

DESNUDAR A UN SANTO PARA VESTIR A OTRO: ¿ELIMINAR LA DECLARACIÓN JURADA DE INTERESES PARA LOS ÁRBITROS?

Rodrigo Freitas Cabanillas

**Árbitro y abogado especialista en solución de disputas
Profesor de Mecanismos de Solución de Controversias**

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, es un honor poder colaborar con “Ius Verum”, siendo la primera revista de la facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur. Aprovecho la ocasión para felicitar y reconocer el enorme trabajo de los alumnos al fundar la revista en plena pandemia, dentro un contexto muy difícil para los universitarios, y es que, siempre es gratificante ver a los alumnos sumados a un proyecto tan retador y ambicioso como el manejo de una revista universitaria.

En esta oportunidad me gustaría compartir unas ideas sobre cómo la sobrerregulación, que deben de cumplir los árbitros, puede ir en contra de las buenas prácticas arbitrales, incentivando a lo que se le conoce como “las tácticas de guerrilla” en el arbitraje, que bordean la ética profesional (HORVATH, 2017), referido a la presentación de recusaciones infundadas sobre los árbitros y trayendo como consecuencia la suspensión innecesaria de los procesos arbitrales.

Cuando nos referimos a la sobrerregulación, estamos enfatizando en la presentación de la Declaración Jurada de Intereses, el mismo que fue implementado por el Poder Ejecutivo, usándose como una herramienta para orientar la correcta, transparente y eficiente actuación de los servidores públicos en la lucha de la corrupción, el mismo que va a completar con información respecto a actividades de carácter profesional u ocupacional, actividades comerciales, relaciones de

parentesco, entre otras, con la finalidad de hacer público los posibles conflictos de intereses.

La intención puede ser útil para los servidores públicos, sin embargo, la una norma de cumplimiento para los árbitros puede generar arbitrajes ineficientes, no solo por el mismo hecho de crear causales de recusación ajenas a la Ley de Arbitraje o leyes especiales, sino, además, que se preconice la idea de creer que el árbitro es un funcionario o servidor público, siendo nuestra propuesta su idea de este artículo es analizar cómo derogatoria.

Considero que no es necesario vestir al santo de la anticorrupción, para desvestir la figura del arbitraje.

PALABRAS CLAVE:

Arbitraje, Recusación, Declaración Jurada de Intereses y Corrupción.

I. ¿QUÉ ES LA DECLARACIÓN JURADA DE INTERESES?

Mediante Decreto de Urgencia N.º 020-2019, y su Reglamento publicado mediante Decreto Supremo N.º 091-2020-PCM, se establece la obligatoriedad de la presentación de la Declaración Jurada de Intereses (en adelante, DJI) en el sector público, por parte de los servidores civiles, de aquellos que desempeñan función pública, independientemente del régimen laboral o contractual en el que se encuentren en las entidades de la administración pública, incluidas las

empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas o no en la actividad empresarial del Estado y los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado (Pólemos, 2020).

Sobre el, habría que traer a colación que en la Exposición de Motivos del Decreto se expresa, en términos de necesidad de la medida, que la dación de la norma antes aludida se justifica dado el afán de consolidar los estándares de integridad en la administración pública (Parodi, 2013), como expresión firme de la estrategia de integridad y lucha contra la corrupción del Estado, en apego al Decreto Supremo N.º 056-2018-PCM, teniendo su regulación los dos siguientes ejes:

(i) Cumplimiento de la meta central de Estrategia Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción

El Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 044-2018-PCM, establece la Acción N.º 29: “adecuar el marco normativo en la materia de integridad de acuerdo a los estándares de la OCDE, a través del (...) ii) establecimiento de la obligatoriedad de la declaración jurada de intereses”, planteando como meta de cumplimiento de esta medida de esta medida a partir del año 2019.

(ii) Alta incidencia de casos de corrupción y recurrencia de figuras delictivas a conflictos de intereses

La alta incidencia de los casos de corrupción que se vienen registrando en los tres (03) niveles de gobierno evidencia el grave daño que sufre el Estado y la ciudadanía frente este fenómeno. Cifras recientes a junio de 2019 evidencian que la carga procesal de corrupción asciende a 40,286 casos

en investigación a nivel procesal (Decreto de Urgencia que Establece la Obligatoriedad de la Presentación de la Declaración Jurada de Intereses en el Sector Público, 2018). Los conflictos de intereses podrían (agravados) convertirse en actos de corrupción reconocidos en nuestro ordenamiento general, los cuales pueden ser evitados a través de este mecanismo de prevención y control efectivo.

I.1. OPORTUNIDAD Y PROCEDIMIENTO DEL ÁRBITRO PARA PRESENTAR LA DJI

Respecto a este extremo, y bajo la norma analizada, es inequívoco señalar que un árbitro debe presentar la DJI en tres (03) situaciones puntuales:

(i) Con motivo de la designación como árbitros

Cuando un árbitro es designado por una de las partes dentro de un arbitraje, y éste acepte el caso, deberá mandar su carta de aceptación sumado a los documentos que considere pertinente la institución arbitral que gestiona el arbitraje, o lo solicitado por el OSCE en un arbitraje Ad Hoc. Es en ese momento, que de acuerdo al artículo 10.1 del Reglamento, la presentación de la DJI constituye un requisito para la aceptación de la designación de un árbitro y se presenta al mismo tiempo que los documentos con los que se comunica la aceptación del cargo. Y para efecto de cumplir con la presentación de la DJI junto con los documentos con los que se comunica la aceptación del cargo, cada árbitro deberá acceder de manera directa a la Plataforma Única de la Declaración Jurada de Intereses que está manejada por la PCM y suscribir la DJI.

(ii) Para la actualización ante cualquier información o hecho relevante

La actuación de la DJI se presenta exactamente durante los primeros quince (15) días hábiles, después de los doce (12) meses de ejercida la labor. Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que se suscite y/o acontezca algún hecho relevante que deba ser materia de información y/o revelación, el árbitro queda constreñido a presentar una actualización de su DJI en el plazo máximo, al igual que el intervalo general, de quince (15) días hábiles de producido tal incidente y/o circunstancia que amerita la actuación de actualización.

(iii) Cuando se emita el laudo arbitral en el proceso arbitral de turno

Este supuesto no merece mayor elucidación, toda vez que se desprende del mismo título y/o rótulo, toda vez que la DJI se emite, y ulteriormente se registra en el sistema, de forma paralela con la emisión del **laudo arbitral**, ya sea en un proceso arbitral en la que dirima un colegiado integrado por tres (03) árbitros o de ser el caso, por árbitro único.

1.2. LA SANCIÓN DE LOS ÁRBITROS: RECUSACIÓN

Mientras se lleva a cabo un arbitraje, la peor sanción que puede tener un árbitro es una recusación, entendida esta figura como un cuestionamiento de las partes hacia el árbitro, referido a su independencia o imparcialidad, basada en una duda justificada referida a un conflicto de interés. Siendo que la sanción es que el árbitro sea retirado del proceso arbitral, sumado a una posible sanción bajo el código de donde se esté llevando el arbitraje (Derecho, 2020).

En el caso en concreto, si un árbitro

incumple con la DJI, esto constituye una posible recusación. Es así que el numeral 10.4 del artículo 10 del Reglamento, presenta dos causales de recusación injustificadas:

i) El incumplimiento del requerimiento de presentar la DJI conforme al numeral 11.5 del artículo 11 del Reglamento

Esta causal se configura solo cuando venza el plazo para regularizar la presentación de la DJI conforme al numeral 11.5 del artículo 1 del Reglamento del Decreto de Urgencia n.º 020-2019. Esto es, cuando pese al requerimiento formulado por la Oficina de Integridad Institucional por el incumplimiento de presentación de la DJI en los plazos establecidos, transcurre el plazo de 5 días hábiles sin que el sujeto obligado haya presentado la DJI. En este supuesto, corresponde a la Oficina de Integridad Institucional de la entidad involucrada en el proceso arbitral comunicar este hecho. En caso la Oficina de Integridad Institucional no lo hiciera, las partes, la institución arbitral o a quien las partes hayan conferido el encargo de nombramiento, podrán solicitar la corroboración de dicha información.

ii) La presentación de la DJI con información inexacta o falsa

Se configura cuando la autoridad competente corrobore que la información declarada por los árbitros es falsa o inexacta. Al igual que lo señalado en el párrafo precedente, corresponde a la autoridad competente de la entidad involucrada en el proceso arbitral comunicar este hecho.

Respecto a las infracciones y sanciones, la norma las categoriza como leves, graves y muy graves, conforme a lo estipulado en los

artículos 15, 16 y 17, considerando dentro de las muy graves las conductas antes mencionadas.

Ahora bien, qué duda cabe que tal como están estructurados el Decreto y su Reglamento se manifiestan notorios y/o serios problemas para la implementación de las DJI con respecto a la esfera de los árbitros, así como confrontaciones con reglamentos propios de instituciones arbitrales nacionales e incluso el texto de la propia Ley que norma el arbitraje.

Por ejemplo, sobre la obligación de presentar la DJI al momento de emitirse el **laudo arbitral**. ¿Es viable recusar por no presentar la DJI con el laudo?, consideramos que eso es ineficiente, ya que la función arbitral concluye precisamente con la emisión del laudo o, máximo, con las decisiones que resuelven las solicitudes que se presentan contra el **laudo arbitral**, sumado a que por Ley no se puede recusar en el plazo para **laudar**; por lo que no tendría mucho sentido querer retirar al árbitro cuando éste incluso ya cesó funciones, además de quebrar con las buenas prácticas del sistema arbitral.

II. EL ÁRBITRO NO ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO NI SERVIDOR PÚBLICO

En primer lugar, debemos hacer notar lo que consideramos una evidente falta de conexión lógica entre los fundamentos de esta norma: Y todo viene a que la función arbitral es jurisdiccional, y el Estado pierde la mayoría de los arbitrajes de contratación pública, y se ha descubierto muchos casos de corrupción arbitral. En consecuencia, se propone considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos, para efectos de supervisarlos y auditarlos, en los casos en que interviene el Estado. Si bien es cierto que la institución arbitral comparte algunos elementos comunes del Poder Judicial, de los cuales el más

importante y notorio es que los laudos tienen la calidad de cosa juzgada, se debe tener en cuenta que la naturaleza y los principios que rigen al arbitraje son distintos a los que soportan la administración de justicia ordinaria.

Debemos resaltar que los árbitros son agentes particulares a quienes las partes contratantes confieren el encargo profesional de resolver una controversia. En ningún caso tienen, ni deben tener por mandato legal –como pretende el Decreto Urgencia, la calidad de funcionarios o servidores públicos, ya que ello desnaturalizaría la esencia del arbitraje, como medio de solución de controversias de origen contractual y privado (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017).

Este decreto de urgencia, genera distinción injustificada entre los árbitros designados para un caso en que interviene el Estado, quienes serían considerados funcionarios o servidores públicos; sin embargo, los árbitros designados para casos en que solo intervienen privados no tendrían la calidad de funcionarios o servidores públicos.

En definitiva, sobre este punto, vemos por conveniente sentar posición en el sentido de que si bien es cierto que la institución arbitral comparte algunos elementos comunes con la justicia ordinaria que ejerce el Poder Judicial, de los cuales el más importante es que los laudos tienen, por mandato legal, la calidad de cosa juzgada, no lo es menos que la naturaleza y los principios que rigen al arbitraje son distintos que los que informan a la administración de justicia ordinaria o estatal.

En efecto, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que responde a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, quienes someten las controversias que emanen de la celebración y ejecución de los títulos de las obligaciones que las vinculan a la determinación de un

árbitro o tribunal arbitral, a la cual se han sometido previa y voluntariamente a través de un respectivo conveniente arbitral.

De modo que, es absolutamente correcto aseverar que la figura de un árbitro está intrínsecamente asociada a la de un particular a quien las partes de un contrato encomiendan no otra cosa que la potestad de dirimir una controversia relacionada con la interpretación o ejecución del contrato.

Así pues, en ningún caso un árbitro puede ser susceptible y/o pasible de recibir la calidad de funcionarios o servidores públicos, en razón a que ello desnaturalizaría por completo la esencia del arbitraje, como medio de solución de controversias heterocompositivas de origen contractual. Siendo así las cosas, aunado con lo anterior, debemos entender la razón que subyace a la obligación de que los funcionarios y servidores del Estado presenten una DJI, motivo que no encuentra de ninguna manera ningún tipo de receptividad con relación a un árbitro precisamente por su connotación de actor privado (Aramburu, 2019).

III. EL COSTO-BENEFICIO DE ELIMINAR LA DECLARACIÓN JURADA DE INTERESES

Proponemos la derogación y/o abrogación de una serie de artículos recogidos tanto en el Decreto de Urgencia N.° 020-2019, como en su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.° 091-2020-PCM. Bajo un análisis **costo-beneficio** de la precitada propuesta, presentamos los siguientes aspectos:

(i) Aspectos Positivos: Eliminar la norma

- No se está equiparando a un árbitro con un funcionario o servidor público.

- No genera desigualdad con los árbitros que solucionan problemas entre privados.
- Los árbitros no están revelando información personal que no tiene ninguna relación con las partes del arbitraje.
- Eliminar causales de recusación, que no está reconocida ni en la Ley de Arbitraje, ni es parte del Convenio Arbitral.
- No va a generar retrasos en la constitución de un tribunal arbitral, y en la dinámica del mismo arbitraje.
- Cautelar la armonía y correlación entre las normas integrantes de nuestro ordenamiento que, valga la redundancia, norman la práctica arbitral, creando de esa forma un sentimiento de certidumbre y/o seguridad jurídica, hecho que, sin lugar a dudas, también se constituye como un elemento favorable para la lucha contra la corrupción.
- Las partes tendrán a disposición mayor cantidad de árbitros en contratación pública, siendo muchas veces un número escaso respecto a la cantidad de arbitrajes nacionales.
- Rompería con incentivos perversos provocados por el Decreto, toda vez que con dicho instrumento normativo lo que se genera, al ahuyentar a los buenos y competentes árbitros con sobre regulaciones carentes de todo sentido, es monopolizar el sistema entre pocos árbitros, promover actuaciones arbitrales pro-entidades gubernamentales, y también tener un esquema de funcionamiento distorsionado mucho más proclive al control de unos cuantos agentes y a las malas prácticas asociadas a elementos de corrupción.

(ii) Aspectos Negativos: Mantener la norma

- Crear causales de recusación genera que los árbitros por una mala presentación de la DJI, que no tiene nada que ver con las partes, pueda ser removido del arbitraje por capricho de las partes.
- La idea no es extinguir a los árbitros, la idea es incentivar a que profesionales respetables se conviertan en árbitros, y el publicar toda su información personal que no va de la mano con la naturaleza del árbitro ni con las partes, generan desincentivos.

(iii) Beneficios de la eliminación de la Norma.

- No se apartará de manera infundada a los árbitros del mercado de las contrataciones públicas, generando una proporción real respecto al número de árbitros y el número de controversias.
- Las partes obtendrán mayor dinamismo en sus arbitrajes, y los arbitrajes pueden acabar mucho más rápido.
- Las entidades públicas dejarán de auditar a los árbitros como funcionarios públicos.

IV. CONCLUSIONES

Como todo en la naturaleza, el arbitraje tiene que evolucionar y adaptarse a las nuevas exigencias del mercado, de lo contrario, no va a perdurar en el tiempo. Para potenciar la evolución del arbitraje es necesario alimentarlo con un enfoque práctico y dejar de lado discusiones estériles que no hacen más que generar efectos diametralmente opuestos a los que realmente se buscan, alejándonos de transparentar información de los sujetos obligados referida a sus

vínculos económicos, contractuales, profesionales, laborales, corporativos y familiares.

Confiamos en que las propuestas contenidas en esta investigación hagan reflexionar a los actores del mercado arbitral y contribuyan a acercar las expectativas de los usuarios a los resultados del arbitraje.

Y es que, tiene sentido exigir esta serie de requisitos a un **presidente**, a un **alcalde** o a un **congresista** (la norma está orientada a ese sector) no obstante la labor y función de un árbitro difiere a la de estos funcionarios públicos.

En la Ley de Arbitraje y leyes especiales, existen causales para recusar un árbitro; sin embargo, la norma estudiada adiciona causales, que se usará reiterativamente para entorpecer un arbitraje, pues solo bastará con llenar incorrectamente una DJI para activar el mecanismo de recusación, creando un desequilibrio y desconfianza innecesaria en el proceso.

Sumado a lo anteriormente señalado, no es novedad que la norma que regula la DJI carece de una regulación de seguimiento y de un control posterior interno, del mismo modo se evidencia la ausencia de una entidad especializada que confronte y perfile las DJI de los sujetos obligados señalados en el artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 020-2019.

Por último, esta DJI puede reducir el universo de árbitros en el mercado, pues crea un desincentivo para la aceptación de arbitrajes vinculados con el Estado y la norma en el imperioso afán de ser crear eficiencias, ha creado exigencias innecesarias a los árbitros que perjudican la solución de la controversia. Lo que se pretende es incentivar y buscar la transparencia en los procesos, sin embargo, el medio dispuesto por el Estado no ha sido evaluado cuidadosamente, pues

existen fallas regulatorias y efectos negativos para los actores implicados. Si se crea una DJI esta debe ser ajustada a cada funcionario público o agente vinculado con el Estado para consolidar una lista relevante de intereses que afecten a las partes inmersas en el proceso y así propagar una situación de detección y prevención de conflicto de intereses.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aramburu, R. A. (2019). *Agnitio*. Obtenido de <http://agnitio.pe/articulo/los-arbitros-de-ben-ser-considerados-como-funcionarios-publicos/>
2. Decreto de Urgencia que Establece la Obligatoriedad de la Presentación de la Declaración Jurada de Intereses en el Sector Público. (2018). Exposición de Motivos. Lima, Perú.
3. Derecho, LP. (05 de agosto de 2020). Lpderecho. Obtenido de Lpderecho: <https://lpderecho.pe/arbitros-de-controversias-que-involucren-al-estado-pueden-ser-recusados-si-no-presentan-la-declaracion-jurada-de-intereses-informe-6-2020-pcm-sip/>
4. HORVATH, G. y. (2017). *“Guerrilla Tactics in International Arbitration”* (Vol. Volumen 2017 issue 3). J. Romesh Weeramantry and Jhon Choong (eds.), “Asian Dispute Review (Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)).
5. Osterling, F. y Miró Quesada, G. (13 de mayo de 2013). Osterlingfirm.com. Obtenido de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/EI%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf> Pólemos. (05 de junio de 2020).
6. Pólemos. (05 de junio de 2020). Pólemos. Obtenido de <https://polemos.pe/declaracion-jurada-de-intereses-de-los-arbitros-el-peligro-de-las-buenas-intenciones/>
7. Pontificia Universidad Católica del Perú. (29 de setiembre de 2017). Carc.pucp. Obtenido de <https://carc.pucp.edu.pe/nota-de-prensa/un-arbitro-debe-ser-considerado-funcionario-publico/>.