

Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LLM) 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 de Asesoría Legal del 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. 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?

F. CANTUARIAS: 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.

A. SIMONS: Dos preguntas que expresan una disyuntiva entre mantener o eliminar el arbitraje y, únicamente, dejar al sistema de administración de justicia como único medio de solución de controversias, ni lo uno ni lo otro. El Poder Judicial debe ejercer el rol que le corresponde y el arbitraje, también. El arbitraje no es imprescindible, pero es útil como un mecanismo adecuado de solución de controversias o "*adequate dispute resolution*", denominado así por la doctrina norteamericana. Por eso, la existencia del arbitraje es previa a la aparición del Poder Judicial, representando un medio alternativo de solución de conflictos, siendo este su rol, por lo que debemos de protegerlo. Por último, debe-

mos mencionar que el arbitraje no sustituye al Poder Judicial o al sistema de administración de justicia de un Estado, eso no ocurre en ninguna parte del mundo civilizado.

R. VELEZ: En primer lugar, los reguladores no estamos en contra de promover las inversiones e iniciativas privadas. Por el 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 solución de controversias contemplado en los contratos de concesión, para ello existe normado el Proceso Contencioso Administrativo, en la vía jurisdiccional.

Existe, 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, surge la siguiente pregunta: ¿deben someterse a arbitraje las actuacio-

nes de los organismos reguladores cuando contravienen lo pactado entre el Estado y los inversionistas, pese a que estén actuando de acuerdo a sus funciones?

F. CANTUARIAS: 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.

A. SIMONS: No asegurar la neutralidad en la solución de controversias, implicaría desaparecer

a Montesquieu, negando el sistema de separación de poderes. Esto, conllevaría a admitir que el sistema de justicia depende del Poder Ejecutivo (léase Estado), formando parte de una unidad inescindible, siendo que los jueces van a defender los intereses del Poder Ejecutivo y de otras entidades estatales en contra de un inversionista, no debiendo apreciarse por un tema de neutralidad. El Estado, puede someter sus controversias con privados, vía arbitral, pero negar la existencia de la teoría de la separación 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, cualquier ciudadano que tenga un conflicto con una municipalidad, con un gobierno regional o cualquier autoridad administrativa, no podría válidamente recurrir ante un juez, con el fin de pedirle tutela en un proceso contencioso administrativo, para que el juez controle la actividad de la administración pública porque se podría invocar que no hay neutralidad, dado que son el mismo Estado.

R. VELEZ: 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?

F. CANTUARIAS: 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.

A. SIMONS: En la actualidad, existen procesos arbitrales en los cuales se emplaza a los organismos reguladores; por ejemplo, en materia de telecomunicaciones, como parte demandada junto con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Por otro lado, han existido casos en los cuales; por ejemplo, interviene el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; no obstante ello, los árbitros impidieron la participación del ente regulador, siendo esto 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 la decisión definitiva contenida en el laudo arbitral, especialmente, cuando se discuten temas que afectan derechos de terceros.

R. VELEZ: En los casos que, contrariamente a todo principio de derecho de legítima defensa, se discute a través de sede arbitral una decisión administrativa expedida por el regulador, considero absolutamente necesaria la intervención de éste 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 es posible que, si OSITRAN no suscribe los contratos de concesión, sino únicamente el

concedente (MTC) y el concesionario (privado), al no ser parte de estos contratos, se le pretenda involucrar en los mismos. De esta manera, si el privado tiene por ejemplo a futuro problemas con una dependencia policial (Comisaría) o con la SUNAT, 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. 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, sino, 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 ésta esperar a la solución planteada por el Tribunal Arbitral?

F. CANTUARIAS: 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.

A. SIMONS: Técnicamente, es probable que un laudo arbitral pueda afectar a terceros. Las dudas se originan cuando qué ocurre, si esta situación se presenta en un arbitraje. Diversas interrogantes se presentan; por ejemplo, qué ocurre si un Tribunal Arbitral emite y ejecuta una medida cautelar, en contra de un tercero que no forma parte del arbitraje o, emite y ejecuta un laudo y, durante, dicha etapa afecta la esfera jurídica de un tercero que no ha participado en el arbitraje, no siendo parte de la relación y que tampoco ha suscrito el convenio arbitral. La ley vigente, no ha regulado la intervención de terceros y, tampoco, ha regulado qué ocurre, si una vez instalado el Tribunal Arbitral, los árbitros concluyen que la decisión a emitir afectará a terceros ajenos al arbitraje, siendo su presencia necesaria ante el Tribunal para la validez del laudo. Nuestra ley no lo regula, a diferencia de otras legislaciones; 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 todo queda solucionado. De lo contrario, el arbitraje se extingue y se deriva lo actuado al Poder Judicial. Al respecto, la legislación peruana no ha tomado una posición. Entonces, ¿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, o sea, el que ejerce una pretensión o forma parte de una pretensión o el que se defiende o ejerce defensa frente esa pretensión, quiere decir que la parte es un sujeto procesal esencial. El

tercero es aquel que estando fuera se le califica como tal y al ingresar al proceso continúa con la misma denominación, porque no es un sujeto procesal principal y no ejerce pretensión propia, éste es el típico caso de los terceros coadyuvantes autónomos o subordinados. En mi opinión, éstos no pueden participar en el arbitraje, el problema se presenta respecto a aquellos sujetos que se denominan sujetos procesales principales que se verán afectados por la decisión y que su presencia es necesaria, problema no abordado por nuestra legislación.

R. VELEZ: En la actualidad, son los privados los que obtienen resultados favorables en los arbitrajes frente al concedente (MTC). Si el laudo en un arbitraje similar anterior, beneficia y le es aplicable a determinado concesionario, sucederá que éste interpondrá igual arbitraje frente al concedente y utilizará el laudo como documento probatorio o jurisprudencia arbitral.

5. Hasta este 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?

F. CANTUARIAS: Entiendo que un amparo, para lograr se declare que ese laudo es aplicable, únicamente, entre el Estado y el inversionista que participó en el arbitraje.

A. SIMONS: Esta pregunta ha sido respondida por el Tribunal Constitucional con el precedente 142, en donde establece como una tutela de excepción el amparo arbitral. Es decir, cuando se emite un laudo afecte los derechos de un tercero, se habilita el laudo arbitral para que éste 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 una de ineficacia o de nulidad, en mi opinión, corresponde más una de ineficacia, por lo que, esa decisión sería inoponible al tercero. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en el precedente 142, asume el criterio más radical, debido a que se podrá sancionar con nulidad una

decisión arbitral que afecte los derechos, intereses o la esfera jurídica de un tercero ajeno al arbitraje.

R. VELEZ: 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.

6. 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?

F. CANTUARIAS: 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 Regulador 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.

A. SIMONS: 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 que 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. En mi opinión, no creo que la ley vigente sea la adecuada para la resolución de estos casos, sin embargo, existen organismos reguladores como OSIPTEL que tienen sistemas arbitrales específicos, por lo que creo esa sería la solución de crear, dentro de los sistema reguladores, Cortes Arbitrales Específicas para poder resolver los conflictos entre las empresas que forman parte de un determinado sector, objeto de regulación.

R. VELEZ: 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 supuesta 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.

7. 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?

F. CANTUARIAS: 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.

A. SIMONS: En realidad, no vería ninguna ventaja o desventaja, porque nuestra Ley de Arbitraje, a diferencia de la anterior da un tratamiento uniforme con algunas excepciones al arbitraje nacional e internacional, y esto va a depender de las reglas, pactos, convenios, tratados bilaterales, lo que se vaya o pueda llevar a arbitraje. Sobre el particular, es importante precisar lo siguiente, si el Estado incumple un determinado acuerdo suscrito en un contrato de concesión, ¿esto le da derecho, a los árbitros, de ejercer potestades regulatorias? Creo que no, si el Estado incumple un contrato de concesión respecto de alguna materia regulatoria, la empresa o el inversionista tiene derecho a ser indemnizado por el incumplimiento por parte del Estado y, en el peor de los casos, a exigir una obligación de no hacer, a no volver incumplir. En mi opinión, ahí solo existe el derecho de daños, siendo posible su obtención a través del arbitraje, pero, no afectar los derechos de otros inversionistas o derechos difusos o colectivos cuando se trata de servicios públicos o servicios esenciales, pues ello, da lugar a ingresar a un terreno muy peligroso, en que los árbitros puedan ejercer potestades regulatorias. Eso sí creo que es grave, porque puede darse el caso de que estemos ante una situación de fraude a la ley, es decir, utilizando el arbitraje como un mecanismo válido para defraudar todo un sistema y, finalmente, quitarle al órgano regulador potestades regulatorias. Si el Estado ha renunciado a realizar actividad empresarial, lo mínimo que debe mantener es una función

de regulación de esas actividades que se han cedido a los privados, siendo éste un aspecto a tener en consideración. De lo contrario, se defraudaría el sistema regulatorio y, finalmente, no tendría razón de ser la existencia de ser de OSITRAN, OSINERMIN, OSIPTEL, etc. En ese sentido, debe fortalecerse a los organismos reguladores, mediante una mayor independencia económica, ejecutiva y técnica, protegerlos de la injerencia política y convocar, como era antes, a los mejores profesionales de la especialidad.

Finalmente, debemos mencionar que existe un grave problema en la designación de los árbitros y como se utiliza al arbitraje para otros fines.

R. VELEZ: 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.

8. 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?

F. CANTUARIAS: 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 co-participe de la defensa del Estado.

En el lado de los competidores, si bien la respuesta no es tan sencilla, si me parece muy

útil como punto de partida las reglas que, para estos efectos, ha implementado el COES en el sector eléctrico.

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.

A. SIMONS: 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, existe un grave problema, pues, no se han creado mecanismos que garanticen la debida transparencia, respecto de cuantos arbitrajes ha llevado a cabo un árbitro nombrado por una determinada empresa regulada, de cuantas le ha dado la razón a la empresa regulada y al Estado. Sin duda, esto marcaría una pauta en el derecho a la información a los operadores de este mercado en especial.

Las garantías generales existentes en la ley actual, así como las creadas por el Tribunal Constitucional, son rescatar y preservar los siguientes el *Kompetenz - Kompetenz*, rescatar el principio de no interferencia y que, únicamente, exista un control judicial adecuado, a través del recurso de anulación, siguiendo las pautas del precedente 142, referente a las excepciones en las que sí se puede concurrir a la vía constitucional cuando se presente una des-

viación grave en materia arbitral. Creo que eso no lo protegería de la inclinación política del gobierno de turno, porque si se decide cambiar la regulación la cambiará. Se debe generar un marco de confianza y seguridad, tanto para el propio Estado como para los operadores del sistema, si el arbitraje pierde ambos, llega cuestionado y desgastado al cambio de gobierno, que es lo ocurrido en bastantes casos en los cuales no se hace uso adecuado del arbitraje, afectando el prestigio del arbitraje. Mucho se ha criticado al Tribunal Constitucional, pero creo que con el precedente 141, el tema ha quedado cerrado por ahora. Pero existe una tarea pendiente no tomada en cuenta, que es dar una mirada hacia adentro, ¿Qué está pasando en el arbitraje? ¿Qué se está haciendo con el arbitraje? Y, finalmente, si estamos viviendo una crisis arbitral en lo que es imparcialidad, uso debido o indebido del arbitraje o, el abuso de los poderes arbitrales.

R. VELEZ: Actualmente, el inversionista tiene y, mientras no se modifiquen, todas las garantías para la estabilidad de su inversión o negocio. Por el contrario, 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 verá perjudicado e indefenso ante el poder del inversionista que eventualmente pueda ejercer en la administración sobre determinado monopolio natural concesionado por el Estado.

Por ende, resulta necesario incluir, textualmente, 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 del regulador, no pudiendo otorgársela a un Tribunal Arbitral. Por último, los laudos y procesos arbitrales en contra del concedente deben ser públicos.