

INCORPORACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL AMICUS CURIAE EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO

La Institución arbitral, a la luz de la Legislación sobre contrataciones del Estado (Ley 30225), tiene para el legislador nacional, particularidades que requieren de un tratamiento normativo diferenciado respecto de lo prescrito en el decreto legislativo 1071 en materia de arbitraje (y que podríamos catalogarla – ahora- como una Ley para el arbitraje privado) ya que la Ley 30225 se aparta, en muchas áreas, de la flexibilidad y autonomía de este mecanismo de solución de conflictos, regulando de manera restrictiva la posibilidad de actuar mediante un arbitraje de equidad, o al establecer reglas y registros para los árbitros, instituciones arbitrales e incluso secretarios arbitrales, rigidez en materia de instalación del tribunal arbitral ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) o mediante notificación de los laudos via el SEACE, o la incorporación forzosa del convenio arbitral, entre otros muchos temas que no se encuentran regulados en el Decreto Legislativo 1071.

Lo concreto es que existe un tratamiento legislativo diferenciado para el arbitraje privado frente al arbitraje que se origina en la contratación pública, habiéndose generado muchos conflictos en lo que respecta a la participación de terceros ajenos a la suscripción del convenio de arbitraje que da origen a este mecanismo de solución de conflictos.

Está claro que los terceros no pueden ser incorporados a un arbitraje al no haberse sometido a la jurisdicción excepcional o extraordinaria y al no haber expresado su sometimiento, como tampoco será posible que un tercero quiera incorporarse a un arbitraje si las partes no lo consienten.

En el Decreto Legislativo 1071, existe la figura legal de la parte no signataria (no tiene la calidad de tercero) que tiene acceso al procedimiento arbitral en la medida que, si bien no ha suscrito el convenio, si ha participado activamente en el mismo o pretende beneficiarse de los alcances tal y conforme lo señala el artículo 14 de nuestra legislación la misma que a la letra consigna “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos” Sin embargo en los casos en donde el Estado es parte, se dan supuestos de participación o de intentos de extensión del acuerdo de otras personas de derecho público, para lo cual los preceptos del

artículo 14 no necesariamente calzan dentro de aquellos supuestos de intervención señalados por la Ley. Por citar ejemplos:

- El Ministerio de Inclusión Social (MIDIS) participa en procesos arbitrales suscritos por el programa Qali Warma con privados.
- Se ha incorporado a procesos arbitrales a personas jurídicas autónomas vinculadas a las municipalidades provinciales como por ejemplo se incorpora a la Municipalidad de Lima en procesos en donde el contrato lo suscribió EMAPE con un particular.
- Así también se dan casos en donde no se ha incorporado a empresas del Estado que han querido incorporarse en procesos entre una entidad estatal y otra privada como por ejemplo el INC podría querer intervenir en un contrato suscrito por el Ministerio de Educación con un privado alegando tener interés por ser un tema vinculado al patrimonio del Perú.
- Y por supuesto aquellos casos, en donde las supervisoras quieren intervenir en procesos arbitrales suscritos por las entidades del Estado con particulares sin ser parte de dicho contrato, tales como OSIPTEL, OSINERG, SUNASS u OSITRAN. Este último al querer intervenir en procesos del MTC con privados sin haber suscrito OSITRAN el respectivo convenio arbitral y sostener que la materia es de responsabilidad de dicho organismo, cuestionando la legitimidad y competencia de los árbitros, al deducir la incompetencia de estos, o sostener que la materia no es arbitrable, incluso llevando al Tribunal Constitucional,

vía acciones de amparos, procesos arbitrales resueltos en donde la reguladora no era parte y las partes consintieron en ello.

Es para estos últimos supuestos que se ha dictado la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante asociaciones Público-Privadas (Decreto Legislativo 1224) en donde la norma regula la participación de las supervisoras en el arbitraje; Es decir son terceros que la ley permite que se incorporen a un proceso en donde no han suscrito el convenio arbitral respectivo, pero lo hace señalando que deben coadyuvar en beneficio del Estado como parte interviniente del proceso, olvidando el rol protector del supervisor en beneficio del usuario, ya que la supervisión, no es parte de la política del gobierno de turno sino que debería actuar dentro de una política de Estado que no cuida los intereses del gobierno sino de los ciudadanos. En efecto el artículo 23 del Decreto Legislativo 1224 señala "23.1 Los contratos de Asociación Público Privadas deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversia. (...) La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado (el subrayado es del autor). El árbitro o el tribunal arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores. Este equivocado concepto ha intentado ser corregido por el reglamento en la medida

que limita la participación de las reguladoras solo para aquellos casos en donde se estaría discutiendo decisiones o materias que los reguladores consideran que son parte de su ámbito competencial y que mediante la vía arbitral se estaría soslayando esa decisión y/o competencia. Asimismo el reglamento trata de poner las cosas en su lugar al señalar que la participación de los reguladores al interior de un proceso arbitral debe ceñirse a lo prescrito en la ley 27332 la cual establece el principio de autonomía, la cual consiste en tomar decisiones administrativas, técnicas, económicas y no el rol o papel de coadyuvante del Estado en desmedro del concesionario.

El reglamento de dicha norma publicado el 27 de diciembre de 2015 (Decreto Supremo 410-2015 EF) señala en su artículo 81 lo siguiente ***“81.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa. 81.2 Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el numeral precedente, y para efectos de los dispuesto en el segundo párrafo del artículo 23 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos,***

el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los servicios públicos y sus leyes de creación. “

Jorge Danos Ordoñez en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa comentando sobre los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú señala que uno de los problemas legales que se plantean sobre este tipo de personas es que ***“...su característica más distintiva, que reside en postular su absoluta independencia orgánica respecto de las directrices políticas del Gobierno, no parece ser plenamente compatible con sus respectivos ordenamientos constitucionales.”***

La participación de los reguladores no debe ser como parte del proceso (ni la ley ni el reglamento lo dicen, simplemente señalan que deberán participar sin señalar su calidad).

Han existido varios casos arbitrales en donde la discusión versa sobre la ejecución y/o interpretación del contrato celebrado entre el Estado y el concesionario y en donde el organismo regulador pretende intervenir señalando que es de su competencia pronunciarse sobre ese tema. No debemos olvidar que el contrato se suscribe entre las partes y son estas las que pueden modificarlo, regularlo, extinguirlo, ampliarlo (artículo 62 de la Constitución, artículo 1363 del Código Civil)

y que frente a cualquier discrepancia que se dé entre aquellas pactan que la solución de esa diferencia se de en el ámbito arbitral, la cual se origina por un acuerdo de las partes derivado del texto constitucional, que así lo permite.

Es claro que ningún ente Estatal de carácter administrativo, incluyendo los organismos reguladores pueden interpretar un contrato de oficio y que cualquier discrepancia debe ser resuelta en la vía pactada por las partes.

La función de interpretación asignada a los organismos reguladores por la Ley no puede ser entendida como una facultad indefinida y sujeta al libre criterio de la entidad reguladora, sin participación de las partes en el contrato, ya que introduciría un factor de inestabilidad jurídica contraria al artículo 62 de la Constitución antes citado

Es por ello que propongo se entienda la participación de los reguladores, en nuestra legislación , en materia de contrataciones con el estado el rol del AMICUS CURIAE, para permitir la intervención de una persona ajena -respecto de la suscripción del convenio arbitral- en el proceso que se ventile entre estas. No es una parte a la que se le extiende el convenio arbitral, es un tercero que participa, no siendo parte, en beneficio de los árbitros.

Se trata de una figura que proviene del derecho anglosajón y se utiliza en el arbitraje de inversiones, entre el Estado e

inversionistas privados de otros Estados, en particular la experiencia que recojo es de los arbitrajes CIADI, (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados creado en base al Convenio de Washington de 1965) en donde interesados puedan colaborar con el tribunal arbitral presentando documentación e información que pueda ser relevante para tomar una decisión sobre el fondo de la controversia.

La regla 32 señala *“ Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida”*

Una definición señalada por Yaritza Pérez Pacheco (pag. 318 del libro Anuario Latinoamericano de arbitraje, 2012) señala que a esta figura *“como aquel sujeto individual o colectivo, que no es parte en el proceso pero que está interesado en el mismo, por lo cual pueden ser autorizados a presentar una declaración por escrito durante el procedimiento arbitral, ser escuchado por el tribunal y acceder a las actas procesales.”*

La pregunta que debemos formularnos es en calidad de que debe intervenir el organismo regulador, ya que la norma señala que la entidad del Estado debe garantizar la participación de este órgano sin indicar el status procesal del mismo, por lo que cabría interpretar que la participación debe hacerse en calidad de *amicus curiae*. Es evidente que el amigo del tribunal arbitral no es parte del proceso entendido como las figuras clásicas o típicas de nuestro derecho procesal conocidas como terceros legitimados tales como , tercero coadyuvante, (Aquel que ayuda a una de las partes colaborando con esta sin incorporar pretensión alguna en el proceso), litisconsorte necesario, (el litisconsorcio necesario es aquella institución procesal que consiste en la presencia plural de sujetos en el proceso, en calidad de actores o demandados. " *Habrá litisconsorcio cuando varias personas ejerciten una acción contra un solo demandado, cuando una persona demanda a varias y cuando dos o más demandan a dos o más*" (STC No 007-2007.PI/TC).

Por tanto, litisconsorte facultativo (conforme lo señala el artículo 94 del Código Procesal Civil será aquel en donde se les considere de manera independiente. Los actos de cada uno no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso) etc sino que el amigo del tribunal tiene como objetivo en que su participación busca coadyuvar en beneficio de un mejor

entendimiento del tribunal sobre los hechos y las consecuencias de la decisión. Sin embargo esta participación no puede ser irrestricta y requiere de una cierta precisión normativa a efectos de evitar se vulneren determinados principios y/o prácticas del arbitraje.

No se trata de un procedimiento abierto al público, sino reservado a las partes, a sus abogados y por supuesto a los árbitros, no debemos olvidar que el arbitraje reposa en el acuerdo de voluntades manifestado en un convenio arbitral suscrito por las partes que son las únicas que deberán intervenir en el litigio, los terceros no pueden intervenir, salvo acuerdo expreso de ambas suscribientes, es por ello que corresponderá al tribunal arbitral el decidir el nivel de participación del *amicus curiae*, es decir si tendrá acceso a las audiencias o solo al acta de las mismas, si se reservara una audiencia informativa oral para que puedan intervenir o será una intervención solo por escrito. Corresponderá a la legislación precisar si esos terceros o *amicus curiae* puedan intervenir opinando o informando respecto exclusivamente al fondo de la controversia, o también puedan intervenir respecto a temas formales como por ejemplo cuestiones de competencia, como se ha dado el caso en nuestro país con alguna reguladora.