

Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio¹



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Yale.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

ADRIÁN SIMONS PINO

Abogado por la Universidad de Lima
Profesor de Derecho Procesal en la Maestría de
Derecho Procesal de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Profesor de Derecho Procesal y Arbitraje en la
Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

ROBERTO VÉLEZ SALINAS

Abogado por la Universidad de Lima.
Gerente Legal del Organismo de Supervisión de la
Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

A inicios de la década de los noventa, el Perú se encontraba en la necesidad de reinsertarse en la economía mundial, luego de haber sufrido una crisis hiperinflacionaria en los años ochenta así como de su negativa en cumplir con los pagos de su deuda externa.

Para lograr dicho cometido, el Perú debía ofrecer los mecanismos de seguridad necesarios para generar confianza en los inversores interesados en nuestro país.

Este hecho generó que se regulen los contratos – ley, cuya finalidad principal es otorgar garantías y seguridades a favor de los inversionistas, que no puedan ser modificadas legislativamente. Dentro de tal escenario, encontramos como mecanismo de solución de controversias al Arbitraje. El referido mecanismo de defensa ha sido empleado a lo largo de la última década por el “incumplimiento”, imputable al Estado, por parte de sus órganos regulatorios, a través de las decisiones administrativas que estos toman, generándose así lo que hoy conocemos como “Arbitraje Regulatorio”.

En vista de lo antes mencionado, la presente mesa redonda tiene como finalidad analizar ciertos puntos de controversia que han surgido por las actuaciones de este tipo de arbitraje y que, debido a su falta de regulación, no encuentran aún una respuesta absoluta.

1. "La presente constituye una republicación de la mesa redonda incluida en nuestra edición No. 24. Dejamos constancia de que, con ocasión de la indicada republicación, los autores han incluido ciertas precisiones según su conveniencia."

1. El Perú ha atravesado diversas etapas a lo largo de su historia, dentro de las cuales el Estado ha tenido una determinada participación en la actividad económica. Así, hoy en día, el Estado a través de diversas normas ha venido promoviendo la inversión privada en actividades que reservaba para su propia actuación. En particular, uno de dichos aspectos resulta ser la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones emitidas por los organismos reguladores, en donde ambas partes se sujetan a la decisión emitida producto del mencionado mecanismo de solución de controversias. En tal sentido, ¿el arbitraje debe mantenerse, como medio promotor de la inversión, por la seguridad que genera? O, por el contrario, ¿nos encontramos en una situación en donde sería posible prescindir de él, teniendo que recurrir, por ende, al Poder Judicial?

Fernando Cantuarias Salaverry (FCS): Las decisiones de los organismos reguladores (entidades administrativas) deben poder ser recurridas ante un órgano jurisdiccional. Pues bien, si eliminamos el acceso al arbitraje, ¿qué nos queda? El Poder Judicial peruano. ¿Esa es la solución? Independientemente de la “situación económica” del país, es útil preguntarse si conviene que decisiones sofisticadas de los organismos reguladores queden en manos de jueces que, desgraciadamente, poco o nada conocen de estos temas, o en manos de, se supone, árbitros que son designados por las partes porque son expertos en estas materias. En mi opinión, la respuesta cae de madura: hay que mantener el arbitraje.

Adrián Simons Pino (ASP): Son dos preguntas que ponen de manifiesto una disyuntiva entre quitar o mantener el arbitraje y solamente dejar al sistema de justicia como único medio de solución de controversias; pues yo opino que ni lo uno ni lo otro. Hay que dejar al PJ y al arbitraje ejercer el rol que corresponde a cada uno. No es que sea indispensable este último como un mecanismo adecuado de solución de controversias, o, como lo llaman los norteamericanos, *adequate dispute resolution*. Por eso es que el arbitraje surgió antes de la existencia del PJ y es un medio alternativo de solución de conflictos,

tal es su rol y por ello debemos protegerlo. El arbitraje no sustituye al PJ o al sistema de justicia de un Estado, eso no ocurre en ninguna parte del mundo civilizado.

Roberto Vélez Salinas (RVS): En primer lugar, los reguladores no estamos en contra de promover las inversiones e iniciativas privadas. Todo lo contrario, éstas resultan sumamente necesarias y deben ser promovidas por los organismos competentes, pero, dentro de las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico nacional. La doctrina nacional y extranjera es unánime al considerar que las controversias derivadas del *ius imperium* (como, por ejemplo, la función regulatoria) no son materia arbitrable, en tanto —precisamente— no existe libre disposición sobre tales materias.

De esta manera, no es legalmente procedente someter las decisiones del OSITRAN, derivadas del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por Ley (en tanto ellas tengan carácter vinculante), al mecanismo de negociación directa y solución de controversias contemplado en los contratos de concesión, habida cuenta que para ello existe normado el Proceso Contencioso Administrativo, en la vía jurisdiccional.

Existe, a veces un marcado interés en desmerecer la actuación del Poder Judicial, aduciendo que los magistrados no se encuentran preparados para conocer temas de índole regulatoria por ser materia muy especializada, cuando por otro lado, vemos que un Tribunal Arbitral constituido por tres abogados ante determinada materia tarifaria, no siempre va a conocer sobre aspectos técnicos propios de la ciencia económica o de la ingeniería, pudiendo decidir igual o incluso, hasta peor de lo que podría hacerlo el mismo Poder Judicial. ¿Cómo es posible, entonces que tres abogados enmienden la plana a un equipo técnico multidisciplinario integrado también por economistas e ingenieros calificados de un Organismo Regulador? ¿A eso se le podría llamar promoción de inversiones? Yo no lo creo.

2. Las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos – ley tienen como finalidad asegurar

la neutralidad en la solución de controversias. Sin embargo, ¿deben someterse a arbitraje las actuaciones de los organismos reguladores cuando contravienen lo pactado entre el Estado y los inversionistas, pese a que estén actuando de acuerdo a sus funciones?

FCS: Esta pregunta contiene en el fondo varias preguntas y la verdad es que no existe una sola respuesta, debido a la deficiente legislación que existe sobre esta materia.

En efecto, ante la carencia de una única legislación que regule la celebración de los contratos-ley, lo que ha sucedido y viene sucediendo, es que cada ente estatal que los otorga, suscribe distintos tipos de contratos-ley con diferentes estipulaciones y contenidos. Y de allí, viene el caos actual y la imposibilidad de dar una sola “respuesta” a su pregunta.

Así, si un contrato-ley es celebrado y éste contiene, por ejemplo, estipulaciones acerca de la manera como corresponde que el concesionario sea retribuido, pues al tratarse de un contrato-ley carece de importancia saber que quien fija esa retribución es un organismo regulador, ya que el contrato-ley es con el Estado peruano y, por lo tanto, la decisión de ese regulador es arbitrable, como parte del contrato-ley entre el Estado peruano y el inversionista.

En realidad, más allá de la problemática que se ha creado a partir de la deficiente legislación sobre esta materia, lo cierto es que en el caso de la pregunta, lo que interesa es que el regulador pueda defender su postura o decisión ante el Tribunal Arbitral, ente que, al ser una jurisdicción, tiene plenas facultades de revisión.

Aquí, la solución principal está en manos del Estado. Es el Estado, quien tiene que dictar una simple norma indicando que, cuando el Estado arbitra una controversia derivada de un contrato-ley (generalmente representado por el Ministerio que firmó el contrato) y la controversia está referida a una decisión del regulador, pues el regulador co-participará en la defensa del Estado, lo cual soluciona el principal problema.

ASP: Pienso que la pregunta parte de una premisa falsa. Las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos-ley no aseguran la neutralidad en la solución de controversias, porque si aceptamos eso entonces desapareceremos a Montesquieu, negaremos el sistema de separación de poderes y admitiremos que el sistema de justicia depende del Poder Ejecutivo (léase Estado), que forman parte de una unidad inescindible y que los jueces van a defender los intereses del Poder Ejecutivo y cualquier otra entidad estatal en contra de un inversionista; por tanto, no debe apreciarse por un tema de neutralidad. El Estado puede someter sus controversias con privados por la vía arbitral, pero negar la existencia de la teoría de los poderes y la independencia e imparcialidad de los jueces ya implicaría otro tipo de situación ante otro tipo de Estado. Si se piensa así, podemos llegar a decir que cualquier ciudadano que tenga un conflicto con una municipalidad, con un gobierno regional o con cualquier autoridad administrativa, no podría válidamente recurrir a un juez y pedirle tutela en un proceso contencioso administrativo para que controle la actividad de la administración pública, porque se podría invocar que no hay neutralidad debido a que se trata del mismo Estado.

RVS: En efecto, en aquellos casos en los que el administrado no se encuentre de acuerdo con lo resuelto por el OSITRAN, se deberá acudir al Poder Judicial, para que ejerza el control jurídico al que se hace referencia en el Proceso Contencioso Administrativo.

Ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN, derivados — precisamente — de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, por lo que, tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (el árbitro), la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

3. Frente a lo establecido en la pregunta anterior, hasta ahora no se ha visto que algún organismo regulador sea participe de los arbitrajes iniciados por los privados contra el Estado. En tal sentido, ¿por qué considera que



es necesaria la participación de los reguladores en los arbitrajes?

FC: La respuesta es: por supuesto. Pero, aquí el principal responsable de que no participe en un arbitraje un organismo regulador es el propio Estado, que ha sido incapaz de dictar una ley coherente sobre esta materia.

En vez de meterle “cerebro” y dictar normas particulares aplicables a este particular tipo de arbitraje, los redactores de las leyes que regulan esta materia guardaron silencio y, ante ese vacío, obligaron a que se aplique la Ley de Arbitraje, norma que está pensada para regular el arbitraje entre agentes privados.

Es más, como árbitro conozco de casos en los que las partes del arbitraje (el inversionista y, generalmente, un Ministerio) han llamado al regulador al arbitraje y éste se ha negado a participar. Aún cuando suene alucinante, recordemos que estamos en el Perú y las cosas más inverosímiles suelen pasar.

ASP: Existen algunos arbitrajes en los cuales se emplaza a los organismos reguladores, por ejemplo en materia de telecomunicación, como parte demandada, de la mano con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC); pero también hubo casos en los cuales sólo participaba el MTC y en donde los árbitros no han permitido la participación del ente regulador, lo cual es un gravísimo error. En estos casos el arbitraje es utilizado con fines perversos y para trastocar el sistema arbitral, tanto en la designación de árbitros como en los resultados que se obtienen; sobre todo, cuando los árbitros laudan, sustituyendo las funciones regulatorias o ejerciendo función regulatoria, además de afectar el derecho de terceros que son ajenos al arbitraje.

RVS: En los casos que, contrariamente a todo principio de derecho de legítima defensa, se discuta a través de cualquier sede arbitral una decisión administrativa expedida por el Regulador, considero absolutamente necesaria la intervención de éste (OSITRAN) con la finalidad que haga valer la defensa de sus intereses y hasta de los mismos usuarios. De lo contrario,

el proceso mismo adolecería de un vicio insubsanable de nulidad.

No puede ser posible que, si OSITRAN no suscribe los contratos de concesión, sino solo únicamente el concedente (MTC) y el concesionario (privado), al no ser parte de estos contratos, se le pretenda involucrar en los mismos. Sino entonces, si el privado tiene por ejemplo a futuro problemas con una dependencia policial (Comisaría) o con la SUNAT, entonces también los va a llevar a arbitraje, así no tenga con estas entidades del Estado cláusulas arbitrales suscritas.

Por ello resulta contrario a derecho que para determinado cuestionamiento surgido entre un concesionario y el regulador, el privado lleve a arbitraje al Concedente (MTC); toda vez que al no ser parte el regulador en la cláusula arbitral ni en el referido arbitraje a ser promovido, sino solo el concedente; OSITRAN no podrá nombrar a su propio árbitro de parte ni defenderse dentro del mismo. Quedando en absoluta y total indefensión.

Lo anterior resulta importante mencionarlo, ya que, no necesariamente el concedente va a estar siempre de acuerdo con lo resuelto por el regulador. En los casos en los que el concedente, pudiere estar de acuerdo con la posición del concesionario, en contra de los derechos del usuario, quedaría indefenso el derecho del regulador. Sobre todo, porque recién se entera el regulador de la decisión contenida en la resolución final o laudo, cuando le es notificada a manera de información, por parte del concedente.

4. El organismo regulador, al momento de decidir sobre la materia de su competencia, ejerce la función administrativa. ¿Esto significaría que sus decisiones necesariamente tendrían que someterse al control realizado por el PJ, a través del proceso contencioso administrativo? En caso de que la respuesta fuese negativa, ¿cuál es el suceso que justifica que el arbitraje, como medio de solución de controversias, pueda reemplazar al PJ en dicha potestad jurisdiccional, teniendo en cuenta que estamos ante la tutela de intereses colectivos, cuyo titular es la población peruana?

FCS: No tengo nada qué decir respecto de esta pregunta, que comete el error de asumir que una decisión de un ente administrativo solo puede recibir como respuesta al Poder Judicial. Siguiendo el argumento de esta absurda pregunta, el Estado nada podría arbitrar y los individuos sólo podríamos acudir al Poder Judicial que es parte del Estado. El desarrollo del arbitraje a nivel mundial en los últimos años (en especial en materia de inversiones) me releva de mayor comentario.

ASP: La regla, tal como la establecen la Constitución y la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, es que el PJ sea quien revise la actuación y validez de los actos y decisiones de la administración pública; el supuesto justificante para habilitar el arbitraje, como un medio adecuado de solución de controversias, proviene de la ley y de la voluntad de las partes de excluir de la competencia de los jueces una determinada materia que no esté referida a derechos indisponibles, nunca reemplaza al PJ en dicha potestad jurisdiccional, pues a pesar de que el tribunal constitucional lo ha reiterado en el precedente 142, los árbitros no ejercen función jurisdiccional. El arbitraje es un proceso privado, a cargo de jueces privados; no se debe confundir jurisdicción con proceso, pueden coincidir, pero no necesariamente. Otro tema que se plantea es el de la tutela de derechos difusos o colectivos, cuyos titulares son los miembros de la población peruana. Ahí sí tengo mis reservas sobre la posibilidad de arbitrar cuando se afectan derechos difusos o colectivos. Hay mucho pan por rebanar en este asunto, pero cuando se trata estas materias debemos ser muy cuidadosos y establecer criterios de excepción.

RVS: Efectivamente, la función de OSITRAN se encuentra destinada a salvaguardar por igual los intereses del Concesionario (el privado), del Concedente (el Estado) y de los Usuarios (ciudadanos) que utilizan y acceden a la infraestructura de Transporte de Uso Público. Es por ello que, tratándose dicha decisión administrativa expedida por el Regulador de un interés social, cualquier cuestionamiento deberá realizarse en la vía Judicial a través de una Acción Contenciosos Administrativa.

Tan cierto es esto que, dentro del Proceso Contencioso Administrativo, se establece la intervención del Ministerio Público, a través de un dictamen, garantizándose la presencia de la Fiscalía como representante del interés social materia de este tipo de decisiones. Cosa que no ocurre en la vía exclusivamente privada arbitral.

5. Es probable que las decisiones tomadas en los Arbitrajes Regulatorios afecten a terceros, pues las decisiones de los organismos reguladores que han sido cuestionadas no son de aplicación a un solo inversionista, por el contrario, a más de uno. En su opinión, ¿debe considerarse la inclusión de ésta empresa, como un tercero en el proceso arbitral o debe esperar a la solución planteada por el Tribunal Arbitral?

FCS: La verdad es que estamos ante una excepción y no ante una regla. Por ejemplo, la gran mayoría de los contratos de concesión, en verdad vinculan únicamente al Estado y al inversionista.

Ahora, cuando una decisión regulatoria pudiera afectar a terceros competidores, efectivamente entiendo que sí debería permitirse la intervención de estos terceros en el arbitraje regulatorio.

Nuevamente, el principal problema aquí es la pobre legislación existente que, ante su absurdo silencio, obliga a aplicar la Ley de Arbitraje que, como ya he indicado, no está pensada para resolver estos temas.

Ojalá el legislador, algún día, haga debidamente su trabajo, en este campo. Un tip: copien (con los ajustes que correspondan) el sistema de arbitraje implementado por el COES.

ASP: En casos así surgen interrogantes tales como si un tribunal arbitral puede emitir una medida cautelar y ejecutarla contra un tercero que no forma parte del arbitraje, o emitir un laudo, ejecutarlo y durante dicha etapa afectar la esfera jurídica de un tercero que no ha participado en el arbitraje, que no es parte de la relación y tampoco ha suscrito el convenio

arbitral. El tema es que nuestra Ley de Arbitraje no regula la intervención de terceros y tampoco regula la siguiente situación: qué pasa si una vez instalado el tribunal arbitral, los árbitros se dan cuenta de que la decisión que emitirán afectará necesariamente a otros sujetos ajenos al arbitraje y que para la validez del laudo requieren su presencia ante el tribunal. Nuestra ley no afronta eso, pero otras legislaciones sí. Por ejemplo, la colombiana ha establecido que el tribunal puede invitar al tercero a participar en el arbitraje y convertirse en litisconsorte necesario de cualquiera de las partes, sin embargo no puede forzarlo a participar; si acepta intervenir pacíficamente, todo queda solucionado, y si no lo hace, el arbitraje se extingue y deriva todo al PJ, ésa es una solución en legislación comparada, pero nosotros no hemos tomado una postura al respecto. Entonces nos preguntamos: ¿qué tercero debe intervenir? En primer lugar, debemos diferenciar entre tercero y parte: la parte es el titular de un derecho o el que lo resiste, es decir, quien ejerce una pretensión o forma parte de una pretensión, o el que se defiende o ejerce defensa frente a esa pretensión; quiero decir que la parte es un sujeto procesal principal. El verdadero tercero es aquel al cual, estando fuera de la relación procesal, se lo califica como tal y al momento de ingresar continúa con la misma denominación (tercero), porque no es un sujeto procesal principal y porque además no ejerce pretensión propia. Este es el típico caso de los terceros coadyuvantes autónomos o subordinados. En mi opinión, ellos no pueden participar en el arbitraje. El problema se presenta respecto de aquellos denominados sujetos procesales principales, que sí van a verse afectados por la decisión y cuya presencia es necesaria. Ahí está el problema que no ha sido enfrentado por nuestra legislación.

RVS: Lo que sucede es que, como hasta la fecha son los privados los que vienen ganando siempre los arbitrajes frente al concedente (MTC), si la decisión final o laudo en un arbitraje similar anterior, beneficia y le es aplicable a determinado concesionario, lo que pasará es que este interpondrá igual arbitraje frente al Concedente y utilizará el laudo como documento probatorio o jurisprudencia arbitral.

6. Hasta éste momento no se ha previsto la incorporación de un tercero en un Arbitraje Regulatorio, con el fin de tutelar sus intereses. En el supuesto de que la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral no sea favorable para el tercero, ¿cuál cree Usted debe ser el camino a seguir por el tercero a fin de evitar la afectación que le genere dicho Laudo Arbitral?

FCS: Me parece entender que un amparo, para lograr se declare que ese laudo es aplicable únicamente entre el Estado y el inversionista que participó en el arbitraje.

ASP: Esta pregunta ha sido respondida por el TC con el precedente 142. Aquí, el TC ha establecido como una tutela de excepción el amparo arbitral, es decir, cuando se emite un laudo que afecte los derechos de un tercero, se habilita el amparo para que este tercero pueda obtener una decisión que lo proteja frente a la invasión arbitral a su esfera jurídica patrimonial. La discusión es si la tutela que se busca es de ineficacia o de nulidad; a mí me parece que estamos hablando más de ineficacia, es decir que esa decisión es inoponible al tercero; sin embargo, el TC, en el precedente 142, asume el criterio más radical: incluso se puede sancionar con nulidad una decisión arbitral que afecte los derechos, intereses o la esfera jurídica de un tercero ajeno al arbitraje.

RVS: Si bien hasta la fecha no ha ocurrido lo que menciona en su pregunta, si se ha presentado el caso contrario del tercero, o sea el regulador, a quien no se le permite intervenir en un arbitraje seguido entre concedente y concesionario, el cual discute la decisión del propio regulador. En estos casos procede la acción de amparo, a efectos que se cautelen los derechos constitucionales vulnerados en contra del regulador.

7. La Ley de Arbitraje fue creada para regular conflictos entre privados. Ante ello, si bien es cierto de que el Estado al ser parte de un contrato – ley, deja de lado su ius imperium, actuando al mismo nivel jerárquico de un privado, es necesario señalar que se pone en juego intereses públicos. En base a lo expuesto, ¿considera que la Ley de Arbitraje vigente

es la adecuada para aplicarse en los conflictos sobre materia regulatoria, o que existe un acto omisivo por parte del Estado, al no crear un marco legal especializado al respecto del arbitraje regulatorio?

FCS: Déjeme ser directo y claro. La Ley de Arbitraje no tiene ningún problema. Es una excelente Ley de Arbitraje que funciona muy bien para lo que fue pensada: ser aplicable al arbitraje entre privados.

Hace unas semanas, escuché al Presidente de un Organismo Regulator quejarse de la Ley de Arbitraje, le respondí que no se atreva a criticarla, pues dicha Ley no es la culpable de sus problemas, sino la deficiente, por no decir nula legislación aplicable al arbitraje regulatorio. Le recomendé a este señor que fuera al Congreso a pedir que se dicten disposiciones especiales que regulen debidamente esta materia.

ASP: El arbitraje, en principio, es un sistema de solución de conflictos entre privados. Esto no quiere decir que el Estado no pueda ser parte de un arbitraje, tanto así que la propia Ley de Arbitraje contiene regulaciones específicas en los casos en los cuales el Estado es parte, como la publicidad del laudo arbitral, que es el único supuesto en el cual no opera la confidencialidad arbitral y el laudo puede ser conocido por la ciudadanía cuando el Estado es parte de un proceso arbitral. No creo que la ley vigente sea la adecuada para ver estos temas, sin embargo hay organismos reguladores –como Osiptel– que tienen sistemas arbitrales específicos, y pienso que ésa sería la solución a considerar: la existencia de cortes arbitrales específicas dentro de los sistemas reguladores, para poder resolver los conflictos entre las empresas que forman parte de un determinado sector que sea objeto de regulación, y entre el Estado y las empresas.

RVS: Es verdad que debe existir un marco legal especializado en materia de arbitraje regulatorio. Sin embargo, la única autoridad del Estado que no ha actuado, como usted dice, bajo supesta omisión en el presente tema es el OSITRAN; quien bajo la Presidencia de Juan Carlos Zevallos, viene cuestionando públicamente y

ante los medios de prensa o en seminarios especializados la presente problemática. Incluso, él mismo se propuso presentar ante el Poder Ejecutivo un Proyecto de Ley, para que pueda ser evaluado, a su vez, y presentado al Congreso de la República por la PCM; toda vez que el regulador adolece de iniciativa legislativa.

8. Teniendo en cuenta que el Decreto Legislativo 1071, que norma el Arbitraje como una norma que regula la justicia entre privados, ¿considera que su función no se desnaturalizaría al ser aplicada en un arbitraje regulatorio, porque el Laudo Arbitral afectará un servicio público y, por ende, las decisiones de terceros? Considerando lo anterior, ¿cuáles son las ventajas y desventajas de acudir a un arbitraje local o a un arbitraje de inversión? ¿Qué resultaría más favorable a los intereses del concesionario, regulador y de los usuarios?

FCS: En todo lo relativo al procedimiento, no veo obstáculo alguno para que se aplique a un “arbitraje regulatorio” la Ley de Arbitraje.

El problema, está referido a quiénes deben de participar en un “arbitraje regulatorio” y, para ello, sí debe existir una legislación especial. Lo vengo comentando desde hace muchos años.

El “arbitraje de inversiones” asumo partiendo de los BITs/TLCs no resuelven todo el problema. Es más, generalmente uno inicia un arbitraje de inversiones, por ejemplo, ante el CIADI, cuando su inversión ha sido perjudicada manifiesta o totalmente, pero, no cuando existen decisiones regulatorias que no llegan a esos extremos, aunque sí violan el contrato.

En mi opinión, el Perú debe seguir permitiendo que los inversionistas puedan apelar a los BITs/TLCs, en los que se discuten, esencialmente, la violación a los estándares contenidos en dichos tratados y, al mismo tiempo, a un arbitraje local para discutir violaciones a los contratos.

ASP: En realidad no observo ninguna ventaja o desventaja, porque nuestra Ley de Arbitraje, a diferencia de la anterior Ley General de Arbitraje, da un tratamiento uniforme, con algunas

excepciones, al arbitraje nacional e internacional, y dependerá de las reglas, pactos, convenios y tratados bilaterales, lo que se vaya o se pueda llevar al arbitraje. Sobre este tema en particular, es importante precisar lo siguiente: si el Estado incumple un determinado acuerdo suscrito en un contrato de concesión, ¿esto da derecho a los árbitros para ejercer potestades reguladoras? Creo que no. Cuando el Estado incumple un contrato de concesión respecto de alguna materia regulatoria, a lo que tiene derecho la empresa o el inversionista es a ser indemnizado por tal incumplimiento y, en el peor de los casos, a una obligación de que el Estado no incumpla otra vez.

Con respecto a la pregunta, solo existe el derecho de daños, y eso se puede obtener a través del arbitraje, pero no se debe afectar los derechos de otros inversionistas o los derechos difusos o colectivos cuando se trata de servicios públicos o esenciales, porque entramos en un terreno muy peligroso cuando los árbitros ejercen potestades regulatorias. Eso sí es grave, porque puede suceder que estemos ante una situación de fraude de ley, es decir que se utilice el arbitraje como un mecanismo para defraudar todo un sistema y finalmente quitar al órgano regulador potestades regulatorias. Si ya el Estado ha renunciado a realizar la actividad empresarial, lo mínimo que debe mantener es una función de regulación de esas actividades que se han cedido a los privados. Ahí hay un tema importante a considerar, porque de lo contrario se defraudaría el sistema regulatorio y no tendrían razón de ser entidades como Osi-tran, Osinerming, Osiptel y otras. Lo que se debe hacer es fortalecer los organismos reguladores, darles mayor independencia económica, ejecutiva y técnica, blindarlos frente a la injerencia política y convocar, como era antes, a los mejores profesionales de la especialidad. Finalmente, frente a esto se debe decir que existe un grave problema en la designación de los árbitros y en cómo se utiliza el arbitraje para otros fines.

RVS: El arbitraje de inversión se trata de un arbitraje internacional, el mismo que casi siempre en los contratos de concesión se inicia por montos reclamados mayores a los

cinco millones de dólares. Por montos menores procede el arbitraje nacional ante la Cámara de Comercio de Lima. En los casos de arbitrajes entre concedente y concesionario, sea nacional o internacional, en los que se discuta una decisión del regulador, deberá ser parte necesariamente el organismo regulador, para los efectos de su legítima defensa, así como para la defensa de los derechos de los usuarios, quienes en última instancia son los que acceden y hacen uso público de la infraestructura de transportes.

9. En el supuesto de que se apruebe un marco que norme el arbitraje regulatorio, ¿qué instituciones jurídicas resultan indispensables que se encuentren previstas en el referido marco, para que cumpla con ser una garantía de estabilidad frente al inversionista? ¿Cómo podría influenciar en dicha estabilidad la orientación política de cada gobierno de turno?

FCS: En el lado del Estado, bastaría una norma que estableciera que más allá de qué entidad pública participe en el arbitraje, cuando lo que se discute es una decisión de un organismo regulador, este organismo participará de la defensa del Estado.

En el lado de los competidores, si bien la respuesta no es tan sencilla, sí me parece muy útil como punto de partida las reglas que, para estos efectos, ha implementado el COES en materia eléctrica.

Por último y respecto al tema de la "orientación política de cada gobierno de turno", opino que la atracción de inversiones no puede depender del "color político" del gobierno de turno. Hoy, en un mundo globalizado todos los países compiten por atraer inversiones. Si un país como el Perú que requiere de importantes inversiones en infraestructura, decide que los conflictos se conozcan y resuelvan a nivel judicial, pues no me cabe la menor duda que ello impactará negativamente en la atracción y en las condiciones de dichas inversiones en desmedro de la población peruana en su conjunto.

ASP: En el supuesto de que se apruebe un marco arbitral especial en materia de regulación, lo primero que debemos asegurar es el sistema de elección de los árbitros, su independencia e imparcialidad, un sistema de transparencia en lo que corresponde a la información que debe existir respecto de los antecedentes de los propios árbitros. Me explico. Hay un grave problema porque no se otorga la debida transparencia sobre cuántos arbitrajes ha llevado a cabo un árbitro nombrado por una determinada empresa regulada, y en cuántos arbitrajes le ha dado la razón a la empresa regulada y al Estado. Esto señalaría una pauta en el derecho a la información, en especial para los operadores de este mercado.

Las garantías generales que existen en la ley actual y las que ha creado el TC, que debemos resaltar, rescatar y preservar, son las siguientes: el Kompetenz-Kompetenz, defender el principio de no interferencia y que solamente exista un control judicial adecuado a través del recurso de anulación, según las pautas del precedente 142 referentes a las excepciones en las que sí se puede llegar a la vía constitucional cuando hay una desviación grave en materia arbitral. Lo que se debe generar, tanto para el propio Estado como para los operadores del sistema, es un marco de confianza y seguridad, pues si el arbitraje no las garantiza no llega legitimado al cambio de gobierno, llega más bien cuestionado y desgastado, lo que ocurre cuando no se hace uso adecuado del arbitraje, cuando se afecta su prestigio. Mucho se ha criticado al TC,

pero con el precedente 142 el tema ha quedado cerrado por ahora. Sin embargo, hay una tarea pendiente que al parecer no se quiere tomar en cuenta: dar una mirada hacia adentro. ¿Qué está pasando en el arbitraje?, ¿qué se está haciendo con el arbitraje?, ¿estamos acaso viviendo una crisis arbitral en lo que es imparcialidad, por el uso debido o indebido del arbitraje, o por el abuso de los poderes arbitrales?.

RVS: Lo que hay que entender es que el inversionista tiene actualmente y mientras no se cambien las reglas de juego, todas las garantías para la estabilidad de su inversión o negocio. Aquí, el asunto es que quien no goza de garantías es el Organismo Regulador, al no poder realizar sus funciones con total imparcialidad y autonomía. Si a las entidades del Estado, como es el caso de los organismos reguladores, no se les brindan las facilidades para que puedan ejercer su rol, entonces el usuario de a pie se vería perjudicado e indefenso ante el poder del inversionista que eventualmente pueda ejercer la administración sobre determinado monopolio natural concesionado por el Estado de la República del Perú.

Es por ello que, resulta necesario que, textualmente, se incluya en cada contrato de concesión que las decisiones del regulador no son arbitrables, que la función de interpretación de los contratos de concesión, por ley, resulta ser exclusiva función del regulador y no puede otorgarse dicha función a un Tribunal Arbitral. Que los laudos y procesos arbitrales a ser ejercidos en contra del concedente deben ser públicos.