

APUNTES CRÍTICOS A LAS RECIENTES MODIFICACIONES AL DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Dr. Carlos Alberto Matheus López**
Perú

RESUMEN

Este artículo analiza las recientes modificaciones a la Ley de Arbitraje Peruana, las cuales aplican a aquellos arbitrajes en que el Estado sea parte. Y establecen un trato protector y ventajoso para el Estado al interior de un proceso arbitral, supuestamente exigido en razón de que la previa regulación de la Ley de Arbitraje Peruana no era adecuada para asegurar la transparencia, ni evitar la corrupción y las malas prácticas, en los arbitrajes en los que el Estado es parte.

Palabras clave: Arbitraje, Ley Peruana de Arbitraje, Arbitraje Institucional, Medidas Cautelares, Recusación del Árbitro, Abandono, Publicidad de Actuaciones Arbitrales, Multas Administrativas, Anulación de Laudo

ABSTRACT

This article analyzes the recent modifications to the Peruvian Arbitration Law, which apply to those arbitrations in which the State is a party. And these establish a protective and advantageous treatment for the State within an arbitral proceeding, allegedly required because the previous Peruvian Arbitration Law regulation was not adequate to ensure transparency, nor prevent corruption and bad practices, in the arbitrations in which the State is a party.

Keywords: Arbitration, Peruvian Arbitration Law, Institutional Arbitration, Interim Measures, Challenge of Arbitrator, Abandonment, Transparency in the Arbitral Procedure, Administrative Fines, Setting Aside of Award

EVALUACIÓN POR PAR ACADÉMICO POSITIVA PARA SU PUBLICACIÓN EN LA REVISTA VASCA DE DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE.

Evaluación recibida el día catorce de febrero de 2020.

PAR ACADÉMICO EVALUADOR: Prof. Dr. David Soto Díaz, Profesor de Derecho Procesal y Miembro del grupo de investigación Ecrim de la Universidade da Coruña.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Como es de público conocimiento, el Decreto de Urgencia N° 020-2020¹, acaba de modificar siete artículos e incorporar uno nuevo al Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje² (DLA).

* Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo - Sede Chimbote (Perú). Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Catedrático de Derecho de Arbitraje de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, como también de la Academia de la Magistratura. Árbitro Profesional y Consultor en Arbitraje - www.cmlarbitration.com

¹ Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-de-urgencia-que-modifica-el-decreto-legislativo-n-1-decreto-de-urgencia-n-020-2020-1848882-4> (consultado el 5 de febrero de 2020).

Y no obstante los afirmados -y entiendo bien intencionados- objetivos del citado Decreto de Urgencia contenidos en su **Considerando**, llama mi atención el establecimiento de un trato protector y ventajoso para el Estado al interior de un proceso arbitral. Supuestamente exigido en razón de que “*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 afectan los intereses del Estado y que generen graves consecuencias económicas para el país*” y so pretexto de ser “*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*”.

Y es este nuevo panorama para el Arbitraje en el Perú, el cual motiva mis siguientes reflexiones.

II. COMENTARIOS

En mi condición de catedrático universitario y árbitro profesional, procederé a detallar -seguidamente- los principales problemas operativos o, de ser el caso, ventajas técnicas, que surgen de las citadas modificaciones al DLA.

2.1. Arbitraje institucional vs Arbitraje Ad Hoc

Se ha sumado un quinto inciso al artículo 7 del DLA³, el cual establece que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, éste será necesariamente institucional si el monto en controversia supera las 10 UIT, esto es, los S/. 43,000 Soles (o €11,315). Pudiendo ser el arbitraje ad hoc -o institucional- sólo cuando se trate de un monto controvertido de hasta 10 UIT. Asimismo, se establece que, sin importar el monto en controversia, en éstos casos -en que el Estado sea parte- el arbitraje será siempre de Derecho. Salvo en los casos de proyectos de Asociaciones Público Privadas, cuyas controversias de carácter técnico, permiten el empleo del arbitraje de conciencia. Ahora bien, respecto a estas nuevas reglas del artículo 7 del DLA, cabe señalar que la decisión de acudir al arbitraje ad hoc o aquel institucional es producto de la **autonomía de voluntad de las partes** (principio constitucional reconocido en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución Peruana), quienes, conforme a sus intereses, deciden asumir -junto con el tribunal arbitral- la gestión y administración del arbitraje (arbitraje ad hoc) o bien encargarle ésta a una institución arbitral (arbitraje institucional). Tal **decisión voluntaria**⁴ la

² Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf> (consultado el 5 de febrero de 2020).

³ El cual nos señala que “5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, **el arbitraje es institucional**, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos **son arbitrajes de derecho**; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia” (las negritas son nuestras).

⁴ Pues es evidentemente que “La capacidad de elegir el arbitraje y de cómo se llevará a cabo éste, brinda a las partes la oportunidad de construir un acuerdo mutuamente beneficioso, el cual éstas acordarán voluntariamente” (Shackelford, Elizabeth “Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration” en *University of Pittsburgh Law Review*, Volumen 67, Pittsburgh, 2006, pág. 901); con similar parecer Berger, Klaus Peter y Jensenpág, J. Ole “Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators” en *Arbitration International*, N° 32, Londres, 2016, pág. 418, nos señalan que “La noción funda-

adoptan a partir de sus necesidades procedimentales (emplear un reglamento predefinido o un procedimiento a su medida), económicas (pagar honorarios de la institución arbitral o bien ahorrarse tal gasto), profesionales (restringirse a un registro de árbitros -y/o a la confirmación institucional de éste- o tener amplia libertad de designación), entre otras⁵. Por ello, pretender que el arbitraje administrativo sea solo institucional importa no sólo la vulneración de la autonomía de voluntad de las partes⁶ -origen y fundamento mismo del arbitraje⁷-, sino que además al tornar en irrelevante su voluntad atentaría contra sus intereses *-inter alia-* procedimentales, económicos y profesionales.

Además, todo ello converge con el necesario respeto al principio constitucional de **igualdad** que debe regir en el arbitraje, el cual forma a su vez parte del “**debido proceso arbitral**”⁸. En tal forma, obligar a que el arbitraje sea sólo institucional, por el simple hecho de que el Estado sea parte en éste -y el monto controvertido supere las 10 UIT-, importa no sólo la vulneración de la autonomía de voluntad de las partes, sino que, al tornar en irrelevante su voluntad, atentaría además contra sus intereses procedimentales, económicos y profesionales. Generando también una fractura de la igualdad, pues se estaría tratando de manera ventajosa al Estado frente a la parte privada, última la cual cada vez que enfrente un arbitraje contra éste, y dado que en la práctica la mayoría de arbitrajes en los que participa el Estado supera con creces las 10 UIT, deberá soportar los gastos de un arbitraje institucional, sin importar su voluntad con respecto a la gestión y administración del arbitraje. Además, debemos recordar que la opción de acudir a una institución arbitral ha de ser consecuencia de su probada calidad, eficiencia y celeridad en la gestión y administración de arbitrajes, y no de una imposición legal que obligue a las partes a ello.

Y respecto a la regla de que, cuando el Estado sea parte, el arbitraje será siempre de Derecho. Ésta ni siquiera emplea el pretexto del monto en controversia, aplicándose sin más por la mera presencia Estatal en el arbitraje. Lo cual, como en el caso anterior, vulnera la **autonomía de voluntad de las partes** y atenta contra su facultad de indicar al Tribunal Arbitral si aplica obligatoriamente (arbitraje de derecho) o sólo de manera facultativa (arbitraje de

mental de autonomía de voluntad, que es la causa del derecho de las parte a elegir, no sólo se aplica a la cuestión de si las partes quieren el arbitraje, sino también a aquella de cómo éste debe llevarse a cabo”.

⁵ Con similar parecer Fernández Rozas, José Carlos “La Contaminación del Arbitraje por los Conceptos e Institutos de las Leyes Procesales Estatales” en *Anuario de Justicia Alternativa*, N° 3, Barcelona, 2015, pág. 39, nos señala que “La voluntad de las partes permite, pues, la adopción de un procedimiento para el caso concreto conforme a sus necesidades y expectativas, favoreciendo las relaciones de mutua confianza y previniendo comportamientos estratégicos obstaculizadores”.

⁶ Conviene recordar aquí que “el principio de autonomía de voluntad es fundamental para el arbitraje en general y para el arbitraje internacional en particular (...), el cual en algunos países es considerado como un derecho constitucional de todo ciudadano” (Böckstiegel, Karl-Heinz “The Role of Party Autonomy in International Arbitration” en *Handbook on International Arbitration and ADR*, JurisNet, New York, 2010, págs. 67-68).

⁷ En tal sentido, el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia del 21 de setiembre de 2011, Expediente N° 00142-2011-PA/TC, ha establecido que “...*el procedimiento arbitral se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes*” (las negritas son nuestras).

⁸ Cabe recordar que “Independientemente del procedimiento y de la ley elegida, es indiscutible que el Tribunal Arbitral garantizará una serie de principios que constituyen el Carta Magna Procesal del Arbitraje (...) [la cual] posee dos principios fundamentales: debido proceso y juicio justo; e independencia e imparcialidad del árbitro” (Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Srefan “Comparative International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pág. 95).

conciencia) el derecho sustantivo para la solución del caso⁹. Asimismo, se genera una vulneración a la **igualdad**, pues se estaría tratando de manera distinta al Estado frente a la parte privada, la cual cada vez que tenga un arbitraje contra éste, deberá someterse a un arbitraje de derecho, sin importar su voluntad con respecto a la aplicación obligatoria o no del derecho sustantivo, por parte del Tribunal Arbitral, para la resolución del caso. Siendo necesario recordar que la opción por el arbitraje de conciencia permite -dado que los árbitros no están obligados a aplicar el derecho- hallar la solución más justa para el caso concreto, posibilidad la cual quedaría preterida para la parte privada.

2.2. Medidas Cautelares en el Arbitraje

Se ha adicionado un párrafo al inciso 2 del artículo 8 del DLA¹⁰, el cual establece que, cuando en un arbitraje el Estado sea la parte afectada con una medida cautelar, la parte privada deberá ofrecer como contracautela una fianza bancaria o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática, por el tiempo que dure el arbitraje. Y el monto de ésta, a establecerse por el Juez o Tribunal Arbitral, no podrá ser menor al de la garantía de fiel cumplimiento que se haya otorgado -se entiende- con ocasión del contrato del que se derive la controversia. Respecto a esta regla, cabe señalar que vulnera el principio constitucional de **igualdad**, que forma parte de la **tutela cautelar efectiva en el arbitraje**¹¹. Pues sólo a la parte privada, cuando es sujeto activo de la medida cautelar en contra del Estado, se le exige este tipo de contracautela y por el monto mínimo indicado. Lo cual no sucederá cuando el Estado sea sujeto activo de la medida cautelar en contra de una parte privada, caso en el cual éste si puede ofrecer la contracautela que le venga en gana. Asimismo, esta regla colisiona con otro de los presupuestos cautelares, como es el de **la razonabilidad**¹², el cual precisamente busca impedir el abuso y/o arbitrariedad, exigiendo un examen de proporcionalidad de la medida cautelar que se dicte. Criterio el cual no existe en el caso del presupuesto -o requisito- de la contracautela establecido por la regla analizada, la cual es a todas luces desproporcional, pues se exige una contracautela cuyo monto mínimo es el mismo de la garantía de fiel cumplimen-

⁹ Ver Matheus López, Carlos "Parte 2. Arbitraje" en *Arbitraje de Consumo*, Escuela Nacional Indecopi, Lima, 2016, pág. 113.

¹⁰ El cual nos señala que "*En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda*" (las negritas son nuestras).

¹¹ Cabe recordar que "Las medidas cautelares son esenciales para la eficacia de cualquier proceso arbitral porque tienen el (...) efecto de obligar a las partes a comportarse de una forma que sea favorable al éxito del procedimiento, preservando los derechos de las partes, evitando la autotutela, manteniendo la paz entre éstas, y asegurando que un eventual laudo final pueda ser ejecutado" (Benz, Stephen "Strengthening Interim Measures in International Arbitration" en *Georgetown Journal of International Law*, Volumen 50, Washington, 2018, pág. 145).

¹² O de proporcionalidad, el cual "significa que el posible daño causado por la medida solicitada no debe estar fuera de proporción con respecto a la ventaja que el solicitante espera obtener de ella (...), y brinda seguridad frente a los daños que la medida pueda causar a la parte contra quien se dirige" (Savola, Mika "Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings" en *Croatian Arbitration Yearbook*, Volumen 23, Zagreb, 2016, pág. 82).

to, cuya ejecución se busca impedir a través de la medida cautelar. Esto es, para evitar el perjuicio económico de la ejecución de su garantía, se le exige a la parte privada -como contracautela- una fianza por, como mínimo, el monto de ésta. Asimismo, la impericia y mala factura de la regla analizada, se extiende incluso a su propia ubicación en el DLA, pues **por su contenido** no es un tema de **competencia para el dictado y/o ejecución de medidas cautelares**, sino más bien uno de **presupuestos cautelares**, el cual viene regulado en el artículo 47 del DLA.

2.3. Arbitrer Inhabilis y Arbitrer Suspectus

Se ha sumado un párrafo al artículo 21 del DLA¹³, el cual nos señala que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, tendrán incompatibilidad para actuar como árbitros aquellos que hayan participado previamente en el caso a resolverse, al haber actuado como abogado o perito de alguna de las partes. Así como también quienes tengan intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de la función de árbitro, en su condición de abogado, experto y/o profesional en otra materia. Sobre esta regla debemos señalar, primero, que su ubicación en el DLA resulta un dislate, pues el artículo 21 del DLA regula el tema del *arbitrer inhabilis* -o árbitro inhábil- (afectado por una incompatibilidad) y no el del *arbitrer suspectus* -árbitro sospechoso- (de vulnerar la independencia e imparcialidad) que está recogido en el artículo 28 del DLA. Y segundo, tal regla deviene -amén de *difficiles nugae*- absolutamente innecesaria, pues el requisito de independencia e imparcialidad del árbitro, ya está regulado en el citado artículo 28, el cual aplica a todo arbitraje, sin discriminar la condición de las partes (privadas o públicas), ni de los árbitros (designados de parte o presidente de tribunal)¹⁴.

2.4. Recusación del Árbitro y Designación Cameral

Se ha adicionado un literal e) al inciso 2 del artículo 29 del DLA¹⁵, el cual nos señala que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, si la parte privada no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la circunstancia afirmada, no se pronuncia o renuncia, entonces resuelve la recusación -en el arbitraje institucional- la institución de arbitraje. Y a falta de ésta -en el arbitraje ad hoc- resuelve, en el caso de un **arbitraje nacional**, la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. Y de no existir Cámara alguna en esos lugares, resuelve

¹³ El cual nos señala que “*En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias*” (las negritas son nuestras).

¹⁴ Para una mejor comprensión del tema ver Matheus López, Carlos Alberto “Independence and Impartiality of Arbitrators: A Comparative Perspective” en *China and International Commercial Dispute Resolution*, Brill/Nijhoff, Leiden-Boston, Países Bajos-EE.UU., 2016, págs. 99-127.

¹⁵ El cual nos señala que “*e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia, resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros*” (las negritas son nuestras).

rá la Cámara de Comercio de la localidad más cercana. Y en el caso de un **arbitraje internacional**, resolverá la recusación la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o, de no haberse pactado este último, la Cámara de Comercio de Lima. Señala además la regla analizada que es nulo el acuerdo de las partes que encargue a los miembros de un tribunal arbitral resolver la recusación de los demás árbitros. Respecto a este literal e), debemos observar, primero, que su posicionamiento al interior del artículo 29 del DLA resulta una *contradictio in terminis*, pues el inciso 2 de éste -dentro del cual se ha ubicado al literal e)- nos señala que “**A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas: (...)**”. Esto es, que los literales siguientes del citado artículo -incluido el literal e)- se aplican sólo en caso de que las partes no hayan acordado el procedimiento de recusación (pudiendo éstas, aquí también, encargar a los árbitros no recusados el resolver la recusación del árbitro que ha sido objeto de ésta). No obstante, de forma por demás contradictoria, el último párrafo del literal e) prohíbe bajo sanción de nulidad tal tipo de pacto por las partes. Por otra parte, este literal e) importa no sólo la vulneración del principio constitucional de **autonomía de voluntad de las partes**, sino que también, al tornarse irrelevante su voluntad respecto al diseño del procedimiento de recusación, atentaría además contra sus intereses procedimentales, económicos y profesionales. Existiendo además una fractura del principio constitucional de **igualdad**, pues se estaría tratando de manera distinta al Estado frente a la parte privada, última la cual cada vez que tenga un arbitraje contra éste, deberá soportar los gastos de la designación cameral, sin importar su voluntad con respecto al diseño del procedimiento de recusación. De otro lado, es importante observar que este literal e) indica que se resolverá la recusación incluso en el caso de que el árbitro recusado renuncie. Lo cual resulta absurdo, pues ante la renuncia de éste, lo que corresponde es su sustitución, como bien señala el literal c) del mismo inciso 2, del artículo 29 del DLA, dado que, al haber dejado de ser árbitro, no procede resolver recusación alguna en su contra¹⁶. Además, tal absurdo criterio colisiona con el inciso 5 del mismo artículo 29, el cual nos señala -a mayor abundamiento- que la renuncia del árbitro no se considerará, de modo alguno, como un reconocimiento de la procedencia de la causal de recusación alegada.

2.5. Abandono del Proceso Arbitral

Se ha incorporado un nuevo artículo 50-A al DLA¹⁷, el cual nos señala que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, se declarará -ex officio o a instancia de parte- el abandono del proceso arbitral, cuando éste no se impulse durante cuatro meses. En el arbitraje ad hoc tal declaración la realizará el árbitro único -en caso de Tribunal Arbitral Unipersonal- o bien -en caso de Tribunal Arbitral Colegiado- el Presidente del Tribunal Arbitral. Y en el arbitraje ins-

¹⁶ Para una mejor comprensión de la mecánica de la recusación, ver Matheus López, Carlos Alberto “La Independencia e Imparcialidad del Árbitro en el Arbitraje Doméstico e Internacional”, Palestra Editores, Lima, 2016, págs. 272-275.

¹⁷ El cual nos señala que “**En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral. La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho**” (las negritas son nuestras).

titucional, esta declaración la efectuará la Secretaría General de la Institución Arbitral. Se establece además que la declaración de abandono impide iniciar otro arbitraje basado en la misma pretensión por el lapso de seis meses. Y si se declara por segunda vez el abandono, entre las mismas partes y sobre la misma pretensión, entonces caduca el derecho. Respecto a este nuevo artículo 50-A debemos señalar, primero, que está incorporando una categoría procesal estática al arbitraje, cuyos fundamentos y sentido tienen su razón de ser en las características y dinámica del proceso judicial, las cuales resultan muy distintas a aquellas del arbitraje. Segundo, aunado a este ánimo de **judicialización del arbitraje**¹⁸, se observa otra impericia técnica del citado nuevo artículo que muestra además un grosero desconocimiento de la propia regulación contenida en el DLA, al señalar que -en el arbitraje institucional- la declaración de abandono la realiza la “*Secretaría General del Centro de Arbitraje*”. Como sabemos, el término que emplea el DLA a lo largo de todo su articulado para referirse a una Institución de Arbitraje, es el de “*Institución Arbitral*” y no el de “*Centro de Arbitraje*”. Además, señalar que tal declaración la realiza la “*Secretaría General*”, evidencia una grave ignorancia sobre arbitraje institucional, pues como es sabido -acorde al DLA- una Institución Arbitral puede constituirse a través de cualquier tipo de persona jurídica, sea con o sin fines de lucro. Y por su parte, tal persona jurídica determinará en el estatuto su organización y la denominación de sus órganos, a efectos del desarrollo de su gestión y administración de arbitrajes. Pudiendo tales órganos denominarse de múltiples formas, y no sólo, ni necesariamente, como “*Secretaría General*”. Por otra parte, este nuevo artículo 50-A importa no sólo la vulneración del principio constitucional de **autonomía de voluntad de las partes**, sino que, al tornar en irrelevante su voluntad respecto a las reglas a seguirse en las actuaciones arbitrales, atentaría además contra sus intereses procedimentales. Generando también una fractura del principio constitucional de **igualdad**, pues se estaría tratando de manera distinta al Estado frente a la parte privada, última la cual cada vez que enfrente un arbitraje contra éste, deberá soportar la mentada figura del abandono, sin importar su voluntad con respecto a las reglas a seguirse en las actuaciones arbitrales. Además, el efecto de suspensión temporal y posterior caducidad generado por este abandono, colisiona con la eficacia temporal del convenio arbitral, el cual es la fuente de vida -y genoma- del arbitraje, y que sólo termina en razón de la prescripción extintiva o la caducidad del convenio arbitral, último el cual es el que le da vida al proceso, y no al revés como se pretende con esta figura. Conviene además recordar que esto es producto de la propia naturaleza negocial-procesal del arbitraje.

2.6. Publicidad de las Actuaciones y del Laudo

¹⁸ Conviene recordar que “El arbitraje es una institución que está libre de las restricciones jurisdiccionales de cualquier tribunal nacional, dado que la jurisdicción, la selección y la autoridad de los árbitros son casi totalmente determinados por las partes contendientes, quienes tienen plena autonomía a este respecto” (Bhatia, Vijay K. “Judicialisation of International Commercial Arbitration Practice: Issues of Discovery and Cross-examination” en *Laplant Law Review*, N° 1, Rovaniemi, 2011, pág. 16). Como también advertir que la “contaminación del procedimiento arbitral de instituciones procedentes del procedimiento común es una situación patológica que amerita la conveniencia de preservar el arbitraje de ciertas prácticas o disfunciones, importadas las más de las veces de los procedimientos judiciales, que amenazan con diluir su especificidad como sistema de resolución de conflictos haciéndole perder algunas de sus ventajas y razón de ser” (Fernández, “La Contaminación...”, Ob. Cit., págs. 45-46).

Se ha modificado el inciso 3 del artículo 51 del DLA¹⁹, el cual nos señala ahora que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, las actuaciones arbitrales y el laudo arbitral serán públicos una vez que haya concluido el arbitraje, salvo las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Y en el caso del arbitraje ad hoc, la parte estatal será la encargada de llevar a cabo tal publicidad. En tanto, en el arbitraje institucional, será la institución arbitral quien ponga en práctica esto, conforme a las disposiciones que, para ello, establezca en sus reglamentos. Respecto a esta regla sólo nos queda agradecer su creación, pues hoy en día, en la dogmática al uso defendemos que, frente al tradicional deber de confidencialidad, la necesaria legitimación del arbitraje exige una mayor transparencia de éste²⁰. Criterio el cual es compartido -a nivel global- por diversos Convenios y Reglamentos Institucionales, tanto en el campo del arbitraje comercial internacional como aquel de inversión.

2.7. Prohibición de Multas Administrativas o Similares

Se ha sumado un párrafo al inciso 2 del artículo 56 del DLA²¹, el cual nos señala ahora que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, no cabe la imposición de multas administrativas o similares, u otros conceptos distintos a los costos del arbitraje. Con respecto a esta regla cabe señalar que privaría de eficacia a las órdenes del Tribunal Arbitral destinadas a detener las tácticas de guerrilla²² de las partes, pues su fuerza coercitiva radica precisamente

¹⁹ El cual nos señala que “3. *En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte*” (las negritas son nuestras).

²⁰ Pues resulta evidente que “La transparencia puede conducir a un mayor grado de confianza y aceptación del proceso arbitral. Ésta aumenta la responsabilidad, ya que el árbitro, el abogado y las partes en un arbitraje son conscientes de que es probable que su comportamiento sea examinado por el público. La transparencia también hace que el proceso de toma de decisiones en el arbitraje sea más riguroso, ya que los árbitros que saben que sus laudos se harán públicos están más inclinados a averiguar e investigar cuidadosamente antes de llegar a una conclusión. Y ayuda a garantizar principios democráticos como el derecho de acceso a la información y también promueve la justicia, el estado de derecho, la equidad y el debido proceso” (Poo-rooye, Avinash y Feehily, Ronán “Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance” en *Harvard Negotiation Law Review*, Volumen 22, Massachusetts, 2017, pág. 285).

²¹ El cual nos señala que “(...) *En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje*” (las negritas son nuestras).

²² Cabe recordar aquí que “Las tácticas de guerrilla tienen que ver con el comportamiento, que puede ir desde medidas flagrantes que involucran conductas ilegales o poco éticas hasta maniobras más sutiles y subrepticias. Por lo tanto, para entender tal comportamiento, se deben comprender los elementos esenciales de tales tácticas. Estos elementos son desviaciones, tácticas e intenciones. Las tácticas de guerrilla se desvían del alcance convencional de la ley y la ética (...) Otro elemento de las tácticas de guerrilla que merece atención es el elemento “táctico”, es decir, el compromiso deliberado de la parte con la acción en cuestión, más que la mera explotación de coincidencias o acontecimientos imprevistos (...) Las tácticas de guerrilla se eligen en los casos en que la única intención es obstruir los procedimientos u obstaculizar a la otra parte” (Oberoi, Preet Singh “Understanding Guerrilla Tactics in International Arbitration” en *Christ University Law Journal*, N° 2, Bangalore, 2014, págs. 74-75).

en la capacidad de imponer una multa²³. La cual, al no existir, permitirá a las partes -aquí el Estado- tornar el arbitraje en un pandemonio, a través del empleo de este tipo de tácticas. En tal forma, este párrafo incorporado al inciso 2 del artículo 56 del DLA, importa también la vulneración del principio constitucional de **autonomía de voluntad de las partes**, como también de la propia **autonomía del Tribunal Arbitral**, pues tanto en las primeras como en el segundo, su voluntad se vuelve irrelevante respecto a la posibilidad de imponer multas, atentando ello además contra los intereses procedimentales de las partes, y contra la eficacia de las ordenes emitidas por el Tribunal Arbitral. Se genera además una fractura del principio constitucional de **igualdad**, pues se estaría tratando de manera distinta al Estado frente a la parte privada, última la cual cada vez que enfrente un arbitraje contra éste, deberá soportar el impune empleo en su contra de tácticas dilatorias y de guerrilla, sin importar su voluntad de imponer multas frente a este tipo de prácticas nocivas.

2.8. Anulación de Laudo y Vulneración del Derecho de Defensa

Se ha adicionado un párrafo al literal b) del inciso 1 del artículo 65 del DLA²⁴, el cual nos señala que, cuando en un arbitraje el Estado sea parte, si el laudo arbitral se anula en razón de “*que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*”, entonces cualquiera de las partes puede solicitar la sustitución del árbitro que designó, siguiendo las mismas reglas de su designación. O bien puede solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. Y en este último supuesto, se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario. Respecto a esta regla, cabe señalar, primero, que colisiona con lo establecido por el primer párrafo del propio inciso b), el cual frente a la anulación por la causal antes indicada establece, como efecto -de sentido común-, que el Tribunal Arbitral reinicie el arbitraje, desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa. En tanto, por el simple hecho de la presencia estatal, se establece para el mismo caso, que las partes puedan solicitar la sustitución del árbitro que designaron o puedan recusar a cualquiera, o a todos, los miembros del Tribunal Arbitral. Generándose así una vulneración del principio constitucional de **igualdad**, pues se estaría tratando de manera distinta al Estado frente a la parte privada, última la cual cada vez que enfrente un arbitraje contra éste, deberá soportar como mínimo la sustitución del árbitro designado por el Estado o peor aún la recusación por parte de éste de todos los miembros del Tribunal Arbitral, sin importar su voluntad de que se reinicie el arbitraje por el propio Tribunal Arbitral que emitió el laudo anulado. En segundo lugar, la mala factura técnica de esta regla se observa también en el hecho que, por ejemplo, resulta absurdo que una parte, que no haya sido notificada del nombramiento del árbitro de la otra o del presidente del Tribunal Arbitral,

²³ E, incluso, “la imposición de costos [arbitrales] como indemnización se ha utilizado como una herramienta punitiva efectiva para castigar la mala conducta y las tácticas dilatorias en todos los países” (Mohanty, Gourav y Rainapág, Shruti “Use of Costs on Indemnity Basis to Combat Dilatory Tactics in Arbitration- Advocating the Hong Kong Approach” en *Indian Journal of Arbitration Law*, N° 1, Jodhpur, 2014, pág. 127).

²⁴ El cual nos señala que “(...) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las **partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario**” (las negritas son nuestras).

tenga por ello que pedir la sustitución de su propio árbitro. Y tercero, establecer como efecto de la anulación del laudo que las partes puedan recusar a cualquiera, o a todos, los miembros del Tribunal Arbitral. Más allá de la bravata, carece *-per se-* de efecto práctico, pues conforme al artículo 28, inciso 3, del DLA, sólo puede recusarse a un árbitro cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad²⁵.

2.9. Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje

La primera disposición complementaria del Decreto de Urgencia²⁶ materia de análisis, crea el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (RENACE), el cual estará a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y contendrá la nómina de los árbitros e instituciones arbitrales que participen en controversias en los que el Estado sea parte. Conteniendo además información relevante sobre sus actuaciones y el registro de declaraciones juradas de intereses de los árbitros. No siendo de aplicación esta disposición al Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil. Respecto a esta disposición cabe señalar, primero, que conforme a su texto se entiende que es un Registro de tipo facultativo y de carácter informativo, que no afecta la capacidad positiva del árbitro. Pues una interpretación contraria, nos llevaría al absurdo de tener que estar registrado en éste para poder actuar como árbitro en un arbitraje nacional en el que el Estado sea parte. Y aún más delirante, a tener que exigir a un árbitro extranjero, en un arbitraje doméstico o internacional, a que tenga que registrarse en el mentado RENACE. Asimismo, tal negada interpretación importaría exigir el registro de los árbitros -amén de las instituciones arbitrales- sólo en razón de que una de las partes es el Estado, lo cual afectaría al principio constitucional de **igualdad**. Y segundo, no se observa una clara justificación para crear este tipo de registro, dirigido únicamente a los árbitros e instituciones arbitrales que participan de arbitrajes en los que es parte el Estado. Y aún más, pierde sentido al existir ya registros de este tipo en los arbitrajes especiales, como es el caso del Registro Nacional de Árbitros a cargo del OSCE en el arbitraje administrativo. Lo cual resulta contradictorio con el propio “objeto” del Decreto de Urgencia, cuyo artículo 1 proclama como su fin “impulsar las **políticas públicas nacionales y sectoriales** dirigidas a definir y optimizar la participación del Estado en los procesos arbitrales”. Pues como sabemos, las mentadas políticas persiguen la modernización de la gestión pública, siendo uno de sus fundamentos, acorde al artículo 5, literal d, de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, la “Mayor eficacia y eficiencia en el logro de los objetivos y en la utilización de los recursos del Estado, **eliminando la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones**”.

²⁵ Para una mejor comprensión de tales circunstancias, ver Matheus López, Carlos Alberto “La Independencia e Imparcialidad del Árbitro”, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009, págs. 218-240.

²⁶ La cual nos señala que “El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el **Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - RENACE**, el cual **contiene la nómina de árbitros/as y de centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante respecto de sus actuaciones, así como el registro de las declaraciones juradas de intereses de los/as árbitros/as que participen en las controversias en los que es parte el Estado peruano. Se exceptúa de esta disposición el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil**” (las negritas son nuestras).

2.10. Órgano Competente para la Redacción del Convenio Arbitral

La segunda disposición complementaria del Decreto de Urgencia analizado, nos indica que “*El convenio arbitral en el que es parte el Estado peruano se redacta por los órganos competentes en coordinación con la procuraduría pública de la respectiva entidad*”. Esta disposición podrá ser útil en su aplicación subsidiaria a los diversos arbitrajes especiales en los que es parte el Estado, los cuales carecen de una regla expresa relativa a quién es competente para la redacción del convenio arbitral.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conviene precisar que este Decreto de Urgencia ha modificado el DLA, el cual regula el arbitraje comercial y se aplica a toda controversia de carácter disponible que no esté a su vez regulada en una norma especial de arbitraje.

Asimismo, en el caso de que la controversia disponible venga regulada en una norma especial de arbitraje²⁷, primará evidentemente la aplicación -acorde al criterio interpretativo de *lex specialis derogat legi generali*²⁸- de esta normativa especial frente a aquella general del DLA.

Por otra parte, el DLA -como bien señala su artículo 1, inciso 1- es de aplicación supletoria “*a las leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje*”, lo cual bien se reitera en el Cuarto Considerando del propio Decreto de Urgencia.

Consecuentemente, en aquellos arbitrajes especiales que carezcan de ciertas reglas de arbitraje, se aplicará de manera supletoria el DLA.

A título de ejemplo, observemos el caso del arbitraje administrativo, en el cual el Estado es una parte del arbitraje. Este arbitraje especial viene regulado por la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) y por el Reglamento de ésta (Decreto Supremo N° 344-2018-EF). Consecuentemente, a este arbitraje se aplican las reglas contenidas en el Ley y Reglamento antes citados. Y sólo en caso de existir algún vacío en su regulación, se le aplicará de manera supletoria el DLA. Como bien señala el artículo 45.11 de la citada Ley, al indicarnos que este arbitraje se rige “*(...) especialmente por lo establecido en la presente norma y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia*”.

IV. IMPLICANCIAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como es sabido, el DLA acoge el modelo monista, por lo cual su preceptiva aplica por igual al arbitraje doméstico y aquel internacional. Por ello, las modificaciones analizadas se aplican también a un arbitraje internacional cuya *lex arbitri* sea el DLA, con -evidentemente- todos los problemas operativos que antes se detallaron.

²⁷ Siendo evidente que, “para que una norma sea especial respecto de otra norma, es necesario identificar previamente en cada norma, al menos un elemento que se encuentren, uno respecto del otro, en relación de especie a género y viceversa” (Zorzetto, Silvia “La Redundancia Lingüística y las Normas Especiales. Algunos Usos del Principio Lex Specialis” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 36, Alicante, 2013, pág. 390).

²⁸ Dicho criterio “hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. Es decir -apostillamos nosotros-, la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad” (Tardío Pato, José Antonio “El Principio de Especialidad Normativa (Lex Specialis) y sus Aplicaciones Jurisprudenciales” en *Revista de Administración Pública*, N° 162, Madrid, 2003, pág. 191).

Por otra parte, estas modificaciones al DLA -en su aplicación a un arbitraje internacional- parecieran colisionar con la necesaria participación en condiciones de igualdad de las partes²⁹, aun cuando una de éstas sea el Estado. Criterio el cual bien recogido en el artículo 2, inciso 2, del DLA, el cual nos señala que “*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*”.

Asimismo, tirará por el suelo los esfuerzos -hoy en curso- destinados a que Lima se torne en la plataforma del arbitraje internacional en Latinoamérica, y destruirá el prestigio global del Perú en materia de arbitraje, el cual nos ha costado muchos años poder construir.

V. PALABRAS FINALES

Las modificaciones analizadas nos alejan de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuya recepción homogénea en las leyes nacionales de arbitraje, representan, para los comerciantes e inversionistas, la seguridad y confianza de poder emplear un arbitraje rápido, flexible y eficaz para la resolución de sus controversias. Evidentemente, salirnos de este modelo, afectará dicha percepción y, por ende, al propio comercio y a las inversiones en nuestro país.

Por todo ello, acorde a los antes indicado, convendría que una vez se instale nuestro nuevo Congreso de la República, evalúe la constitucionalidad y continuidad legislativa de este Decreto de Urgencia, respecto del cual -como ya señalé- sólo cabría quedarnos con la modificación del inciso 3 del artículo 51 del DLA y con su segunda disposición complementaria. Pues como bien decía Montesquieu “*Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa*”.

²⁹ Con similar parecer Cervantes-Bravo, Irina Graciela “Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre)” en *Universitas*, N° 115, Bogotá, 2008, pág. 26, nos señala que “al ser parte el Estado en un convenio arbitral actúa como particular y no como una entidad soberana, por tanto, no podrá ampararse en las prerrogativas que le reconoce, o concede su propio derecho para evadir las obligaciones derivadas de la suscripción del convenio arbitral”; con criterio semejante Guasch Fernández, Sergi “Las Garantías del Proceso Arbitral” en *Principios y Garantías Procesales. Liber Amicorum en Homenaje a la Profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Joan Picó I Junoy editor, Bosch Editor, España, 2013, pág. 406, nos indica que “La finalidad de este precepto es dejar clara la participación en condiciones de igualdad en el ámbito del arbitraje internacional cuando un Estado o entes dependientes de éste, actúe en el comercio internacional como un particular”.