

LO BUENO, LO MALO Y LO FEO DE LA MODIFICACIÓN A LA LEY DE ARBITRAJE.

Autor: Jorge Abel Ruiz Bautista¹.

Se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto de Urgencia 20 - 2020 que modifica la Ley de Arbitraje, decreto legislativo 1071, cuya vigencia cumplía más de 10 años en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el ejecutivo con sus amplias facultades decidió modificar una Ley diseñada para el arbitraje comercial e internacional, para así regular el arbitraje en Contratación Pública, cuya especialidad sigue consolidándose en nuestro país.

Sin embargo, las modificaciones vienen dejando un sin sabor a buenas intenciones pero con improvisación. Como dice el dicho: "vísteme despacio, que estoy apurado", y con decretos de urgencia de último momento la cura puede resultar peor que la enfermedad.

Lo bueno: Se promueve la transparencia

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral.

Este modelo viene aplicándose desde el 2014 por UNCITRAL, que publicó el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y estados en el marco de un tratado.

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha – España. Cuenta con pos grado en la Universidad ESAN en la especialidad de Derecho Administrativo, Contratación del Estado y Arbitraje. Cursó estudios en la Universidad Pacífico en Arbitraje Internacional. Actualmente se desempeña como Director General del Círculo de Arbitraje con el Estado – CAE, Docente en la Universidad Continental y es Árbitro adscrito en el Registro Nacional de Árbitro OSCE, PUCP, MINJUS, y diferentes Cámaras de Comercio del Perú.

Asimismo, 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 y centros de arbitraje a nivel nacional. Una gran oportunidad para crear un récord arbitral con toda la información objetiva de los árbitros. La duda es, qué pasará con el Registro Nacional de Arbitraje promovido por el OSCE, que estaba despegando.

Estos mecanismos, darán pie a la lucha contra la corrupción en el arbitraje. Mientras más luces y focos se implementen, menos colusiones e intereses de conflictos habrá entre las partes y los árbitros.

Lo malo: Se sigue creyendo que el Arbitraje Ad hoc, concibe la corrupción.

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 (UIT)

Nadie discute los beneficios y garantías que el arbitraje institucional brinda a las partes, claro está, cuando se trata de centros de arbitrajes serios y reconocidos por su trayectoria.

Pero seamos sinceros, los casos de corrupción mediáticos (casos Odebrecht) donde participó el Estado, ¿fueron arbitrajes ad hoc o institucionales?

Es claro, que no se diferenciaron los arbitrajes ad hoc entre privados, y los arbitrajes ad hoc administrados por el OSCE y en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, que no tienen casos de corrupción (al menos mediáticos) La dirección de Arbitraje del OSCE desde sus

inicios publicó directivas que tutelan una ley especial que tiene un orden de prelación de aplicación del derecho, y promueve la transparencia y predictibilidad para los árbitros y partes.

La corrupción no depende del tipo de arbitraje. La corrupción dependerá de qué árbitros integren un tribunal arbitral. Un árbitro corrupto, actuará de manera irregular en cualquier tipo de arbitraje, pero ¿quién designa a los árbitros?

Asimismo, no se tuvo en cuenta la última modificación a la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, que establece que los arbitrajes ad hoc (donde participa el Estado), cuya controversia no superen los 5 millones de soles será AD HOC, y si las supera dicho monto será institucional.

¿A quiénes le conviene que desaparezca el arbitraje ad hoc? ¿El Arbitraje no es la voluntad de las partes? ¿si las partes deciden pactar un arbitraje ad hoc, una ley tendría que limitar ese derecho?

Lo feo: Se inclina la balanza innecesariamente a favor del Estado

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela una fianza bancaria y/o patrimonial.

Asimismo, se modifica que en los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado, no cabe imposición de multas administrativas o similares.

Cuando un contratista se enfrenta con el Estado, asume diferentes riesgos:

1. La propia Ley de Contrataciones se redactó para tutelar intereses del Estado, y no de los proveedores. ¿por qué creen que el Estado casi nunca demandan a un contratista?
Respuesta: a) La ley faculta a la Entidad a que aplique penalidades, b) les ejecute la garantía, c) les resuelva el contrato, d) envíen al contratista a un procedimiento administrativo sancionador ante el Tribunal del OSCE.
2. El contratista, por lo general tiene que subrogar los honorarios arbitrales, debido a que el Estado nunca tiene presupuesto para pagar, lo cual es usado como estrategia por algunos procuradores para archivar el arbitraje.
3. En casos de enriquecimiento indebido e indemnización el contratista tiene que acudir al poder judicial en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.
4. Cuando el contratista logra ganar un arbitraje, el Estado no cumple el laudo. Donde la ejecución de un laudo, es una historia sin fin dentro del poder judicial, que a pesar de que éste ordene el cumplimiento, el Estado se limita a indicar: "no tengo presupuesto"

Podemos seguir numerando más beneficios en favor del Estado, pero ahora a esto, el contratista tiene que ofrecer como contracautela una garantía bancaria. No obstante, si es el Estado quien pide una medida cautelar únicamente bastará una caución juratoria. ¿igualdad de aplicación de la Ley? ¿igualdad de armas?

La cereza del pastel es que le siguen quitando facultades al árbitro. Es decir, un Tribunal arbitral no podrá poner multas administrativas y similares, lo cual premia las malas prácticas que podrían realizar los procuradores en un arbitraje.

Finalmente, este decreto de urgencia, sólo refleja que seguimos acostumbrados hacer las cosas después de la media noche. Era importante que la Ley de Arbitraje, le otorgue un espacio al Arbitraje que más se arbitra en el Perú (Arbitraje en Contratación del Estado) pero no de esta manera.

No olvidemos que las grandes reformas, se gestan en grandes debates, y parafraseando el refrán: "legisla despacio, si estás apurado"