

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DECRETO DE URGENCIA QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE

I. ANTECEDENTES

De conformidad con el artículo 135 de la Constitución Política del Perú, durante el interregno parlamentario, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

Mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, Decreto Supremo que disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso, se revocó el mandato parlamentario de los congresistas, manteniéndose en funciones la Comisión Permanente.

En dicho contexto, se ha considerado necesario revisar la normatividad que regula los procesos arbitrales en los que participa el Estado peruano, habiéndose identificado algunas deficiencias normativas que ameritan su urgente modificación.

De conformidad con el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Ello determina que el justiciable tiene la posibilidad de demandar justicia ante una jurisdicción privada, la misma que ejerce sus atribuciones en observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia.

Conforme a ello, el arbitraje es una forma de jurisdicción voluntaria reconocida por la Constitución Política del Perú. Tiene un carácter excepcional desde el punto de vista institucional, pero al mismo tiempo en su actividad, está sometido a las reglas y principios constitucionales que conciernen al sistema de impartición de justicia, así como al cuadro de derechos y libertades propios del orden constitucional.

Su desarrollo se efectuó con el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, el cual se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; ello, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo son de aplicación supletoria.

Independencia, imparcialidad, debido proceso, transparencia y motivación de las resoluciones son, entre otros, los principios que el arbitraje debe observar ineludiblemente, en la medida que se trata de un medio de solución de controversias o conflictos de intereses. En este marco se explica la regulación del arbitraje a través del Decreto legislativo 1071. Esta línea de razonamiento ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0142-2011-AA/TC *"... la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución"*. (Fundamento 12).



Dentro de las garantías constitucionales que debe respetar el arbitraje es tener un árbitro imparcial, ajeno a la corrupción, que defina una controversia sin estar supeditado a los intereses de una de las partes.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente N.º 02851-2010-AA-TC, publicado el 16 de marzo de 2011 señala que *«El cuestionamiento acerca de si el derecho a ser juzgado por un juez imparcial también puede titularizarse en el ámbito de un procedimiento arbitral ha sido resuelto afirmativamente por este Colegiado. Así, en la STC N.º 3361-2004-AA/TC se afirmó que “el derecho a la tutela procesal efectiva no sólo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten» (Fundamento 20). «Así, las garantías derivadas del derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, cuando el nombramiento de los miembros (alguno o algunos) del tribunal arbitral la efectúa una institución ajena a las partes del convenio que permite su constitución (STC N.º 6149-2006-AA/TC, fundamento 62)” (Fundamento 23)*

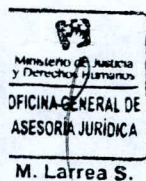
La imparcialidad es un valor que define, casi en términos absolutos, la idea de justicia. No es imaginable ningún sistema de justicia si la fuente de la que esta deriva obedece consignas de cualquier tipo, está subordinada a los intereses de alguna de las partes o responde a la simple arbitrariedad del juzgador. Es un principio que requiere, por lo tanto, un conjunto de condiciones materiales para su realización en la mayor medida de lo posible. El deber de revelación es uno de los pilares para la conseguir la eficiencia del arbitraje, pero no es suficiente para garantizar que la imparcialidad sea efectiva y evitar así actos de corrupción.

El problema se hace mucho más evidente cuando el Estado es parte, pues debido a que subyacen el interés público y el uso de recursos públicos, las consecuencias de las malas prácticas tienen un mayor impacto, ya que repercuten en toda la sociedad. Por ello, resulta urgente la incorporación de disposiciones especiales que regulen los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, porque entonces a la necesidad de garantizar la imparcialidad, se suma la necesidad de proteger el interés público. Siendo este último un principio que alude al conjunto de bienes que son patrimonio de la ciudadanía y constituye una estructura muy compleja que tiene un carácter material e inmaterial, que hace posible la realización de la comunidad como tal y de los derechos de los ciudadanos que participan en ella.

Por otro lado, la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes 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 es 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 generan graves consecuencias económicas para el país.

En dicha línea, a manera de ejemplo, podemos mencionar la existencia de pagos de ingentes sumas de dinero (cuando aun consiguiendo anulaciones de laudos, el propio tribunal arbitral o árbitro único, laude de la misma forma que laudó inicialmente, ordenando pagos, muchas veces injustos), muchas veces, conculcando normas constitucionales y perjudicando al erario nacional en sus tres (03) niveles de gobierno.

En efecto, se observa el incremento del número de arbitrajes en los que el Estado interviene como parte, registrándose un total de 1,419 casos en los últimos 5 años, en 125 procuradurías a nivel nacional. En ese mismo periodo de tiempo, la información proporcionada por dichas procuradurías ha permitido verificar que el Estado ha sido



condenado al pago de un total de S/. 507,324,049.72. Esta información permite dimensionar el problema antes advertido y determinar cuánto del erario nacional se encuentra en juego y la urgencia de adoptar medidas que permitan evitar pérdidas por el uso incorrecto del arbitraje.

Actualmente, determinados procesos arbitrales resueltos en perjuicio del Estado vienen siendo investigados por el Ministerio Público por presuntos actos de corrupción por parte de los árbitros.

Asimismo, la ausencia o debilidad de los principios que definen el sentido de la impartición de justicia, inciden parcialmente en el marco institucional y en la práctica del arbitraje. La corrupción es una parte del problema y al mismo un resultado. En los hechos esta realidad ha permitido que el arbitraje pierda legitimidad, que se erosione la autoridad que debe preservar para cumplir los fines que la Constitución la ha confiado.

En dicha línea, las entidades del sector público están sufriendo ingentes perjuicios económicos por la mala praxis y/o aplicación de la normativa que regula el arbitraje y las contrataciones en las que el Estado peruano es parte, con consecuencias funestas que repiten sobre la población peruana. Así tenemos la suspensión de la ejecución de ingentes obras para el bien común –vías medidas cautelares que derivan de contratos y se ventilan a nivel arbitral– tales como las de tres hospitales regionales que se han paralizado en la región de Junín, Cusco y Tacna, lo cual afecta la correcta prestación de servicios. De este modo, las medidas cautelares que suspenden la ejecución de obras, como hospitales, atentan directamente contra el bien constitucional de la salud, conculcando manifiestamente los artículos 7, 9, 11, 58, 59, 65, numeral 7 del artículo 192 y el inciso 8 del artículo 198 de la Constitución Política del Perú, en cuanto el Estado peruano es quién determina la política nacional de salud. Es decir, por la mala práctica y falencias de las normativas de arbitraje y contratación pública, la salud pública en las diferentes regiones del Perú, se ven seriamente comprometidas.

Por otro lado, se verifica que los preceptos de las normas vigentes se están utilizando para las malas prácticas de algunos árbitros, la falta de declaración de abandono, en algunos casos arbitrales; la mala colaboración y control judicial en muchos casos, dificultan conseguir la recusación de árbitros, la anulación de laudos arbitrales; o, la falta de confidencialidad y/o publicidad del proceso arbitral que deviene en infructuoso para las entidades del Estado peruano y, consecuentemente, contra el erario nacional. Ello afecta seriamente la economía de nuestro país y termina creando situaciones de vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la educación, entre otros.

Sumado a ello, es oportuno destacar que el Estado peruano, consciente de que la inversión privada genera importantes beneficios a la sociedad y repercute significativamente en las posibilidades de crecimiento económico del país, viene impulsando fuertemente un proceso de promoción de la inversión privada, prueba de ello ha sido la emisión de normas destinadas a mejorar los incentivos y el entorno para la inversión en obras y servicios públicos.

Asimismo, en el marco del proceso de promoción de la inversión privada que realiza el Estado, el arbitraje se ha convertido en una institución constantemente utilizada para solucionar conflictos, por lo que resulta necesario realizar modificaciones a la normativa vigente a fin de fortalecer esta institución y asegurar su eficiencia como un medio adecuado para la solución de controversias en los que el Estado es parte.

De este modo, en aras de proteger el interés público y el respeto a dichos principios, es urgente que en este interregno parlamentario se adopten medidas para asegurar que el



Estado cumpla su labor como promotor de la inversión, sin dejar de lado su deber de garante, más aun considerando el número de arbitrajes en los que participa el Estado y las pérdidas que su uso inadecuado podrían provocar.

En ese sentido, la presente propuesta considera la necesidad de fortalecer el arbitraje a partir de reconocer su vínculo absoluto con los principios constitucionales relativos a la impartición de justicia. En esta perspectiva, un primer aspecto que debe ser valorado es la transparencia. Este es un principio transversal al quehacer público y a la actividad política o de gobierno. Implica lo opuesto a la toma de decisiones en contextos de clandestinidad o arbitrariedad. Incluso, es necesario entender que la justificación o motivación de las decisiones pierde todo significado si no se produce en un contexto de transparencia. La posibilidad de contradecir, criticar y controlar públicamente los actos que implican las decisiones que se pronuncian sobre bienes públicos, requieren de la transparencia para su realización.

En síntesis, con este nuevo marco normativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico arbitral se brinda un escenario que habilita y promueve la participación del Estado peruano en esta forma de resolución de conflicto con igualdad de herramientas para los operadores del Sistema de Defensa Jurídica del Estado; asimismo, se cubren los vacíos que estaban atentando contra la contratación pública y la ejecución de obras en beneficio de la sociedad en su conjunto.

II.- JUSTIFICACIÓN DE LA URGENCIA DE LA MEDIDA

La presente propuesta normativa es urgente y no puede esperar hasta la instalación del próximo Congreso, toda vez que actualmente existe el potencial perjuicio de que continúe la paralización de ejecución de obras, tales como la de los hospitales regionales de Cuzco, Tacna y Junín, y además teniendo en cuenta que se iniciarán programas de infraestructura el próximo año 2020 y se tiene diversos contratos importantes que requieren ser protegidos.

Más aún cuando de acuerdo al artículo 7 y siguientes del Reglamento del Congreso de la República, antes de su constitución, instalación de la junta preparatoria y elección de la mesa directiva de la misma, el nuevo parlamento estaría recién entrando en vigencia, fáctica y legalmente, después del mes de marzo del 2020; tiempo perjudicial para los contratos que llevará el Estado en sus tres niveles de gobierno, lacerando los intereses económicos del tesoro público y los servicios públicos que derivan de las diferentes obras por ejecutar por las diferentes instituciones del Estado peruano.

Razones más que suficientes para ostentar que la propuesta normativa busca proteger los derechos fundamentales de los administrados (usuarios de Hospitales, colegios, puentes, pistas, etc.); entendiéndose que la construcción de la infraestructura -sin paralización por medidas cautelares o normas anacrónicas- que exige el crecimiento de la población, las mayores necesidades de las comunicaciones, centros de salud, escuelas, puentes, aeropuertos, etc. y una más activa participación en el comercio nacional demanda, sin duda, una constante y muy cuantiosa inversión de recursos los mismos que se ostentan hoy en día suspendidos por normas facilitadoras de su paralización. Este proyecto va unido al esfuerzo de modernización tanto de la obra pública como a la modernización; pero lamentablemente corre parejo con el fracaso de numerosas obras públicas, situación que genera pérdidas cuantiosas al Estado y perjuicios a la comunidad. En nuestra experiencia, la dificultad para entender los problemas prácticos y jurídicos de las obras públicas obedece tanto a defectos de legislación como a las viciosas prácticas de contratación.

Finalmente, cabe precisar que existe la urgencia en realizar estos cambios para poder cumplir las metas establecidas en la Política General de Gobierno al 2021, aprobada por Decreto Supremo N° 056-2018-PCM, en el Eje de Integridad y Lucha contra la Corrupción. Específicamente, los Lineamientos Prioritarios de la Política General de Gobierno al 2021, que señala a la integridad y lucha para combatir la corrupción y las actividades ilícitas en todas sus formas, lo que se refleja en los casos arbitrales en lo que interviene el Estado, es por eso que surge la urgente necesidad de realizar estos cambios para cumplir esos Ejes previstos al 2021. Se refuerza la urgencia y necesidad en que existen diversos proyectos para el 2020 y en adelante, por lo que se requiere cambios para detener o disminuir los riesgos de corrupción en todos los programas de infraestructura para el 2020 y en adelante.

III. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

a. **Sobre el tipo de arbitraje que debe primar en las controversias donde el Estado peruano sea parte**

Con respecto a la primera modificación, relativa al tipo de arbitraje, se propone que los arbitrajes en los que el Estado sea parte sean institucionales como regla general, pudiendo ser ad hoc cuando la cuantía no supere el valor de diez (10) UIT. Ello en razón de que el primero brinda mayores ventajas, dentro de las cuales se pueden mencionar la existencia de reglamentos que regulan el arbitraje, tarifarios de honorarios y gastos arbitrales que permiten tener predictibilidad sobre el costo del proceso, códigos de ética, entre otras. De este modo, el arbitraje institucional se perfila como el idóneo para los arbitrajes en los que el Estado participa.

Debemos tener en cuenta que la Contraloría General de la República desarrolló un informe en el cual se estudiaron diez (10) años de procesos arbitrales (2003-2013). En dicho período, se llevaron a cabo 2 796 decisiones de arbitrajes, resultando que en el 70% de esos procesos, se estima que el Estado peruano habría pagado un monto ascendiente a S/ 1 228'000,000.00 (MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES DE SOLES) por todos aquellos arbitrajes perdidos. Además, del total de arbitrajes en el período de análisis, el **64% fueron procesos bajo la modalidad ad hoc**. De dichos procesos de arbitraje, el 54% se aplicó en casos de contratos para obras públicas; el 30% se aplicó en contratos por servicios y el 16% por compra de bienes.

Como podemos advertir, el artículo propuesto no es contrario a ningún precepto de la ley ni del reglamento de contrataciones u otras normas especiales, pues mantiene la tendencia a considerar el arbitraje Ad Hoc como excepcional y teniéndose en cuenta que la normativa en materia de contrataciones del Estado es facultativa frente a la ley de arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, pues esta última resulta de aplicación a todos los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano (concesiones, arbitrajes, APPs, expropiaciones, laborales, etc.) y no se reduce solo a aquellos que se encuentran regulados por la Ley N° 30225 y su Reglamento.



Con la modificación propuesta, se busca reducir la cantidad de controversias que pueden ser sometidas a arbitrajes Ad Hoc, dando preferencia al arbitraje institucional, en base a tres (03) conceptos básicos: (i) transparencia intra proceso y después del proceso arbitral; (ii) responsabilidad en las actuaciones de los árbitros, secretarios arbitrales y del propio Consejo y (iii) reglas claras que un arbitraje institucional muestra al contar con organización, predictibilidad de costos arbitrales y otros aspectos que garantizan un proceso arbitral justo; reduciéndose los arbitrajes ad hoc, para controversias de menor cuantía, hasta ocho (08) unidades impositivas tributarias como formas de contratación con supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE y/o a los arbitrajes de poca cuantía llevando a cabo por

municipalidades distritales. Por último, siendo una regulación específica con excepciones no cabe alegar normas especiales vigentes que difieran de este texto.

b. Medidas cautelares

Respecto a las medidas cautelares, conocidas como competencia en la colaboración y control judicial, en los casos en los que el Estado peruano sea 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, otorgándole la responsabilidad de fijar el monto de la contracautela al juez o al tribunal arbitral, según sea el caso, y que ésta a su vez, no sea 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. En el supuesto que no hubiese, por alguna razón, garantía de fiel cumplimiento, el juez como director del proceso, tiene la prerrogativa de determinar el monto de la carta fianza.

Esta incorporación encuentra sustento en la abusiva utilización de las medidas cautelares por parte de los contratistas, cuyo otorgamiento genera consecuencias negativas para el Estado, por ejemplo, paralización de la ejecución de obras, afectación en la prestación de servicios públicos, etc.

La exigencia de presentación de una carta fianza, como requisito de procedencia, permitiría garantizar el eventual resarcimiento por los daños y perjuicios que pudiera causar la ejecución de una medida cautelar; asimismo, se desincentivaría el uso indebido y abusivo de las cautelares.

c. Respecto de la incompatibilidad para actuar como árbitro dentro de un proceso arbitral donde el Estado peruano es parte

Con relación a las incompatibilidades para actuar como árbitro, se precisa que no podrán desempeñar este rol quienes hayan tenido actuación previa en el caso que debe resolver, sea como abogado de alguna de las partes, como perito o tenga intereses personales, laborales, económicos o financieros que pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.

Esta incorporación permite reforzar el deber de los árbitros de ser y permanecer imparciales e independientes durante el arbitraje.

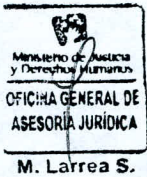
d. Procedimiento de recusación

En el presente tópico, lo que se busca es que en los procesos arbitrales donde interviene como parte el Estado peruano, cuando la entidad solicite la recusación por razones que pongan en duda la imparcialidad de algunos árbitros, otorgándole dichas responsabilidades a la misma institución arbitral o en su caso, a la Cámara de Comercio correspondiente.

e. Abandono

En el presente tópico se propone que los contratistas que inicien un proceso arbitral contra cualquier entidad del Estado peruano, si aun haciéndolo no realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declararía el abandono de dicho proceso arbitral. Si el arbitraje es institucional, la declaración será efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración será efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral.

Con esta propuesta se lograría que no exista una ligadura entre la entidad y el contratista, pudiendo liquidar el contrato e inclusive, por dicha inacción, las empresas serían sancionadas.



f. Confidencialidad y publicidad

Sobre el respecto se propone que, en todos los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales y el laudo sean públicos una vez concluido el proceso arbitral, no pudiendo ser antes para evitar que se ventilen posibles estrategias de defensa de los operadores del Sistema de Defensa Jurídica del Estado y tampoco con las exigencias de la normativa de transparencia y acceso a la información pública.

Sin embargo, una vez terminadas las actuaciones procesales arbitrales, a fin de brindar mayor transparencia a los arbitrajes en los interviene el Estado peruano, se ha establecido que las actuaciones y el laudo sean públicos, una vez que el laudo sea expedido

g. Contenido del laudo

Sobre el tema de gastos arbitrales ante tribunal arbitral se ha visto por conveniente que, será ese mismo colegiado quién se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73, es decir, teniendo en cuenta, el acuerdo de las partes, por cuenta de la parte vencida y, si el caso lo amerita, a prorrato entre las partes intervinientes en el proceso arbitral, no siendo posible que, en la determinación de los costos, se incluyan conceptos diferentes a los costos del arbitraje.

h. Consecuencias de la anulación

Al respecto, se propone que, en los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, cuando un laudo sea anulado, cualquiera de las partes está facultada a (i) solicitar la sustitución del árbitro que designó y cuya decisión provocó la afectación; o, (ii) solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado.

De este modo, se busca evitar que, una vez anulado un laudo, sean los mismos árbitros que lo dictaron quienes retomen las actuaciones y lauden, muy probablemente, de la misma forma en la que ya lo hicieron previamente. Esto se debería en gran medida a la tendencia que tienen los árbitros de no contrariar sus propias decisiones.



M. Larrea S.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto normativo cumple con lo dispuesto por el artículo 2 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa – Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, bajo el entendido que, si bien es cierto, no se puede cuantificar los impactos de la presente propuesta; conforme lo señala la última parte de dicho precepto, posibilita apreciar analíticamente los beneficios y costos no cuantificables de la misma, los cuales la desarrollamos de la siguiente manera:

El Acápito VIII del Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República define el análisis costo beneficio de la siguiente manera:

*“d. Análisis costo beneficio (costo oportunidad): es el análisis del impacto social y económico de la propuesta del dictamen.
Informa y demuestra que el impacto de la propuesta legislativa en el aumento del bienestar social es mayor que el costo de su vigencia.”*

Asimismo, debe tenerse en cuenta de manera referencial lo previsto en el artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 26889, que establece que:

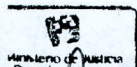
“Artículo 3.- Análisis costo beneficio.

3.1. El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos.

3.2. El análisis costo beneficio es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental.

3.3. Las propuestas que no estén comprendidas dentro de las precitadas categorías sustentarán los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla.”

El análisis costo beneficio de una propuesta normativa es una herramienta para estimar del valor de los efectos beneficiosos y perjudiciales en todo el conjunto de grupos y/o sectores de individuos que serán afectados por la implementación de la propuesta. Para operar tal análisis se debe cumplir una serie de pasos: primero, definir el contenido del proyecto; segundo, identificar todos los grupos o sectores que obtienen una ventaja o desventaja con la entrada en vigencia de la propuesta normativa; tercero, clasificar los efectos ventajosos (beneficios) y desventajosos (costos) identificados en: efectos monetarios, efectos no monetarios susceptibles de valorización monetaria y efectos no susceptibles de valorización monetaria; cuarto, considerar tanto los efectos directa como indirectamente derivados de la propuesta normativa; quinto, valorar los efectos y agruparlos en las categorías de beneficios (efectos ventajosos de todo tipo) y costos (efectos desventajosos de todo tipo); y, sexto, valorar y ponderar que los beneficios de la propuesta normativa generados en la sociedad sean mayores a los que ésta asumirá con la implementación del proyecto.


Ministerio de Derechos Humanos
FICINA GENERAL DE
ASESORIA JURIDICA
M. Larrea S.

Con el presente proyecto de cambios normativos en la normativa que regula el arbitraje en los que interviene el Estado peruano, se presenta un escenario circunstancial en que la medida a aplicarse, está destinada a salvaguardar la salud pública de los ciudadanos de diferentes regiones del Perú; más aún cuando en el presente caso, dichas medidas beneficiarán directamente a los niños, ancianos y mujeres de Tacna, Cusco, Junín y otras regiones del Perú donde se estarían paralizando diferentes obras públicas en beneficio de la salud peruana; ahorrando adicionalmente costos al Estado.

Por otro lado, el proyecto de norma no demanda recursos adicionales al Tesoro Público, pues no implica la apertura de un pliego presupuestal. La implementación de lo establecido en la presente norma, se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, quienes tendrán que adecuar sus procedimientos internos.

Sobre el tema, se deberá tener en consideración que las modificaciones, únicamente, han sido formuladas para los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte; de este modo, los arbitrajes entre particulares no serán afectados de modo alguno.

En atención a las modificaciones propuestas se han identificado los siguientes grupos de interés: (i) el Estado, (ii) los contratistas, (iii) las instituciones arbitrales, (iv) los árbitros, y (v) la sociedad en general.

A fin de realizar el análisis costo beneficio de la propuesta, a partir de los mencionados grupos de interés, es oportuno precisar que muchas de las propuestas de modificación no generarán costos de implementación; así tenemos:

- Modificación del artículo 7: esta no involucra ninguna labor de implementación, pues actualmente ya existen instituciones que brindan el servicio de administración de arbitrajes. Asimismo, establecer que el arbitraje ad hoc es excepcional, permite remediar la falta de predictibilidad respecto de los costos del arbitraje, que es propia de este tipo de arbitrajes.

Como se puede apreciar, a partir del análisis cualitativo efectuado, los costos de implementación de esta propuesta normativa resultan inferiores a los beneficios de tener una regulación que se adapta a las características particulares que tienen los arbitrajes en los que interviene el Estado. Así, optar por el arbitraje institucional permitirá evitar la falta de predictibilidad en el costo de los arbitrajes, característica propia de los arbitrajes ad hoc. La aplicación de tablas de honorarios y gastos arbitrales, permitirá a las partes realizar un análisis económico previo sobre el costo del arbitraje respecto de los beneficios que espera obtener de él; evitando, además, arbitrariedades en la determinación de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos, aspecto que, recurrentemente, tiende a encarecer el costo de los arbitrajes.

Los arbitrajes Ad hoc solo servirán para ver temas de poca trascendencia económica en muchos casos, arbitrajes como los llevados por Municipalidades Distritales.

En lo que respecta a los arbitrajes de conciencia, es necesario destacar que por la naturaleza técnica de los proyectos que se llevan adelante (algunos pendientes), como las Asociaciones Público Privadas-APP, y siempre y cuando sean consignado en la cláusula arbitral, las partes podrán recurrir, tanto a los arbitrajes de derecho como a los arbitrajes de conciencia; entendiéndose que este último tipo de arbitraje se utiliza como mecanismo de solución para controversias de carácter técnico entre el Estado y la concesionaria durante la ejecución de las inversiones correspondientes.

El arbitraje de conciencia como mecanismo de solución de controversias técnicas durante la ejecución de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, es válido y concomitante con lo que establece el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, y el alto impacto de los vigentes contratos APPs, donde las partes, hoy en día ya se encuentran en procesos arbitrales de conciencia, en atención a las cláusulas contractuales de cada uno de aquellos, debe permanecer vigente, alternativamente.

Cabe anotar que la controversia técnica tiene que ver con el arbitraje de conciencia: "Dependerá de las reglas, los criterios y conceptos de los técnicos". En cambio, la controversia no técnica es la que regula la ley, conforme al arbitraje de derecho.

- Modificación del artículo 21: tampoco involucra una inversión en su implementación, pues su finalidad es reforzar aquello que en la práctica debería suceder en todos los arbitrajes, esto es, que los árbitros sean y permanezcan independientes e imparciales.



M. Larrea S.

Con relación a los árbitros se debe tener en consideración que aquellos que no cuentan con las especialidades requeridas para resolver el caso o que tienen conflictos de intereses, no forman parte de la oferta de árbitros que pueden resolver las controversias en los que interviene el Estado. En ambos casos se trata de individuos que, aparentemente, podrían brindar el servicio, pero que en realidad no cuentan con lo necesario para desempeñar su función de forma adecuada. Considerarlos como parte de la oferta es perjudicial, en tanto - producto de la incapacidad y desconocimiento- la designación de ellos solo traería consigo asumir riesgos de forma innecesaria y una alta probabilidad de que (i) se incurra en errores con relación al procedimiento y (ii) se emitan laudos de baja calidad, que podrían ser anulados.

- Modificación del artículo 50: la incorporación del abandono servirá para desincentivar el inicio de arbitrajes con fines distintos al de resolver una controversia de forma eficiente y en el plazo más breve posible. Cuando los interesados no realizan actos para impulsar los arbitrajes, se evidencia el desinterés en el proceso; por lo cual, carece de sentido que dichos arbitrajes continúen en trámite.
- Modificación del artículo 51: finalmente, con relación a esta modificación, se debe considerar que delimitar la confidencialidad de los arbitrajes en los que interviene el Estado como parte, solo busca fortalecer la transparencia y permite que la sociedad en general pueda tener acceso a las actuaciones y al laudo que se emita. Se debe destacar que se ha dejado abierta la posibilidad de que cada institución arbitral reglamente, libremente, las disposiciones pertinentes.

En esa misma línea, precisamos que la labor de implementación de las disposiciones complementarias finales solo tendrá un impacto en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pues será el encargado de la elaboración del registro con la información que le sea proporcionada para tales fines; este costo será asumido con cargo a su presupuesto y a su personal, no siendo un registro de acreditación sino un registro meramente informativo que incentiva a los centros de arbitraje a mostrar los resultados de sus servicios para generarle mayor demanda arbitral, y a su vez transparentan su gestión arbitral. 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.

Por lo expuesto, se verifica que solo los artículos 8, 29, 56 y 65 podrían generar un impacto económico en los grupos de interés señalados previamente:

- Modificación del artículo 8: esta modificación no está orientada a incrementar los costos del arbitraje, su finalidad es desincentivar el uso indebido e indiscriminado de las medidas cautelares. No se debe realizar ningún trámite de implementación, pues corresponderá que en cada caso los interesados en solicitar una medida cautelar realicen un análisis previo, de los costos respecto de los beneficios que podría obtener con la solicitud de la medida cautelar. Asimismo, garantizará que se recurra a las medidas cautelares solo cuando exista una necesidad real de auxilio.

El Estado y la sociedad en general serán beneficiados pues se reducirán los casos en los que el otorgamiento indebido de medidas cautelares frena la prestación de servicios públicos. Del mismo modo, se genera un beneficio para las partes, pues en aquellos casos en los que la medida cautelar sea solicitada indebidamente, se evitará, innecesariamente, prolongar la duración y complejidad del arbitraje; de este modo, se reduce la posibilidad de relíquidar los

honorarios arbitrales en base a estos motivos. Otro de los beneficios que esta propuesta normativa contiene es la incorporación de la exigencia de cartas fianzas para el otorgamiento de medidas cautelares, aspecto que desincentivará el uso indiscriminado de medidas cautelares, las cuales provocan ingentes pérdidas económicas para el Estado; de este modo, se procura evitar, entre otros, la paralización de obras o la prestación de servicios públicos, los cuales están generando elevadas pérdidas económicas al Estado y afectan, incluso, derechos fundamentales. Por lo señalado, se corrobora que los beneficios de esta medida superan el costo que esta podría generar. Asimismo, favorecer la transparencia y publicidad de las actuaciones arbitrales, permitirá mejorar la calidad de los arbitrajes.

- Modificación del artículo 29: el costo de la implementación solo será asumido por las partes, pues las instituciones arbitrales cuentan con personal y procedimientos establecidos con relación al trámite de las recusaciones de árbitros.

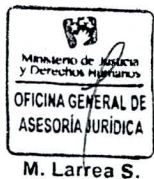
Recurrir a terceros imparciales para resolver las recusaciones brinda mayor confianza y transparencia al procedimiento, así como la eliminación de sesgos de los co árbitros en la decisión que se debe adoptar, lo cual se traduce en mayor eficiencia.

- Modificación del artículo 56: Beneficia a las partes pues se asegura que solo tendrán que soportar el costo real del arbitraje, sin que tengan que asumir costos por conceptos diferentes, siendo esto una precisión porque no tiene alguna justificación que el arbitraje genera otros costos.
- Modificación del artículo 65: Esta modificación tiene un impacto en las partes del arbitraje, pues ellas tendrán que asumir los honorarios del nuevo árbitro. Sin embargo, a partir del contenido de la modificación, se observa que no se trata de una imposición, sino de una facultad de las entidades; por lo tanto, éstas deberán analizar caso por caso la conveniencia o no de solicitar la sustitución del árbitro que designó. La modificación está orientada a ser aplicada en casos en los que no se verifique la intención del árbitro que emitió el laudo anulado de corregir el error.

Asimismo, la posibilidad de recusar a los árbitros también deberá ser evaluada, considerando las circunstancias de cada caso y la posibilidad de éxito que la medida podría tener.

Cabe destacar que este costo se evitará siempre que la selección de árbitros se realice de forma idónea, pues solo aplicaría en los casos en los que se verifique un desempeño deficiente del árbitro. Por lo tanto, funciona, además, como incentivo para efectuar una correcta designación de árbitros.

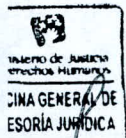
Como se puede apreciar, a partir del análisis cualitativo efectuado, los costos de implementación de esta propuesta normativa resultan inferiores a los beneficios de tener una regulación que se adapta a las características particulares que tienen los arbitrajes en los que interviene el Estado. Así, optar por el arbitraje institucional permitirá evitar la falta de predictibilidad en el costo de los arbitrajes, característica propia de los arbitrajes ad hoc. La aplicación de tablas de honorarios y gastos arbitrales, permitirá a las partes realizar un análisis económico previo sobre el costo del arbitraje respecto de los beneficios que espera obtener de él; evitando, además, arbitrariedades en la determinación de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos, aspecto que, recurrentemente, tiende a encarecer el costo de los arbitrajes.



Otro de los beneficios que esta propuesta normativa contiene es la incorporación de la exigencia de cartas fianzas para el otorgamiento de medidas cautelares, aspecto que desincentivará el uso indiscriminado de medidas cautelares, las cuales provocan ingentes pérdidas económicas para el Estado; de este modo, se procura evitar, entre otros, la paralización de obras o la prestación de servicios públicos, los cuales están generando elevadas pérdidas económicas al Estado y afectan, incluso, derechos fundamentales. Por lo señalado, se corrobora que los beneficios de esta medida superan el costo que esta podría generar. Asimismo, favorecer la transparencia y publicidad de las actuaciones arbitrales, permitirá mejorar la calidad de los arbitrajes.

Con relación a las modificaciones relacionadas con los árbitros, se debe precisar que estas están orientadas a conseguir que quienes se desempeñen dicho rol se encuentren debidamente capacitados, asegurando así la calidad de los arbitrajes, incentivando a que se formen más abogados probos como árbitros al advertir mecanismos que disminuyen los riesgos de corrupción, percepción actual de la población que desincentiva el arbitraje, por lo que esta medida recuperaría la confianza a este mecanismo de solución de conflictos. La participación de árbitros que no conocen la normativa aplicable a la controversia o al procedimiento, puede generar graves consecuencias, como, por ejemplo, la emisión de laudos que pueden ser anulados en vía judicial debido a la alta probabilidad de incurrir en error al resolver la controversia o, peor aún, puede provocar la emisión de un laudo que, pese a ser contrario a derecho, sea ejecutado y genere una afectación indebida a la parte que perdió el arbitraje. Contar con profesionales que no son aptos para un correcto desempeño, solo genera pérdidas de tiempo y dinero a las partes.

En consecuencia, en esa medida, los costos de esta norma son menores a los beneficios que se pretende lograr.



I. Larrea S.

ANÁLISIS DE IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Este proyecto modifica los artículos 7, 8, 21, 29, 51, 56 y 65 e incorpora el artículo 50 – A del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.