayores incentivos a la corrupción.</p> <p>Por otro lado, no podemos dejar de lado que la corrupción se encuentra enquistada en el país. Y es que, muchas veces, la corrupción ya se encuentra desde el proceso de selección y son estos elementos o circunstancias que pueden saltar durante el arbitraje, lo que hace difícil resolver la controversia y si encuentras algo sospechosos darás parte al Ministerio Público. Por eso es importante, resaltar la forma de designar a los árbitros.</p> <p>En este punto, si bien es cierto que, el arbitraje es de las</p>

	<p>partes, las partes designan a su arbitro y contra menos te involucres en la composición de un tribunal, es mejor. Sin embargo, aquí, está en juego el interés público y es una situación particular.</p> <p>Por lo tanto, la composición del Tribunal debería pasar por las instituciones arbitrales o por lo menos la del presidente. El gran problema con ello es que la Ley de Arbitraje es abierta y te permite ser un centro arbitral sin mayor problema. Simplemente ser una persona jurídica, por lo que se carece de filtros adecuados para controlar a las instituciones arbitrales para administrar casos del Estado. En consecuencia, puede ser un problema para la corrupción ya que algunas personas pueden encausar sus problemas ante determinados centros de arbitrajes con quienes tienen mucha cercanía y adolecen de garantía y confianza ante el gremio de abogados, árbitros, etc.</p> <p>Ante tal situación, tales empresas recién formalizadas no tienen que luchar contra ningún prestigio que ostentan otros centros de arbitraje ya consolidados en el mercado. Y cuando se quiere regular las condiciones o establecer requisitos, aparece otro factor a su favor, las normas de barreras de acceso al mercado.</p> <p>Ahora bien, tales situaciones no pueden ser reguladas ni en el marco jurídico contrataciones del Estado ni en la propia Ley de Arbitraje.</p>
Fernando Vidal Malca	<p>El impacto de la corrupción ha sido realmente importante. Hemos tenido 2 casos muy sonados. El caso Orellana y el caso Odebrecht. Ha golpeado muy duro. Es una pena ya que el arbitraje es una buena herramienta para resolver controversias técnicas o complejas. Llevarlo a una sede judicial no es la mejor opción. Esto ha generado proyectos legislativos para volver a la sede judicial o regular el arbitraje de una manera distinta a la actualidad. Como el caso del proyecto de ley del excongresista Becerril donde apuntaba a que el arbitraje sea a doble instancia. Lamentablemente, no han sido de las más ingeniosas.</p> <p>No obstante, la corrupción no solo es un problema del ordenamiento jurídico sino de personas y eso es muy difícil de cambiar.</p> <p>Por otro lado, considero que uno de los factores para combatir la corrupción es contar con instituciones arbitrales acreditadas</p>

	<p>por la entidad competente. Es un imperativo. No puede ser posible que estén proliferando centros de arbitrajes por todos lados con estándares bastantes cuestionables. No hay ningún filtro. Cualquier contratista puede crear un centro de arbitraje y ver contratos millonarios.</p>
<p>Katty Aquize Cáceres</p>	<p>Lamentablemente, la corrupción es ya comprobada. Hablo específicamente del club de la construcción, el caso Odebrecht. La imagen del arbitraje se ha venido a menos. Esto no solo es un tema de leyes o instituciones sino también de personas.</p> <p>La solución es mucho más complicada ya que se puede promover las mejores normas a favor del sistema, pero si las personas no son las adecuadas lo mismo que nada.</p> <p>Un tema para considerar es que los arbitrajes bajo las normas de contrataciones del Estado sean completamente institucionales. Sin embargo, ello trae un problema a considerar y es la proliferación de centros de arbitrajes de muy dudosa actuación o acreditación. Esto nace del Ministerio de Justicia y es que, no supervisa la actuación de tales actuaciones a los nuevos centros de arbitraje. Y eso que, en el ROF del MINJUS aparece esa función, la cual es supervisar no solo los centros de conciliación sino también a los centros de arbitraje, pero no está haciendo nada al respecto. Ante la falta de supervisión y cuando uno empieza a investigar quienes están detrás de aquellos nuevos centros de arbitraje, encontramos que los directores, consejeros o secretarios generales son árbitros o abogados de los contratistas; situación que perjudica la defensa jurídica del Estado. La mejor forma de asegurar un arbitraje transparente bajo las normas de contrataciones del Estado es a través de una institución arbitral seria.</p> <p>Con relación a que las procuradurías públicas convengan con las áreas usuarias la redacción de un convenio arbitral como lo dispone la disposición transitoria del decreto urgencia 020-2020, se debe tener en cuenta que no hay un ánimo de colaboración. Aunado a ello, existe una alta rotación de personal en las áreas usuarias lo que dificulta el conocimiento y el apoyo a las procuradurías públicas.</p>

Especialista en arbitraje	<p>El arbitraje puede ser víctima al igual que otras relaciones jurídicas de corrupción. En el Perú, la historia reciente nos muestra lamentablemente, casos de corrupción, casos aislados pero que ha tenido un impacto relevante ante la comunidad arbitral. La sociedad empezó a cuestionarse que ya todo el sistema de justicia, incluido el arbitraje, había, calado en lo que se refiere a corrupción.</p> <p>Sin embargo, la respuesta que se ha tratado de brindar a los usuarios es precisamente utilizar la transparencia en la medida de lo que no estaba cubierto por el deber de confidencialidad. Por este motivo, se implementó el faro de la transparencia referida a las actuaciones de los árbitros a partir del año 2012.</p> <p>En dicha herramienta encuentras datos estadísticos respecto a las designaciones efectuadas por las partes, tipo de contrato, recusaciones, etc. Tales elementos permiten a los usuarios investigar respecto a la calidad de los árbitros previa a su designación.</p> <p>Asimismo, se viene implementando una política de <i>compliance</i>. Es decir, se revisa que los usuarios y/o proveedores cumplan con nuestras políticas internos. De no ser así, podemos declinar la administración de un caso. Adicionalmente, existe mucha inquietud sobre las regulaciones de los centros de arbitraje.</p> <p>Actualmente, existe el Renace, cuya inscripción es automática pero no resulta suficiente. Tal iniciativa es buena siempre y cuando no se pretenda regular decisiones de las cortes o consejos de arbitraje, pero sí que cumplan con determinadas características que puedan cumplir con garantizar la integridad de los centros arbitrales.</p>
---------------------------	--

En esta oportunidad, podemos concluir por unanimidad que la corrupción si afecto, como era de esperarse, a la jurisdicción arbitral. Ahora bien, no basta quedarse con el diagnostico sino también identificar elementos o circunstancias que pueden evitar que se repita la misma situación o establecer mecanismos frontales de lucha contra la corrupción, tales como:

- Instituciones arbitrales acreditadas

Tanto en los sectores públicos como en los privados vinculados con el arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado se ha visto con preocupación la proliferación de

centros de arbitraje sin ningún control o cumplimiento mínimo de requisitos que puedan garantizar imparcialidad y seriedad en la administración de los casos arbitrales cuando una de las partes es el Estado.

Lo anterior a pesar de que la norma especial sobre contrataciones del Estado precisa, en su vigesimosegunda disposición complementaria final, insertada por la quinta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1444: “Mediante Decreto Supremo, la Presidencia del Consejo de Ministros establece la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales. Dicha autoridad regula el procedimiento para tal efecto” (Texto Único Ordenado de la Ley 30225, 2014).

Sin embargo, hasta la fecha ninguna autoridad ha sido designada como competente para acreditar a las instituciones arbitrales. En un momento, el OSCE lo intentó al emitir la Directiva 019-2016-OSCE/CD, de fecha 4 de febrero de 2019, pero nunca estuvo vigente. Otro intento por supervisar o contar con información relevante sobre el particular, fue el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (Renace), instructivo que se implementó en la primera disposición complementaria final del Decreto de Urgencia 020-2020. En ella, se puede ver la nómina de árbitros y de centros de arbitraje a nivel nacional, aunque tal información solo es declarativa y no se realiza ningún filtro o control por el Ministerio de Justicia, más aún si su registro es voluntario por los interesados siendo los únicos responsables de la información proporcionada.

Por último, se encuentra el proyecto de ley 2736/2020-PE remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, en el que también resalta la importancia de tener instituciones arbitrales acreditadas. No obstante, también contemplan otros cambios vinculados a la jurisdicción arbitral y de procedimientos sobre ejecución contractual (Latorre, p. 1).

Como consecuencia de lo expuesto, resulta pertinente mencionar al jurista Ricardo Gandolfo (2022), al señalar que

se ha denunciado incluso que hay casos de instituciones que operan con un solo profesional que se desempeña indistintamente de secretario general y secretario arbitral y que hace designaciones y resuelve recusaciones recolectando las firmas de algunos amigos que se prestan para aparecer como miembros del colegiado que resuelve y toma tales decisiones. Esos centros operan en distritos, provincias y regiones, focalizados y concentrados en insertar sus cláusulas de solución de controversias en los contratos que celebran algunos municipios, regiones, empresas públicas locales y otras entidades cuyas autoridades se encuentran a su alcance, que son sus vecinos o que tienen con ellos algún lazo que los une. (párr. 4)

- El faro de la transparencia

A partir del año 2019, el Centro de Arbitraje de la CCL puso a disposición una herramienta de información muy útil sobre aquellos arbitrajes administrados por su institución en los que una de las partes sea el Estado, denominada el Faro de la Transparencia.

Dicha plataforma virtual contiene datos como: (i) los laudos arbitrales cuando una de las partes sea el Estado; (ii) La conformación de los Tribunales Arbitrales; (iii) La relación de los laudos anulados; (iv) La relación de árbitros nacionales e internacionales y (v) La lista de árbitros sancionados por el Consejo Superior de Arbitraje.

Acceder a ese tipo de información resulta valiosa para conocer el universo de los demás casos arbitrales que se desarrollan en otras entidades públicas, sirviendo de ayuda para la designación de árbitros.

Asimismo, tiene un mayor valor, el hecho que un agente privado considere a la transparencia como un factor predominante en los arbitrajes nacionales cuando una de las partes es el Estado.

Ahora bien, resulta pertinente que tal plataforma se encuentre actualizado permanentemente y que las recusaciones declaradas fundadas se puedan descargar de su página web. Tal información resulta relevante para una adecuada elección y designación de los árbitros.

Si bien es cierto, hay mucho más por hacer, es un importante paso que un reputado Centro de Arbitraje haya tenido dicha iniciativa. No obstante, faltaría a través de Perú Cámaras, poder acceder a la relación de árbitros inscritos a nivel nacional con la finalidad de conocer su información de desempeño y realizar un adecuado cotejo en los procesos que hayan participado los árbitros en aquellos procesos bajo las normas de contrataciones del Estado.

CAPÍTULO IV. NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO INDEPENDIENTE DE ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

4.1 Justificación de la creación de un marco normativo independiente de arbitraje estatal

Atendiendo a la tendencia que se viene apreciando en diversos aspectos como los nuevos requisitos que se imponen a los árbitros designados por la entidad para que puedan ejercer como cumplir como la inscripción previa al Registro Nacional de Árbitros (RNA) y la declaración jurada de intereses (DJI) ante la Contraloría General de la República, entre otros, se puede concluir que el arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado contiene características particulares que lo desvincula de los modelos tradicionales del arbitraje entre particulares; lo que justifica la creación de una propia Ley de Arbitraje especial para este tipo de procesos bajo las normas en contrataciones del Estado.

Ahora bien, esta futura norma debe contener mecanismos para evitar o disuadir también la práctica de la corrupción, la cual guarda una relación directa con las personas, quienes ostentan algún tipo de poder y hacen abuso de este.

Se sabe que la sola emisión de una ley no va a eliminar la corrupción, toda vez que, para que ello suceda, debe también ser ejecutada por personas que formen parte de una organización sea pública o privada con una alta escala de valores y principios; por lo que, es la suma de aspectos éticos y legales para lograr un cambio significativo en la jurisdicción arbitral.

En ese contexto y al igual que en el capítulo anterior, se tomaron sus declaraciones a las personas detalladas a continuación:

Nombre	Cargo
Katty Mariela Aquize Cáceres	Procuradora pública del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego.
Álvaro Aguilar Ojeda	Secretario general del CAAC
Fernando Vidal Malca	Procurador público del Ministerio de la Producción
Especialista en arbitraje	Centro de Arbitraje de la CCL

El tema por tratar fue la necesidad de contar con un marco normativo que regule el arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado de manera independiente a la ley general de arbitraje y de esta manera, dejar de regular temas arbitrales en la norma especial en contratación de obras, bienes y servicios.

Cada uno de ellos, aportaron al presente trabajo sus impresiones sobre este punto en particular, dando respuesta a la siguiente pregunta:

En su experiencia, ¿considera usted que la creación de un marco normativo independiente contribuiría a reducir los actos de corrupción en sede arbitral? De ser afirmativa su respuesta, ¿cuáles principios deberán tenerse en cuenta para la creación de dicha norma?

Todas las entrevistas fueron realizadas a través del aplicativo Zoom. Las respuestas obtenidas fueron las siguientes:

Entrevistado	Respuesta
Álvaro Aguilar Ojeda	<p>Si está bien hecho, sí. Es decir, si se hace de manera técnica con la participación de la gente que participa en arbitraje y que no tenga un interés directo en la utilización de la norma. O sea, necesariamente tienen que actuar un cuerpo técnico experto en contrataciones con el Estado complementado con un cuerpo técnico experto en arbitrajes involucrando a todos los sectores sea procuradurías, gremios de abogados, árbitros, centros de arbitrajes, etc. De tal manera que evitamos que se legisle a favor de un sector o en perjuicio de otro. Tiene que ser una ley propuesta por gente que conozca el tema y que no tenga interés directo en cómo se tiene que regular.</p> <p>Sería muy importante si le das duración en el tiempo ya que esta norma no se modificaría cada vez que cambie la norma de contrataciones del Estado. No olvidemos que es una política de estado el promover la inversión, por lo que se debe enfocar muy bien que es lo que se quiere mejorar sin destruir lo ya avanzado.</p> <p>Por otro lado, con relación a las procuradurías, el procurador debería ser un abogado <i>in house</i> permanente del Estado, así como se maneja en una empresa. Es complicado que se encargue de la defensa del Estado. Es materialmente imposible, más aún si ni siquiera puede generar opinión para prevenir la situación.</p> <p>Muchas veces, le llega el caso perdido y la propia Contraloría General de la República te pregunta más tarde porque no apelaste o no te fuiste en anulación. Tal situación le genera carga innecesaria al pobre procurador; situación que podría regularse también en un marco normativo propio.</p>

<p>Fernando Vidal Malca</p>	<p>Considero que debe darse una norma pensada en el arbitraje estatal. Como ya se conversó, la Ley de Arbitraje es una mirada civilista pensada entre particulares y está bien que sea así.</p> <p>Ahora bien, cuando una de las partes es el Estado cuenta con las garantías que sea necesarias para proteger el interés público y se lleve el proceso arbitral en buena lid.</p> <p>En este punto, hago un símil con una contratación. Entre particulares, la ley que rige es el Código Civil. En cambio, cuando el Estado quiere bienes, obras y servicios recurre a una norma especial, como la Ley que rige las Contrataciones del Estado, lo que motiva a que se realice un proceso de selección en búsqueda del mejor postor, entre otros factores puntuales propias del sector público. Bajo ese mismo esquema, el arbitraje en contratación pública debería tener regulación propia.</p> <p>Quizás, lo que se debería hacer es recopilar lo que ya se ha estado regulando en otras normas tales como la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley de Arbitraje o algunos decretos legislativos que mencionan situaciones puntuales en este tipo de arbitrajes.</p> <p>Esa futura norma podría regular el tema de la confidencialidad, honorarios arbitrales, las causales de anulación de laudo y la ejecución de los laudos. Es necesario consolidar el cuerpo normativo de arbitraje en contrataciones del Estado.</p>
<p>Katty Aquize Cáceres</p>	<p>Estoy de acuerdo y sería algo positivo. Eso podría regular muchas cosas que no se están cumpliendo. El objetivo es lograr unificar todas las disposiciones normativas dispersas que existen tanto en la Ley N° 30225 así como en la Ley de Arbitraje.</p> <p>Si bien es cierto, no va a solucionar todos los problemas que existen sobre el particular, por lo menos va a ordenar un poco la coyuntura legislativa sobre arbitraje en contratación pública. Cuando se centraliza algo, ayuda a tener las cosas más claras.</p> <p>Esto sería una solución para adelante. Es decir, tendríamos que seguir con esta desorganización normativa hasta que se pueda implementar una única Ley de Arbitraje en contrataciones con el Estado.</p>

Especialista en arbitraje	Considerando que la Ley de Arbitraje que tenemos está basada sobre la ley modelo UNCITRAL que recoge todas cualidades que tiene un arbitraje internacional, sería bueno promulgar una ley específica bajo las contrataciones con el Estado que evite que la Ley de Arbitraje general se modifique constantemente en aspectos relacionados cuando una de las partes sea el Estado y haga que la misma se aleje al modelo original que tan buenos logros nos ha generado a nivel internacional.
---------------------------	---

Tales apreciaciones permiten concluir que, para los entrevistados, el arbitraje bajo las normas en contrataciones con el Estado necesita un cambio legislativo. Es decir, una propia ley para este tipo de arbitrajes. Así, se ordena los tipos de normas que guardan injerencia en un proceso arbitral. De un lado, se dejaría la norma especial abordando temas de actividades de selección y ejecución de los contratos y por el otro, se regularía los aspectos procesales vinculados a los procesos arbitrales.

Lo más importante de esta iniciativa es poder reforzar a la jurisdicción arbitral como la mejor alternativa en solución de controversias derivado de contrataciones con el Estado. Y es que, desde el año de 1998, todas esas desavenencias se someten a conciliación, arbitraje y recientemente a la Junta de Resolución de Disputas. El tiempo ha demostrado que, a pesar de que existe un problema claro de corrupción de corrupción, el arbitraje es más efectivo que someterlos pleitos a un poder judicial cuya imagen y falta de especialistas significaría un retroceso a lo ya avanzado hasta la actualidad.

4.2 Criterios a considerar en pro de una nueva norma de arbitraje

4.2.1 Decreto de Urgencia 020-2020

El Decreto de Urgencia 020-2020 publicado el 24 de enero de 2020 modificó el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje e introdujo por primera vez la palabra transparencia, haciendo referencia también a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

En el citado decreto se señala que la normativa vigente hasta ese momento sobre arbitraje era idónea tratándose de una aplicación limitada a casos entre particulares, ya que su elaboración había sido hecha priorizando el interés prevaleciente en el ámbito privado.

No obstante, conociendo **las características que pueden tener los arbitrajes que tengan intervención de Estado como parte, con ella no es posible tener la seguridad de la inexistencia de corrupción o de circunstancias que afecten los**

intereses del Estado. **La transparencia no basta para alcanzar niveles aceptables con esta normativa, y esto** puede originar consecuencias económicas considerables para el Perú [énfasis agregado]. (Decreto de Urgencia 020- 2020, 2020)

Lo señalado en el párrafo precedente permite deducir lo siguiente:

- (i) El mecanismo de solución de controversias conocido como arbitraje fue un modelo creado para particulares y a sabiendas de ello, se utilizó el mismo modelo para arbitrajes cuando una de las partes es el Estado.
- (ii) Se reconoce que el referido modelo no es suficiente para garantizar la transparencia de los procesos y evitar actos de corrupción; quedando evidente que la confidencialidad debe armonizarse de alguna manera con la transparencia y el interés público en arbitrajes bajo las normas de contrataciones con el Estado.
- (iii) Se remite a las normas de transparencia y acceso a la información pública, sobre todo a las excepciones establecidas y mencionadas en el capítulo anterior de la presente investigación; situación que anteriormente no se encontraba tipificada en la Ley de Arbitraje.

Sin lugar a duda, esta modificación constituye un aviso o preámbulo para ir gestando una propia Ley de Arbitraje en contrataciones con el Estado en la que comulgue desde un inicio, las características de estos arbitrajes y bajo que principios se encontrarían regulados en concordancia con el interés público y la transparencia que debe tener todo Estado Constitucional de Derecho.

A criterio del autor, esta norma tendría que contener como mínimo aspectos que regulen la transparencia al momento de brindar información sobre procesos arbitrales en trámite. Es decir, que cualquier ciudadano pueda tener acceso a conocer los tipos de contratos que el Estado ha suscrito y que se encuentren en la fase de conciliación, arbitraje y/o junta de resolución de disputas.

Para ello sería saludable incluso que la siguiente información sea de conocimiento público sin necesidad de pedirlo a las propias entidades. Esta lista es referencial, y permite concluir que se puede prescindir de la confidencialidad y usar las normas de transparencia dentro de un proceso arbitral bajo las normas de contrataciones del Estado sin afectar la estrategia de defensa de ninguna de las partes.

Así, tenemos la siguiente información mínima relevante:

- (i) Identificación del Contrato materia de controversia, en donde se aprecia quienes son las partes y el monto contractual afectado.
- (ii) Estado de la Conciliación sea como invitado o como proponente.

- (iii) Elección del Centro de Arbitraje, donde se precise su reglamento, el secretario general, los integrantes que conforman la corte o consejo arbitral y los costos arbitrales incurridos en dicho proceso.
- (iv) Identificación de los árbitros que las partes o el Centro de Arbitraje han definido, según sea el caso.
- (v) Breve mención de manera genérica de lo que se discute. Ejemplo: Resolución de Contrato, Ampliaciones de Plazo, Liquidación de obra, etc.
- (vi) Posibilidad de solicitar que las audiencias sean públicas previo acuerdo de las partes.

En consecuencia, esta norma podría incluir lo mencionado líneas atrás que se puede encontrar por las páginas web de la Entidad o por algún reporte de la Contraloría General de la Republica. Sin embargo, en aras de la transparencia, sería recomendable que las propias procuradurías hagan público su bitácora de casos arbitrales en tiempo real mostrando lo señalado, ya que, como se ha mencionado, dicha información no afectaría su estrategia de defensa y, por el contrario, reforzaría la transparencia y el interés público que este tipo de arbitrajes posee.

Mención aparte para los Centros de Arbitraje cuya principal responsabilidad se debe dar en su nómina de árbitros y en los profesionales que formen parte de sus respectivos consejos, siendo la ética un elemento esencial que coadyuve en la mejora de la jurisdicción arbitral. No olvidemos que detrás de cualquier reglamento y/o procedimiento se encuentran personas que las aplican o no y estos deben contar con una reputación intachable.

4.2.2 Regulación sobre buenas prácticas en el arbitraje en contrataciones con el Estado desde la óptica de la defensa jurídica del Estado

La futura norma también debería contener un capítulo dedicado a fomentar las buenas prácticas en el arbitraje desde las procuradurías públicas. En efecto, siendo que la mayoría de los arbitrajes nacionales en nuestro país derivan de las contrataciones del Estado, son las instituciones del sector público representada por ministerios, gobiernos regionales, organismos públicos descentralizados, municipalidades, etc.; las que tienen la obligación de conocer los diversos procedimientos que involucra un proceso arbitral para una correcta defensa jurídica del Estado.

Por tal motivo y siendo que el objetivo de la presente tesis es cuestionar la confidencialidad, resulta importante compartir esta guía, elaborada en virtud de la experiencia obtenida por el autor de este trabajo como abogado litigante en varias

procuradurías públicas, defendiendo los intereses del Estado en el área arbitral.

La guía se divide en dos bloques:

- Ocho buenas prácticas
- Recomendaciones durante al proceso arbitral

El objetivo principal es servir como herramienta de fácil uso para estimular la sistematización en la defensa jurídica de los procesos arbitrales por parte de los profesionales competentes y demostrar que tales procedimientos pueden prescindirse de la confidencialidad siempre y cuando no afecte la estrategia de defensa.

De igual modo, tiene como finalidad, ordenar pasos, resumir, recopilar y presentar de manera sencilla y breve los principales temas para abordar una materia controvertida arbitral, orientándolos hacia la definición de lecciones aprendidas. Es decir, poder generalizar una experiencia ya evaluada.

Las buenas prácticas permiten modificar actuaciones rutinarias y enriquecer la teoría con la práctica para facilitar los avances y evolución de cualquier situación en lo que amerite plantear estrategias de defensa según la materia controvertida.

A continuación, se muestra la presente guía y el bloque de recomendaciones anteriormente mencionadas.

4.3 Buenas prácticas en arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado

Las buenas prácticas permiten modificar actuaciones rutinarias y enriquecer la teoría con la práctica para facilitar los avances y evolución de cualquier situación en lo que amerite plantear estrategias de defensa según la materia controvertida. En este caso, se trata del arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado.

Las ocho buenas prácticas identificadas en el área arbitral desde una procuraduría pública son:

1. Realizar una revisión de la arbitrabilidad del asunto planteado en la demanda

La arbitrabilidad se refiere a si un tipo de disputa puede o no resolverse mediante arbitraje en el marco de una relación jurídica contractual.

Esta práctica permite a los procuradores públicos considerar plantear oposiciones al arbitraje y/o defensas previas, según corresponda.

2. Realizar un análisis del convenio arbitral

El análisis tiene que partir sobre su existencia previa a la suscripción, según el tipo de contrato que originó la controversia materia del arbitraje y el cumplimiento de los requisitos en el régimen arbitral para su validez.

En caso de que se haya pactado una cláusula escalonada de solución de controversias, verificar el cumplimiento de los procedimientos previos acordados por las partes para llegar al arbitraje.

Esta práctica permite a los procuradores públicos considerar, cuando corresponda, cuestionar el convenio arbitral a través de los mecanismos idóneos señalados en la ley de la materia o en los reglamentos de los centros de arbitrajes.

3. Verificar la competencia del Tribunal Arbitral

No hay entidad que ostente alguna competencia para regular las acciones Tribunal Arbitral, algo que ha de tomarse en cuenta. Esto incluye excepciones, invalidez, refutaciones al arbitraje sobre la inexistencia anulabilidad, incapacidad de convenio, nulidad que no se haya pactado el arbitraje para la resolución respectiva, así como otros casos en que la estimación impida incidir en profundidad en la controversia.

Así, esta práctica, cuando corresponda, permite a los procuradores públicos ejercer la defensa jurídica del Estado antes de entrar al fondo de la controversia.

4. Revisar las pretensiones planteadas en la demanda

Esta práctica permite verificar si estas son compatibles entre sí y si las mismas pueden ser resueltas mediante arbitraje.

Asimismo, da la posibilidad a los procuradores públicos de solicitar información más precisa al área usuaria para preparar una contestación adecuada y, de estimarlo necesario, elaborar una reconvencción.

5. Revisar la fase precontractual hasta la adjudicación del contrato, la cronología y desarrollo de la ejecución contractual y el grado de cumplimiento de las partes

Esta práctica permite conocer las condiciones de la contratación bajo las normas de contrataciones del Estado, las obligaciones de las partes, la oportunidad del cumplimiento de estas.

De igual modo y en caso de ser demandados, permite identificar si estos incumplimientos son sustanciales o no.

6. Identificar los elementos probatorios

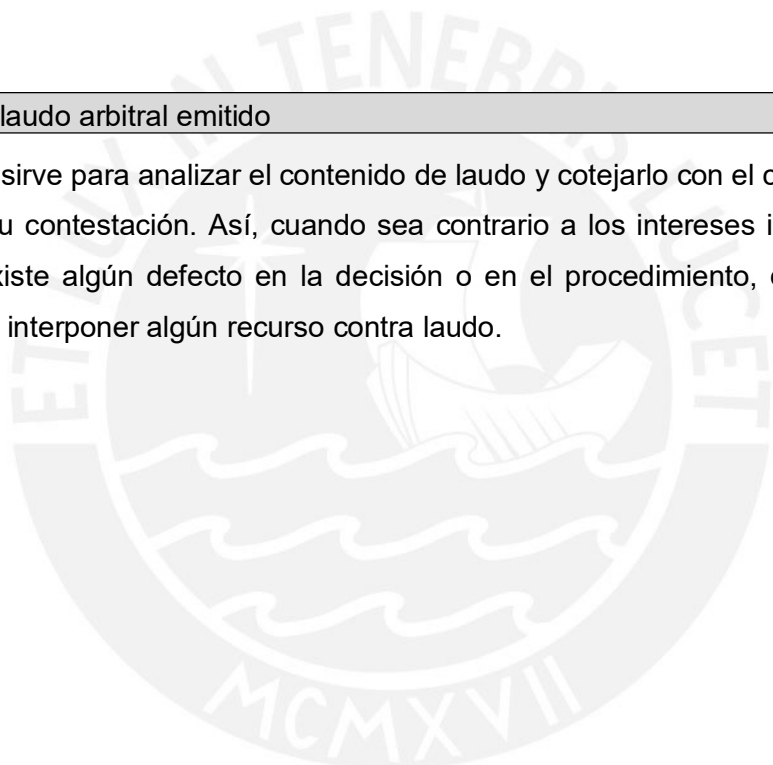
Esta práctica es muy útil al tratarse de contratos administrativos. La prueba documental es la que determina los principales elementos para la decisión de la causa. En caso de que se requiera la participación de un perito, es necesario identificar el campo de experticia, la especialidad, experiencia y trayectoria del perito; y, realizar un pedido claro y completo de lo que se requerirá al perito.

7. Presentar un alegato final

Esta práctica permite consolidar la posición institucional para lograr un adecuado análisis del Tribunal Arbitral previo a su decisión, luego de ejecutadas las diligencias probatorias.

8. Revisar el laudo arbitral emitido

Esta práctica sirve para analizar el contenido de laudo y cotejarlo con el contenido de la demanda y su contestación. Así, cuando sea contrario a los intereses institucionales, verificar si existe algún defecto en la decisión o en el procedimiento, que genere la necesidad de interponer algún recurso contra laudo.



4.4 Bloque de recomendaciones

Como consecuencia de las buenas prácticas anteriormente mencionadas, se recomienda a las procuradurías públicas seguir las etapas que se numeran a continuación, de forma tal que sus áreas de arbitraje puedan establecer un procedimiento organizado y coherente, con la finalidad de ejercer una adecuada defensa jurídica del Estado.

Etapas 1: Coordinación permanente con el área usuaria

La defensa del Estado sea como demandante o demandado, se debe ejercer en coordinación permanente con el área usuaria del sector público involucrado en la materia controvertida, por ser esta última la responsable de proveer la información a las procuradurías públicas para su adecuado patrocinio. El mismo procedimiento se aplica cuando se requiera interponer recursos contra laudo y/o de anulación de laudo arbitral.

Tener presente que las procuradurías públicas tienen la facultad de requerir a toda entidad gubernamental la información o los documentos que precise, para hacer la evaluación del inicio de acciones legales o para ejercer una adecuada defensa del Estado.

Etapas 2: Conformar equipos de abogados para una defensa en el arbitraje

El objetivo de esta recomendación es lograr que todas las áreas de arbitrajes en las procuradurías públicas sigan la misma línea de defensa. Esto se debe a que, una misma materia puede ser discutida en diferentes Tribunales Arbitrales o, en todo caso, ante el Poder Judicial y/o al Tribunal Constitucional.

Asimismo, es de vital importancia que se dediquen a recopilar información sobre el perfil de los árbitros y los criterios recogidos en otros laudos. Dicha información es un insumo importante para que el equipo pueda conocer la línea de pensamiento que se está usando frente a un tema determinado y planificar adecuadamente la estrategia de defensa que más convenga en el caso concreto.

Etapas 3: Conocimiento de los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral

El objetivo de esta recomendación es poder demostrar que los árbitros designados conocen de la legislación nacional sobre contrataciones del Estado, para lo cual es fundamental evaluar los criterios emitidos en los laudos que han sido partícipes, las publicaciones realizadas y los eventos donde han participado como ponentes ante las diversas instituciones arbitrales.

Como consecuencia de ello, y conocidos los nombres de los integrantes del Tribunal

Arbitral, se podrá hacer uso de la solicitud de ampliación del deber de revelación. Por lo general, la Ley de Arbitraje y los reglamentos de los centros relacionados, no suelen regular el mecanismo que se encarga de ampliar el deber de revelación. Esto se dan en lo comercial y también al contratar con el Estado. En todo caso, siempre es posible pedir tal ampliación, de forma que la confianza entre ambos actores (Tribunal y litigantes) pueda fortalecerse o cuestionarse, según corresponda.

Hay casos en que esta solicitud se emplea como medio probatorio para interponer recusación, siempre y cuando los árbitros omitan revelar una nueva circunstancia que haya devenido en la pérdida de la imparcialidad e independencia, ejerciendo de esta forma un constante rol de vigilancia del árbitro. Es fundamental estar atentos a no presentar recusaciones sin sustento, puesto que puede ser considerado como tácticas dilatorias por el propio Tribunal Arbitral o por el Centro de Arbitraje.

Cabe precisar que se presume que, entre la aceptación del encargo y la emisión del laudo, el tribunal ejercerá con diligencia y buena fe su deber de revelación y su ampliación.

Etapa 4: Del contenido de los escritos postulatorios

Toda demanda o contestación a la demanda debe contener sólidos argumentos jurídicos, jurisprudenciales y doctrinarios. Para ello, es necesario, tener una estructura definida que permita entender las pretensiones planteadas en lenguaje simple y de fácil comprensión.

Al preparar una demanda, tener en cuenta las pretensiones a plantear, puesto que, pueden ser cuantificables o no cuantificables. Ello puede influir en el costo de los procesos arbitrales, por lo que el petitorio debe ser razonable y con una expectativa de éxito alta.

Al contestar una demanda, coordinar con el área usuaria e identificar las pretensiones de la contraparte para desvirtuarlas o contradecirlas por separado a través de documentos técnicos y vincularlos con la norma aplicable, de corresponder.

En este último caso, considerar la posibilidad de presentar una reconvencción, en caso encuentre elementos suficientes para plantear pretensiones.

Etapa 5: De la elección de peritos

La elección de peritos en un proceso arbitral es una tarea muy importante. Existen arbitrajes en contratación pública que requieren sustentar las pretensiones con una pericia para demostrar el daño cometido y, sobre todo, para cuantificarlo. De esta manera, poder solicitar una indemnización por daños y perjuicios con el sustento

adecuado.

Para tal finalidad, una alternativa es coordinar con el área usuaria y generar reuniones con especialistas para elaborar conjuntamente el objeto de la pericia y establecer lo que se quiere demostrar o sustentar en un caso determinado.

Estudiar los perfiles de los peritos según la especialidad. Dar preferencia a los propios especialistas de la entidad y, de no contar con profesionales técnicos, poder convocar a un proceso de selección para contratarlos y obtener un medio probatorio potente para sustentar una pretensión en un proceso arbitral.

Antes de remitir el informe pericial al Tribunal Arbitral, el área arbitral de las procuradurías deberán analizarlo y verificar que se ha cumplido con el objeto de la pericia, más aún si, posteriormente, el perito será convocado a una audiencia de informe pericial por parte del Tribunal Arbitral.

Etapa 6: De las audiencias de pruebas y de informes orales

Es la etapa procesal más importante del proceso arbitral. Los abogados de las procuradurías y los integrantes del área usuaria deben reunirse con anterioridad para definir las pautas, medios probatorios y elaboración de las diapositivas previas a la audiencia de pruebas y/o informes orales.

En el caso de la audiencia de informes orales, considerar exponer las ideas principales por cada pretensión. No extenderse más del tiempo fijado por el Tribunal Arbitral.

De igual modo, se sugiere que las plantillas utilizadas en el programa Microsoft PowerPoint (PPT) no excedan de 20 diapositivas. Hacer uso de videos de corta duración e imágenes que generen impacto o sustenten alguna pretensión o algún hecho nuevo en plena audiencia. El objetivo de una audiencia es resumir los argumentos a favor de una determinada controversia y exponerlos al Tribunal Arbitral.

En la medida de lo posible, una vez finalizada la audiencia de informe oral, solicitar al Tribunal Arbitral, el cierre de la instrucción y que en el Acta de audiencia se consigne el plazo para laudo establecido por las reglas del proceso y/o en el Reglamento o la Ley de Arbitraje, respectivamente.

Etapa 7: De la notificación de laudo arbitral

Al recibir el laudo final, revisar lo siguiente:

- Que la notificación se encuentre dentro del plazo.
- Verificar si existen votos singulares o en discordia.
- La foliación se encuentre completa.

- Exista una parte considerativa y resolutive donde se pueda apreciar el resultado del fallo.

Computar los plazos que se cuenta para interponer recursos contra el laudo y poner en conocimiento al área usuaria de inmediato con el contenido del laudo.

En caso se decida no interponer ninguna clase de recurso contra el laudo arbitral, es recomendable solicitar al Tribunal Arbitral el cese de sus funciones.

Etapa 8: De los recursos contra laudo

Tanto la Ley de Arbitraje como los diversos reglamentos de centros arbitrales contemplan la posibilidad de interponer recursos contra el laudo arbitral. Estos son cuatro: a) rectificación, b) interpretación, c) integración y d) exclusión.

Si fuera necesario, se deberán elaborar los escritos que contengan cualquiera de los recursos contra laudos señalados en el párrafo precedente. Cabe precisar que, estos están orientados a cuestionar la parte resolutive del laudo arbitral más no su contenido.

Es recomendable coordinar con el área usuaria la pertinencia o no de interponer recursos contra el laudo arbitral.

Etapa 9: Del recurso de anulación contra laudos arbitrales

Una vez que el Tribunal Arbitral cese en sus funciones en el proceso arbitral, corresponde evaluar si procede o no interponer en la vía judicial, un recurso de anulación contra el laudo arbitral. Considerar los límites temporales y las razones específicas establecidas en la legislación.

En este punto, es recomendable revisar la jurisprudencia de las Salas Comerciales y/o Civiles de las Cortes Superiores del país, ya que manejan diversos criterios para admitir recursos de anulación y es una manera de conocer cuáles son las posturas de los jueces vinculados a las causales de anulación establecidos en la Ley de Arbitraje.

Etapa 10: Lecciones aprendidas

Los abogados que pertenecen al área arbitral de las procuradurías públicas deben tener un banco de laudos divididos por materias en contratación pública. De esta manera, es una fuente de consulta permanente para futuras controversias.

Y en los casos en que las entidades públicas hayan obtenido un fallo arbitral desfavorable, realizar un análisis en conjunto con el área usuaria para no repetir a futuro algún acto y/o situación que pueda generar un perjuicio económico a la entidad.

Se recomienda que los laudos favorables que se encuentren firmes sean puestos en conocimiento a la PGE para que sea difundido a las demás procuradurías que

conforman el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado.

En consecuencia, esta guía elaborada por el autor aspira a orientar la defensa jurídica en arbitraje por parte de las procuradurías públicas, sin que ello implique reemplazo de cualquier reglamento de arbitraje o norma sobre la materia, respetando la legislación de arbitraje vigente en nuestro país que regula las contrataciones con el Estado.

De esta manera, lo que se pretende es que, se puedan sistematizar las buenas prácticas en arbitraje de contratación pública, utilizadas por diversas procuradurías públicas y abogados vinculados al Sistema Administrativo de Defensa Jurídica, a fin de mejorar su calidad en procesos arbitrales derivados de la Ley de Contrataciones del Estado; y, en algún momento determinado, incluirlo en una futura Ley de Arbitraje exclusiva para este tipo de casos.



CONCLUSIONES

1. El objetivo de la tesis es describir y discutir una realidad jurídica en el arbitraje bajo las normas de contrataciones del Estado. Por un lado, se encuentra el deber de confidencialidad regulado en la Ley de Arbitraje actual; y, por otro lado, se encuentran regulados, en las normas de contrataciones del Estado, estos dos elementos afines con el sector público: (i) el interés público y (ii) el principio de transparencia. Este último contiene incluso el acceso a la información como derecho fundamental, regulado en la normativa especial.
2. La tesis está planteada como una advertencia legal. Es decir, eliminar el deber de confidencialidad en los arbitrajes donde una de las partes es el Estado; más aún si la crítica principal en estos casos es su falta de transparencia que debe existir sobre los asuntos que involucran al erario nacional. Prueba de ello, son las investigaciones fiscales que se vienen realizando en varios arbitrajes cuyos resultados preliminares han sustentado prisiones preventivas a varios árbitros del medio local y que ha dado lugar a recusaciones fundadas por los principales centros de arbitrajes del país; más aún si, es innegable los ostensibles márgenes de corrupción alcanzados en este tipo de arbitrajes y los riesgos económicos y políticos que ello supone como medio idóneo de solución de controversias.
3. En ese contexto, esta investigación pretende dotar de más transparencia a este tipo de arbitrajes, eliminando el principio de confidencialidad. Lo que se quiere demostrar es la colisión normativa de ambas figuras jurídicas (confidencialidad versus transparencia) que subsiste hasta nuestros días.
4. El arbitraje sigue siendo más eficiente en comparación con la jurisdicción ordinaria, ventaja que debe ser aprovechada para efectuar ciertos cambios legales hasta llegar a una propia Ley de Arbitraje de contrataciones del Estado, ya que, estos arbitrajes, sin lugar a duda, seguirá aumentando, por lo que, las reglas de juego cuando una de las partes sea una entidad pública tiene que ser orientada a la transparencia y la protección del interés público.
5. El Arbitraje bajo las normas de contrataciones con el Estado merece ser regulada en una norma independiente y con una legislación especial que evite su desnaturalización con las modificaciones que en esta materia tienen lugar desde años atrás a través de normas que regulan la contratación pública para bienes, obras y servicios.
6. Teniendo en cuenta que el Estado es un actor principal en esta clase de arbitrajes, se ha elaborado una pequeña guía de buenas prácticas en arbitraje; normas de contrataciones del Estado y un bloque de recomendaciones dentro de un proceso

arbitral desde el punto de vista de la defensa jurídica ejercida por los procuradores públicos, la cual podría ser introducida en una futura norma como parte de un capítulo referencial a reglas de conducta (soft law).



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alejos Guzmán, Ó. (2020). ¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de los contratos públicos. *Ius Et Praxis*, (50-51), 139-156.
2. Alonso Puig, J. M. (2008). El deber de revelación del árbitro. En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje.
3. Alwin Azocar, Patricio (1998) citado en Monroy Cabra, Marco Gerardo, Arbitraje comercial nacional e internacional, (2a. ed., Legis Editores, Bogotá D.C.).
4. Álvarez, H. (2005). Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo II del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). *Revista Peruana de Arbitraje*, 1, 13-70. Grijley.
5. Ayala, M. del C. (2017). *Contratos civiles*. México D. F. IURE. <https://elibro.bibliotecaupn.elogim.com/es/ereader/upnorte/40214?page=1>
6. Barona Vilar, S. (2006). *Medidas cautelares en el arbitraje*. Colección Estudios sobre Arbitraje. Thomson Civitas.
7. Benetti Salgar, J. (2001). *El arbitraje en el derecho colombiano* (2.ª ed.). Temis.
8. Born, G. (2014). Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings, The Anniversary Contributions - International Litigation & Arbitration. *Univ. Pennsylvania J. Int. Law*, 130(4), 999-1033.
9. Caivano, R. (2006). El arbitraje: nociones introductorias. *Revista Electrónica de Derecho Comercial*. <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>
10. Caivano, R. (2010/2011). El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo. *Lima Arbitration*, 4, 119-150.
11. Caputo, L. (s. f.). La ética del árbitro. medyar.org. p. 1, <http://www.medyar.org.ar/etica-del-arbitro-caputo.pdf> Castagnino, D. T. (2019). La buena fe en el arbitraje comercial venezolano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, 73.
12. Castillo, M. (2016). Arbitraje. Entre el derecho civil y el arbitraje, 35.
13. Castillo, M. y Sabroso, R. (2009). *El arbitraje en la contratación pública*. Palestra.
14. Castillo, M. y Vásquez, R. (2006). Arbitraje: naturaleza y definición. *Derecho PUCP*, 59.
15. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>

16. Cepeda Altamirano, C. (2013). El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad (Arbitration and the Importance of Confidentiality), *USFQ Law Review*,
17. Chillón Medina, J. M. y Merino Merchan, J. F. (1978). *Tratado de arbitraje privado internoe internacional*. Civitas.
18. CIAR Global. (12 de septiembre de 2022). Perú: Laudo Declara Contrato Nulo Por Corrupción. <https://ciarglobal.com/peru-laudo-declara-contrato-nulo-por-corrupcion/>
19. Comejo, J. (2012). Los arbitrajes simulados a la luz del caso Orellana: ¿corrupción entreprivados? Una breve reflexión. *Boletín Anticorrupción*.
20. Cremades, B. M. (2005). Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York. *Revista Peruana de Arbitraje*, 1. Editora Jurídica Grijley.
21. Cruz Villalón, J. (2012). El arbitraje como procedimiento de solución de los conflictos laborales en España. *Ius Et Veritas*, 45, 123-124.
22. Cueva Morales, C. (2001). El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Cathedra. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 8. Defensoría del Pueblo. (2001). *El acceso a la información pública y la cultura del secreto*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_60.pdf
23. Defensoría del Pueblo. (2016). *Manual para funcionarios sobre excepciones al derecho de acceso a la información pública*. Biblioteca Nacional del Perú- <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Manual-excepciones-al-acceso-info-publica-2016.pdf>
24. Del Águila Ruiz de Somocurcio, P. (2005). Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*.
25. ¿Heahí el dilema? *Revista Peruana de Arbitraje*, 2. Grijley.
26. Departamento para la Gestión Pública Efectiva (DGPE) y Organización de los Estados Americanos (OEA). (2013). El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos. <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf>
27. Díaz Honores, J. (2019). Los principios del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos. <https://agnitio.pe/2019/11/25/los-principios-del-arbitraje-como-medio-alternativo-de-resolucion-de-conflictos/>
28. Dworkin, R. (1984) *Los derechos en serio*. Ariel.
29. Febles Pozo, N. (2019). Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro. *Cuadernos de Dereito Actual*, 11, 141-160.

30. Febles Pozo, N. (2020). Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*, 467.
31. Fernández Masiá, E. (2007). ¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje = Zuzenbide Prozesalata Arbitraia Euskal Aldizkaria*, 19(1), 1-14.
32. Fernández Pérez, A. (2017). *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. J. B. Bosch Editor.
33. Fernández Rozas, J. C. (2009). Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial. *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 1(2), 335-378. <http://eprints.ucm.es/9258/>
34. Fernández Rozas, J. C., Sánchez Lorenzo, S. A. y Stampa, G. (2018). Principios generales del arbitraje. Tirant lo Blanch.
35. Fernández-Armesto, J. (2018). *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*. CEUEdiciones.
36. Flores Rueda, C. (2006). *El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: regla fundamental en el arbitraje*.
37. Gandolfo, R. (28 de agosto de 2022). *Hay que poner a andar la acreditación de instituciones arbitrales*. <http://edicionespropuesta.blogspot.com/2022/08/hay-que-poner-andar-la-acreditacion-de.html>
38. González de Cossío, F. (2007). El principio *competente-competence* revisitado.
39. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 63-91.
40. González de Cossío, F. (s. f.). Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora.
41. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>
42. - Haining, K. y Zeller, B. (2010). Can Separability Save “Kompetenz-Kompetenz”. When There is a Challenge to the Existence of a Contract? *Arbitration*, 76(3), 493-502.
43. Jequier Lehuedé, E. (2013). La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, 40, 1.
44. Jiménez-Blanco, G. (2015). Confidencialidad en el arbitraje. *Varia, Arbitraje*, VIII(3), 735-748. [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/12685/1/Confidencialidad](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/12685/1/Confidencialidad_Jimenez_Arbitraje_2015.pdf)
45. [_Jimenez_Arbitraje_2015.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/12685/1/Confidencialidad_Jimenez_Arbitraje_2015.pdf)

46. Junco Vargas, J. (2002). *La conciliación: aspectos sustanciales y procesales*. Jurídica Radar.
47. Kantaria, S. (18 de junio de 2010). Is the duty of confidentiality in international commercial arbitration an unwarranted assumption? https://www-claytonutz-com.translate.google.com/knowledge/2010/june/is-the-duty-of-confidentiality-in-international-commercial-arbitration-an-unwarranted-assumption?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc
48. Kundmüller-Caminiti, F. (2003). Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho. *Ius et Praxis*, 034.
49. Kunze, R. (2006). Arbitraje: naturaleza y definición. *Derecho PUCP*, 273-284.
50. Latorre Boza, D. (16 de octubre de 2022). *¿Qué es lo que plantea el Proyecto de Ley 2736/2022-PE?* Políticas Públicas y Gestión
51. de Conflictos.
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2022/08/23/que-es-lo-que-plantea-el-proyecto-de-ley-no-2736-2022-pe/#:~:text=El%20Proyecto%20de%20Ley%20N%C2%BA%202736%2F2022%2DPE%20es%20una,Legislativo%20N%C2%BA%201071%2C%20como%20la>
52. Latorre Boza, D. (septiembre de 2009). Transparencia e intervención de terceros en el Perú. *Revista de Arbitraje PUCP*, III(9), 49-57.
53. Ledesma, M. (2014). *Jurisdicción y arbitraje* (3.^a ed.). Fondo Editorial PUCP.
54. Leturia I., Francisco J. (diciembre, 2018). La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española. *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 647-673.
- Llerena Manchego, M. Á. (2008). *Entendiendo la contratación pública*. Subdirección de Capacitación del OSCE.
[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(1\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(1).pdf)
55. Lohmann Luca de Tena, G. (2011). Confidencialidad. En C. A. Soto Coaguila y A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 582-587). Instituto Peruano de Arbitraje.
56. Lord Justice Lawrence Collins. Trans-lex.org. (2007) John Forster Emmott v. Michael Wilson y Partners Limited. [https://www.trans-lex.org/301850/_john-forster-emmott-v-michael-wilson-partners%20a0limited-\[2008\]-ewca-civ-184/](https://www.trans-lex.org/301850/_john-forster-emmott-v-michael-wilson-partners%20a0limited-[2008]-ewca-civ-184/)
57. Maguiña, C. R. (2007). Arbitraje *ad hoc* o arbitraje administrado: el rol de las instituciones arbitrales en el Perú. *Iuris Dictio*, 7(11), 4.
58. Martínez Manotas, P. (2007). Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana. (MS thesis. Universidad

59. Iberoamericana Ciudad de México. Departamento de Derecho).
60. Meza-Salas, M. (2018). Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction? Kluwer Arbitration Blog. https://www-claytonutz-com.translate.google.com/translate/g/knowledge/2010/june/is-the-duty-of-confidentiality-in-international-commercial-arbitration-an-unwarranted-assumption?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc
61. Monroy Cabra, M. G. (1998) Arbitraje comercial, nacional e internacional. (2.^a ed.). Legis. Montaña Bedoya, J. (2009). Arbitraje e intervención estatal. *Revista Holística Jurídica* 5.
62. Medellín: Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Moreno, L., Floríndez, H. y Laura, R. (7 de diciembre de 2016). *Tras cuernos, palos*. IDL-Reporteros.
63. Moreno. L. y Cabral, E. (29 de setiembre de 2016). *Arbitrajes a la Odebrecht*. IDL-Reporteros.
64. Neira Orellana, E. (2007). El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana.
65. Nieva Fenoll, J. (2009). *La oralidad en el arbitraje*, Repositorio Institucional de la Universidad de San Pablo, 2
66. Ojeda, A. y Machín Roqué, J. (2020). El principio de buena fe. Su relevancia para el arbitraje. *Universidad-Sociedad: Escenarios Socioculturales en Relación Dinámica desde la Actividad*, 225-237.
67. Olivet, C. y Eberhardt, P. (2012). Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (24 de septiembre 2019). Opinión 195-2019/DTN. Tema: Arbitraje Internacional.
68. Paitán, C. y Quiroga, D. (abril, 2016). imputación de actos de corrupción en la contratación pública y su implicancia en el arbitraje de contrataciones con el Estado. *Arbitraje PUCP*, 6, 68-151.
69. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17033>
70. Percy, D. (2018). El Deber de Independencia E Imparcialidad. Su Relación Con La Debida Motivación Y El Factor Tiempo En La Actividad Jurisdiccional. *Amag.edu.pe*, 99.
71. Pérez Pacheco, Y. (2012). Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI.
72. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1).
73. Retamozo Linares, A. (2015). El imaginario y la realidad en el arbitraje en

contrataciones públicas. Comentarios a los Estudios del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de

74. la Contraloría General de la República. *Derecho & Sociedad*, 44,
75. <https://vlex.bibliotecaupn.elogim.com/#!/search/jurisdiction:;PE/contrataciones+p%C3%BAblicas+arbitraje/WW/vid/770855457>
76. Rivera, J. C. (2009). El orden público en el arbitraje. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 9, 266.
77. Rodríguez, C. (1994). ¿Qué es el interés público? A propósito de los “conceptos jurídicos indeterminados”. *Revista de Derecho Público*, 31(63)
78. Rojas, M. F. (2015). Camino a una nueva visión del arbitraje en contrataciones públicas. *Derecho & Sociedad*, 44, 222.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14404>
79. Romero Seguel, A. (1999). Nociones generales sobre la justicia arbitral. *Revista Chilena de Derecho*, 26.
80. Serván, N. (2020). Armonizando tensiones: La necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad. *Forseti. Revista De Derecho*, 8(12), 52.
81. Soto Coaguila, C. A. (2008). *Arbitraje en el Perú y el mundo*. Magna.
82. Soto Coaguila, C. A. y Bullard González, A. (Coords.) (2011). *Comentarios a la Ley Peruana Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje.
83. Suprema Corte de Australia. (7 de abril de 1995. *Esso Australia Resources Ltd and Others v. The Honourable Sidney James Plowman and Others* [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS---\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS---(1995)_128_ALR_391.html)
84. Taboada M. J. (8 de mayo de 2020). *Los actos de la administración pública en el marco de las relaciones contractuales bajo la Ley de Contrataciones con el Estado*. Polemos: Portal Jurídico Interdisciplinario. <https://polemos.pe/los-actos-de-la-administracion-publica-en-el-marco-de-las-relaciones-contractuales-bajo-la-ley-de-contrataciones-con-el-estado/>

85. Vásquez Palma, M. F. (2010). Comprensión del principio “competencia- competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 181-196.
86. Vera Cacho, G. (2014). Consideraciones generales acerca del arbitraje. *Ius et Praxis*, 44, 15-38.
87. Villarán, C. (s. f.). Breve reseña de la evolución del arbitraje. CC La Libertad <http://www.camaratru.org.pe/web2/index.php/jstuff/multiplataforma-vision-empresarial/item/5512-breve-resena-de-la-evolucion-del-arbitraje>
88. Virgós Soriano, M. (2006). El convenio arbitral en el arbitraje internacional.
89. *Actualidad Jurídica*. Uría-Menéndez, 14, 13-28.
90. Ver: “Diario de debates”. Sesión del miércoles 2 de julio. Lima. Tomado de: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/1B0E6C405E75E9B905257816005973D9/\\$FILE/SLO-1996-26A.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/1B0E6C405E75E9B905257816005973D9/$FILE/SLO-1996-26A.pdf)
91. Caroline Henckels, Public-Private Arbitration in Australia: Public Law Concerns, Private Law Responses, en *The Comparative Constitutional Law of Private-Public Arbitration* (Oxford University Press, 2018).
92. Dimitrios Katranstiotis, Transparency in International Investment Arbitration: From the Current towards the Future Normative Framework, 3 (2014) (tesis doctoral, International Hellenic University).
93. N. Jansen Calamita, Dispute Settlement Transparency in Europe’s Evolving Investment Treaty Policy, 15 *The Journal of World Investment & Trade*, n.º 3-4.