

Arbitraje, concesiones y asociaciones público privadas en los puertos del Perú



DANIEL HENOSTROZA DE LA CRUZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



SUMARIO:

- I. Consideraciones generales.
- II. Contexto político y económico de los procesos de promoción a la inversión privada en el Perú.
- III. Evolución normativa del arbitraje en los procesos de privatización, concesión y asociación público privada.
- IV. Concesiones y asociaciones público privadas en los puertos del Perú.
- V. Clausulas arbitrales en los contratos de concesión de los puertos del Perú.
 1. Ley aplicable.
 2. Materia arbitrable.
 3. Renuncia del concesionario a reclamaciones diplomáticas.
 4. Etapa pre-arbitral: trato directo.
 5. clasificación de las controversias, tipo de arbitraje y entidad administradora del arbitraje.
 6. Precisiones sobre los arbitrajes CIADI.
- VI. Conclusión.

AUTORES NACIONALES

ARBITRAJE

ADVOCATUS 132

RESUMEN:

Dado el alto crecimiento de las inversiones en nuestro país y los conflictos que surgen con dicho avance, en el presente trabajo el autor realiza un análisis de la evolución y desarrollo de las asociaciones público-privadas, así como la creación de diversas normas relacionadas a ellas como el Decreto Legislativo 1224. Básicamente, se enfoca en desarrollar el impacto que ha tenido la señalada norma en el arbitraje y otros mecanismos de solución de conflictos a través de los cuales se solucionan las controversias que surgen con ocasión de una determinada inversión, como son los puertos.

Palabras clave: Arbitraje, asociación público-privada, concesión, puerto y Decreto Legislativo 1224.

ABSTRACT

Given the high growth of investment in our country and the conflicts that arise with such progress, in this work the author analyzes the evolution and development of public-private partnerships and the creation of various standards related to them such as Legislative Decree 1224. Basically, it focuses on developing the impact it has had the standard indicated in arbitration and other dispute resolution mechanisms through which disputes arising in connection with a particular investment, such as ports are solved.

Keywords: Arbitration, public-private partnerships, concession, port y Legislative Decree 1224

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La reciente promulgación del Decreto Legislativo N° 1224, sumillado: "Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos", y el revuelo que han levantado sus disposiciones en lo referido al arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias¹, constituyen la oportunidad propicia para revisar la regulación que se ha dado al arbitraje en esta norma y en los contratos de concesión suscritos por el Estado Peruano, con los inversionistas que vienen operando y desarrollando la infraestructura de los principales puertos del Perú.

Como lo acabamos de indicar, nuestros comentarios se centrarán principalmente en los contratos de concesión portuaria, debido a su innegable incidencia en el desarrollo del comercio exterior y del país en su conjunto,

ya que "el primer parámetro que caracteriza el transporte es su incuestionable calificación como un sector "estratégico", por su relevancia política y su importancia para el desarrollo económico y la cohesión social de un país (...). El transporte es el medio de relacionar las diferentes partes del proceso económico y los diferentes grupos sociales. Por ello, un buen sistema de transporte es un factor decisivo del proceso económico y de la promoción social. Y viceversa, un deficiente sistema de transporte constituye un serio hándicap para el desarrollo económico y social"². Si a ello agregamos que existirían al menos tres iniciativas privadas para la modernización de los puertos de Salaverry –Trujillo–, Chimbote e Ilo; queda plenamente justificado el objeto de nuestra investigación.

II. CONTEXTO POLÍTICO Y ECONÓMICO DE LOS PROCESOS DE PROMOCIÓN A LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ

1. Un connotado especialista en Arbitraje y en Análisis Económico del Derecho se ha referido a estas disposiciones, señalando que: "El Estado suele crear estos mamarrachos por arrogancia, ignorancia o la combinación de las dos cosas. (...). La norma convierte a los organismos reguladores en metetes parcializados, en colonos a una fiesta a la que no fueron invitados por el propio Estado que hoy pretenden representar. (...). Parece demasiado exigir que el metete respete la palabra empeñada y la neutralidad que la ley le ha encargado como su misión principal" (BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO, *El metete parcializado*. En: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/metete-parcializado-alfredo-bullard-noticia-1847110>
2. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico". Primera Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.849.

A finales de la década de 1980, la realidad política y económica de nuestro país era muy diferente a la actual. El Estado Peruano atravesaba por una crisis económica y social sin precedentes en su historia. El Gobierno, agobiado por la crisis económica, las fuertes cargas laborales de las entidades y empresas públicas, y el terrorismo –cuyo principal objetivo urbano era interrumpir el suministro de servicios básicos–, se veía imposibilitado de atender eficientemente las necesidades de la población.

Adicionalmente, el Perú era un país que inspiraba poca –o ninguna– confianza ante los inversionistas extranjeros y nacionales, debido a que el Gobierno limitó el pago de la deuda externa a un mínimo porcentaje del PBI –lo que motivó que lo declararan “inelegible” como sujeto de crédito ante la Comunidad Financiera Internacional–, y además, presentó un proyecto de ley de nacionalización y “estatización” del sistema bancario del país.

En este contexto sumamente complejo, durante el periodo 1990 – 2000, el Gobierno desarrolló un conjunto de políticas –y un marco normativo–, que contemplaba como una de sus líneas maestras a la promoción de la inversión privada extranjera y nacional; a fin de mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, y coadyuvar al proceso de reinserción en la Comunidad Financiera Internacional.

En este orden de ideas, las privatizaciones (y posteriormente, las concesiones), fueron un instrumento que facilitó la recuperación económica del país, pues a través de ellas se viabilizó:

El establecimiento de un nuevo modelo de Estado. En efecto, el Estado debía “retirarse” de aquellas actividades que podían ser realizadas

de manera más eficiente por los inversionistas privados, pues, en palabras de Roberto Dromi, “encarar un proceso de privatización implica la decisión política de modificar las estructuras sustanciales o sustantivas de un Estado”³. En el mismo sentido, para Gaspar Ariño, la privatización es “algo más que vender empresas públicas y supone un replanteamiento de las tareas públicas: la retirada del Estado de una serie de actividades y servicios que progresivamente habían ido incorporándose al ámbito de su acción sin ser propias de este”⁴. En consecuencia, los autores citados concuerdan con Klaus König, al sostener que “la privatización pasa a formar parte de la discusión global sobre cuáles son los bienes y servicios que ha de prestar el Estado. Se trata, pues, de la delimitación de las prestaciones públicas, la disminución de la participación estatal en el producto social y, en definitiva, de la reducción de las funciones estatales o, en una palabra, de menos Estado”⁵.

La promoción de la inversión privada extranjera y nacional se dio fundamentalmente mediante la transferencia de las empresas que hasta ese entonces eran de propiedad del Estado, pues en palabras de Gaspar Ariño, “la privatización como traspaso de empresas y de actividades al sector privado es un fenómeno que viene justificado por el fracaso de la empresa pública (en términos de eficiencia económica, desincentivos, cargas al presupuesto público y otros efectos adversos (...)). De esta forma, frente a la pobre ejecutoria y vicios inmanentes a la empresa pública, la alternativa es la retirada del Estado de las actividades de producción de bienes”⁶.

La reinserción de nuestro país en el Sistema Financiero Internacional pudo darse gracias a los recursos obtenidos de la transferencia de las empresas al sector privado, pues como lo

3. DROMI, Roberto, “Licitación Pública”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995 (2ª edición), p.203.

4. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit. p.484.

5. KONIG, KLAUS, Desarrollo de la Privatización en la República Federal de Alemania: Problemas, Situación Actual, Perspectivas. En: Documentación Administrativa, N° 218-219, Madrid, Abril – Setiembre 1989, p.298. Citado por: DROMI, ROBERTO, Licitación Pública, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995 (Segunda edición), p.203.

6. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit. p.480.

avizó el Decreto Legislativo N° 674 - Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, las privatizaciones otorgarían al Estado Peruano *"los instrumentos necesarios para una recuperación económica en el más corto plazo, que le permita contar con recursos para aplicarlos a la seguridad, la salud, la educación y la infraestructura vial, entre otros"*.

Desde nuestro punto de vista, la estrategia de recuperación económica de nuestro país, orientada a su reinserción en la Comunidad Financiera Internacional, incluyó al arbitraje como uno de los mecanismos de recuperación y fomento de la confianza de los inversionistas potencialmente interesados en el Perú, por tratarse de un medio de solución de controversias distinto al Poder Judicial del propio Estado en contienda. Ello fue así, debido a que un proceso de inversión importante está generalmente condicionado por una asimetría de información originaria: el inversor tiene capacidad de negociar hasta que invierte, pero luego de que instala riqueza en el Estado huésped, queda a merced de sus instituciones y circunstancias, no sabiendo si en el mediano o largo plazo los compromisos asumidos y las expectativas creadas serán efectivamente honrados.

Es por ello que resulta necesario "brindar a los inversores ciertas garantías de trato sustancial y procesal a los fines de facilitar la administración del riesgo político asociados con los proyectos de inversión en jurisdicciones extranjeras. Tal riesgo político tiene variados componentes, siendo los más importantes: i) la incertidumbre regulatoria propia de incursionar en sistemas legales desconocidos; y ii) los posibles déficits institucionales -o la percepción de éstos- en una cierta jurisdicción, lo cual incide en el riesgo de que el Estado huésped interfiera con el uso

y goce de una inversión sin brindar remedios adecuados". No cabe duda que una de esas garantías de trato procesal fue la instauración del arbitraje para solucionar los conflictos entre el Inversionista y el Estado receptor de la inversión.

III. EVOLUCION NORMATIVA DEL ARBITRAJE EN LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN, CONCESIÓN Y ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Con este propósito, el 13 de noviembre de 1991 se promulgaron el Decreto Legislativo 757 - Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, y el Decreto Legislativo N° 758 - Dicta normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos. El artículo 48 del Decreto Legislativo 757 establece que: *"en sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual"*.

En el mismo sentido, el artículo 5 del Decreto Legislativo 758 establece, en lo referido a las concesiones de infraestructura, que: *"el Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Decreto Legislativo a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato Ley al que se refiere el párrafo anterior"*⁸.

7. SUAREZ ANZORENA, CARLOS IGNACIO, Acceso a la Jurisdicción Arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú: Requisitos y Particularidades. En: THEMIS, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 53, p.150.
8. Esta norma se encuentra actualmente recogida en el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

Dos años después, el Congreso de la República expidió la Resolución Legislativa N° 26210 –publicada el 10 de Julio de 1993–, que aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. De esta forma, la solución de controversias entre el Estado Peruano y los inversionistas nacionales de otros Estados suscriptores de dicho tratado, quedaban sometidas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI, a cargo del Banco Mundial.

En este contexto, la Constitución Política de 1993 consagró un nuevo modelo económico; estableciendo, en su artículo 63, que: “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”.

Posteriormente, el artículo 9.6 del Decreto Legislativo 1012 – Ley Marco de Asociaciones Público Privadas –vigente hasta la actualidad–, prescribió que: “los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias” –subrayado nuestro–; marcando un cambio sustancial respecto de la normativa anterior, pues esta nueva normativa estableció la obligatoriedad del arbitraje, frente al tenor permisivo, facultativo de las normas anteriores, que habilitaban al Estado a pactar, con el inversionista, la aplicación de la vía arbitral. En este sentido, el artículo 16 del Reglamento del Decreto Legislativo 1012 –aprobado por Decreto Supremo N° 127-2014-EF–, ha regulado el contenido del Convenio Arbitral a suscribirse, estableciendo las siguientes precisiones:

No podrán ser materia de arbitraje las decisiones de los organismos reguladores o de otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas. En este caso debe seguirse la vía administrativa, no la arbitral

–artículo 16, literal “a”– del Decreto Supremo N° 127-2014-EF–.

Si el convenio arbitral distingue entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las controversias técnicas serán sometidas a arbitraje de conciencia y las controversias no técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, salvo que resulte más conveniente someter dicho conflicto a arbitraje de conciencia (artículo 16, literal “c”) del Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

El Decreto Legislativo 1224 al que llamaremos Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas, ha modificado algunos aspectos del Decreto Legislativo 1012, señalando en su artículo 23 lo siguiente:

- El establecimiento de una etapa de trato directo, previa al arbitraje, en la cual se puede incluir la intervención de un tercero neutral, denominado “Amigable Componedor”, está facultado a proponer fórmulas de solución de la controversia. Si ambas partes aceptan la fórmula de solución, esta produce los efectos legales de una transacción.
- Obligatoriedad de la vía arbitral. Durante el desarrollo del arbitraje, la Entidad Estatal debe garantizar la participación de los organismos reguladores competentes, *“para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado”*. Asimismo, se establece que *“el árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores”*.
- Alternativamente, las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, cuya decisión es vinculante para las partes, *“lo cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje”*.

Finalmente, cabe mencionar que, mediante Ley 28933, se ha creado el Sistema de Coordinación

9. Consideramos que este aspecto deberá ser desarrollado adecuadamente por el Reglamento,

y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión, que se aplica a "contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica" y a todos aquellos acuerdos "que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias"; además de los "tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión". En este sentido, esta norma, en su artículo 13, ha fijado los siguientes criterios de observancia obligatoria en la redacción de cláusulas de solución de controversias:

- Establecimiento de un periodo de negociación o trato directo no menor a seis (6) meses como requisito previo a someter la controversia a arbitraje internacional.
- Para que se considere iniciada esta etapa, el inversionista debe notificar a la Entidad Pública que suscribió el Contrato, y al Coordinador del Sistema de Defensa del Estado –es decir, al Ministerio de Economía y Finanzas–.
- Fijación de sistemas neutrales de solución de controversias.
- Determinación de la responsabilidad de las partes por los gastos que deriven de su participación en el arbitraje o conciliación.

IV. CONCESIONES Y ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN LOS PUERTOS DEL PERÚ

En nuestro país, todos los procesos de promoción a la inversión privada que se han realiza-

do para modernizar los principales puertos del país, se han llevado a cabo bajo la modalidad de Concesión; concebida como el "acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI¹⁰, por un plazo establecido"¹¹. Asimismo, la totalidad de Contratos de Concesión que se han firmado, han incluido el correspondiente convenio arbitral. En este sentido, las infraestructuras portuarias concesionadas hasta la fecha son las siguientes:

infraestructura concesionada	concesionario	fecha del contrato
Puerto de Matarani – Arequipa	Terminal Internacional del Sur – TISUR	17/08/1999
Nueva Terminal Contenedores - Muelle Sur del Puerto del Callao	DP World Callao	24/07/2006
Puerto de Paíta – Piura	Terminales Portuarias Euroandinos – TPE	09/09/2009
Terminal de Embarque de concentrados de Minerales del Callao	Transportadora Callao S.A.	28/01/2011
Terminal Noche Multipropósito del Puerto del Callao	APM Terminals Callao	11/05/2011
Puerto de Yurimaguas	Consorcio Puerto Amazonas S.A.	31/05/2011
Puerto General San Martín – Pisco	Terminal Portuario Paracas S.A.	21/07/2014

La totalidad de los Contratos de Concesión reseñados en el cuadro anterior han sido firmados durante la vigencia de la Constitución Política de 1993, el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM), y el Reglamento de esta norma, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

10. Las funciones de PROMCEPRI corresponden en la actualidad a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSION.

11. Definición contenida en el Art.3° del Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

De manera adicional a las normas mencionadas, las concesiones del Puerto de Paita, Terminal de Embarque de concentrados de Minerales del Callao, Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao, Puerto de Yurimaguas y Puerto General San Martín – Pisco, se han basado en el Decreto Legislativo 1012 – Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, y en su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF¹².

En este orden de ideas, si bien las normas citadas en los párrafos anteriores han incluido disposiciones relativas al arbitraje, la Ley 27943 – Ley del Sistema Portuario Nacional, no ha incluido ninguna regulación especial de este mecanismo de solución de controversias, lo cual llama la atención, si se tienen en cuenta las diversas disposiciones contenidas en esta Ley, que tienen por finalidad promover la inversión privada en los puertos del Perú.

De otro lado, los Contratos de Concesión del Estado Peruano han sido firmados durante la vigencia de las siguientes Leyes de Arbitraje:

infraestructura concesionada	concesionario	fecha del contrato	ley arbitral aplicable
Puerto de Matarani – Arequipa	Terminal Internacional del Sur – TISUR	17/08/1999	Ley 26572
Nueva Terminal de Contenedores – Muelle Sur – Puerto del Callao	DP World Callao	24/07/2006	Ley 26572
Puerto de Paita – Piura	Terminales Portuarios Euroandinos – TPE	09/09/2009	Decreto Legislativo 1071
Terminal de Embarque de concentrados de Minerales del Callao	Transportadora Callao S.A.	28/01/2011	Decreto Legislativo 1071
Terminal Norte del Puerto del Callao	APM Terminals Callao	11/05/2011	Decreto Legislativo 1071
Puerto de Yurimaguas	Consorcio Puerto Amazonas S.A.	31/05/2011	Decreto Legislativo 1071
Puerto General San Martín – Pisco	Terminal Portuario Paracas S.A.	21/07/2014	Decreto Legislativo 1071

12. El Decreto Supremo N° 127-2014-EF fue publicado cuando ya estaba adjudicado el Puerto General San Martín.

En este contexto, seguidamente analizaremos cuál es el esquema general contenido en los contratos de concesión anteriormente reseñados.

V. CLAUSULAS ARBITRALES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LOS PUERTOS DEL PERÚ

De la revisión de la totalidad de los Contratos de Concesión firmados por nuestro país, se advierte que todas las cláusulas arbitrales referidas a la Infraestructura Portuaria, regulan los siguientes aspectos:

- Determinación de la Ley Aplicable.
- Delimitación de la Materia Arbitrable.
- Renuncia del Concesionario a Reclamaciones Diplomáticas.
- Etapa Pre-Arbitral: Trato Directo.
- Clasificación de la Controversia –Controversia Técnica o No Técnica–.
- Aplicación del Arbitraje de Conciencia a las Controversias Técnicas.
- Aplicación del Arbitraje de Derecho a las Controversias No Técnicas de cuantía indeterminada, o que no superen determinado tope máximo –el tope inicial fue de US\$ 5 millones de dólares, y va en ascenso–. Este arbitraje estará a cargo de la Cámara de Comercio de Lima.
- Aplicación del Arbitraje de Derecho a las Controversias No Técnicas que superen el tope máximo del arbitraje a cargo de la Cámara de Comercio de Lima, o cuya cuantía esté sujeta a discusión. Este arbitraje estará a cargo del CIADI.

Revisemos en detalle cada uno de estos aspectos:

1. Ley aplicable.

La ley aplicable al Contrato de Concesión que será utilizada para resolver las controversias entre el Concesionario y el Estado, es la Ley Peruana; es decir, la Constitución Política del Perú, y las demás leyes y disposiciones emitidas por las autoridades del país.

No obstante lo expuesto, *“los laudos arbitrales que vienen emitiendo los tribunales CIADI vienen adoptando una tendencia creciente a aplicar el derecho internacional, por encima del derecho del Estado parte de la controversia, es decir por encima de la ley que rige el contrato de concesión en todos sus efectos y que no previó nunca que se le aplicarían a él las normas del derecho internacional”*¹³. Una prueba de lo afirmado es la Decisión de Jurisdicción emitida por un Tribunal Arbitral CIADI, en el caso seguido por DUKE ENERGY Internacional Perú Investments N° 1 contra el Estado Peruano, la cual se señala que: *“aun si se sostuviera que corresponde aplicar la legislación del Perú a la interpretación del Convenio de Estabilidad Jurídica (...), este Tribunal tiene la facultad y el deber de someter la legislación del Perú al control del derecho internacional”*¹⁴.

En consecuencia, pese a lo pactado en los respectivos contratos de concesión, existe la posibilidad de que el Tribunal Arbitral inaplique las disposiciones de Derecho Interno que se contrapongan a normas de Derecho Internacional, y resuelva la controversia aplicando estas últimas.

2. Materia arbitrable.

Existe una tendencia creciente a precisar que las decisiones del Regulador en materia de tarifas y de otras autoridades administrativas no son arbitrables, y por tanto, solo pueden ser cuestionadas en la vía administrativa. En efecto, en los contratos de concesión portuaria se aprecia lo siguiente:

El Contrato de Concesión del Puerto de Matarani, no excluye de la materia arbitrable a las decisiones del Regulador.

El Contrato de Concesión del Muelle Sur del Puerto del Callao, en su Cláusula 16.2., precisa que *“la impugnación de las decisiones del Regulador relativas a la aplicación de tarifas y de las demás decisiones expedidas por el Regulador en el ejercicio de sus funciones administrativas, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones aplicables”*. Como se puede apreciar, si bien parece ser que la intención de las partes fue excluir del arbitraje a las decisiones administrativas del Regulador, también es cierto que la *“exclusión”* no ha sido pactada de manera expresa, y por tanto, en lo que concierne a este contrato, la arbitrabilidad de las decisiones del Regulador quedaria sujeta a la decisión que en su oportunidad adopte el Tribunal Arbitral.

Los Contratos de Concesión del Puerto de Paita, Terminal Norte del Callao, Puerto de Yurimaguas (todos ellos, en su Cláusula 16.2– sí establecen, de manera clara y expresa, que *“no podrán ser materia de arbitraje las decisiones del Regulador u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa”*). Similar disposición ha sido prevista en el Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Callao –Cláusula 15.11– y en el Contrato de Concesión del Puerto de Pisco – General San Martín –Cláusula 15.12–.

Respecto a la *“arbitrabilidad”* de las decisiones del Regulador, los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión (Versión 3.0, Marzo 2008)¹⁵, señalan que *“el Estado Peruano optó por*

13. SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGÉ y LOREDO ROMERO, ALVARO, Arbitraje y Contratos de Concesión: aplicación del trato justo y equitativo como garantía de las inversiones a la luz de la reciente jurisprudencia de los Tribunales CIADI. Disponible En: <http://www.santistevandenoriega.com/9_Arbitrajeycontrat.pdf>
14. *Ibid.*
15. http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/pár/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS_V307030855.pdf

ser parte del Convenio de Washington de 1965¹⁶ y, como tal, puede ser demandado por un Concesionario que sea nacional de otro país miembro en caso que exista un convenio arbitral con el inversionista o un BIT¹⁷ suscrito con su país". En consecuencia, este documento admite "la posibilidad de que, ante una Decisión del Regulador, el Concesionario demande al Estado Peruano –en su calidad de concedente– a fin de que resarza los eventuales perjuicios que le fueron generados si la decisión del Regulador–o de cualquier ente estatal– ha envuelto un incumplimiento del Contrato de Concesión y/o una vulneración a los derechos del Concesionario derivados de las garantías al inversionista. Tal posibilidad se deriva del artículo 25.1 de las Reglas CIADI al señalar que "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión (...)".

En consecuencia, si bien OSITRAN señala que un arbitraje no podría cuestionar la decisión asumida por dicho organismo, en su calidad de Regulador de la Infraestructura de Transporte, dicha institución sí considera factible que se impugnen los efectos de esta decisión sobre los derechos contractuales del Concesionario. Por tanto, "si bien el Regulador mantiene sus facultades de manera exclusiva y no podrán ser sometidas a un arbitraje, quierase o no, las consecuencias de las mismas sí podrán serlo", por lo que considero adecuado que: "el Regulador incorpore a su análisis de contingencias la posibilidad de que el Concesionario demande al Estado Peruano –como Concedente– con motivo de los perjuicios económicos que podrían generarse al Concesionario"¹⁸.

Evidentemente, el Regulador se está refiriendo a pretensiones económicas del Concesionario,

como indemnizaciones y reparaciones económicas por daños y perjuicios derivados de las decisiones tarifarias y similares del Regulador.

3. Renuncia del concesionario a reclamaciones diplomáticas.

Todos los Contratos de Concesión han previsto la renuncia expresa del Concesionario y sus Socios a la presentación de cualquier reclamación de tipo diplomático, que se encuentre relacionada con las controversias y conflictos que surjan del Contrato de Concesión. La necesidad de esta renuncia se explica porque "el remedio clásico que el Derecho Internacional consuetudinario provee para situaciones en las que un Estado viola los derechos que tal ordenamiento consagra a favor de los extranjeros en una cierta jurisdicción es el de la protección diplomática. La protección diplomática implica una reclamación internacional por parte del Estado cuya nacionalidad tiene el extranjero y sus derechos han sido violados, contra el Estado alegadamente ofensor. Presupone, asimismo, que el Estado ha agotado los remedios internos sin que el daño o agravio haya sido reparado. Es decir, el acceso a un remedio internacional presupone: i) necesaria intervención del Estado cuyo nacional ha sido afectado; y ii) agotamiento de remedios internos"¹⁹.

Bajo esta premisa, si no se produce la renuncia a la protección diplomática, el Concesionario –que, por regla general, es un inversionista extranjero–, tendría que acudir a su país de origen, con la finalidad que este interponga y agote su reclamo a través de las vías internas del Estado Peruano. Este camino podría generar inconvenientes para el Estado y para el inversionista, ya que:

16. Se refiere al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), aprobado por Resolución Legislativa N° 26210.

17. BIT son las siglas en inglés de "Tratado Bilateral de Inversión".

18. http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS_V307030855.pdf.

19. SUAREZ ANZORENA, CARLOS IGNACIO. Acceso a la Jurisdicción Arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú: Requisitos y Particularidades. En: THEMIS, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 53, p.152.

- El Estado Concedente podría verse expuesto a presiones políticas por parte del Estado de origen del inversionista.
- El Concesionario se expone al riesgo de que su reclamo sea resuelto por el propio Estado receptor de la inversión, con el cual se encuentra enfrentado, y que actuaría como Juez y Parte. En este sentido, el Concesionario solo podría esperar un resultado desfavorable, y/o la dilación y otras complicaciones en el trámite del procedimiento.
- Es por ello que la renuncia del Concesionario a las reclamaciones diplomáticas es una medida necesaria para que el Estado Peruano y el Inversionista puedan resolver su controversia en forma directa, y en la vía del arbitraje internacional. Como señala Roberto Dañino Zapata, *“el inversor que acuda al CIADI lo hace en representación propia, renunciando así a reclamar la asistencia o protección diplomática de su Estado. Ello en sí mismo es un escudo de protección importante para los gobiernos anfitriones para hacer frente a las presiones políticas de los gobiernos de origen de los inversionistas. Es más, el Convenio prohíbe al Estado del cual es nacional el inversionista inmiscuirse en la disputa o presentar un reclamo internacional, salvo en el caso en que el Estado parte en la diferencia decida desacatar el laudo”*²⁰.

4. Etapa pre-arbitral: trato directo.

Todos los Contratos de Concesión han previsto que, antes de acudir al arbitraje, las partes deben procurar la solución de la controversia en vía de trato directo, en un plazo relativamente breve, y prorrogable por acuerdo entre las partes. En el caso específico del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani, se ha previsto la posibilidad de que esta etapa previa se realice a través de un procedimiento de conciliación extrajudicial. Asimismo, la Ley 28933 ha establecido que en

los contratos de concesión y similares, se debe pactar que esta etapa debe tener una duración no menor de seis meses.

En lo concerniente a esta etapa, consideramos recomendable que las partes documenten la realización de las reuniones, tratativas y negociaciones que demuestren el cumplimiento de esta etapa del procedimiento de solución de controversias, y el respeto al plazo acordado en el contrato, pues de lo contrario, la inexistencia de documentos que acrediten la realización del trato directo podría ser utilizada por alguna de las partes para cuestionar el inicio del arbitraje, y el laudo que se emita al término del mismo.

Ello fue lo que sucedió en el Expediente N° 5311-2007-PA/TC –Caso Corporación Distribuidora S.A. - CODISA–, en el cual el Tribunal Constitucional anuló un laudo arbitral debido a que *“la idea de la negociación preliminar no es la de una simple advertencia frente a un hipotético incumplimiento de lo acordado contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia. Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso”* –el subrayado es nuestro–.

En este orden de ideas, es necesario que las partes se provean de los documentos –actas, cartas y similares– u otras pruebas que demuestren, de manera fehaciente e indiscutible, que se ha cumplido con el desarrollo de la etapa de trato directo, durante el plazo previsto en el Contrato

20. DAÑINO ZAPATA, ROBERTO, El CIADI: 40 años después. En: THEMIS, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 53, p.145.

respectivo. De lo contrario, el laudo arbitral podría ser anulado, por vulneración del derecho a un debido proceso.

5. Clasificación de las controversias, tipo de arbitraje y entidad administradora del arbitraje.

Los contratos de concesión portuaria diferencian las controversias derivadas de un Contrato de Concesión en 02 grandes rubros: Controversias Técnicas y Controversias No Técnicas. Sin embargo, ninguno de los contratos revisados define a cabalidad cada una de estas categorías, por lo que la calificación de una controversia como técnica o no técnica será determinada por ambas partes.

La calificación de una controversia como técnica o no técnica debe realizarse dentro de la etapa de trato directo, y es relevante para establecer el tipo de arbitraje que se utilizará para resolverla controversia –de derecho o de conciencia–, y el órgano arbitral competente para solucionar el conflicto –a falta de acuerdo entre las partes–. En términos generales, la clasificación de las controversias y el tipo de arbitraje aplicable es el siguiente:

controversia	tipo de arbitraje	entidad administradora del arbitraje
TECNICA	CONCIENCIA ²¹	Cámara de Comercio de Lima
NO TECNICA	DERECHO	Cámara de Comercio de Lima o CIADI (según cuantía)
PARCIALMENTE TECNICA Y NO TECNICA	DERECHO	Cámara de Comercio de Lima o CIADI (según cuantía)
CASOS DUDOSOS	DERECHO	Cámara de Comercio de Lima o CIADI (según cuantía)

Los Contratos señalan diversos topes para aquellos casos que serán resueltos por la Cámara de Comercio de Lima, vía Arbitraje Nacional de Derecho. Estos topes se han ido incrementando con el tiempo. En el caso del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani –es decir, el

primer contrato de concesión portuaria firmado por el Estado Peruano–, el tope máximo es de US\$1'000,000.00 –Un Millón de Dólares Americanos). En el Contrato de Concesión del Muelle Sur, el tope es de US\$5'000,000.00 (Cinco Millones de Dólares Americanos–. Finalmente, en los Contratos de Concesión del Terminal Norte del Callao, y de los Puertos de Paita y Yurimaguas, el tope es de US\$10'000,000.00 –Diez Millones de Dólares Americanos–.

En este orden de ideas, las controversias que superen los topes mencionados en el párrafo anterior ya no serán resueltas dentro de la jurisdicción nacional, sino vía un Arbitraje Internacional de Derecho, a cargo del CIADI. En el supuesto que el CIADI no fuese competente para resolver la controversia, o decline su avocamiento a ella, se ha pactado como instancia arbitral supletoria a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL, por sus siglas en inglés–.

Ahora bien, en lo concerniente a las controversias no técnicas de cuantía indeterminada, o cuando las partes no se pongan de acuerdo respecto a su cuantía, la regla general es que los casos de cuantía indeterminada sean resueltos vía Arbitraje Nacional de Derecho, a cargo de la Cámara de Comercio de Lima, mientras que aquellas controversias cuya cuantía no haya sido materia de acuerdo entre las partes, serán resueltas vía Arbitraje Internacional de Derecho, a cargo del CIADI, conforme al siguiente detalle. (ver cuadro de la página siguiente).

6. Precisiones sobre los arbitrajes CIADI.

Conforme lo hemos expuesto, todos los Contratos de Concesión de los Puertos del Perú han establecido que la solución de sus controversias internacionales estará a cargo del CIADI; vale decir, un foro especializado e imparcial digno de la confianza de ambas partes. En efecto, “la

21. El Contrato de Concesión del Puerto de Matarani no hace referencia a un Arbitraje de Conciencia, sino a un Peritaje, a cargo de un solo Perito, que será designado por el Colegio de Ingenieros del Perú, a falta de acuerdo entre las partes.

infraestructura concesionada	concesionario	CNT ²² DE CUANTIA INDETERMI- NADA	CNT DE CUANTIA DUDOSA
Puerto de Matarani - Arequipa	Terminal Inter- nacional del Sur - TISUR	CIADI	CIADI
Nueva Terminal de Contenedores - Muelle Sur - Puerto del Callao	DP World Callao	Cámara de Comercio de Lima	CIADI
Puerto de Paíta - Piura	Terminales Portua- rios Euroandinos - TPE	Cámara de Comercio de Lima	CIADI
Terminal Embarque concentrados minera- les Callao	Transportadora Callao S.A.	Cámara de Comercio de Lima	CIADI
Terminal Norte del Puerto del Callao	APM Terminals Callao	Cámara de Comercio de Lima	CIADI
Puerto de Yurimaguas	Consorcio Puerto Amazonas S.A.	Cámara de Comercio de Lima	CIADI
Puerto de Pisco - Ge- neral San Martín	Terminal Portuario Paracas S.A.	Cámara de Comercio de Lima	CIADI

creación del CIADI tuvo por objeto promover las inversiones internacionales como complemento sustancial para el desarrollo económico y social. Para ello, y habida cuenta de la fragilidad de los sistemas judiciales en la mayor parte de los países en desarrollo, se consideró necesario crear un foro competente e imparcial en el que se pudieran ventilar las disputas relativas a la inversión extranjera²³.

Cabe precisar que el laudo emitido en el marco de un arbitraje CIADI no es susceptible de recurso de anulación ante los Tribunales del Estado receptor de la inversión, pues como señalan los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión (Versión 3.0, Marzo 2008), un laudo CIADI "no será revisable por el Poder Judicial de ningún país, sino por el propio sistema CIADI, que conocerá de cualquier recurso de anulación contra el laudo que se dicte"²⁴. Es más, el laudo

arbitral emitido por el CIADI cuenta con múltiples mecanismos que facilitan su ejecución. Efectivamente, "el Convenio dispone que los laudos emitidos bajo su órbita sean de reconocimiento y ejecución automática en todos los Estados Contratantes, como si fueran una sentencia judicial local definitiva. No es necesario ni un trámite de exequatur ni ningún otro procedimiento de nacionalización del laudo o sentencia extranjera (...). Todo el esquema se encuentra reforzado por el hecho de que el incumplimiento del Convenio CIADI por parte de un Estado Contratante genera responsabilidad internacional y permite a los otros Estados Contratantes iniciar acciones ante la Corte Internacional de Justicia contra el incumplidor"²⁵.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Decimocuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, establece que "para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado".

Por último, debe tenerse en consideración que, de acuerdo a la legislación peruana, el Concesionario de una Infraestructura Portuaria debe constituir en el Perú una Sociedad de Propósito Especial que administrará la concesión; ello a fin de aislar los flujos de la concesión de los riesgos económicos a los que puede verse expuesta la sociedad a la cual se le adjudicó la concesión. En este sentido, esta situación podría generar que dicha sociedad quede imposibilitada de acceder al CIADI, pues podría interpretarse que se trata de una Empresa Peruana que está litigando contra su propio Estado. Por tanto, en

22. Controversias No Técnicas

23. DAÑINO ZAPATA, Roberto. *Op. Cit.*, p.144.

24. http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS_V307030855.pdf

25. SUAREZ ANZORENA, Carlos Ignacio. *Op. Cit.*, pp.156-157.

este supuesto, se registraría la situación comentada por Fernando Cantuarias Salaverry, quien señala que: *"de esta manera, muchas sociedades extranjeras que han invertido en el Perú y para lo cual han tenido que constituir una empresa local pero claramente controlada por ellas, han perdido la valiosa oportunidad de someter cualquier potencial conflicto al CIADI."*²⁶.

En la medida que la situación descrita podría terminar neutralizando las cláusulas arbitrales, la mayoría de los Contratos de Concesión ha otorgado al Concesionario la calidad de "Nacional de otro Estado contratante" del Convenio CIADI, con la finalidad de posibilitarle el acceso a dicho centro de solución de controversias. El fundamento de esta calificación jurídica se basa en que, si bien se trata de una sociedad constituida en el Perú, está sujeta a control extranjero, y por tanto, encuadra en el supuesto previsto en el literal b) del numeral 2) del artículo 25 del referido Convenio, que admite su sometimiento a la jurisdicción de dicho Centro.

Finalmente, Fernando Cantuarias se ha referido al caso específico del Contrato de Concesión del Puerto de Matarani, indicando que: *"estamos ante la presencia de una sociedad constituida en el Perú (así se declara expresamente en el Contrato de Concesión), y, a diferencia del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, no hay referencia alguna al tratamiento del concesionario como nacional de otro Estado contratante como exige el artículo 25 (2)(b) del Convenio CIADI"*. En este sentido, TISUR, en su calidad de Concesionario del Puerto de Matarani, podría tener problemas para acceder a la jurisdicción del CIADI, pues no le sería aplicable.

Sin embargo, el mismo autor menciona que: *"en varios casos se ha considerado que el solo*

pacto de sometimiento al CIADI es indicativo suficiente de la voluntad de las partes de tratar implícitamente a la empresa como "extranjera" por lo que concluye que "es probable que las empresas Norvial S.A. y Terminal Internacional del Sur S.A.A. no tengan problema en someter un potencial conflicto ante el CIADI, aunque lo óptimo hubiera sido la existencia de un pacto expreso sobre este particular"²⁷—el subrayado es nuestro—. En consecuencia, a pesar de lo expresado por el autor en comentario, consideramos que si es posible que las posibles controversias entre TISUR y el Estado Peruano sean resueltas por el CIADI.

VI. CONCLUSIÓN

El arbitraje ha sido y es un mecanismo de solución de controversias que garantiza al inversionista que sus desavenencias con el Estado Peruano serán resueltas por un organismo especializado e imparcial. En consecuencia, el arbitraje fomenta la confianza de dicho inversionista en nuestro país, pues le permite tener la expectativa legítima de que sus recursos no serán afectados de manera indebida por el Estado Peruano.

En este sentido, es conveniente que las modificaciones normativas que se vienen realizando (y que entrarían en vigencia en los próximos días) no pierdan de vista la finalidad por la cual se instauró este mecanismo de solución de controversias, pues de no atenderse esta recomendación, se afectaría la credibilidad del país, y podría restringirse el flujo de inversiones que el Perú necesita para cerrar la brecha de infraestructura que hasta el momento no ha experimentado una reducción significativa, pese a los sucesivos procesos de concesión que se han desarrollado en el ámbito portuario.

26. CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO, La Utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado Peruano y los inversionistas, En: THEMIS, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 48, 2004, p.174.

27. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op. Cit. p.181.