

TÍTULO DEL ENSAYO

Optimización del Arbitraje virtual en Contrataciones del
Estado

AUTOR:

Vilcarromero Vilela, Karen Estefania

LIMA – PERÚ

2020

RESUMEN

El presente ensayo tiene como finalidad proponer ideas que contribuyan a la mejora y optimización del arbitraje virtual en las contrataciones del Estado; entre ellas, la viabilidad de implantación de una plataforma virtual a través de la cual se podrían llevar a cabo todas las actuaciones arbitrales, facilitando el proceso y dando paso a que el arbitraje sea realmente flexible, económico y célere

Palabras clave: Arbitraje, contrataciones del estado, actuaciones arbitrales, plataforma virtual.

I. INTRODUCCIÓN

Se sabe que, desde el inicio de la historia del hombre hasta la actualidad, existen las controversias, producto de la interacción natural entre seres humanos, es así que nos vemos en la necesidad de enfocarnos en todos los medios posibles para darles solución. Actualmente, de forma adicional al Órgano Jurisdiccional, contamos con mecanismos alternativos (MASC'S) entre los cuales, se encuentra el arbitraje, en la normativa Peruana regulado mediante el Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje; y, su jurisdicción se encuentra reconocida en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, Ledesma (2014), señaló que, en la forma de la heterocomposición la solución está a cargo de un tercero o terceros, los mismos que deben ser neutrales e imparciales respecto a las partes controvertidas, y tienen el poder para decidir sobre un determinado conflicto.

Asimismo, Castillo, Sabroso, Chipana y Castro (2015), acotaron que el DL N° 1071 determinó que el acuerdo arbitral es un pacto por el cual los sujetos procedimentales concluyen acuerdan celebrar y solucionar su conflicto por el arbitraje originados entre el escenario establecido de algún vínculo jurídico de carácter contractual o de otra índole. El pacto arbitral es un acto jurídico (contrato) en merito a lo cual dos o más sujetos en mutuo disenso que de algún tipo de conflicto en cualquier tiempo (presente, pasado, futuro) se solucione en base del arbitraje. Esta obligación a arbitrar, los sujetos involucrados tienen el deber de solucionar sus discrepancias en base del arbitraje, y no iniciando el proceso pro otra instancia como la vía judicial.

En el Perú, como consecuencia de la llegada del Covid-19 al Perú, el gobierno tomo diversas medidas para evitar su propagación, entre ellas se dio el estado de emergencia y el aislamiento social obligatorio, lo cual inicio mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, el mismo que se fue prorrogando una y otra vez.

Ante ello, los diversos centros a nivel nacional se vieron en la obligación de suspender los procesos arbitrales que se encontraban bajo su administración al ser imposible la presentación de escritos y la realización de audiencias presenciales.

Hasta ese momento muchos de nosotros creímos que esta situación no iba a durar más que un par de semanas. Sin embargo, pasaban los días y el gobierno basado en su IUS IMPERIUM con el ánimo de mitigar el riesgo de contagio de la población, determino prorrogar el aislamiento social y el estado de emergencia.

Este pasar del tiempo comenzó a causar preocupación a las partes; ya que, se encontraban en un estado de incertidumbre y muchos de ellos buscaban que sus procesos sean reactivados.

Es así que, en abril, la CCI emite una nota de orientación sobre las posibles medidas destinadas a mitigar los efectos de la pandemia, entre las medidas propone la virtualización de las actuaciones arbitrales.

Por otro lado, en el ambiente arbitral peruano comenzaron a desarrollarse diversas conferencias virtuales o webinars, y en estos se debatía si se debía o no reactivar los procesos arbitrales. Esto hizo que nos preguntemos si las partes y los centros se encontraban preparados para asumir el arbitraje virtual.

Esto tuvo como consecuencia que las diversas instituciones arbitrales siguiendo las practicas arbitrales internacionales, busquen implementar protocolos que permitan desarrollar el arbitraje virtual.

Aquí surgieron diversas preguntas:

¿Es necesario que las partes expresen su voluntad de continuar con el desarrollo del arbitraje de manera virtual?

¿Cuál era la plataforma idónea para el desarrollo de las audiencias virtuales?

En algunos casos, las partes no tenían habilitado un correo electrónico para efectos de notificaciones, por lo que correspondía que previamente habiliten ello.

Luego de ello, los diversos centros de arbitraje señalaron nuevas reglas que complementaban a las ya establecidas y que buscaban implementar el arbitraje virtual.

Corresponde tener presente que las partes a través de su convenio arbitral pueden pactar someterse a un arbitraje ad hoc o institucional; pero, si someten a la administración de un centro de arbitraje, también se someten a las reglas que rigen en estas.

En relación a esto Amprimo (2009) manifestó en virtud del principio de autonomía privada de las partes, las mismas pueden decidir a través del convenio arbitral que el conflicto surgido entre ellas se lo confían a *“una institución arbitral especializada y con carácter de permanencia”*, sea esta pública o privada, de carácter amplio o exclusivo; así, las partes estarían optando por un arbitraje institucional. También, se puede convenir que el arbitraje se administre y se desarrolle fuera del ámbito de una institución arbitral, prescindiendo de terceros, interactuando las partes directamente con los árbitros, a quienes les confían la solución del conflicto que ha surgido entre ellas; es decir, podrían escoger un arbitraje ad hoc o *“arbitraje personalizado”*. (p.43).

Con la implementación de las nuevas reglas se logro reactivar la mayoría de procesos arbitrales, y digo la mayoría, porque no todas las partes aceptaron ser notificados de manera virtual; por lo que, sus procesos se mantuvieron suspendidos hasta el levantamiento de la cuarentena.

Sin embargo, a la fecha ya todos los procesos se encuentran reactivados, mediante el uso de correos electrónicos y de plataformas como zoom y google meets.

Con respecto al arbitraje del Estado, éste se encuentra regulado en el artículo 4° de la norma arbitral; la misma que señala, que se considera arbitraje estatal, cuando una de las partes sea, efectivamente el Estado; y que los conflictos que el Estado puede someter a arbitraje devienen de los contratos celebrados con nacionales o extranjeros que se encuentren domiciliados en el Perú. Sin perjuicio de ello, el Estado, como parte del proceso arbitral, también puede someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias que se derivan celebrados con nacionales o extranjeros no domiciliados en el Perú.

Entonces teniendo en consideración que los principales Centros de arbitraje administran los arbitrajes del

estado, en principio se entendería que todos o la mayoría de estos arbitrajes se estarían desarrollando perfectamente. Sin embargo, ¿esto es del todo cierto?

I. DESARROLLO

Debido a las medidas de inmovilización y aislamiento social tomadas por el gobierno a causa de la emergencia sanitaria que atravesamos producto del covid-19, los diversos Centros de arbitraje a nivel nacional decidieron suspender los procesos arbitrales que se encontraban bajo su administración. Por lo que, pasado los meses y buscando una salida que permita reactivar los procesos arbitrales, los diversos Centros de Arbitraje a nivel nacional deciden virtualizar las actuaciones arbitrales. En ese sentido, se entiende que a la fecha los procesos arbitrales se desarrollan con normalidad y de la mejor manera.

Por lo que, de todo lo malo que trajo el Covid-19 al mundo entero, se puede rescatar que ha presionado a que los diversos ámbitos laborales, educativos, etc; tengan que verse en la obligación de buscar una salida, de soltar su zona de confort y experimentar el uso de las tecnologías para tratar de minimizar los perjuicios que podría acarrear el hecho de quedarnos en “stand by”.

Uno de los diversos ámbitos que ha tenido que migrar a pasos agigantados a esta nueva realidad es el arbitraje; y, esto es realmente beneficioso; ya que, ha permitido que algo que antes era impensable de normalizar; y, que era la excepción, hoy sea la regla.

Muchas de las partes de los procesos se encuentran bastante cómodos con esta nueva “normalidad” y se adaptan de la mejor manera, lo cual es rescatable. Sin embargo, también exista esa minoría que se opone a la virtualización, que aún desconfía, y que considera que sus derechos serán vulnerados porque se incumplirá el debido proceso.

En esta línea, Castillo, Sabroso, Chipana y Castro, señalaron que el artículo 35, inciso 1 de la Ley de Arbitraje, faculta de libertad a las partes para elegir el lugar donde se desarrollará el arbitraje. Sin embargo, resalta que no se debe olvidar los límites que tiene el libre ejercicio de la autonomía, los cuales son el respeto de los derechos de igualdad entre las partes, así como los derechos de autonomía y contradicción. Por lo que, el Tribunal Arbitral tendrá que evaluar las circunstancias del caso y las características particulares que acrediten la necesidad.

Las partes que se oponen a la virtualización, lo hacen por alguna razón, la misma que en su mayoría es el temor al uso de estas nuevas tecnologías y la desinformación. Por ello, si los operadores del arbitraje somos conscientes de la gran evolución que se está viviendo gracias a la virtualización de las actuaciones arbitrales, debemos apostar por su optimización para que el arbitraje virtual evolucione favorablemente y de este modo obtenga la confianza de las partes, asimismo, se pueda mantener de forma permanente en el tiempo; más aun teniendo en consideración que, en el arbitraje en las Contrataciones del Estado, es importante la celeridad; ya que, es justamente una de las razones por las partes recurren a esta vía, para resolver sus controversias a la brevedad posible y evitando engorrosos procesos judiciales.

Por ello, teniendo en consideración que el Arbitraje se caracteriza por la celeridad, flexibilidad y especialización; debemos evaluar que el arbitraje virtual potenciaría aún más los beneficios que desde ya el arbitraje posee. Además el arbitraje virtual se particulariza por ser de carácter especial debido al medio singular en que se origina que es la vía electrónica; este tipo de arbitraje se asume de forma voluntaria por las partes intervinientes

de manera plena y eficaz; y, es un mecanismo optativo para dar solución a conflictos cuyo ámbito de aplicación carece de límites materiales que se hayan delimitado de forma previa, es decir, que el denominado arbitraje virtual o telemático no se reduce a un sector específico como sucede en arbitrajes especiales, sino que se puede aplicar a todo tipo de relaciones patrimoniales siempre que se lleven a cabo a través de Internet.

Ahora la pregunta es ¿Cómo optimizamos el arbitraje virtual?

Desde mi experiencia arbitral, me permito decir que para optimizar el arbitraje virtual debemos empezar por capacitar a los operadores del arbitraje en el uso de las diversas plataformas que están siendo utilizadas por los Centros de arbitraje; ya que, es importante que se familiaricen con éstas; y se sientan seguros y confiados para utilizarlas.

Algo que considero también sumamente importante y que recalco no solo para el arbitraje virtual; es la constante capacitación de los secretarios arbitrales; ya que, es en ellos en quien recae la responsabilidad de ser el apoyo del Tribunal Arbitral, de ser quienes de alguna forma estén más familiarizados con el caso, y son quienes se encuentran en constante comunicación con las partes; e incluso se podría decir que son, quienes muchas veces guían el desarrollo del proceso.

En cuanto al desarrollo de las audiencias, puedo decir, que es necesario que las partes cuenten principalmente con una buena conexión a internet, iluminación y con un espacio adecuado en el cual no tengan interrupciones.

Respecto a los centros, como sugerencia recomendaría que se uniformice los horarios de presentación de escritos y notificaciones; teniendo en consideración los horarios de atención tanto de ellos, como de las partes; más aún en esta nueva realidad, en donde los horarios de trabajo han variado. Esto lo menciono a efectos de salvaguardar el derecho de defensa de las partes y buscando evitar cualquier perjuicio que podrían sufrir.

Por lo señalado, a modo de sugerencia y buscando que sea un aporte, me permito proponer la implementación de una plataforma virtual que tenga como función permitir el desarrollo total del arbitraje virtual a través de él; es decir, que para facilitar el desarrollo del proceso arbitral; esta plataforma operaría con las características que permitan, la presentación de escritos y notificaciones a través de él; asimismo, el desarrollo de audiencias virtuales sin necesidad de tener que recurrir a otras plataformas como Zoom o Google Meet. También contendría el expediente virtual para que las partes desde donde se encuentren puedan ingresar a revisar el estado de sus procesos arbitrales; para el ingreso a esta plataforma las partes contarían con un usuario y contraseña que les permita el acceso a todos sus procesos (teniendo en consideración que las partes, especialmente las entidades, muchas veces tienen más de un proceso en giro en un Centro).

Propongo esto como posible solución a los problemas encontrados en una investigación que realicé y mediante la cual pude obtener la experiencia de diversos árbitros quienes comentaban que los principales problemas que atraviesan en la actualidad son:

- Capacidad de almacenamiento del correo. (rebota)
- Las partes se dan por mal notificadas o no notificadas.
- Desacuerdo con el horario de presentación de escritos; ya que, existen partes que solicitan ser notificadas las 24 horas del día, y otras que requieren que sea solo en horario de oficina.
- Desconfianza de la ciberseguridad en la realización de audiencias virtuales.

Por lo mencionado considero pertinente la implementación de la plataforma virtual que propongo, basándome en lo aplicado en Colombia, en donde la Ley 1563 – 2012, estatuto arbitral internacional colombiano, permite el desarrollo del arbitraje virtual, y tiene gran acogida en el Centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín; ya que, sus principales características son:

- Las partes y el Tribunal Arbitral se les asigna un usuario y clave con la cual pueden tener acceso a los escritos y resoluciones vinculados a su expediente arbitral de inicio a fin, además esta plataforma cumpliendo los protocolos permite el desarrollo de audiencias. Sin necesidad que las partes incurran en algún costo adicional.
- Las partes son notificadas con la documentación en el acto y dicha plataforma permite visualizar cuando fueron notificadas y leídas estas notificaciones, con lo cual se mitiga el riesgo que las partes “criollamente” nieguen el hecho de haber sido notificados.
- No existe un tope máximo de la capacidad de los archivos, por lo que, se mejora el tema de capacidad de almacenamiento.

Con todo esto, las partes tienen acceso a sus expedientes mediante esta plataforma, desde cualquier dispositivo y desde cualquier parte del mundo, con un solo clic.

Si bien, la implementación de esta plataforma resulta onerosa, especialmente para instituciones arbitrales estatales, debe verse como una inversión para satisfacer a los usuarios y migrar al arbitraje 2.0

Además, si en principio resulta lejana para la realidad peruana, no es lejana en su totalidad; ya que, un centro de arbitraje estatal, cuenta con una plataforma similar a la que describo, la misma que fue desarrollada por personal de la misma institución, lo cual redujo enormemente los costos y con lo que se acorta la brecha de su imposibilidad.

Finalmente, a efectos de respaldar mi propuesta, procedo a mencionar una serie de estudios previos, como antecedentes de carácter nacional e internacional, que guarden relación con la finalidad con ésta.

Grajales (2019) realizó un análisis de arbitraje online en el sistema colombiano, buscando anticipar la importancia de mecanismos digitales en temas de arbitraje para la satisfactoria solución de conflictos, el enfoque es cualitativo, y el diseño descriptivo, los resultados se obtuvieron de la información obtenida del uso de fuentes bibliográficas y virtuales. El análisis de sus conclusiones refiere que se debe seguir implementado el arbitraje online, además de recomendar la adaptación de los profesionales a los nuevos sistemas para una mejor satisfacción en la resolución de los conflictos

Por su lado, Borgoño (2007) elaboró un análisis del arbitraje internacional online, con la finalidad de evaluar la eficacia de dicho sistema, su enfoque es cualitativo y el diseño es descriptivo, como resultado obtuvo el análisis de datos bibliográficos. El análisis de sus conclusiones refiere que la evolución progresiva del sistema arbitral se debe a la necesidad de la celeridad del mismo, así como la adecuación de su sistema a las necesidades actuales para la correcta resolución de sus conflictos, además de considerar este sistema como el único capaz de reemplazar un proceso judicial de manera eficaz.

Por último, Herboczková (2001) realizó una investigación sobre aspectos del arbitraje online para detectar posibles inconvenientes y en su caso, la posible solución a los mismos, hace uso del enfoque cualitativo y el diseño de su investigación es el descriptivo, como resultado de la información obtenida de fuentes bibliográficas y en el análisis de sus conclusiones tenemos que recomienda la implementación del arbitraje virtual para crear mejores condiciones en el trato de conflictos para su posterior solución.

III. CONCLUSIONES

- El arbitraje virtual ha permitido el ahorro de tiempo y dinero; por lo que, es beneficioso para el desarrollo y potenciación del arbitraje en las Contrataciones con el Estado.
- Para optimizar aún más el arbitraje, los operadores debes de encontrarse en constante capacitación, además de buscar herramientas tecnológicas que la sigan mejorando y potenciando.
- Se debe buscar erradicar el temor y desconfianza que sienten las partes por el arbitraje virtual.
- Los centros de arbitraje deben establecer horarios para la presentación de escritos y notificaciones que no vulneren el derecho de las partes.
- La necesidad de implementar una plataforma virtual que optimice al máximo el arbitraje virtual, facilitando su uso a las partes. Por lo que, sería ideal que la normativa señale de manera expresa el desarrollo del arbitraje virtual, con lo cual los costos de implementación de la plataforma serian viables para las instituciones arbitrales y también presupuestadas para las instituciones estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Borgoño, J. (2007). Arbitraje comercial internacional *online*. Revista Anuario Español de Derecho Internacional, 23. Recuperado de:
https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22092/1/ADI_XXIII_2007_06.pdf
- Castillo, Sabroso, Chipana y Castro. El lugar y el idioma en el arbitraje. Revista UNIFE. (5419). Recuperado de:
<http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen13/EL%20LUGAR%20Y%20EL%20IDIOMA%20EN%20EL%20ARBITRAJE.pdf>
- Castillo, Sabroso, Chipana y Castro. (2015). Principios y derechos de la función arbitral. Revista Lex. (4145). Recuperado de:
<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/722>
- Ampiro, N. (2009). Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc. Revista Peruana de Arbitraje, 1, 43.
- Grajales, P. (2019). El arbitraje online en Colombia.(tesis de grado) Recuperado de:
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44336/PROYECTO%20D%20GRADO.pdf?bitstreamId=24684433&locale-attribute=de>
- Herboczková, J. (2008). Certain aspects of online arbitration. Magazine Days of law. Recuperado de:
<https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/herboczkova.pdf>
- Ledesma, M. (2014). Jurisdicción y Arbitraje. (3.a ed.). Lima – Perú: Fondo Editorial Lima.