

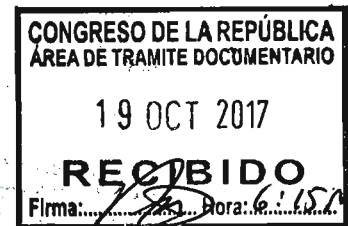


**PROYECTO DE LEY QUE PROMUEVE LA
TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES
EN LOS CUALES PARTICIPA EL ESTADO**

El Grupo Parlamentario Alianza Para el Progreso, por iniciativa de la Congresista de la República Marisol Espinoza Cruz, con la facultad que establece el artículo 107° de la Constitución Política del Estado y conforme a lo dispuesto por los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente propuesta legislativa:

FÓRMULA LEGAL

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA LEY SIGUIENTE**



**LEY QUE PROMUEVE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES
EN LOS CUALES PARTICIPA EL ESTADO**

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto transparentar los procesos arbitrales en los cuales participa el Estado como parte.

Artículo 2°.- Modificación del Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Modifícase el inciso 3 del 51° del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje, en los siguientes términos:

"Artículo 51.- Confidencialidad

(...)

3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, **las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad sólo hasta que culmine el proceso, etapa a partir de la cual las actuaciones y el laudo serán públicos.**

(...)

I. EXPOSICION DE MOTIVOS

El arbitraje

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos que tiene mucha vigencia en las legislaciones mundiales principalmente en el ámbito del comercio internacional. En el Perú esta figura jurídica tiene como antecedente la demanda de extranjeros que buscaban invertir en el Perú y que debían suscribir contratos con el Estado. *Mario Castillo Freyre* señalaba lo siguiente:

“No cabe duda de que los inversionistas extranjeros que llegaron a América Latina estimularon el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ya que exigían la inclusión de algún tipo de cláusula de conciliación y/o arbitraje en los contratos que suscribían con, por ejemplo, los Estados”¹.

Esta institución es una variable de la jurisdicción del Poder Judicial y representa ventajas al sistema ordinario de administración de justicia. Dentro de las principales virtudes del arbitraje tenemos las siguientes:

- Seguridad en el comercio y la inversión privada.
- Resolución de conflictos más ágil.
- Especialización de quienes resuelven las controversias.
- Mayor control de las partes sobre la independencia de quienes resuelven
- Descarga del sistema judicial
- Mayor predictibilidad²

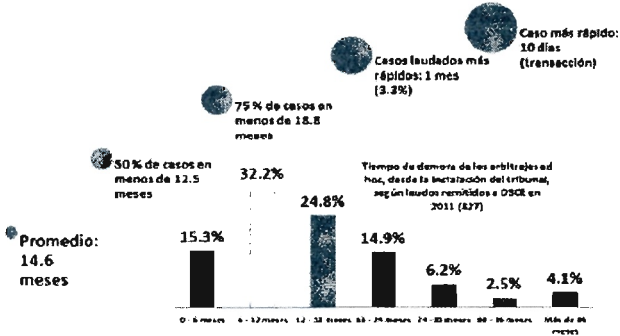
Uno de los argumentos más importantes para la promoción del arbitraje es la rapidez con la cual se resuelven conflictos a diferencia de los procesos judiciales. *“El promedio de tiempo de resolución de las controversias a través del arbitraje es de 14.6 meses, aproximadamente. El 50% de casos son resueltos en menos de 12.5 meses. El 75% de casos son resueltos en menos de 18.8 meses”*³. Para mayor ilustración presentamos el siguiente cuadro:

¹ El arbitraje en la contratación pública. Mario Castillo Freyre. Palestra Editores. Enlace: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol7.pdf>. Página 9. Consulta: 12.10.2017.

² Estas bondades del arbitraje están contenidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1071. Fuente: SPIJ.

³ Fabiola Paulet Monteagudo. El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. Enlace: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9388/9803>. Página 4. Consulta: 12.10.2017.

Cuadro N° 3 Tiempo Promedio de Solución de Conflictos en Materia arbitral



Fuente: VIII Conferencia Anual de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) 2012

Gráfico N° 1

Fuente: Fabiola Paulet Montegudo – Revista Arbitraje PUCP

El arbitraje es comúnmente utilizado para resolver las controversias que se presentan en transacciones privadas y se aplica obligatoriamente en los contratos en los cuales el Estado es parte, tanto en contrataciones públicas como en asociaciones público privadas. En el Perú el arbitraje se encuentra reconocido constitucionalmente como un mecanismo válido para la resolución de controversias⁴; asimismo, se le otorga la categoría de jurisdicción, junto a la justicia ordinaria (Poder Judicial) y la justicia militar⁵.

⁴ Inversión nacional y extranjera
 Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.
 En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.
 El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. **Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.**

⁵ Principios de la Administración de Justicia
 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
 No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
 (...)

En las compras públicas, la primera norma que estipuló el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos fue la Ley N° 26850, antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Posteriormente esta fórmula se replicó en el Decreto Legislativo 1017 y en la actual Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225.

Al ser reconocido el arbitraje como una jurisdicción, tiene todas las atribuciones propias de la justicia ordinaria, como la independencia en el ejercicio de sus funciones y la obligatoriedad en el cumplimiento de los laudos arbitrales; ninguna autoridad puede interferir en el ejercicio de sus funciones, con excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación de laudo contemplado en el Decreto Legislativo 1071.

Por lo expuesto, podemos señalar que el arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos por excelencia utilizado en los negocios privados, en los contratos que firma el Estado con los privados para la adjudicación de bienes, servicios y obras, así como aquellos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada⁶.

Confidencialidad de las actuaciones arbitrales

Al igual que todo proceso judicial de resolución de conflictos, las actuaciones procesales arbitrales deben mantenerse en reserva con la finalidad de salvaguardar la finalidad del proceso y la decisión que adopte el árbitro único o tribunal arbitral. Esta reserva es propia a todo proceso jurisdiccional, más aun cuando nos encontramos ante conflictos jurídicos entre privados que tienen impacto sólo en sus intereses.

En la resolución de conflictos arbitrales en los cuales participe el Estado también deben mantenerse la reserva de las actuaciones procesales arbitrales; sin embargo, una vez concluido el proceso arbitral la confidencialidad del proceso no puede seguir manteniéndose, no sólo por el hecho que su publicidad no afecta en nada un proceso arbitral ya concluido, sino que el caso constituye información de interés público en la medida que está vinculado a los intereses patrimoniales de las Entidades del Estado.

⁶ El artículo 23° del Decreto Legislativo 1224 señala que “los contratos de Asociación Público Privada deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias”(…)

La actual legislación establece que en el caso de los arbitrajes en los cuales el Estado es parte el laudo será público una vez terminadas las actuaciones. Bajo ese mismo criterio, las actuaciones arbitrales de procesos arbitrales ya culminados puede ser público al no afectar un proceso que ya se encuentra concluido⁷.

Otro aspecto cuestionable en la actual legislación es la prohibición que tienen todos los actores que participan en los procesos arbitrales de guardar confidencialidad sobre las actuaciones arbitrales en las cuales intervengan, inclusive el laudo arbitral, bajo responsabilidad. Esta restricción tendría justificación en la medida que los procesos arbitrales se encuentren en trámite, sin embargo, cuando ya fueron concluidos, la publicidad no afecta la integridad ni finalidad del proceso.

Uno de los principales agentes permisivos de la corrupción es la falta de transparencia en las actuaciones vinculadas a la función pública; en tal sentido, la confidencialidad para los actores del proceso arbitral que permite la norma contribuye al ocultamiento de posibles prácticas irregulares o delictivas. En la actualidad, se han realizado graves denuncias periodísticas en torno al pago realizado a través de la Banca Privada de Andorra, por parte de la empresa Odebrecht a un árbitro que resolvió controversias entre ella y el Estado.

Según el Diario El País, la empresa Odebrecht pagó 435,000 dólares al abogado peruano Horacio Cánepa Torre, a través de la Banca Privada de Andorra y mediante la sociedad Maxcrane Finance S.A⁸. Perú. Según IDL Reporteros, el señor Horacio Cánepa, en su actuación como árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, de 19 procesos arbitrales seguidos entre Odebrecht y el Estado, en 16 votó a favor de la empresa⁹.

Estos depósitos podrían considerarse como presuntos pagos realizados por la empresa para favorecerlos en las controversias que fueron sometidas a arbitraje, situación que terminó perjudicando los intereses económicos del Estado. En tal sentido, las investigaciones de estos casos pueden verse afectados en la medida que los árbitros y sujetos que hayan tenido participación en los procesos arbitrales puedan ampararse en este deber de confidencialidad.

⁷ Inciso 3, artículo 51° del Decreto Legislativo 1071.

⁸ Enlace URL: https://elpais.com/internacional/2017/09/18/actualidad/1505758242_788549.html. Consulta: 12.10.2017.

⁹ Enlace URL: <https://idl-reporteros.pe/tras-cuernos-palos/>. Consulta: 12.10.2017.

Por lo expuesto, resulta necesario modificar las disposiciones que regulan el deber de confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las cuales el Estado es parte, permitiendo publicitar el proceso una vez que el mismo haya concluido.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Análisis económico:

El presente Proyecto de Ley no irroga egreso alguno al erario nacional.

Análisis social:

La propuesta tendrá un impacto positivo en la sociedad, debido a que permitirá su empoderamiento a través de la información.

III. EFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente norma modifica el artículo 51° de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1071.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente propuesta legislativa se vincula con las siguientes Políticas de Estado:

- N° 26 “Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas”.
La aprobación de esta propuesta fortalecer la transparencia sobre los asuntos vinculados al Estado.
- N° 29 “Acceso a la información, libertad de expresión y libertad de prensa”.
La aprobación de la propuesta permitirá a todo ciudadano y a las autoridades contar con información sobre la actuación de tribunales arbitrales en los arbitrajes con el Estado.

V. VINCULACION CON LA AGENDA LEGISLATIVA

La propuesta se vincula con el tema N° 24 “Leyes orientadas a luchar contra la corrupción” de la Agenda Legislativa aprobada mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 004-2017-2018-CR.